

# Diálogo

# Jurisprudencial

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

JULIO - DICIEMBRE 2009

7



**IIDH**  
Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

# DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS  
TRIBUNALES NACIONALES  
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Núm. 7 Julio-Diciembre de 2009



**IIDH**  
Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

MÉXICO, 2010

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Cecilia Medina Quiroga  
*Presidente*

Diego García-Sayán  
*Vicepresidente*

Manuel E. Ventura Robles

Sergio García Ramírez

Leonardo Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

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

Thomas Buergenthal  
*Presidente honorario*

Sonia Picado Sotela  
*Presidenta*

Mónica Pinto  
*Vicepresidenta*

Margaret E. Crahan  
*Vicepresidenta*

Pedro Nikken  
*Consejero permanente*

Mayra Alarcón Alba

Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

*Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos*

*Corte Interamericana  
de Derechos Humanos*

Luz Patricia Mejía

Cecilia Medina Quiroga

Víctor E. Abramovich

Diego García-Sayán

Felipe González

Manuel E. Ventura Robles

Paolo G. Carozza

Sergio García Ramírez

Florentín Meléndez

Leonardo Franco

Clare Kamau Roberts

Margarette May Macaulay

Paulo Sérgio Pinheiro

Rhadys Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.  
Director ejecutivo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Héctor Fix-Fierro  
*Director*

Pedro Salazar Ugarte  
*Secretario académico*

Elvia Lucía Flores Ávalos  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

*DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL*

Sergio García Ramírez

Roberto Cuéllar M.

Pablo Saavedra Alessandri

*Directores*

Marisol Molestina Gaviria

Elvia Lucía Flores Ávalos

*Coordinadoras editoriales*

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales IIDH

Edición y formación en computadora: Karla Beatriz Templos Núñez

Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz

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

Primera edición: 2010

DR © 2010 Corte Interamericana de Derechos Humanos  
DR © 2010 Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
DR © 2010 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México  
ISSN en trámite

## CONTENIDO

<i>Contents</i> . . . . .	IX
Presentación . . . . .	XI
<i>Foreword</i> . . . . .	XIII
Nota del editor . . . . .	XV
<i>Editor's Note</i> . . . . .	XVII
Derecho de acceso a información pública en poder de entidades privadas. <i>Extracto de la Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Perú, 7 de enero de 2010</i> . . . . .	1
Imprescriptibilidad y no aplicación de amnistías a crímenes de lesa humanidad. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Chile, 24 de septiembre de 2009</i> . . . . .	13
Control de convencionalidad. <i>Extracto de la Sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, México, 21 de enero de 2010</i> . . . . .	31
El deber de garantía del derecho a la salud a través de la prestación de servicios de salud. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional, Colombia, 5 de junio de 2008</i> . . . . .	45



CONTENIDO

Autoejecutabilidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de procesos penales internos. <i>Cuatro sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Guatemala, 11 de diciembre de 2009</i> . . . . .	111
El recurso de casación y el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. <i>Sentencia del Tribunal de Casación Penal, Costa Rica, 23 de enero de 2009</i> . . . . .	133
Juez natural y jurisdicción militar. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Ecuador, 10 de junio de 2008</i> . . . . .	139
La desaparición forzada de personas como delito permanente y sus efectos en cuanto a la aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 29 de junio de 2004</i> . . . . .	153
Restricciones permitidas a los derechos y libertades. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Bolivia, 31 de enero de 2006</i> . . . . .	225

## CONTENTS

<i>Foreword</i> . . . . .	XIII
<i>Editor's Note</i> . . . . .	XVII
Right of access to public information held by private entities. <i>Extract of the Judgment of the Second Chamber of the Constitutional Court, Peru, January 7<sup>th</sup>, 2010</i> . . . . .	1
Imprescriptibility and inapplicability of amnesties to crimes against humanity. <i>Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice, Chile, September 24<sup>th</sup>, 2009</i> . . . . .	13
Control of conventionality. <i>Extract of the Judgment of the Fourth Collegiate Court of Administrative Matters of the First Circuit, Mexico, January 21<sup>st</sup>, 2010</i> . . . . .	31
The obligation to guarantee the right to health through the provision of health services. <i>Extract of the Judgment of the Constitutional Court, Colombia, June 5<sup>th</sup>, 2008</i> . . . . .	45
Self-execution of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights in the framework of domestic criminal proceedings. <i>Four Judgments of the Supreme Court of Justice, Guatemala, December 11<sup>th</sup>, 2009</i> . . . . .	111

CONTENTS

The recourse in cassation and the right to appeal for review by a higher court. <i>Judgment of the Tribunal of Criminal Cassation, Costa Rica, January 23<sup>rd</sup>, 2009</i> . . . . .	133
Competent judge and military jurisdiction. <i>Extract of the Judgment of the Constitutional Tribunal, Ecuador, June 10<sup>th</sup>, 2008</i> . . . . .	139
The forced disappearance of persons as a permanent crime and its effects on the application of the Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons. <i>Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice of the Nation, Mexico, June 29<sup>th</sup>, 2004</i> . . . . .	153
Restrictions permitted on rights and liberties. <i>Extract of the Judgment of the Constitutional Tribunal, Bolivia, January 31<sup>st</sup>, 2006</i> . . . . .	225

## PRESENTACIÓN

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

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

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

## PRESENTACIÓN

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

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

En el séptimo número de la revista, que ahora tiene el lector en sus manos, aparecen doce sentencias —transcritas íntegramente o expuestas a través de una conveniente selección de párrafos, cuando se trata de resoluciones muy extensas— correspondientes a Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México y Perú. Los editores agradecen el apoyo brindado para la preparación de este material por las abogadas Yuria Saavedra Álvarez y Ana Belem García Chavarría (México).

## FOREWORD

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

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

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

FOREWORD

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

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

In the seventh edition of the journal, now in the hands of readers, twelve judgments are provided —transcribed wholly or in part through an appropriate selection of paragraphs when it concerns extensive resolutions— that correspond to Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala Mexico and Peru. The editors thank attorneys Yuria Saavedra Álvarez and Ana Belem García Chavarría (Mexico) for the support provided in the preparation of these materials.

## NOTA DEL EDITOR

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

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

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





## EDITOR'S NOTE

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

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

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



## DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA EN PODER DE ENTIDADES PRIVADAS

*Sinopsis:* La Sala Segunda del Tribunal Constitucional de Perú emitió una sentencia relativa a un recurso de agravio constitucional en la que determinó el ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública, particularmente, de aquella generada por entes privados. Una persona presentó una demanda de hábeas data contra la empresa Continental Airlines a fin de que le proporcionara cierta información relativa a los servicios que brinda. Al contestar la demanda, esta empresa refirió que, si bien prestaba un servicio público, no estaba autorizada a ejercer funciones administrativas a nombre del Estado peruano y que, por ello, no estaba obligada a brindar información sobre una función que no le había sido delegada. El juzgado que resolvió la demanda la declaró infundada por considerar que lo pretendido por la demandante no pertenecía al contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información. Además, señaló que los datos solicitados por la actora no estaban relacionados a información preexistente sino que estaban referidos a un informe que debía elaborar la parte emplazada. En la presente decisión, la Sala Segunda sostuvo que el derecho de acceso a la información pública consiste en la facultad que tiene toda persona de solicitar y acceder a la información que se encuentra en poder, principalmente, de las entidades estatales. Sin embargo, señaló que en lo que respecta al acceso a información que se encuentra en poder de entes no estatales, es decir, de personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios al público o efectúan funciones administrativas, en atención al tipo de labor que realizan, es posible que tales entes detenten información que sea de naturaleza pública que, por ende, es susceptible de ser exigida y conocida por el público en general. En tal sentido, la Sala Segunda consideró que los entes privados están obligados a informar sobre las características de los servicios pú-

## DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

blicos que prestan, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejercen, siendo éste el tipo de información que puede solicitárseles. Finalmente, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional consideró que la información susceptible de entrega es de carácter preexistente, esto es, la que se encuentre en su posesión y contenida en documentos escritos, soporte magnético o digital o en cualquier otro formato.

Particularmente, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional fundamentó su decisión en la sentencia del caso *Claude Reyes vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. La sentencia se acompaña de un voto particular.

*Synopsis: The Second Chamber of the Constitutional Court of Peru issued a judgment regarding a motion of constitutional offense, in which it determined the scope of the protection of the right of access to public information, specifically that generated by private entities. An individual filed a writ of habeas data against Continental Airlines so that it would provide certain information regarding the services it provides. In the response to the petition the company stated that although it provides a public service, it is not authorized to perform administrative functions on behalf of the State of Peru, and that it is therefore not obligated to provide information on a function that has not been delegated to it. The Court that ruled on the petition declared it without merits, as it considered that the plaintiff's claims were not part of the content constitutionally protected by the right of access to information. Additionally, it indicated that the data requested by the plaintiff was not related to preexisting information, but referred to a report that the summoned party had to create.*

*In this decision, the Second Chamber stated that the right of access to public information is any individual's ability to request and have access to information held mainly by state institutions. However, it indicated that regarding the access to information held by non-state institutions, meaning private legal entities that provide services to the public or perform administrative functions, depending on the type of work that they perform, it is possible that said entities hold information of a public nature that*

*may be requested and known by the general public. In that regard, the Second Chamber considered that private entities are obligated to report on the characteristics of the public services rendered, their rates, and on the administrative functions exercised, as this type of information may be requested. Finally, the Second Chamber of the Constitutional Court considered that the information to be delivered must be preexistent, meaning in its possession and contained in written, electronic or digital documents, or in any other format.*

*Specifically, the Second Chamber of the Constitutional Court based its decision on the judgment of the case of Claude Reyes v. Chile of the Inter-American Court of Human Rights, and on Article 13 of the American Convention on Human Rights, in relation to the right of freedom of thought and expression. The judgment includes an individual opinion.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ  
SALA SEGUNDA

RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL  
INTERPUESTO POR FANNY RAMÍREZ QUIROZ  
EXPEDIENTE 03803-2008-PHD/TC

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 2010

...

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Fanny Ramírez Quiroz contra la Resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 77, su fecha 8 de mayo de 2008, que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda interpuesta.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 13 de febrero de 2008 la recurrente interpone demanda de hábeas data contra la empresa Continental Airlines Inc Sucursal Perú, con la finalidad de que esta institución le proporcione información sobre el tipo o naturaleza de los reclamos interpuestos relacionados con el servicio público que brinda, asimismo le informe de aquellos reclamos que han sido solucionados y no solucionados (por ende derivados a otras instancias o instituciones) en los dos últimos años; solicita además se condene a la demandada el pago de costas y costos del proceso



## *DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA*

por haberse negado a su entrega, afectado su derecho de acceso a la información.

La empresa Continental Airlines Inc Sucursal Perú contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada con expresa condena de costas y costos del proceso. Señala que si bien presta un servicio público, no está autorizada a ejercer funciones administrativas a nombre del Estado peruano. Por ello, no está obligada a brindar información sobre una función que no le ha sido delegada.

El Quincuagésimo Sexto Juzgado Civil de Lima, a través de la resolución No. 5 de fecha 29 de agosto del 2007, declara infundada la demanda de hábeas data, por considerar que lo pretendido por la demandante no pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información, y que los datos solicitados por la actora no están relacionados a información preexistente, sino que están referidos a un informe que debe elaborar la parte emplazada.

La Sala Superior competente, con fecha 8 de mayo del 2008, declaró improcedente el petitorio de la demanda. A su criterio, no se ha cumplido con el requisito especial de la demanda señalado en el artículo 62° del Código Procesal Constitucional, es decir, la demandante no ha presentado un documento de fecha cierta que cause convicción al juzgador. Agrega que la información que se pretende no es una que pertenezca a la administración pública, sino a una institución privada (empresa organizada de acuerdo a la Ley General de Sociedades).

## **FUNDAMENTOS**

### **PETITORIO**

1. Conforme se desprende del petitorio de la demanda se pretende que la empresa Continental Airlines Inc. Sucursal Perú le brinde información a la recurrente sobre: 1) el tipo o naturaleza de los reclamos que se hayan interpuesto; 2) el número de reclamos solucionados; y, 3) el número de reclamos no solucionados, derivados a otras instancias o insti-

tuciones en los dos últimos años; además se solicita el pago de las costas y costos del proceso. La demandante aduce que la emplazada se ha negado a cumplir su requerimiento, vulnerando así su derecho a la información pública reconocido en el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

## ASPECTOS DE FORMA

- a) Sobre el cumplimiento del requerimiento de documento de fecha cierta
  2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia se hace necesario efectuar una primera precisión respecto del rechazo liminar realizado por el *ad quem*, el cual sostuvo que “si bien el documento dirigido por la demandante a la demandada (...) fue recepcionado por la emplazada con fecha 22 de diciembre del 2006, en el que se aprecia una firma y sello de la entidad demandada, sin embargo, se advierte de la solicitud glosada, que no se encuentra inmersa en alguno de los presupuestos establecidos en el artículo 245 del Código Procesal Civil, no constituyendo un documento de fecha cierta que cause convicción al juzgador”.
  3. Este Colegiado no comparte el criterio señalado, toda vez que la Sala no ha tomado en consideración el rol que desempeña la justicia constitucional, en aras de garantizar una efectiva vigencia de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Constitución peruana. En dicho contexto no debe pasarse por alto que la citada variable jurisdiccional se sustenta en una serie de principios esenciales, uno de los cuales es el llamado *pro actione*.
  4. La existencia de este principio en nuestro ordenamiento procesal constitucional exige a los juzgadores interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido que resulte más favorable a la plena efectividad del derecho

## DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA

humano reclamado, con lo cual, frente a la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso, y no por su extinción. La interpretación siempre debe ser la más optimizadora en la lógica de posibilitar el acceso de los justiciables a la tutela jurisdiccional plena y efectiva.

5. De acuerdo con lo señalado la opción del legislador al regular como prepuesto procesal la presentación de una solicitud de pedido de información mediante *documento de fecha cierta* a fin de interponer una demanda de hábeas data, no implica entender el documento de fecha cierta tal cual lo establece la regulación procesal civil sino los principios de la Constitución, ya que existen casos en los cuales se hace innecesario que el demandante cumpla con esta carga procesal a fin de que su derecho reciba una adecuada tutela, pues se entiende que existen otros mecanismos que pueden establecer una plena certeza en el juzgador.
6. Este Tribunal considera que el documento presentado por la recurrente en el que se aprecia una firma y sello de la entidad demandada constituye un documento que crea certeza al juzgador constitucional sobre su existencia y sobre la finalidad que éste intrínsecamente guarda, como es la de poner en conocimiento en determinada fecha a los demandados de la existencia del pedido de información que se les está efectuando.
7. Por consiguiente, ha quedado acreditado que la demandante cumplió con el requisito especial de la demanda establecido en el artículo 62º del Código Procesal Constitucional.

## II. ASPECTOS DE FONDO

### a) **Ámbito protegido del derecho de acceso a la información “pública”**

8. Se debe señalar que el derecho fundamental de acceso a la información pública se encuentra reconocido no sólo en el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución de 1993, sino

también en el artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habiendo sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, del 19 de setiembre del 2006, fundamento 77.

9. En términos generales, consiste este derecho en la facultad que tiene toda persona de solicitar y acceder a la información que se encuentra en poder, principalmente, de las entidades estatales. En lo que respecta al acceso a la información que se encuentran en poder de entes no estatales, es decir, personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios al público, no toda la información que posean se encuentra exenta de ser conocida, ya que en atención al tipo de labor que realizan es posible que puedan detentar alguna que sea de naturaleza pública, y por ende susceptible de ser exigida y conocida por el público en general. En este contexto las personas jurídicas a quienes puede solicitarse este tipo de información son aquellas que, pese a encontrarse bajo el régimen privado, prestan servicios públicos o ejercen función administrativa de acuerdo con lo establecido en el inciso 8 del artículo 1° de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
10. De conformidad con el fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente No. 00390-2007-PHD/TC, las personas jurídicas privadas que brinden servicios públicos o efectúen funciones administrativas, están obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que prestan, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejercen. Lo que supone que la información accesible siempre habrá de referirse a alguno de estos tres aspectos y no a otros, siendo éste el ámbito de información que puede solicitarse a una persona jurídica de derecho privado.

#### **b) Transporte aéreo como servicio público**

11. A través del artículo 1 del Decreto de Urgencia No. 005-2004 de 10 de julio de 2004 se ha establecido el servicio de transporte aéreo como un servicio público, de inte-

## *DERECHO DE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA*

rés nacional, orientado a satisfacer las necesidades de traslado de pasajeros, carga y correo de un punto de origen a un punto de destino. En consecuencia, las autorizaciones de dicho servicio público sólo pueden ser suspendidas, restringidas o revocadas por la autoridad aeronáutica civil, en los casos establecidos en la Ley No. 27261, Ley de Aeronáutica Civil y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 500-2001-MTC, o cuando medien razones de seguridad o emergencia debidamente comprobada

12. De tal manera, el transporte aéreo, debido a su naturaleza regular y a su finalidad de satisfacer determinadas necesidades sociales, repercute sobre el interés general y es considerado un servicio público. Por ello, aquella información que se encuentre estrechamente vinculada con este servicio debe de ser brindada a cualquier ciudadano que así lo solicite, ya que de lo contrario dichos actos se configurarían como lesivos al derecho fundamental de acceso a la información.

### **c) Análisis del caso materia de controversia constitucional**

13. En tal sentido este Colegiado estima que la información solicitada sobre el tipo o naturaleza de los reclamos que se hayan interpuesto con relación al servicio público de transporte aéreo, así como el número de reclamos solucionados y no solucionados, derivados a otras instancias o instituciones en los dos últimos años se encuentran vinculados a la administración del servicio público que ejerce la emplazada.
14. Debe en todo caso precisarse que la información susceptible de entrega es de carácter preexistente, esto es, la que se encuentre en posesión de la emplazada contenida en documentos escritos, soporte magnético o digital o en cualquier otro formato; ello en aplicación del artículo 10º de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
15. Por consiguiente habiéndose verificado la vulneración del derecho fundamental reclamado, la presente demanda

debe estimarse en forma favorable, otorgándose al efecto la tutela constitucional correspondiente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas data interpuesta por doña Fanny Ramírez Quiroz.

2. Ordenar a la empresa Continental Airlines Inc. Sucursal Perú proporcionar a la recurrente la información completa sobre: 1) el tipo o naturaleza de los reclamos que se hayan interpuesto; 2) el número de reclamos solucionados; y, 3) el número de reclamos no solucionados, derivados a otras instancias o instituciones en los dos últimos años; previo pago del importe correspondiente para su emisión, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 13° del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo No. 072-2003-PCM). Asimismo, ordena que el juez executor determine el pago de costas y costos del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO  
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 03803-2008-PHD/TC  
LIMA  
FANNY RAMÍREZ QUIROZ**

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ  
MIRANDA**

...



## IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS A CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

*Sinopsis:* La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile resolvió un recurso de casación interpuesto por dos personas condenadas como autores del delito de tormentos o rigor innecesario causando lesiones graves, cometido en contra de 17 personas durante la época de la dictadura en ese país. En términos generales, uno de los imputados impugnó, por una parte, el desechamiento de la excepción de amnistía opuesta ante la Corte de Apelaciones, porque, en su concepto, era aplicable a partir de lo dispuesto por el Decreto Ley No. 2191 de 1978, que estableció esa institución a favor de todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hubieran incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de “Estado de Sitio” comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Entre otros, alegó que en Chile no tuvo lugar un conflicto armado de carácter internacional, por lo cual no resultaban aplicables los Convenios de Ginebra de 1949 que imponen, como obligación a cargo de los Estados Parte, el procesamiento de las personas que cometan o den la orden de cometer cualquiera de los actos graves que establecen esos convenios. Adicionalmente, señaló que los tratados internacionales anteriores a la expedición de dicho Decreto Ley no podían afectar su vigencia, ya que había sido expedido por el Poder Legislativo de acuerdo a sus facultades constitucionales. Por otro lado, ambos imputados impugnaron el desechamiento de la excepción de prescripción opuesta en vía de apelación con base en que los Convenios de Ginebra no eran aplicables ya que el delito atribuido no se había cometido en una situación de guerra interna y por lo cual no resultaba imprescriptible, además de que tales tratados no se referían a la imprescriptibilidad de dicho delito. Finalmente, señalaron que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humani-



## IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS

dad no era aplicable debido a que el Estado chileno no era Parte de dicho instrumento.

La Segunda Sala de la Corte Suprema determinó, en primer lugar, que en la época en que se cometió el delito imputado, en Chile existió un estado de guerra interna, por lo cual eran plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de 1949. Señaló que, de conformidad con dichos tratados, se encontraban prohibidas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores. En tal sentido, dicha Sala determinó que no era aplicable el Decreto Ley No 2191, por constituir un acto de “autoexoneración de responsabilidad criminal” por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, lo cual, específicamente, era contrario al artículo 148 del Convenio de Ginebra IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Adicionalmente, la Segunda Sala señaló que los tratados internacionales que reconocen derechos humanos gozan de primacía constitucional, “de modo que una interpretación progresiva y finalista de la Constitución” los hacía prevalecer sobre la legislación interna. Por otra parte, respecto a la prescripción de la acción penal aducida, la Segunda Sala de la Corte Suprema determinó que, anteriormente, ya se había referido a su inaplicabilidad a delitos como el imputado en este caso. De cualquier manera, nuevamente señaló que, dado que en la fecha en que se cometió tal delito existía un estado de guerra, por lo cual eran aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, que el delito imputado constituía un crimen de lesa humanidad y que, debido a que una de las características que tales Convenios así como el Derecho Penal Internacional otorgaban a esta naturaleza de crímenes era, precisamente, su imprescriptibilidad, el paso del tiempo no podía conducir a una exoneración de las responsabilidades penales, como ocurre en el Derecho Penal interno. Con base en todo lo anterior, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia rechazó la casación solicitada por los imputados.

En el texto de la sentencia se encuentran dos votos disidentes.

*Synopsis: The Second Chamber of the Chilean Supreme Court of Justice issued a ruling on an appeal for annulment filed by two individuals convicted as perpetrators of the crime of torture and unnecessary harshness resulting in serious injuries to 17 individ-*

uals, performed during the dictatorship in that country. In general, one of the accused challenged the disregarding of the amnesty exception submitted before the Court of Appeals, as he considered that it was applicable based on the provisions of Decree No. 2191 of 1978, which established that exception for all those individuals who, in the capacity of perpetrators, abettors, or accessories after the fact, incurred in criminal facts during the period of martial law from September 11, 1973 to March 10, 1978. Among other, it stated that the armed conflict in Chile was not of an international nature, therefore the Geneva Conventions of 1949 were not applicable, which establish the obligation of the State Parties to prosecute the perpetrators or those who gave the orders of any of the grave acts established in those conventions. Additionally, he indicated that the international treaties prior to the issue of said Decree could not affect its validity, as it had been issued by the Legislative Branch in conformity with its constitutional powers. On the other hand, both of the accused appealed the dismissal of the objection on grounds of imprescriptibility submitted in the appeal, on the grounds that the Geneva Conventions were not applicable given that the crime attributed had not been committed in a situation of internal war and was therefore not inextinguishable; in addition, that those treaties did not refer to the non-extinguishment of said crime. Finally, they indicated that the Convention on Imprescriptibility of Crimes of War and against Humanity was not applicable, given that the State of Chile was not a party to said instrument.

The Second Chamber of the Supreme Court ruled that, in the first place, during the time when the crime ascribed was committed Chile was in a state of internal war, hence the Geneva Conventions of 1949 were fully applicable. It indicated that in conformity with said treaties, measures conducive to protecting offenses against individuals or achieving impunity of its perpetrators are prohibited. In this regard, the Chamber ruled that Decree No 2191 was not applicable, as it constituted an act of "self-exemption from criminal liability" for grave human rights violations committed, which goes specifically against Article 148 of the Geneva Convention IV regarding the protection of civilians during times of war. Additionally, the Second Chamber indicated that international treaties that recognize human rights have constitutional supremacy, "so that a progressive and final interpretation of the Constitution" makes them prevail over the

## IMPREScriptIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS

*internal legislation. On the other hand, regarding the extinguishment of the criminal act ascribed, the Second Chamber of the Supreme Court determined that it had previously referred to the non-applicability to crimes such as that imputed in this case. In any case, it reiterated that since there was a state of war at the time when the crime was committed the Geneva Conventions of 1949 were applicable, that the imputed crime constituted a crime against humanity, and that since one of the characteristics that said Conventions and International Criminal Law granted to that type of crimes was precisely their non-extinguishment, the passing of time is not conducive to an exemption of criminal liabilities, as is the case in the domestic criminal law. Based on the foregoing, the Second Chamber of the Supreme Court of Justice disallowed the appeal for annulment requested by the accused. In the text of the judgment there are two dissenting opinions.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE  
SEGUNDA SALA

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO  
POR EDGAR BENJAMÍN CEVALLOS JONES Y RAMÓN  
PEDRO CÁCERES JORQUERA  
ROL 8113-2008

SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2009

...

Vistos:

En estos antecedentes rol 1058-01 y acumulados, seguidos ante el Noveno Juzgado del Crimen de Santiago por el Ministro en Visita Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar, por sentencia de treinta de abril de dos mil siete, escrita a fs. 3393 y siguientes, se condenó a Edgar Benjamín Cevallos Jones y a Ramón Pedro Cáceres Jorquera, como autores del delito de tormentos o rigor innecesario causando lesiones graves, en las personas de Bernardo Pizarro Meniconi, Ignacio Puelma Olave, Gastón Muñoz Briones, María Marchi Badilla, María Padilla Contreras, Margarita Iglesias Saldaña, Sergio Castillo Ibarra, Carmen Díaz Rodríguez, Liliana Mason Padilla, Patricio Rivas Herrera, Sergio Santos Señoret, Ricardo Parvex Alfaro, Cecilia Olmos Cortés, Belarmino Constanzo Merino, José Carrasco Oviedo, Manuel López Oyanedel y Gustavo Lastra Saavedra, cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y enero de 1975. Se impuso a los sentenciados una condena única de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público por el tiempo de la condena y se les obligó a pagar proporcionalmente las costas de la causa.

## *IMPREScriptIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS*

Al acusado Cevallos Jones se le otorgó el beneficio de la reclusión nocturna para el cumplimiento de su condena, en tanto a Cáceres Jorquera, se le concedió la remisión condicional de la pena.

En la parte civil, se acogió la excepción de prescripción de la acción interpuesta por el procesado Cáceres Jorquera y por el Fisco de Chile, de modo que a su respecto se rechazaron las demandas deducidas. Por el contrario, se acogieron las mismas demandas, en cuanto fueron dirigidas contra Cevallos Jones, quien fue condenado a pagar diez millones de pesos a cada uno de los actores, por concepto de daño moral, más los reajustes de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la sentencia de primera instancia y hasta su pago efectivo, más los intereses que se contabilizarán desde que el fallo quede ejecutoriado.

Revisada la sentencia por la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de seis de noviembre de dos mil ocho, que se lee a fs. 3584 y siguientes, se confirmó el fallo de primera instancia, con declaración que se elevó a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, la pena privativa de libertad impuesta a los procesados, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Las medidas alternativas que habían sido otorgadas a los sentenciados, fueron sustituidas por la de libertad vigilada, quedando ambos sometidos a la vigilancia de la autoridad administrativa por el lapso de cuatro años.

Contra esta sentencia, las defensas de ambos condenados dedujeron recursos de casación en el fondo, basados en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

...

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que por el recurso deducido por la defensa de Ramón Cáceres Jorquera, se invoca el artículo 546 No. 5 del Código de Procedimiento Penal, denunciando la infracción de dos grupos de normas.

En primer término, alega violación del artículo 93 No. 3 del Código Penal, por haberse desechado la excepción de amnistía que opuso su parte de acuerdo al D.L. 2191 de 1978.

En segundo lugar, sostiene la existencia de infracción a los artículos 93 No. 6, 94 inciso 4º, 95, 101 y 102 del Código Punitivo, al haberse desechado la excepción de prescripción que también hizo valer en su oportunidad.

**SEGUNDO:** Que, sobre la amnistía, asevera que el D.L. 2191 tiene plena vigencia, ya que los Convenios de Ginebra no pudieron tener aplicación al caso concreto puesto que en nuestro país no existía un conflicto armado sin carácter internacional —de aquéllos que se describen en el art. 3º de los señalados Convenios— puesto que esa situación supone la existencia de bandos contendientes y hostilidades militares, cuestión que no ocurrió en Chile. Arguye el recurrente, que el conflicto debería tener magnitud suficiente como para implicar lucha entre bandos militares y la presencia de operaciones propias de una situación bélica auténtica. Para corroborar aquello, agrega que de acuerdo al Protocolo Adicional de La Haya No. 2 de 1977, los conflictos eran entre las fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o bien, grupos armados organizados que bajo la dirección de un mando responsable, ejercieran sobre una parte de dicho territorio, un control tal que les permitiera realizar operaciones militares sostenidas y concretadas. Ese mismo Protocolo precisa que no tiene aplicación a situaciones de tensión interna y disturbios tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia y otros análogos que no son conflictos armados.

Agrega que el D.L. No. 5 de septiembre de 1973, no hizo declaración alguna de guerra interna, ya que su propósito fue sólo permitir la represión de determinados ilícitos, por los tribunales militares.

Del mismo modo, los tratados internacionales anteriores a la dictación del D.L. 2191 señalado, no habrían podido afectar su vigencia, puesto que este decreto ley fue dictado por el legislativo en uso de la atribución conferida por el artículo 44 No. 13 de la Constitución Política de 1925, de modo que no puede ser mo-

## IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS

dificada por un tratado internacional, cuya aprobación está sujeta solamente a las normas de una ley.

Asimismo, no puede el citado Decreto Ley ser dejado sin efecto por un tratado promulgado después de su dictación, puesto que esa facultad no está contemplada en la Constitución Política; porque además, violaría las normas sobre el principio de irretroactividad de la ley penal y, finalmente, porque el decreto ley contendría la norma más favorable al reo.

A continuación, el recurrente, señala que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, no tienen el mérito de derogar el D.L. 2191, porque fueron aprobados después.

El Código de Derecho Internacional Privado contiene una disposición que de modo expreso ordena estarse a la legislación nacional en caso de conflicto entre ella y la legislación extranjera. Ello encuentra su correlato en las normas de nuestro país, ya que el artículo 5° de la Constitución Política establece el principio de soberanía de la Nación y el artículo 19 No. 3, el impedimento de aplicar normas penales desfavorables de modo retroactivo, lo que también se recoge en el artículo 18 del Código Penal.

Sobre el *ius cogens* o principios humanitarios del derecho internacional, asevera que debe tenerse presente que en Chile rige el principio de supremacía constitucional y la Constitución Política señala como piedra angular del debido proceso, el respeto irrestricto al principio de reserva o legalidad.

**TERCERO:** Que en un segundo grupo de infracciones y por la misma causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente reclama la violación de los artículos 93 No. 6, 94 inciso 4°, 95, 101 y 102 del Código Penal, puesto que el fallo de primera instancia da por establecido que los hechos ocurrieron hasta enero de 1975, de modo que a la fecha que se inicia la investigación, los delitos se encontraban prescritos.

Acto seguido, reproduce todo lo señalado sobre los tratados internacionales al referirse a la Amnistía y agrega que la Organización de las Naciones Unidas, por resolución No. 2391 de 26

de noviembre de 1968, acordó dictar la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de modo que hasta entonces todos los delitos eran prescriptibles y dado que nuestro país no ha ratificado ese Convenio, subsiste aquí la situación anterior a la dictación de aquél.

**CUARTO:** Que, por su parte, la defensa de Edgar Cevallos Jones, invocó también la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando infracción a los artículos 433 No. 7 en relación al 434 incisos 2º y 3º, todos del mismo cuerpo legal, como asimismo, a los artículos 93 No. 6, 94, 95, 101 y 102 del Código Penal.

Fundamenta su recurso en el voto disidente del fallo de la Corte de Apelaciones que confirmó con declaración de aumento de pena, la sentencia de primera instancia. El autor de ese voto, Ministro Sr. Víctor Montiglio Rezzio, fue del parecer de acoger la excepción de prescripción y, en consecuencia, de absolver a los acusados. Para ello tuvo presente que el tiempo fijado por el Código Penal para la prescripción de la acción penal en el presente caso, ya había transcurrido para cuando se dio inicio a la investigación y que no existían motivos por los cuales debieran los hechos investigados ser reconocidos como delitos imprescriptibles.

Señala que los Convenios de Ginebra de 1949 no son aplicables al caso, porque los delitos no se perpetraron ni consumaron en estado de guerra interna, sin perjuicio que en tales tratados no existiría norma de la cual colegir la derogación de la prescripción de la acción penal en delitos de tormentos causando lesiones graves, como los de autos, ya que no contienen prohibición alguna al respecto.

Explica el disidente, que el art. 3º común a todos los Convenios, se aplica en casos de situaciones objetivas de conflicto armado con determinadas características y no procede por simples elementos subjetivos o de reconocimiento de las partes en conflicto. Ello, por cuanto del D.L. No. 5 de 1973, no resulta posible afirmar la existencia de un conflicto como los que describe el art. 3º de los Convenios de Ginebra, ya que la motivación del re-



## *IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS*

ferido decreto ley, fue la interpretación del artículo 418 del Código de Justicia Militar. Dice que la verdad histórica es que no puede sostenerse que los opositores al gobierno militar se hayan organizado como fuerzas armadas y que hayan dado curso a hostilidades abiertas, porque no se produjo ninguna división entre los cuerpos armados de la época, que desde un comienzo se mantuvieron bajo las ordenes de la Junta de Gobierno.

Finaliza argumentando que el carácter de imprescriptible tampoco deviene de la aplicación de una costumbre internacional porque para ello, debiera tratarse de una práctica general de la comunidad internacional con la convicción de que ella responde a una obligación jurídica. Sin embargo, la Convención sobre Imprescriptibilidad sólo ha sido ratificada por un grupo menor de países y las legislaciones de diferentes Estados varían en materia de prescripción, de lo que fluye que no existe esta práctica generalizada.

Sobre las acciones civiles interpuestas, concluye que dado que no asiste responsabilidad penal a los acusados, carecen de responsabilidad civil.

**QUINTO:** Que ambos acusados han aceptado tanto los hechos que se han tenido por establecidos, como la participación que en ellos se les atribuye, disintiendo sólo del rechazo de las excepciones de amnistía y prescripción por ellos invocadas.

**SEXTO:** Que la improcedencia de aplicación del D.L. 2191 del año 1978 a los casos de violaciones a los derechos humanos, es una cuestión ya ampliamente conocida y resuelta por esta Corte.

**SÉPTIMO:** Que como se expresa más adelante, en la época en que ocurrieron los hechos investigados, el territorio nacional se encontraba en estado de guerra interna, por lo tanto, resultan plenamente aplicables a los delitos indagados, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, que en su artículo 3° 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 ar-

mas y aquellos que han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. 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 legítima.

**OCTAVO:** Que al suscribir y ratificar los citados Convenios nuestro país acató 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 proscritas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exo-

## *IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS*

nerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos.

**NOVENO:** Que, como ya se ha resuelto con anterioridad por esta Corte, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las contravenciones 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 mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante esos instrumentos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

**DÉCIMO:** Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente entendida 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. Esta conducta resulta violatoria del artículo 148 del IV Convenio de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidas en nuestro país durante su vigencia.

**UNDÉCIMO:** Que, por otro lado, atendida la naturaleza de los hechos investigados y de acuerdo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es 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.

**DUODÉCIMO:** Que, como se estableció en la sentencia de reemplazo dictada con fecha 13 de agosto de 2009, en la causa rol CS No. 921-09, “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 desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel 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 de 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 ala 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.”

**DÉCIMO TERCERO:** Que los delitos se esta índole no pueden ser declarados prescritos, tampoco amnistiados y respecto de ellos, no es posible consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables, precisamente porque se trata de acciones que constituyen graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura (que corresponde a los hechos de esta causa), las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

**DÉCIMO CUARTO:** Que los principios internacionales referidos, así como los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales —contrariamente a lo sostenido por los recurrentes—

## *IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS*

gozan de primacía constitucional, de modo que una interpretación progresiva y finalista de la Constitución, los hace prevalecer sobre la legislación interna, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan; de modo 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. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que “éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía. No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 20, N°s. 2 y 3, tomo II, mayo - diciembre de mil novecientos noventa y tres, página 887).

**DÉCIMO QUINTO:** Que tratándose como se ha visto, de delitos de lesa humanidad, cada Estado miembro de la comunidad internacional tiene la obligación de juzgar y castigar a sus autores, precisamente porque han lesionado 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 de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos. Los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, No. 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, en consecuencia, el recurso de casación deducido en representación del acusado Ramón Cáceres Jorquera, en la parte que denuncia error de derecho al desestimar su excepción de amnistía no puede prosperar porque como se ha visto, no ha existido error al desecharla.

**DÉCIMO SEPTIMO:** Que en lo que cabe a la excepción de prescripción de la acción penal, ha sido estimada inaplicable en delitos como los que motivaron la investigación de autos.

La improcedencia de la causal extintiva de responsabilidad penal contemplada en el artículo 93 No. 6°, del Código Penal, se fundamenta en la circunstancia de que a la fecha en que se verificaron los hechos investigados en esta causa —desde septiembre de 1973 a enero de 1975— el territorio nacional se encontraba en estado de guerra, situación que resulta innegable, atendidas las disposiciones de los Decretos Leyes N°s. 3 y 5 ambos del año 1973. Según lo dispuesto por el artículo 418 del Código de Justicia Militar, interpretado por el Decreto Ley No. 5, “se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya he-

## *IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS*

cho su declaración oficial". Esta Corte ha argumentado en diversas sentencias (rol 3.462-06, rol 4.662-07, rol 4087-08), que los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirmó el Decreto Ley No. 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse "en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea de forma abierta o en la clandestinidad", único supuesto que para este caso admite el artículo 6° letra b) del Decreto Ley No. 640. Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho. Además 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, no pudiendo concluirse sino que son leyes vigentes a la época de comisión de los hechos de autos".

Asimismo, del examen de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo No. 752/ 1951, es posible advertir que su aplicación no se agota únicamente en lo que dice relación con conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aún para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, sino que —y como lo establece su artículo 3°— alcanza los casos de conflicto armado sin carácter de internacional, situación ésta última correspondiente a la de la especie, como lo ha interpretado esta Corte en diversos fallos.

Por otra parte, como también lo ha decidido este Tribunal con antelación, una de las características que los Convenios antes citados y la aplicación del Derecho Penal Internacional asignan a este tipo de delitos, es su imprescriptibilidad. A este



respecto, los cuatro Convenios de Ginebra de 1.949 sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y las Personas Civiles en tiempos de Guerra, integran el denominado Derecho Internacional Humanitario. Esta Corte Suprema ha reconocido y sustentado el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, considerando entre otros motivos para ello su pertenencia al ámbito del ordenamiento penal universal, en el cual y en relación a esta clase de crímenes, el paso del tiempo no puede conducir a una exoneración de las responsabilidades penales, como ocurre, en general, en el Derecho Penal interno. A este respecto, es decidor el Convenio IV de Ginebra, cuyo Título IV, denominado “Aplicación del Convenio”, desarrolla a través de los artículos 146, 147 y 148, el principio básico señalado.

Sobre este mismo tópico, valga considerar que en el preámbulo de la Convención de 1968, su artículo primero es muy claro en cuanto a que los crímenes de guerra y de lesa humanidad “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que si bien el artículo 93 numerales 6° y 7° de nuestro Código Penal establece como causal extintiva de la responsabilidad penal la prescripción de la acción penal y de la pena, tratándose de los delitos de *lesa humanidad*, que ofenden gravemente los derechos humanos fundamentales, se alza como barrera ante la impunidad precisamente la imprescriptibilidad de esos crímenes y que surge de las fuentes antes citadas.

**DÉCIMO NOVENO:** Que por las razones anotadas cabe concluir que no se ha incurrido en el error de derecho que se denuncia al rechazar las excepciones de amnistía y prescripción invocadas por la defensa de Ramón Cáceres Jorquera y la de prescripción alegada por la de Edgar Cevallos Jones, por lo que los recursos de casación entablados por ellos serán rechazados.

**VIGÉSIMO:** Que al desestimarse los recursos, dado que se ha tenido por establecida la responsabilidad penal de los acusados y la ausencia de causales que la eximan, análisis al que so-



*IMPRESCRIPTIBILIDAD Y NO APLICACIÓN DE AMNISTÍAS*

lamente puede extenderse el pronunciamiento de esta Corte de Casación, no es procedente —como lo requirió la defensa de Cevallos Jones— dejar sin efecto la condena civil que a ese acusado ha sido impuesta, puesto que a ese respecto no se refirieron los errores de derecho sustentados por la impugnación.

Y visto lo prevenido en los artículos 5º, inciso segundo de la Constitución Política de la República, 93 del Código Penal; 764, 765, 767 y 772 del de Procedimiento Civil, 535, 546 y 547 del Código de Enjuiciamiento Criminal, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo interpuestos a fs. 3605 y 3616 en representación de los acusados Ramón Cáceres Jorquera y Edgar Cevallos Jones, respectivamente, y, en consecuencia, se declara que la sentencia de seis de noviembre de dos mil ocho escrita a fs. 3584 y siguientes de estos antecedentes, **no es nula**.

Se previene que el ministro señor Muñoz concurre al fallo, pero no comparte el razonamiento noveno y del fundamento décimo cuarto...

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros...

...

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Künsemüller y de la prevención y disidencias, sus autores.

Rol No. 8113-08.

Pronunciado por la Segunda Sala ...

...

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

...

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

*Sinopsis:* La presente sentencia se refiere a un amparo indirecto resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito de México. Mediante este recurso, una persona impugnó una decisión emitida por la Tercera Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que, por considerarse incompetente para conocer del asunto, sobreseyó un juicio de nulidad planteado por la quejosa. En términos generales, ésta alegó que con tal decisión “se le dejó de administrar justicia” al privársele de los derechos en el juicio sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, por no analizar el fondo del asunto y por decretar el sobreseimiento.

A partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente haciendo alusión a lo establecido en un caso mexicano, el Tribunal Colegiado ejerció un control de convencionalidad para interpretar la garantía de acceso a la justicia. En tal sentido, dicho Tribunal señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. El control de convencionalidad debe realizarse entre las normas de derecho interno y la mencionada Convención Americana tomando en cuenta no solamente su texto sino también su interpretación por parte de la Corte Interamericana. Así, a partir de lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, referido al derecho a la protección judicial, así como de diversa jurisprudencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Colegiado determinó que los órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales deben tratar de suprimir prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia, es decir, que deben evitar que por meros formalismos o tecnicismos no razonables se impida el acceso a

## CONTROL DE CONVECCIONALIDAD

un tribunal. En consecuencia, el Tribunal Colegiado resolvió que, para no violar la garantía de acceso a la justicia, en su decisión, la Tercera Sala Regional debió buscar la garantía del efectivo acceso a la justicia de la quejosa a fin de resolver, de manera efectiva, la controversia planteada y que, por lo tanto, debió declinar el conocimiento del asunto a favor de la autoridad correspondiente. En razón de lo anterior, concedió el amparo solicitado.

En esta sentencia, el Tribunal Colegiado se refirió a las sentencias de la Corte Interamericana emitidas en los casos *López Álvarez vs. Honduras*, *Baldeón García vs. Perú*, *Ximenes Lopes vs. Brasil* y *Claude Reyes vs. Chile*. Asimismo, al referirse al control de convencionalidad, el Tribunal Colegiado se remitió a las sentencias de la Corte Interamericana dictadas en los casos *Radilla Pacheco vs. México* y *Almonacid Arellano vs. Chile*.

*Synopsis: The instant judgment refers to an indirect protection writ ruled by the Fourth Collegiate Court of Administrative Matters of the First Circuit of Mexico. By means of this motion, an individual challenged a decision issued by the Third Metropolitan Regional Chamber of the Federal Court of Fiscal and Administrative Justice, which stayed a trial of annulment filed by the plaintiff since it considered itself disqualified to hear the matter. In general, the plaintiff claimed that with that decision “justice was no longer applied” as it was deprived of the right of trial without complying with the basic formalities of the proceeding, as the merits of the case were not analyzed and it was declared discontinued.*

*Based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, especially in relation to that established in a Mexican case, the Collegiate Court exerted a conventionality control to interpret the guarantee of access to justice. In this regard, said Court indicated that when a State has ratified an international treaty such as the American Convention on Human Rights, its judges, as part of the state apparatus, must ensure that its provisions are not reduced or limited by domestic provisions that are contrary to its objective and purpose. The conventionality control must be performed between the norms of domestic law and the aforementioned American Convention, taking into account not only its text but also the interpretation by the Inter-American*

*Court. Thus, based on Article 25 of the American Convention on judicial protection, as well as the diverse jurisprudence of the Inter-American Court, the Collegiate Court determined that the organs that are in charge of the judiciary must try to suppress practices that are conducive to denying or limiting the right of access to justice, meaning that they must avoid mere formalities or technicalities that are unreasonable and obstruct access to a court. Consequently, the Collegiate Court resolved that, so as to not violate the guarantee of access to justice, in its decision the Third Regional Chamber should have sought to guarantee the plaintiff effective access to justice, to effectively resolve the controversy, and should have therefore declined to hearing the matter so that the corresponding authority would do so. Based on the foregoing, it granted the protection writ.*

*In this judgment the Collegiate Court referred to the Inter-American Court's judgments issued in the cases of López Álvarez v. Honduras, Baldeón García v. Perú, Ximenes Lopes v. Brazil and Claude Reyes v. Chile. Likewise, when referring to the conventionality control, the Collegiate Court referred to the Inter-American Court's judgments in the cases of Radilla Pacheco v. Mexico and Almonacid Arellano v. Chile.*



CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA  
ADMINISTRATIVA DE MÉXICO

AMPARO DIRECTO 505/2009 SOLICITADO  
POR ROSALINDA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 2010

...  
**VISTOS** para resolver los autos del juicio de amparo directo número 505/2009; y

**RESULTANDO:**

**PRIMERO.** Por escrito presentado el doce de marzo de dos mil nueve, en la Oficialía de Partes de las Salas Regionales Metropolitanas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, **ROSALINDA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ** ocurrió a demandar el amparo y la protección de la Justicia Federal en contra de la autoridad y respecto del acto que a continuación se transcriben:

**AUTORIDAD RESPONSABLE.-** *“Pleno de la Tercera Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.”*

**ACTO RECLAMADO.-** *“Resolución del veinte de enero de dos mil nueve, dictada en el expediente 31967/07-17-03-4, por el cual la responsable sobreseyó el juicio, considerando como competente para conocer de mi reclamo, a la autoridad laboral.”*

## CONTROL DE CONVECCIONALIDAD

En la demanda de garantías se estimaron violados los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se tuvo como tercero perjudicado al titular del Dirección de Seguridad Social, Civil y Militar, de la Dirección General Adjunta de Estrategia y Política Presupuestaria de la Unidad de Política y Control Presupuestario, de la Subsecretaría de Egresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien fue emplazado al juicio de garantías, según constancia de notificación que obra a foja 70 del expediente de origen.

...

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** Este tribunal colegiado tiene competencia legal para conocer del presente juicio de garantías y la vía elegida es correcta, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo, así como por los numerales 37, fracción I, inciso b), y 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, al haberse promovido en contra de la sentencia dictada por una Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con residencia en el circuito en que este órgano ejerce jurisdicción.

...

**CUARTO.** Los argumentos planteados por la quejosa en su concepto de violación son fundados en parte y en otra infundados, como a continuación se demuestra.

**A) Antecedentes del asunto.** De las constancias del juicio de nulidad, se desprende lo siguiente:

1. La quejosa demandó la nulidad de la resolución contenida en el oficio 307.-A.2.\_8427 de veinticinco de septiembre de dos mil siete, emitido por el director de Seguridad Social, Civil y Militar de la Subsecretaría de Egresos, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en dónde se le informa que al tener la quejosa una plaza federalizada quedaba excluida de la aplicación del Programa de Separación Voluntaria en la Administración Pública Federal de dos mil tres.

2. Correspondió conocer del asunto a la Tercera Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la que el veinte de enero de dos mil nueve, dictó sentencia definitiva en el juicio de nulidad 31967/07-17-03-4, en la que, sobreseyó en el juicio por considerar que se actualizaba la causal de improcedencia que establece el artículo 8, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

3. Inconforme con tal determinación, la parte actora promovió el presente juicio de amparo directo.

**B) Sentencia reclamada.** La sala consideró **fundada** la *causa de improcedencia* invocada por la autoridad demandada en la contestación de demanda, contenida en el artículo 8, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, al considerar que:

a) La resolución impugnada por la actora deriva de la aplicación de la norma que regula el Programa de Separación Voluntaria en la Administración Pública de dos mil tres.

b) Respecto de la competencia para conocer de los juicios promovidos en contra de resoluciones como la que impugna la actora, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió criterio en el que sostiene que la norma que regula el Programa de Separación Voluntaria en la Administración Pública Federal es de naturaleza laboral pues se deriva de una prestación extralegal derivada del nexo laboral. En sustento a lo anterior citó la jurisprudencia de rubro “*SEPARACIÓN VOLUNTARIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. LA NATURALEZA DE LA NORMA QUE REGULA EL PROGRAMA RELATIVO ES FORMALMENTE ADMINISTRATIVA PERO MATERIALMENTE LABORAL, POR LO QUE LOS CONFLICTOS Y EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES QUE SURJAN CON MOTIVO DE SU APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO CORRESPONDE A AUTORIDADES ESPECIALIZADAS EN ESTA ÚLTIMA MATERIA.*”.

c) Por lo anterior, la sala consideró que el juicio resultaba improcedente, al ser incompetente para resolver el asunto.

**C) Conceptos de violación.** Aduce la parte quejosa en su único concepto de violación lo siguiente:



## CONTROL DE CONVECCIONALIDAD

1. Que la resolución reclamada le priva de los derechos en el juicio, sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, por no entrar al fondo del asunto y decretar el sobreseimiento, por lo que se le dejó de administrar justicia.

2. Que el acto reclamado es la decisión sobre la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en los términos de los artículos 11, fracción XIII, y 31 de la entonces vigente Ley Orgánica del tribunal.

3. Que la aplicación del Programa de Separación Voluntaria en la Administración Pública Federal, se dio en el periodo en que estuvo vigente la jurisprudencia 155/2004, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se daba competencia al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para conocer de actos derivados del programa en mención.

4. Que la resolución reclamada es una extensión de la acción ejercida anteriormente y de la que conoció la Quinta Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, de ahí que resulte competente el tribunal en mención.

Es infundado el concepto de violación en el que la quejosa arguye, en lo esencial, que la aplicación del programa de

Separación Voluntaria en la Administración Pública Federal, se dio en el periodo en que estuvo vigente la jurisprudencia 155/2004 emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que justificaba la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, por lo cual resulta la sala responsable si es competente para conocer del juicio.

Carece de razón en lo que alega la quejosa, debido a que el criterio que pretende se aplique ha sido superado por la jurisprudencia número 2ª./J.35/2007, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el tomo XXV, marzo de 2007 del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, que establece lo siguiente:

***“SEPARACIÓN VOLUNTARIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. LA NATURALEZA DE LA NORMA QUE REGULA EL PROGRAMA RELATIVO ES FORMALMENTE ADMINISTRATIVA PERO***

***MATERIALMENTE LABORAL, POR LO QUE LOS CONFLICTOS Y EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES QUE SURJAN CON MOTIVO DE SU APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO CORRESPONDE A AUTORIDADES ESPECIALIZADAS EN ESTA ÚLTIMA MATERIA. ...***

De la tesis anterior se advierte que la jurisprudencia 155/2004 (que otorgaba competencia al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para conocer del acto reclamado) ha sido superada por el criterio que establece la jurisprudencia antes citada, que determina que los actos derivados de la aplicación de la norma que regula la Separación Voluntaria en la Administración Federal son de carácter laboral, por lo cual la competencia para conocer de las controversias derivadas de su aplicación compete a tribunales especializados en materia laboral, tal y como lo consideró la sala responsable.

Resulta incorrecto aplicar al presente caso el criterio superado (como lo pretende la quejosa) debido a que una jurisprudencia no constituye una legislación nueva o diferente a la que está en vigor, sino sólo es una interpretación de la voluntad del legislador al crearla, por lo cual, al existir un nuevo criterio de interpretación sobre la misma norma, resulta aplicable esta última

Sirve de sustento a lo anterior, en su sentido, la tesis de jurisprudencia número P./J.145/2000, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el página 16 del tomo XII, diciembre de 2000, cuyo rubro y texto son los siguientes:

***“JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. ...***

No es óbice a lo anterior, la manifestación del quejoso relativa a que la resolución impugnada derive de una diversa de la que en su oportunidad conoció y resolvió la Quinta Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, debido a que en ese momento dicha sala si era competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho tribunal, pues como lo refie-

## CONTROL DE CONVECCIONALIDAD

re la quejosa era aplicable en ese momento, tanto el criterio contenido en la diversa tesis de jurisprudencia numero 155/2004 de rubro “*SEPARACIÓN VOLUNTARIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES COMPETENTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS SURGIDOS CON MOTIVO DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA QUE REGULA ESE PROGRAMA.*”, como lo dispuesto en la legislación que refiere.

Finalmente, por lo que respecta a la manifestación del quejoso en razón de que con el sobreseimiento decretado se le dejó de administrar justicia, este tribunal colegiado considera que es suficiente para conceder la protección constitucional solicitada por las siguientes razones.

Se considera que la actuación de la sala responsable al decretar el sobreseimiento mediante resolución de veinte de enero de dos mil nueve, viola en perjuicio de la quejosa la garantía de acceso a la justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, como lo dispone el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior es así, debido a que si bien es cierto que en el caso se actualiza la causal de improcedencia establecida en el artículo 8, fracción II, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, también lo es que ésta derivó del abandono de un criterio inicialmente emitido por el más alto tribunal del país, en virtud de una nueva interpretación reflejada en la tesis de jurisprudencia número 2ª./J.35/2007, la cual es obligatoria en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo.

Por lo tanto, para no violar la garantía de acceso a la justicia, la sala debió declinar el conocimiento del asunto a favor de la autoridad laboral correspondiente, a fin de dar cabal cumplimiento a la jurisprudencia citada en ultimo lugar.

Apoya la determinación anterior el criterio contenido en la tesis asilada XIX.1º.A.C.38.A, la cual comparte este tribunal, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Décimo Noveno Circuito, publicada en el tomo XXVIII, Agosto de 2008 en el Semanario Judicial de la

Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

*“SEPARACIÓN VOLUNTARIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. SI LA SALA FISCAL SE DECLARA INCOMPETENTE PARA CONOCER DE UN JUICIO CONTRA LA APLICACIÓN DE LA NORMA QUE REGULA EL PROGRAMA RELATIVO Y SOBRESEE EN EL JUICIO, VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA PRONTA, COMPLETA, IMPARCIAL Y GRATUITA, PUES DEBIÓ DECLINAR EL CONOCIMIENTO DEL ASUNTO EN FAVOR DE LA AUTORIDAD LABORAL CORRESPONDIENTE (APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 2A./J. 35/2007). ...*

En este contexto, el derecho fundamental de acceso a la justicia contenido en el artículo 17 constitucional ha sido abordado e interpretado por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>1</sup> y se entiende, fundamentalmente, como la posibilidad o prerrogativa a favor de los gobernados de promover la actividad jurisdiccional y ser parte dentro de un proceso en que, una vez satisfechos los requisitos procesales previstos por el legislador ordinario, permita obtener una decisión en la que se resuelva de manera efectiva sobre las pretensiones deducidas, observando siempre la satisfacción de los principios que integran este derecho, como son de justicia: *i)* pronta; *ii)* completa; *iii)* imparcial; y *iv)* gratuita.

Correlativamente, el derecho fundamental de acceso a la justicia no sólo se encuentra contenido en el artículo 17 constitucional, sino también en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como “Pacto de San José de Costa Rica”, que en su artículo 25 dispone:

*“Artículo 25. Protección Judicial.—1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos*

<sup>1</sup> Consideraciones que encuentran sustento en las jurisprudencias P./J.113/2001 y 2ª./J.192/2007, emitidas por el Pleno y Segunda Sala, respectivamente, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## CONTROL DE CONVECCIONALIDAD

*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.—2. Los Estados parte se comprometen:—a) a garantizar que la autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;—b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y —c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”*

El artículo antes citado, prescribe la obligación por parte del Estado de conceder a toda persona bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de derechos, mismos que pueden estar reconocidos tanto en la legislación interna, como en la propia Convención.

En la interpretación que se ha hecho de este numeral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>2</sup>, ha sido criterio sostenido en diversos casos, que para la satisfacción de la prerrogativa de acceso a la justicia no basta con la existencia formal de un recurso, sino que los mismos deben ser efectivos; es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada.

En otras palabras, la obligación a cargo del Estado no se agota con la existencia legal de un recurso, sino que el mismo debe ser idóneo para combatir la violación y brindar la posibilidad real, no ilusoria, de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida.

La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana citada, sino de todo estado de derecho en una sociedad democrática.

De lo anterior, puede concluirse válidamente que aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el referido derecho de acceso a la justicia; esto es, evitar que por meros formalismos o tecnicismos no ra-

<sup>2</sup> Caso *López Álvarez vs Honduras*; Caso *Baldeón García vs Perú*; Caso *Ximenes López vs Brasil* y Caso *Claude Reyes vs Chile*.

zonables se impida el acceso a un tribunal que dirima la controversia o pretensiones que se deduzcan.

Por último y a mayor abundamiento, se han emitido criterios por parte de la Corte Interamericana en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como en el caso lo es la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas de derecho interno y la propia Convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado<sup>3</sup>, por lo que se estima que la sala debió apegarse y buscar en su resolución, garantizar el efectivo acceso a la justicia del gobernado a fin resolver, de manera efectiva, la controversia planteada.

En consecuencia, se debe conceder el amparo para el efecto de que la sala responsable deje sin efectos la resolución combatida y, en su lugar, emita otra en la que atendiendo a los lineamientos de esta ejecutoria, declare su legal incompetencia para conocer del asunto y remita los autos al tribunal competente en materia laboral para su conocimiento y resolución.

Similar criterio sostuvo este tribunal, al resolver en sesión de siete de octubre de dos mil nueve, por unanimidad de votos de sus integrantes, el amparo directo número 307/2009 promovido por María del Carmen Muñoz Vázquez, siendo ponente el magistrado Jesús Antonio Nazar Sevilla.

Por lo expuesto y con fundamento en lo establecido en los artículos 184 y 193 de la Ley de Amparo, 37, fracción I, inciso b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve:

**ÚNICO.** La Justicia de la Unión **ampara y protege a Rosalinda González Hernández**, contra la sentencia de veinte de enero de dos mil nueve, dictada por la Tercera Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Admi-

<sup>3</sup> Caso *Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos* y Caso *Almonacid Arellano vs Chile*.

*CONTROL DE CONVECCIONALIDAD*

nistrativa, en el juicio contencioso administrativo 31967/07-17-03-4, para los efectos que se indican en el último considerando de esta ejecutoria.

**NOTIFÍQUESE;** con testimonio de esta resolución, devuélvanse los autos a la sala de su origen y, en su oportunidad, archívese este asunto.

**ASÍ** lo resolvió el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito que integran los magistrados, Patricio González-Loyola Pérez, presidente, Jesús Antonio Nazar Sevilla y Jean Claude Tron Petit, por unanimidad de votos. Fue ponente el primero de los magistrados antes mencionados.

Firman los magistrados integrantes de este tribunal en unión de la secretaria de acuerdos que da fe.

...

## EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD A TRAVÉS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

*Sinopsis:* La Corte Constitucional de Colombia resolvió una acción de tutela presentada por la madre de un niño de aproximadamente 4 meses de edad. La madre reclamó atención médica especializada a favor del menor luego de haber sido atendido varias veces de manera deficiente en instituciones privadas por una complicación en su salud. Antes de que se resolviera la tutela, el niño falleció, por lo cual el juez de primera instancia resolvió que dicho recurso se había quedado sin objeto. Al revisar esta decisión, la Corte Constitucional decidió que, si bien el menor había perdido la vida cuando se sustanciaba la tutela, una interpretación restrictiva, como la realizada por el juez de primera instancia, implicaba la inadvertencia de la dimensión objetiva de los derechos conculcados, la cual consiste no solamente en reaccionar frente a las vulneraciones de los derechos sino en prevenir que en el futuro los derechos sigan siendo desconocidos. Desde el punto de vista objetivo, la responsabilidad a que da lugar la vulneración de los derechos tiene un carácter *prima facie* compensatorio y no sancionador, aunque se extiende más allá de la mera compensación porque busca prevenir que se repitan violaciones de ese tipo. La Corte señaló que dicho fallo también implicaba dejar desprotegidos los derechos de la madre, en particular, a la elección del centro de salud que debía prestar un servicio médico de mayor calidad y eficacia en beneficio de su hijo y a exigir la continuidad en el servicio en la prestación del servicio de salud. En razón de todo lo anterior, decidió dar trámite a la tutela mencionada.

Durante la consideración del fondo, la Corte Constitucional hizo referencia a la doble perspectiva desde la que se aborda la salud en la Constitución colombiana, es decir, como derecho constitucional y como servicio público. Particularmente con relación a la primera, a partir de un análisis de diversos instrumentos y documentos internacionales de derechos humanos, entre otros, la Corte Constitucional determinó el contenido y alcances del derecho a la salud. En este sentido, señaló como uno de sus componentes determinantes a la calidad del servicio público de salud, en estrecha conexión con los principios de continuidad en la prestación del servicio, de integridad, de eficacia, de eficiencia, de universalidad y de confianza legítima. Por otra parte, también estableció



## *EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD*

que a los derechos fundamentales de los menores de edad les corresponde una protección reforzada a cargo del Estado. Precisamente, al ser derechos “de protección”, implican la adopción de medidas de carácter fáctico, como la movilización de recursos tanto materiales como humanos, y de medidas normativas especiales para garantizar su efectividad. Con base en lo anterior, destacó el papel activo a cargo no sólo del Estado sino también de los particulares en la prestación del servicio público de salud, aunque, con base en diversa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló que el Estado es el garante tanto de la efectiva protección de este derecho como de la eficiente prestación del servicio, inclusive cuando éste es prestado por particulares, lo cual adquiere una relevancia especial tratándose de menores de edad.

En la presente sentencia, la Corte también precisó que cuando un niño o niña muere porque no es atendido médicamente a tiempo o porque no se le prestó un servicio de salud eficaz, eficiente, universal e integral, se desconoce también una expectativa social objetiva y legítima de obtener una prestación del servicio de salud oportuna, continua y eficiente. En esta línea, la Corte se refirió al derecho a la verdad, es decir, al “derecho a saber para no olvidar y así abstenerse de repetir”, el cual se proyecta sobre un eje personal y uno colectivo. Conforme a este derecho, tanto las víctimas directas de violaciones a derechos humanos como la sociedad en general deben poder acceder al conocimiento de la verdad de los hechos acaecidos. La Corte Constitucional señaló que el derecho a la verdad está ligado a los principios de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno en una sociedad democrática por lo que, por ello, se vincula con la garantía de realización del Estado social de derecho.

En el caso concreto, la Corte estableció que se habían violado los derechos a la vida y a la salud del menor de edad, así como los derechos de la madre a optar por la maternidad, a conformar una familia, a recibir una protección especial del Estado al ser madre cabeza de familia, a la integridad personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, además de los ya mencionados anteriormente. En consecuencia, siguiendo la jurisprudencia en materia de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en términos generales, la Corte Constitucional ordenó a las entidades privadas involucradas en la prestación del servicio de salud a favor del menor a colocar en todas las clínicas donde se presta ese servicio una placa en la que se destaque la obligación de proteger el derecho a la salud y a la vida de los niños y niñas. Asimismo, ordenó la creación de un sistema para financiar una beca anual para estudiantes de las Facultades de Medicina de Colombia para efectuar estudios de investigación en temas relacionados con urgencias infantiles, el establecimiento de un Protocolo para la Atención de Urgencias Médicas así como la publicación en dos diarios de amplia circulación nacional de un texto alusivo a la tutela y a la parte resolutive de la sentencia.

## CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

En su decisión, la Corte destacó que los derechos y deberes consignados en la Constitución deber ser interpretados de conformidad con lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos de los que es Parte el Estado colombiano, a partir de los cuales se puede actualizar y complementar su contenido.

En la presente sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se remitió a diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la Corte se refirió a la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y, particularmente, a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *Albán Cornejo Vs. Ecuador* y *Bulacio Vs. Argentina*. Al analizar la jurisprudencia en materia de reparaciones, la Corte Constitucional se refirió, sobre todo, a sentencias emitidas por la Corte Interamericana en casos colombianos como *Masacre de Pueblo Bello* y *Masacre de Mapiripán*, además, a la sentencia en el caso *La Cantuta Vs. Perú*.

*Synopsis: The Constitutional Court of Colombia issued a ruling on a protection writ filed by the mother of a child approximately four months old. The mother requested specialized medical attention for the minor due to a health complication, after having received poor attention several times at private institutions. Before the writ was resolved the child passed away, hence the judge of first instance decided that the writ was rendered purposeless. In reviewing this decision, the Constitutional Court decided that although the minor had passed away when the writ was being substantiated, a restrictive interpretation such as that performed by the judge of first instance, implied a disregard of the objective dimension of the rights violated, which consists not only in reacting to the infringement of rights but also in preventing future disregard of those rights. From an objective point of view, the liability that results in the infringement of rights has a prima facie character of compensation and not of punishment, although it extends beyond mere compensation, as it seeks to prevent repetition of violations of this type. The Court indicated that said ruling also implied that the mother's rights were left unprotected, specifically, her election of a health center that should have provided a better quality medical service and efficiency for her son's benefit, and in requesting continuity in the provision of the health service. Based on the foregoing, the Court decided to process the aforementioned protection writ.*

*During the assessment of the merits, the Constitutional Court referred to the double perspective on health contemplated in the constitution of Co-*

## EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

*lombia, meaning, as a constitutional right and as a public service. In relation to the first, based on an analysis of the different instruments and international documents on human rights, among other, the Constitutional Court determined the content and scope of the right to health. In this regard, it indicated that one of its determining components is the quality of the public health service, which is closely related to the principles of continuity of the provision of the service, integrity, effectiveness, efficiency, universality, and legitimate trust. On the other hand, it also established that the fundamental rights of minors require strengthened protection by the State. Precisely, since they are “protection” rights, they imply the adoption of factual measures such as the mobilization of both material and human resources and special regulations to guarantee their effectiveness. Based on the foregoing, it highlighted the active role not only of the State but also of the individuals in the provision of public health services, although, based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, it indicated that the State is the guarantor of both the effective protection of this right and of the efficient provision of the service, including when it is rendered by individuals, which acquires special relevance in the case of minors.*

*In the instant judgment the Court also indicated that when a child dies because he or she did not receive prompt medical attention or an efficient, effective, universal, and integrated health service, there is also disregard of the objective and legitimate expectation of society to receive a timely, continuous, and efficient health service. The Court referred to the right to the truth, meaning the “right to know so as to not forget and to abstain from repetition,” both at a personal and a collective level. According to this right, both the direct victims of human rights violations and society in general should have access to the truth of the facts. The Constitutional Court indicated that the right to the truth is connected to the principles of transparency, accountability, and good government in a democratic society, therefore it is connected to the guarantee of the realization of the welfare state.*

*In this concrete case, the Court established that the rights to life and health of the minor were breached, as well as the rights of the mother regarding opting for maternity, creating a family, and receiving special protection from the State for being a female head of household, to humane treatment, human dignity, and free development of personality, apart from those previously mentioned. Consequently, following the jurisprudence on reparations of the Inter-American Court of Human Rights, in general, the Constitutional Court ordered the private entities involved in the provision of health services to the minor to place in all clinics where this service is rendered a plaque highlighting the obligation to protect the right to health and to life of all boys and girls. Likewise, it ordered the creation of a system to finance an annual grant to*

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

*students from the Faculties of Medicine in Colombia for studies and research on issues related to child emergency services; to establish a Protocol for Medical Emergency Attention; as well as to publish a text related to the protection writ and the operative paragraphs of the judgment in two journals of national publication.*

*In its decision, the Court highlighted that the rights and obligations enshrined in the Constitution must be interpreted in conformity with the provisions of the international human rights treaties to which the State of Colombia is a party, based on which its content may be updated and complemented.*

*In the instant judgment, the Constitutional Court of Colombia referred to different international instruments such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, the Declaration of the Rights of the Child, the Convention on the Rights of the Child, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the American Convention on Human Rights. Likewise, the Court referred to General Observation 14 of the United Nations Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, and particularly to the judgments of the Inter-American Court of Human Rights in the cases of *Ximenes Lopes v. Brazil*, *Albán Cornejo v. Ecuador* and *Bulacio v. Argentina*. In analyzing the jurisprudence on reparations, the Constitutional Court referred mainly to the judgments issued by the Inter-American Court on Colombian cases such as the *Pueblo Bello Massacre* and *Mapiripán Massacre*, as well as the judgment of the case of *La Cantuta v. Peru*.*



CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA  
POR YOHANA ANDREA RIVERA  
EXPEDIENTE T-1.247.553

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2008

...

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández y los magistrados Jaime Araújo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

**SENTENCIA**

En el proceso de revisión del fallo proferido por Juzgado 22 Civil Municipal de Cali.

**I. ANTECEDENTES.**

La actora, Yohana Andrea Rivera, instauró acción de tutela contra SaludCoop E. P. S. por considerar vulnerados los derechos constitucionales a la salud y a la vida de su hijo Daniel Felipe Rivera.

## Hechos.

La actora fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

1.- Manifestó que el día 14 de junio de 2005 llevó a su hijo Daniel Felipe, en ese entonces de cuatro meses de edad, por urgencias a la Clínica Santillana con síntomas de vómito, inapetencia, dolor en el abdomen y decaimiento. Dijo la peticionaria que el niño fue atendido por el pediatra Luis E. Botero quien diagnosticó otitis-gripal y le recetó amoxicilina 250 mg, acetaminofén jarabe y suero oral<sup>1</sup>.

2.-Expresó que al día siguiente tuvo que volver a la Clínica Santillana por cuanto la salud del niño en lugar de mejorar empeoraba. El niño, dijo, fue atendido por el mismo médico quien le repuso a la actora *“que lo podía llevar todos los días y le iba a decir lo mismo<sup>2</sup>.”* Agregó la peticionaria que en vista de esta respuesta, había decidió llevar el niño de nuevo a la casa y esperó dos días más hasta que, según ella, al ver que el niño no presentaba mejoría alguna, resolvió acudir otra vez a la Clínica Santillana.

3.- Relató que el niño fue intervenido quirúrgicamente la noche del 17 de junio por el doctor Lotero, quien le realizó *“una invaginación iliocólica, le unieron y cerraron la herida<sup>3</sup>.”* Adujó la peticionaria, que en su parecer este no era el procedimiento adecuado *“por cuanto al niño se le despego la unión y luego se infectó<sup>4</sup>.”* El niño, agregó, duró un mes hospitalizado pero su abdomen continuó distendido *“probablemente por los inadecuados cuidados que fueron proporcionados al niño, ya que la clínica no estaba en condiciones de atender a un bebé<sup>5</sup>.”*

4.- Narró que dado el grave estado de salud de su hijo, el día 22 de julio de 2005 fue remitido de urgencias a la Clínica Valle de Lilly. El 24 de julio, prosiguió, el doctor Diego Palta le prac-

<sup>1</sup> A folio 7 del expediente.

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> Ibídem.

<sup>4</sup> Ibídem.

<sup>5</sup> Ibídem.

ticó al niño la cirugía ileostomía, pero, previamente, tuvo que *“hacerle un lavado quirúrgico para tratar la infección y transfundirle sangre, por lo cual estuvo hospitalizado hasta el 21 de agosto de 2005<sup>6</sup>.”*

5.- Afirmó la actora que luego de dos semanas de haber sido intervenido, el niño presentó sangrado rectal durante una semana. Por ese motivo, resolvió llevar al niño por urgencias a la Fundación Santillana en donde nuevamente fue atendido por el doctor Luis E. Botero. Este doctor le diagnosticó otra vez gripa y, según la peticionaria, *“no hizo ningún esfuerzo para llamar al cirujano pediatra, sólo respondió que era normal<sup>7</sup>.”*

6.-Dijo la peticionaria que al día siguiente el niño volvió a sangrar y lo llevó otra vez a la Clínica Santillana. El niño fue atendido por el mismo médico Botero quien le informó *“que no había cirujano que atendiera al niño y además porque iba tarde (sic).”* Añadió la actora que *“las urgencias no tienen horario y eran sólo las 8:00 pm, lo único que hizo,”* enfatizó, *“fue pasarme al celular a un cirujano para que hablara con él<sup>8</sup>.”*

7.- Informó la actora que ante el estado de preocupación en que se encontraba por la salud de su hijo, había resuelto llamar al doctor Palta – el cirujano que había intervenido al niño en la clínica Valle de Lilly – de modo que le indicara qué podía hacer con el caso de su hijo *“y salir de la incertidumbre y preocupación [en la] que como madre [se encontraba].”*

Según la accionante, el doctor Palta le respondió que *“la Clínica ya no tenía ningún convenio con SaludCoop, aumentando [su] preocupación por la complicación que desde la primera intervención ha tenido que soportar [su] hijo, sin que a la fecha se vea una solución inmediata, para que tenga una recuperación adecuada, una atención digna y oportuna, que como se lo he manifestado en cada uno de los hechos antes relacionados, demuestra la negligencia y desinterés con que ha procedido la Entidad objeto de la tutela<sup>9</sup>.”*

<sup>6</sup> Ibídem.

<sup>7</sup> Ibídem.

<sup>8</sup> Ibídem, p. p. 7, 8.

<sup>9</sup> Ibídem, p. 8.



### **Solicitud de tutela.**

8.- La actora solicitó que se ampararan los derechos constitucionales fundamentales de su hijo a la salud en conexión con la vida digna y se ordenara, en consecuencia, a la E. P. S. SaludCoop realizar los trámites pertinentes para que el niño fuera atendido por un cirujano pediatra. Pidió, igualmente, ordenar a la EPS SaludCoop que su hijo fuera internado en una clínica confiable – *“como la del Valle de Lilly<sup>10</sup>”* - a fin de que se dictaminara un diagnóstico apropiado y el niño no tuviera que *“seguir soportando los dolores e incomodidades producidas por la infección que ha tenido<sup>11</sup>”* lo cual, a su juicio, *“ha[bía] impedido su normal desarrollo<sup>12</sup>.”*

### **Pruebas**

- 9.- En el expediente obran las siguientes pruebas:
- Copia de fórmula médica firmada por el doctor Botero. (A folios 3, 4, 5.)
  - Fotocopia de los carnés y cédula de ciudadanía. (A folios 1 y 2).

### **Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional**

10.- Mediante auto fechado el día 5 de abril de 2006 el Magistrado Sustanciador resolvió que para mejor proveer en el asunto de la referencia requería información completa sobre la historia clínica del niño Daniel Felipe Rivera. Así las cosas, ordenó que por Secretaría de la Corporación se solicitara a la E. P. S. SaludCoop, a la Clínica Santillana y a la Clínica Valle de Lilly enviar copia completa de la historia clínica del niño Rivera Chaguendo.

11.- Por medio de auto emitido el día primero de septiembre de 2006, la Sala consideró que para solucionar el caso bajo exa-

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> Ibídem.

men se requería saber: (i) si a partir de la Historia Clínica del niño Daniel Felipe Rivera se podía constatar que el diagnóstico y los procedimientos aplicados al menor por la E. P. S. Salud-Coop fueron oportunos, apropiados y si se agotaron todos los recursos físicos, científicos y profesionales que ofrecen las E. P. S. a sus usuarios para lograr la mejoría del menor; (ii) si se efectuó un adecuado y cuidadoso seguimiento del estado de salud del menor luego de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido. Estimó la Sala, del mismo modo, que para abordar el estudio del caso concreto era preciso tener un informe completo y detallado sobre cuáles son las normas de orden legal y reglamentario así como los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional que regulan la atención en salud de los recién nacidos y menores.

En vista de lo anterior, resolvió ordenar que por Secretaría General de la Corporación se oficiara a la Asociación Colombiana de Medicina, a la Sociedad Colombiana de Cirugía, a la Sociedad Colombiana de Gastroenterología, a la Sociedad Colombiana de Pediatría y a las Facultades de Medicina de las Universidades Javeriana, Nacional, Andes, Rosario para que rindieran concepto al respecto y decidió igualmente ordenar que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficiara al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud para que informaran de modo detallado acerca de cuáles son las normas de orden legal y reglamentario así como los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional que regulan la atención en salud de los menores y recién nacidos.

12.- Mediante auto fechado el día 18 de septiembre de 2006, el Magistrado Sustanciador resolvió officiar a la Sociedad Colombiana de Cirugía Pediátrica para que resolviera las preguntas formuladas en (i) y (ii) del auto de primero de septiembre.

## **Universidad de los Andes**

...

**Universidad del Rosario**

...

**Universidad Nacional de Colombia**

...

**Universidad Javeriana**

...

**Sociedad Colombiana de Cirugía Pediátrica**

...

**Intervención de la entidad demandada.**

13.- Mediante escrito allegado a la Secretaría del Juzgado 28 Civil Municipal de Cali, la entidad demandada contestó la demanda de tutela en los siguientes términos. Dijo la apoderada judicial de SaludCoop E.P.S. que el menor Daniel Felipe Rivera se encontraba efectivamente afiliado al Sistema General de Seguridad en Salud en el Régimen Contributivo “*a través de SaludCoop E.P.S. en calidad de Beneficiario desde le 2/8/2005.*” Manifestó que se encontraba al día en los pagos y contaba con 103 semanas de cotización.

Expresó que el menor había presentado “*un cuadro de invaginación intestinal operado por el Dr. Lotero en la clínica Santillana con complicación de herida quirúrgica y dehiscencia de suturas por lo cual se remite a la fundación Valle de Lilly donde le realizaron ileostomía y controles.*” Afirmó, a renglón seguido, que consideraba improcedente la acción de tutela en el caso bajo examen por cuanto “*SaludCoop E.P.S. le ha brindado todos los servicios que el menor ha requerido, y toda la atención brindada se encuentra en el POS.*”

Adujo la entidad demandada que no existía negativa de la E. P. S. para la autorización de lo requerido por la demandante

*“pues lo solicitado se encuentra en el listado de servicios de salud que presta el Plan Obligatorio de Salud.”* Pide al Juzgado declararse inhabilitado para fallar la tutela en el presente caso toda vez que *“de acuerdo con lo estipulado en el presente escrito SaludCoop E. P. S. NUNCA ha desconocido derecho alguno por parte del accionante.”*

### **Sentencias objeto de revisión.**

#### **Informe de Asistente Judicial**

14.- A folio 21 del expediente aparece un informe de asistente judicial del Juzgado 28 Civil Municipal de Cali en donde se afirma lo siguiente:

*“Bajo la gravedad de juramento informando a la señora Juez, que en el día de hoy septiembre 23 del presente año [2005] me comuniqué al TEL. 513 00 81 suministrado por la señora Yohana Andrea Rivera Ch. Accionante, la cual (sic) me informaron que la misma (sic) no se encontraba, era su lugar de trabajo (sic) no se había presentado a laborar porque por el día sábado su hijo había fallecido, confirmándome en la empresa que le habían comunicado verbalmente que la tutela le había correspondido por reparto a éste Juzgado y debía presentarse en el menor tiempo posible. Reiteradas veces se ha llamado pero no ha sido posible que se acerque al Juzgado.”*

#### **Juzgado 28 Civil Municipal de Cali**

15.- A folio 26 del expediente, en el acápite de la sentencia correspondiente a los fundamentos legales, aduce el Despacho lo siguiente:

*“[L]amentablemente el Despacho a través de comunicación telefónica con la empresa en donde labora la madre del pequeño tuvo conocimiento del fallecimiento de éste, aunque no obra prueba que en estricto sentido permite demostrarlo, como lo es, el certificado de defunción, en este evento en tratándose de un trámite como el que nos ocupa que es breve y sumario, que no está sujeto a excesivos forma-*

## EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

*lismos, considera la instancia que esa información unida al comportamiento, digámoslo así procesal de la madre del infante, que nunca atendió los llamados del Despacho para que se presentara, son suficientes para tenerlo como un hecho cierto, por manera que habiendo dejado de existir el titular del derecho cuya protección se pretende por esta vía, es evidente que la presente acción no está llamada a prosperar, por cuanto la medida a adoptar carecería de objeto, así lo señala con claridad meridiana la Sentencia T-699-96.”*

En razón de lo anterior, el Juzgado 28 Civil Municipal de Cali resuelve no conceder la tutela interpuesta contra Salud-Coop E. P. S. por la señora Yohana Andrea Rivera en representación de su hijo menor de edad Daniel Felipe Rivera.

### **Revisión por la Corte Constitucional.**

Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto de la Sala de Selección número doce (12) dispuso su revisión por la Corte Constitucional el día 15 de diciembre de 2005.

## **II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.**

### **Competencia.**

1.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

### **Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio.**

2.- La peticionaria, Yohana Andrea Rivera, quien actuó en representación de su hijo de siete meses de edad, Daniel Felipe Rivera, solicitó el amparo de los derechos constitucionales fundamentales del niño a la salud en conexión con la vida digna presuntamente vulnerados por la E. P. S. SaludCoop al no prestarle atención oportuna y adecuada al menor por parte de perso-

nal idóneo y capacitado y al abstenerse de tratar los padecimientos sufridos por el niño de modo adecuado así como de hacer el debido seguimiento de los procedimientos practicados sobre el infante.

La entidad demandada respondió a la solicitud de amparo afirmando que la tutela no era procedente pues había prestado en todo momento la atención requerida por el infante, procedimientos todos ellos incluidos en el POS. Estimó, SaludCoop E. P. S. que no había desconocido de ninguna manera los derechos constitucionales fundamentales del niño.

El Juzgado de instancia decidió no conceder el amparo solicitado, por cuanto mediante informe de asistente judicial se supo que el niño Daniel Felipe Rivera había fallecido. El Despacho intentó comunicarse en varias oportunidades con la madre pero sus esfuerzos fueron infructuosos de manera que dio por sentado que la muerte del niño había acaecido efectivamente y estimó que carecía de objeto seguir adelante con el trámite de la acción.

### **Improcedencia de la acción de tutela por la carencia actual de objeto**

3.- En este lugar, estima la Sala pertinente referirse a la improcedencia de la tutela por la carencia actual de objeto y, en esa misma línea, explicar porqué si bien es cierto en el caso concreto se verificó carencia actual de objeto, la Corte puede pronunciarse y es competente para amparar la dimensión objetiva de los derechos conculcados así como para establecer las respectivas medidas de protección. En varias ocasiones ha dicho la Corte Constitucional que en aquellas contingencias en las cuales los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de violación o violación de derechos constitucionales fundamentales han cesado, desaparecen o se superan, deja de existir objeto jurídico respecto del cual la o el juez constitucional pueda adoptar decisión alguna por cuanto el propósito de la acción de tutela consiste justamente en garantizar la protección cierta y efectiva del derecho y bajo esas circunstancias *“la orden que profiera el [o la] juez, cuyo objetivo constitucional era la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulne-*

## EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

rado o amenazado, carecerá de sentido, eficacia, inmediatez y justificación<sup>13</sup>.”

4.- La Corte ha dicho, asimismo, que para declarar la carencia actual de objeto es preciso constatar que ésta haya tenido lugar dentro del proceso respectivo y haya podido ser verificada por la autoridad judicial. Se requiere de igual modo establecer el momento procesal en el que se presentó por cuanto de estos aspectos dependerá que

*“no obstante se haya producido tal cesación, se exija a los jueces constitucionales de instancia pronunciamiento de fondo que deberá estar conforme al ordenamiento jurídico y el sentido dado por el intérprete constitucional frente a la situación en consideración. Por ello, tanto el juez de segunda instancia en el trámite de la tutela como la Corte Constitucional en el trámite de revisión, no obstante encontrar que el hecho haya sido superado, si al verificar el trámite precedente se establece que con base en el acervo probatorio existente a ese momento y los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales aplicables al caso, el juez ha debido conceder o negar el amparo solicitado y no lo hizo, debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es jurídicamente viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior<sup>14</sup>.”*

5.- En ese orden, ha distinguido la Corte al menos dos hipótesis. Cuando el supuesto de hecho que da origen al proceso de tutela cesa, desaparece o se supera (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo (ii) estando en curso el proceso de Revisión ante la Corte Constitucional. En el primer evento, la Sala de Revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente y ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado *“quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declara-*

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-519 de 1992, reiterada entre otras en las sentencias T-100 de 1995; T-201 de 2004; T-325 de 2004; T-523 de 2006.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 2006....

*ción adicional relacionada con la materia*<sup>15</sup>.” En el segundo, cuando la respectiva Sala de Revisión de la Corte Constitucional advierte que los jueces de instancia han debido conceder el amparo solicitado y no lo hubieren hecho, entonces aquella revocará los fallos objeto de examen y concederá la tutela sin importar que no se proceda a impartir orden alguna<sup>16</sup>.

6.- Como se desprende de los hechos relatados en los antecedentes de la presente sentencia, la muerte del niño se presentó cuando se tramitaba la primera instancia, razón por la cual *prima facie* la Corte tendría que confirmar el fallo revisado por carencia actual de objeto. No obstante, a partir de las pruebas y de las circunstancias que obran en el expediente puede deducirse que en el caso *sub judice* se produjo un desconocimiento, protuberante, de derechos constitucionales fundamentales. De una parte, se violaron los derechos del niño a la salud, a la vida, a la dignidad y a la integridad personal. La sentencia de instancia desconoció que en el asunto *sub judice* también se infringieron los derechos constitucionales de la madre y más concretamente sus derechos a (i) elegir la IPS que podía prestar un servicio de salud de mayor calidad y eficacia dados los padecimientos sufridos por el niño y la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; (ii) optar por la maternidad, (iii) conformar una familia; (iv) recibir una protección especial del Estado al ser madre cabeza de familia, (v) a la integridad personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

Dado que por vía de tutela ya no resulta factible proteger la dimensión subjetiva de los derechos desconocidos, adquiere importancia la necesidad de amparar su dimensión objetiva y, de esta manera, contribuir a realzar la trascendencia que tienen los derechos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano —en especial los derechos fundamentales de los niños y de las niñas - y las obligaciones que respecto de la garantía de protección de estos derechos radican en cabeza de las autoridades estatales tanto como de los particulares, especialmente

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-722 de 2003.

<sup>16</sup> *Ibíd.*



cuando éstos últimos se encuentran comprometidos con la prestación de servicios públicos —verbigracia, educación y salud—. Por consiguiente, en el caso concreto debe la Sala proceder a revocar la sentencia de única instancia y a impartir las órdenes tendientes a proteger la dimensión objetiva del derecho constitucional a la salud y de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas.

7.- Ahora bien, ... en sede de tutela se busca evitar el desconocimiento del derecho y cuando ello no resulta factible, por cuanto el daño se ha consumado —como ocurrió en el caso bajo examen— entonces debe protegerse la dimensión objetiva de los derechos violados. ... No se busca, por consiguiente, reparar el daño que como tal sufre el sujeto con ocasión del desconocimiento de sus derechos constitucionales —para efectos de lo cual existen las acciones pertinentes por la vía ordinaria—. Se pretende, más bien, evitar que estas situaciones de violación protuberante y generalizada de derechos se repitan adoptando medidas que, en suma, pretenden la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

Por lo anterior, la Sala destacará en la presente sentencia la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales, en general, y subrayará, en particular, el estrecho nexo existente entre la efectividad del derecho constitucional a la salud así como entre la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas y la necesidad de que el Estado – y los particulares comprometidos con la debida realización de tales derechos - desplieguen un conjunto de actuaciones, tareas o actividades orientadas a garantizar las condiciones de posibilidad para que estos derechos gocen de plena protección. ...

...

**La doble perspectiva desde la que se aborda  
la salud en la Constitución Nacional: como servicio  
público y como derecho constitucional.**

8.- Según el artículo 49 de la Constitución Nacional, la salud tiene una doble connotación –derecho constitucional y servicio

público<sup>17</sup>-. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad<sup>18</sup>.

En este orden, el artículo 49 de la Constitución Nacional dispone que le “[c]orresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud a los habitantes [y] (...) establecer las políticas de prestación de servicio de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control.” Esta facultad que la Constitución le otorga de manera amplia a las instituciones estatales y a los particulares comprometidos con la garantía de prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado Social de Derecho y con los propósitos derivados del artículo 2º de la Constitución<sup>19</sup>.

...

9.- Con todo, se ha explicado por parte de la Corte Constitucional que la salud es también un derecho constitucional<sup>20</sup> y le corresponde al Estado, tanto como a los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho cuyo contenido ha sido paulatinamente precisado por la jurisprudencia constitucional, como tendrá la Sala ocasión de indicar más adelante.

10.- Ahora bien, ha acentuado la Corporación asimismo que la salud no es un derecho cuya protección se pueda brindar *prima facie* por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que

<sup>17</sup> En relación con el derecho a la salud, esta Corporación ha señalado que este es un derecho fundamental de tipo asistencial, porque requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia en la práctica. Ver sentencia T-544 de 2002 y T-304 de 2005, entre otras.

<sup>18</sup> Al respecto, consultar sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000.

<sup>19</sup> ...

<sup>20</sup> Consultar entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-016 de 2007; T-173 de 2008;

## *EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD*

su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también el amparo de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

11.- De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho constitucional a la salud tiene la estructura normativa de principio - mandato de optimización - y, en esa medida, supone una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, verbigracia, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

Justo en esa misma línea argumentativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

12.- A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a que o bien se trata de un sujeto que merece especial protección constitucional (niños y niñas, población carcelaria, tercera edad, personas que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o bien se trata de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y de suficiente relevancia constitucional, que permitan concluir cómo la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional a la salud dentro de un

Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser amparado en sede de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación.

13.- No resulta pues razón suficiente, en caso de presentarse las situaciones descritas, que a las personas se les prive de reclamar y, de esta suerte, se les impida acceder a prestaciones excluidas de los planes obligatorios por el sólo hecho de no tener cómo asumir su costo. De un lado, esta Corporación ha definido el principio de justicia que procura que los servicios de la medicina se brinden en la sociedad equitativamente entre la población, "... que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (C. N. arts 13 y 49)"<sup>21</sup>. De otro, el inciso final del artículo 13 de la Constitución de 1991, establece una clara obligación en cabeza del Estado de proteger especialmente a personas en condiciones desfavorables, incluso de índole económica. Y, la protección que el juez de tutela brinda en estos casos, no es más que el cumplimiento de dicha obligación.

### **Contenido y alcances del derecho constitucional a la salud. Reiteración de jurisprudencia**

14.- En precedencia se indicó, que el derecho constitucional a la salud, tal como sucede con otros derechos constitucionales, tiene una estructura normativa de principio o mandato de optimización y por ello le subyace una doble indeterminación normativa y estructural que debe ser precisada por quien ejerce la labor de fijar el sentido y alcance de este derecho. La Corte mediante su jurisprudencia ha contribuido a precisar las prestaciones que definen el derecho constitucional a la salud y se ha valido para estos propósitos de los documentos internacionales de protección encaminados —como lo dispone el artículo 93 superior— a complementar y a fortalecer la protección interna de los derechos constitucionales.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia. SU-337 de 1999.

## EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

En relación con el derecho a la salud, tiene particular importancia el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su párrafo 1º ordena:

*‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’.*

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales contiene, por su parte, una de las disposiciones más completas y exhaustivas sobre el derecho a la salud. En su párrafo 1º determina que los Estados partes reconocen

*“el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas ‘medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.’*

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé, a su turno, que el derecho a la salud entraña la existencia de cuatro elementos, sin los cuales no podría garantizarse la efectividad de dicho derecho, ellos son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En relación con la calidad, se ha sostenido que los establecimientos, bienes y servicios de salud no sólo han de ser aceptables, mirados desde un enfoque cultural, sino *“...también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.”*<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

15.- En armonía con lo anterior, puede afirmarse que un componente determinante del derecho constitucional a la salud es la calidad del servicio público de salud estrechamente conectada con la vigencia del principio de continuidad en la prestación de este servicio y guarda, a su turno, un nexo inescindible con los principios de integridad (*o principio de integralidad*), de eficacia, de eficiencia, de universalidad y de confianza legítima. En desarrollo de los principios mencionados, la Corte Constitucional ha determinado que la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud tiene por objeto asegurar una ininterrumpida, constante y permanente prestación de tal servicio con el fin de ofrecer a las personas la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades.

16.- Sobre este extremo, la Corte ha enfatizado el papel que desempeña el principio de integridad o de integralidad y ha destacado, especialmente, la forma como este principio ha sido delineado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo modo que por las regulaciones en materia de salud y por la jurisprudencia constitucional colombiana. En concordancia con ello, la Corte Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que **la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la paciente**<sup>23</sup>.

17.- El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera

<sup>23</sup> Consultar Sentencia T-518 de 2006.

concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento<sup>24</sup>.

...

18.- De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, es posible concluir, entonces, que el principio de integridad (*o principio de integralidad*) corresponde a un contenido de la directriz general de prestación del servicio de salud con exigencias concretas de calidad. El principio de integridad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento de los tratamientos iniciados y demás requerimientos que los médicos consideren necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional en los términos expuestos con antelación.

19.- Por otra parte, han sido reiteradas las ocasiones en las cuales la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la necesidad de que el servicio público de salud se preste de manera **eficaz**<sup>25</sup>. La Corporación ha entendido que la prestación eficaz del servicio de salud está estrechamente conectada con la continuidad en su oferta que supone, a la vez, la prestación sin interrupciones, permanente y constante del servicio<sup>26</sup>. El alcance que la Corte ha fijado al principio de continuidad del servicio

<sup>24</sup> Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

<sup>25</sup> Ver fallo T-185 de 2006. En el mismo, la Corte señaló que “el principio de continuidad en los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que requiera según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario”. Consultar, más recientemente, Corte Constitucional. Sentencia T-535 de 2007.

<sup>26</sup> En este sentido se pronuncia la sentencia de la Corte Constitucional T-618 de 2000.

público de salud es bastante amplio, en especial, cuando está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad. El principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud también está relacionado con el principio de **eficiencia**. Esta Corte ha afirmado de manera reiterada que:

*“el principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficacia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU.562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una característica de la gestión. La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático<sup>27</sup>.”*

20.- Lo anterior contribuye a alumbrar el sentido y alcance del derecho a la salud en cuanto subraya la necesidad de que el mismo comprenda no sólo la garantía de que será prestado de modo ininterrumpido, constante e integral sino que habrá de ofrecerse de manera tal, **que no ponga a las beneficiarias y a los beneficiarios del servicio ante trámites burocráticos innecesarios o superfluos encaminados a obstruir el acceso a la salud, sean estos trámites de orden normativo o administrativo**. El objetivo consiste, pues, en suplir las necesidades de las personas titulares del derecho constitucional a la salud por manera **que no se pierda la sensibilidad con la situación de indefensión en la que suelen verse colocadas las personas que padecen enfermedades y se les proporcione la atención adecuada, sea ella de orden preventivo, curativo o paliativo**.

21.- En cumplimiento de la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud las Entidades que participan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-

<sup>27</sup> Corte Constitucional Sentencia SU 592 de 1999.



deben cerciorarse de que sus afiliadas y afiliados reciban los servicios necesarios para su recuperación. ...

En sentencia T-170 de 2002, la Corte dispuso que en el ámbito de la salud es necesario tener en cuenta aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad humana o a la integridad física. La garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud implica aquí asegurar la **universalidad** del servicio lo que se contrapone a una oferta parcializada o incompleta del servicio y riñe asimismo con una prestación de salud solo en aquellos eventos en que las personas se encuentren en peligro de muerte. En este sentido, ha señalado la Corte Constitucional que *“no sólo aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio.”*

...

23.- A lo antedicho sería factible añadir que la continuidad en la prestación del servicio público de salud se ha protegido no solo en razón de su conexión con los principios de eficacia, de eficiencia, de universalidad y de integralidad sino también por motivo de su estrecha vinculación con el principio de **confianza legítima** establecido en el artículo 83 de la Constitución Nacional de acuerdo con el cual *“[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.”* Esta buena fe constituye el fundamento sobre el cual se construye la confianza legítima, esto es, la garantía que tiene la persona de que no se le suspenderá su tratamiento una vez iniciado.

...

24.- Puestas así las cosas se tiene, a la sazón, que el principio de confianza legítima, el cual, como ya se ha dicho, encuentra respaldo en el principio de la buena fe, exige que las autoridades

públicas y los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud sean coherentes con sus actuaciones, así como también respeten los compromisos adquiridos, a fin de garantizar la efectiva protección del derecho constitucional a la salud.

En el sentido antes descrito, la protección efectiva y eficiente del derecho constitucional a la salud conlleva el deber de continuidad en la práctica de tratamientos para la recuperación de la salud e implica del mismo modo la necesidad de prestar un servicio oportuno y de calidad que sea simultáneamente universal e integral. La garantía de continuidad en la prestación del servicio es parte, por consiguiente, de los elementos definitorios del derecho constitucional a la salud que no puede ser desconocido sin que con esta actitud se incurra en una grave vulneración del derecho a la salud y de otros derechos que se conectan directamente con él, como son el derecho a la vida en condiciones de dignidad y de calidad así como a la integridad física, psíquica, sensorial y emocional. Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en grave vulneración de derechos constitucionales.

25.- A partir de lo hasta aquí expresado en relación con el contenido y alcance del derecho constitucional a la salud y de las precisiones que se harán de inmediato respecto de la protección reforzada que le confiere el ordenamiento constitucional colombiano a los derechos de los niños y de las niñas, resulta factible destacar con mayor nitidez el carácter objetivo que adquieren los derechos constitucionales fundamentales en Colombia cuya proyección irradia todos los campos y exige, por ello, adoptar las medidas estatales indispensables para su amparo efectivo.

**Protección reforzada que le confiere  
el ordenamiento constitucional a los derechos  
fundamentales de los niños y de las niñas.**

26.- Como podrá constatarse a continuación, los derechos fundamentales de los niños y de las niñas gozan de una espe-

cial protección tanto en el orden jurídico interno como en el ámbito internacional. La garantía que el orden jurídico constitucional les otorga a los niños y a las niñas es extensa. Se encuentra establecida en distintos preceptos constitucionales<sup>28</sup> y en especial en el artículo 44 superior. Allí se enumeran los derechos fundamentales de los niños y de las niñas: el derecho a que su vida e integridad física sean debidamente protegidas; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho a gozar de una alimentación equilibrada; el derecho al nombre y a la nacionalidad.

Dentro de los derechos mencionados en el artículo 44 se encuentra también *“el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”*, así como el derecho de los niños y de las niñas a gozar del cuidado, del amor, de la cultura y de la libre expresión de su opinión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, los niños y las niñas *“[s]erán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*.

En el párrafo segundo del artículo 44 se establece que tanto **la familia como la sociedad y el Estado están obligados a velar por la asistencia y protección de los niños y de las niñas así como a garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”** (Negritillas añadidas) y se determina que cualquier persona está facultada para exigir el cumplimiento de tales derechos por parte de la autoridad competente y para solicitar la sanción de los infractores. El párrafo tercero del artículo 44 agrega que *“los derechos de los niños [y de las niñas] prevalecen sobre los derechos de los demás.”*

27.- La especial protección que la Constitución les confiere a los niños y a las niñas refleja de manera clara la necesidad de la sociedad colombiana de proporcionarles las condiciones adecuadas para su desarrollo integral. Una sociedad que no repara

<sup>28</sup> ...

en la importancia de garantizar que sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro. Justamente por esa razón la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas.

28.- En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños y de las niñas gozan también de una muy amplia protección. Aquí sobresale lo previsto por la Declaración de los Derechos del Niño [Niña] de 1959 cuyo principio 2º establece lo siguiente:

*“[e]l niño[a] gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*

Tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos<sup>29</sup>, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales —aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968—, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de los niños y de las niñas. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que niños y niñas tienen derechos de protección específicos<sup>30</sup>.

29.- Particular relevancia tiene, entretanto, la Convención sobre los Derechos del [de la] Niño[a]. La importancia de esta Convención no solo se deduce de la cantidad de países que la

<sup>29</sup> Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere.”

<sup>30</sup> El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

han ratificado<sup>31</sup> sino del alcance e importancia de los preceptos en ella establecidos con miras a proteger y a asegurar tales derechos. Resulta factible afirmar que esta Convención es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “*toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales*”<sup>32</sup>.

La relación que existe entre la totalidad de los derechos, tanto los civiles, y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales es estrecha y se conecta con la posibilidad de garantizar a la infancia una vida digna y de calidad. **Estos derechos no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales.** “*Estos derechos representan valores muy claros y (...) exigen un compromiso: el de lograr que den resultados; el de actuar y promover medidas que aseguren su realización; el de proclamar cualquier tipo de preocupación, expresar críticas y fomentar cambios cuando los derechos se niegan o no se aplican como debieran*”<sup>33</sup>. (Subrayas añadidas).

A partir de la lectura de la Convención sobre los Derechos de los [de las] Niños[as] resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos (as) los niños y niñas del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños y de las niñas sin distin-

<sup>31</sup> Ha sido ratificada por 191 países. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991.

<sup>32</sup> Consultar en: [www.unicef.org/spanish/crc.htm](http://www.unicef.org/spanish/crc.htm). Otros documentos importantes que contienen derechos de los niños son el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños, aprobado por la Ley 173 de 1994; el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo, aprobado por la Ley 515 de 1999; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la Ley 620 de 2000; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la Ley 704 de 2001; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Ley 765 de 2002.

<sup>33</sup> Consultar en: [www.unicef.org/spanish/crc.htm](http://www.unicef.org/spanish/crc.htm).

ción, tanto a los niños y niñas que habitan países subdesarrollados, como a aquellos[llas] que proceden de países desarrollados; (iii) estos derechos se aplican por igual a los niños y niñas pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños<sup>34</sup>. La Convención destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de las niñas y de los niños cuando por alguna razón sus familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia; (vii) los Estados están también obligados a evitar que los niños y las niñas sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores de la infancia. (viii) son cuatro los principios rectores de la Convención: (a) el principio de no discriminación (artículo 2º)<sup>35</sup>; (b) el principio del interés superior del niño y de la niña (artículo 3º)<sup>36</sup>; (c) el

<sup>34</sup> ...

<sup>35</sup> ...

<sup>36</sup> ...

principio de la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)<sup>37</sup>; el principio de participación (artículo 12)<sup>38</sup>; (ix) los Estados deben armonizar lo dispuesto en las legislación interna con los preceptos que se derivan de la Convención excepto en aquellos casos en que la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico interno sea mayor; (x) los países miembros se obligan a producir informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité de los Derechos del/la Niño[a] se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

30.- De otra parte, pero en estrecha relación con lo expresado hasta este lugar, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de resaltar en sucesivas oportunidades la importancia de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas y no pocas veces ha protegido tales derechos<sup>39</sup>. Ha hecho hincapié sobre la múltiple categorización que la Norma Superior realiza de las garantías contempladas para la infancia<sup>40</sup>: los niños y las niñas gozan de todos los derechos que se establecen en la Constitución y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de aquellos que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno. Esta protección se ve reforzada, ha dicho la Corte, en el artículo 44 en donde se contienen de manera enumerativa, aun cuando no excluyente, todo un grupo de derechos fundamentales orientados a proteger los intereses superiores de la infancia.

La Corporación se ha pronunciado de manera extensa sobre el contenido del artículo 44 superior y ha destacado la protección reforzada que se desprende de lo dispuesto en ese artículo para los derechos fundamentales de los niños y de las niñas. También se ha referido acerca de la Convención de los Derechos del/la Niño[a] y ha enfatizado de manera particular el contenido del artículo 3º en donde, como ya se mencionó, se consignó lo concerniente a los intereses superiores de la infancia.

37 ...

38 ...

39 ...

40 ...

...

31.- La Corte Constitucional ha señalado, cómo la mayoría de los derechos que se derivan de la Convención coinciden con los establecidos en la Constitución colombiana. Ha enfatizado, asimismo, la importancia del contenido que se desprende del artículo 27 de la Convención por medio del cual se otorga un especial reconocimiento al derecho de los niños y de las niñas a gozar de un nivel de vida adecuado<sup>41</sup>:

...

32.- Justamente en este punto juega un papel de enorme importancia lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-292 de 2004: en casos de evidente indefensión o cuando los niños y las niñas se ven ubicados (as) en una situación irregular de abandono o de peligro o en circunstancias en las cuales la salud, la vida, la integridad física, psíquica, emocional y social de la niñez se encuentren amenazadas de vulneración o hayan sido desconocidas, es preciso adoptar —**de manera oportuna, rápida y eficaz**— las medidas pertinentes que conduzcan a proteger estos derechos constitucionales fundamentales o a restablecerlos cuando han sido violados. Los **intereses superiores del los niños y de las niñas** constituyen aquí un punto de referencia cardinal y de ineludible cumplimiento.

33.- En la sentencia C-507 de 2004<sup>42</sup> la Corte estimó la necesidad de subrayar que los derechos fundamentales de los niños y de las niñas se caracterizaban por ser **derechos de protección**. Como tales, implican la necesidad de que se adopten un conjunto de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar su efectividad. Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la **movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños y de las niñas sean vulnerados**.

<sup>41</sup> “Las inversiones que realizamos hoy en día en los niños y las mujeres,” dijo Carol Bellamy, Directora Ejecutiva del UNICEF ( Dublín, octubre de 1997), “servirán para garantizar el bienestar y la productividad de las generación futuras. De hecho, los niños son el patrón más preciso que disponemos para medir el desarrollo.”

<sup>42</sup> ...



Dentro de las medidas de orden normativo, existen todo un conjunto de mandatos dirigidos a establecer **normas especiales de protección**. ...

...

34.- La Corte Constitucional ha subrayado, por otro lado, la finalidad que deben tener las medidas de asistencia y protección de los niños y de las niñas. Ha sostenido la Corte que sólo es factible aceptar las medidas orientadas a garantizar el desarrollo armónico e integral de la niñez, así como el pleno ejercicio de sus derechos.

...

35.- Es evidente, pues, la importancia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha conferido al carácter protector y objetivo que tienen los derechos fundamentales de los niños y de las niñas. Según la Corporación **las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños y a las niñas una vida saludable, digna y de calidad, ajena a las enfermedades, a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades**. Sin dejar de lado la responsabilidad que le cabe a la familia y a la sociedad en la realización de los derechos fundamentales de los niños, la Corte Constitucional ha destacado **el papel activo que le corresponde realizar al Estado y a los particulares que tienen a su cargo, por ejemplo, la prestación del servicio público de salud o de educación**.

...

En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de las niñas y de los niños, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños [y de las Niñas], el Estado debe *“asegurar plenamente el derecho de los [las] menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud”*<sup>43</sup>. (Subrayas fuera de texto).

36.- De lo anterior se deriva la necesidad de poner en movimiento los **recursos económicos y humanos indispensables**

<sup>43</sup> [www.unicef.org/spanish/crc.htm](http://www.unicef.org/spanish/crc.htm).

**bles para que las garantías establecidas en el Texto Constitucional y en los Tratados y Convenios Internacionales no se queden escritas y cobren efectividad.** Lugar predominante ocupa la realización del principio de “*la supervivencia y el desarrollo*” contenido, como lo indicamos en párrafos anteriores, en la Convención sobre los Derechos de los Niños [y de las Niñas]. Brindar a las niñas y a los niños los elementos indispensables para su supervivencia y desarrollo, significa ofrecerles los medios para su pleno desenvolvimiento físico, para que se mantengan libres de enfermedades y puedan disfrutar de una vida digna y con calidad.

Es preciso, también, garantizar el despliegue integral de su personalidad incluido el plano intelectual, emocional, espiritual y social. En este sentido, la alimentación, **la salud** y la educación que reciban los niños y las niñas unidos a los nexos de amor y solidaridad que puedan desplegar dentro de su familia y por parte de la sociedad que los rodea juegan un papel decisivo como factores de desarrollo y configuran algunos de los principales retos, ante todo, cuando se piensa en las niñas y los niños que se hallan por debajo del umbral de pobreza<sup>44</sup>.

37.- Una vez acentuada la importancia que tiene la salud en el ordenamiento constitucional y resaltada su doble dimensión en tanto que servicio público y derecho constitucional así como subrayado el puesto relevante que le otorga la Constitución a los derechos constitucionales de los niños y de las niñas – lo que sin duda contribuye a destacar la dimensión objetiva que adquieren en general los derechos constitucionales dentro del ordenamiento jurídico colombiano -, pasa la Sala a pronunciar-

<sup>44</sup> “Los Estados deben llevar a cabo todo tipo de estrategias para ayudar a los niños más desfavorecidos, como son los niños que viven por debajo del umbral de la pobreza. Descubrir la cantidad de niños que se encuentran en esta situación y analizar su entorno forma una parte esencial de tales estrategias, y en este contexto la organización de un sistema efectivo del registro e nacimiento puede ser fundamental. Muchos niños del mundo carecen aún de certificado de nacimiento, ya sea porque viven en zonas rurales o remotas, porque hay un número insuficiente de funcionarios del registro civil o porque las leyes nacionales no confieren ningún estatuto jurídico para los niños abandonados.” [www.unicef.org/spanish/crc.htm](http://www.unicef.org/spanish/crc.htm).

se acerca de la posición de garante que en conexión con estos tópicos asume el Estado colombiano en virtud de lo ordenado por la Constitución Nacional y —por la vía del artículo 93 superior— a partir de lo dispuesto en los tratados y convenios aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional.

**Importancia que adquiere en el caso *sub judice*  
la posición de garante del Estado en materia  
de protección de derechos constitucionales**

38.- Que los derechos se consignent en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero esto por sí solo no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas o actuaciones por parte del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación de servicios públicos —verbigracia educación y salud— orientadas a garantizar las condiciones de posibilidad para que los derechos se realicen en la práctica y se asegure su amparo efectivo. Lo anterior es tanto más relevante por cuanto la responsabilidad que surge a partir del desconocimiento de los derechos constitucionales constituye un *novum* en la historia colombiana. No desconoce la Corte Constitucional que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la del Consejo de Estado han contribuido a ampliar el concepto de responsabilidad<sup>45</sup>, pero sólo hasta la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 se hizo patente que los conceptos tradicionales de responsabilidad penal, civil y administrativa no eran suficientes para enfrentar las consecuencias que se derivan del desconocimiento de los preceptos constitucionales y, en particular, de aquellas que se desprenden del desconocimiento protuberante de los derechos constitucionales.

39.- Puede ser, por consiguiente, que el mismo hecho de lugar a varios tipos de responsabilidades. Sin embargo, dependiendo del terreno de que se trate, se actúa de modo diverso,

<sup>45</sup> ...

por cuanto cada uno de esos campos constituye “*planos distintos del mundo del derecho*”<sup>46</sup>.” En pocas palabras, el fenómeno de la responsabilidad puede proyectarse de diferente manera en el campo penal, en el civil, en el ámbito administrativo, en el contexto de la ética, en el terreno de los derechos constitucionales así como en el campo internacional cuando se desconocen obligaciones previstas en pactos internacionales aprobados y ratificados por el Estado. Es factible, también, que las consecuencias que se acarreen en cada uno de estas esferas sean distintas.

40.- La protección de los derechos constitucionales configura el eje a partir del cual se construye todo el ordenamiento jurídico colombiano. ...

En el caso de la responsabilidad por vulneración de derechos constitucionales puede decirse, por consiguiente, que en el mismo momento en que las y los Constituyentes deciden elevar a rango constitucional la protección de ciertos valores que la sociedad estima de especial importancia, en ese mismo instante no sólo le otorgan un peso específico a la tarea estatal de garantizar la protección de estos derechos constitucionales —y en tal sentido a la dimensión objetiva propia de tales derechos— sino que pretenden derivar unas consecuencias determinadas a partir del incumplimiento de ese deber de protección por parte de las autoridades públicas e incluso por parte de los particulares cuando obran en calidad de autoridades públicas.

41.- De esta manera y centrando la atención en el asunto bajo examen de la Sala en la presente oportunidad, el Estado colombiano y los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud tienen la obligación de proteger el derecho constitucional a la salud así como los derechos constitucionales de los niños y de las niñas en los términos descritos en las consideraciones de la presente sentencia. Para tales efectos, resulta imprescindible que el Estado despliegue con eficiencia actividades de **inspección y de evaluación continua y profunda** respecto de la forma como se presta el servicio de salud tanto en establecimientos públicos como privados.

<sup>46</sup> ...

Esta tarea de supervisión no se reduce a verificar los conocimientos y las capacidades del cuerpo médico sino se extiende en igual forma a ejercer una **acción preventiva** por manera que no se produzca el desconocimiento o la falta de garantía de derechos constitucionales.

42.- Puestas así las cosas, resulta de la mayor importancia que el Estado **controle** la actividad ejercida por hospitales, clínicas, centros de salud con miras a asegurar que tales establecimientos presten un servicio de buena calidad encaminado a garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud, estrechamente relacionada, como se indicó, con la vigencia de los principios de integridad (integralidad), eficacia, eficiencia, universalidad y confianza legítima —tal y como estos principios han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional— de manera que se asegure el derecho constitucional a la salud de las personas en sus aspectos físicos, psicológicos, sensoriales, emocionales y sociales tanto más cuando se trata de niños o niñas y, en general, de personas que por su condición de salud se encuentran en situación especial de indefensión y merecen una protección reforzada de sus derechos (artículo 13 C. N., artículo 44 C. N.). Particularmente en relación con la salud en el ordenamiento jurídico colombiano, que como se indicó en precedencia, es al mismo tiempo un derecho constitucional y un servicio público, **el Estado se convierte en garante tanto de la efectiva protección del derecho como de la eficiente prestación del servicio, incluso, cuando tanto la protección como la prestación del servicio ha sido asumida por particulares.**

43.- Cuando se constata que el Estado como garante de la efectiva protección de los derechos no cumplió con sus obligaciones y bien sea por su acción o por su conducta omisiva se desconocen derechos constitucionales, entonces debe responder por la lesión del derecho y ha de tomar las medidas para reparar el daño provocado en su dimensión subjetiva —de cara al titular del derecho— como proteger su dimensión objetiva adoptando las medidas que considere pertinentes para que la vulneración no se repita. Lo anterior se explica en virtud de la

obligación *erga omnes* radicada en cabeza del Estado de respetar y garantizar los derechos constitucionales cuyo amparo vincula a todas las autoridades públicas y a todas las personas sin excepción. Esta obligación adquiere, pues, un matiz protector que se traduce no sólo en el deber estatal de abstenerse de desconocer los derechos sino, tanto más, en la necesidad de desarrollar políticas y actuaciones positivas para asegurar su efectiva vigencia. Justo en esta dirección, el Estado ha de reaccionar de manera aún más contundente cuando el desconocimiento de los derechos constitucionales que irradian sobre todos los campos y relaciones resulta ser sistemática y, en consecuencia, está obligado a tomar medidas preventivas por manera que los derechos no continúen siendo desconocidos.

44.- De otra parte, siempre resulta preciso tener en cuenta que el ordenamiento constitucional colombiano se abre por la vía de lo dispuesto en los artículo 93 hacia el derecho internacional de los derechos humanos y hacia los mecanismos internacionales de protección de estos derechos, específicamente, hacia el sistema interamericano —que opera de forma subsidiaria y complementaria reforzando— mediante las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos —el amparo de los derechos previsto en el ordenamiento jurídico interno. Por ende, cuando (i) las autoridades competentes han fijado el alcance y sentido de los derechos en el orden interno de manera que estas interpretaciones resultan contrarias a los aseguramientos y previsiones establecidos en la Convención o cuando (ii) se desconocen las obligaciones contenidas en la Convención y, o bien, no se confiere la debida protección de los derechos en el orden jurídico interno o las instancias competentes en el ámbito nacional no resultan eficaces para conferir dicho amparo, entonces procede activar los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos por cuanto en estos eventos el Estado incumple con la obligaciones contenidas en la Convención y ello trae como consecuencia la necesidad de responder internacionalmente por las lesiones producidas y la exigencia de reparar sus consecuencias.

## *EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD*

Lo anterior se desprende de lo establecido en el artículo 63. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de conformidad con el cual:

“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

45.- La responsabilidad internacional surge, entonces, a raíz de la vulneración de las obligaciones contenidas en los pactos internacionales debidamente suscritos, aprobados y ratificados y es, por consiguiente, compleja tanto en su fuente como en las consecuencias que de ella se derivan<sup>47</sup>. Aquí es importante acentuar lo siguiente: no es factible para los Estados declinar su responsabilidad alegando que existen normas de derecho interno que los eximen de responder por el incumplimiento de tales obligaciones. Tampoco puede esgrimir el Estado que como existen otros Estados que omiten cumplir con lo establecido en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, tampoco encuentra razón para cumplir. En estas eventualidades, se

<sup>47</sup> La responsabilidad internacional del Estado por desconocimiento de las obligaciones previstas en la Convención Americana también surge cuando se infringen otros documentos internacionales por medio de los cuales se reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos 8 y 13 del Protocolo de San Salvador. Así mismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de la convención de Viena sobre los Tratados de 1969 y por el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, los que se encaminan a regular la interpretación sistemática de los tratados, la corte Interamericana también ha tenido ocasión de declarar la responsabilidad de los Estados por violación de derechos consagrados en la Convención Americana, interpretada a la luz de los Convenios de Ginebra de 1949, la convención de Derechos del Niño de 1989 y el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre prohibición del trabajo forzado.

aplica el principio de derecho internacional según el cual los pactos deben ser cumplidos “*pacta sunt servanda*”.

No resulta posible, pues, argumentar la existencia de legislación interna para eludir un compromiso internacional. De otro lado, el desconocimiento masivo de los derechos consignados en los Pactos por parte de otros Estados comprometidos no puede servir de excusa para eximirse de responsabilidad. El sentido y la razón de ser de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos es justamente servir de herramienta para superar el estado imperante de desconocimiento de los derechos humanos en la práctica. En tal sentido, las obligaciones que surgen de estos pactos forman parte de una tarea o misión contra fáctica que se revela frente a situaciones de vulneración masiva e intenta ponerles fin. De ahí también el cariz objetivo que tiene la protección internacional de los derechos humanos tal y como ella se deriva de las obligaciones contenidas en los pactos internacionales sobre derechos humanos.

En cada asunto particular debe determinarse, entonces, cuáles fueron las obligaciones asumidas por el Estado, en qué consistió la violación y cuál es la autoridad pública a la que puede imputarse la no protección del derecho. Ha de establecerse también lo concerniente a la reparación por el daño ocasionado con la violación. Los derechos consignados en los pactos internacionales también tienen una perspectiva objetiva conectada estrechamente con las finalidades que persiguen estos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos consistente no sólo en **reaccionar** frente a un estado de cosas imperante —la violación de derechos humanos por parte de los Estados— y **sancionar** a quienes vulneran tales derechos. Estos instrumentos cumplen también **un fin protector**. Se orientan a **prevenir** que en el futuro los derechos sean desconocidos, buscan, en otras palabras, que las violaciones no se repitan, que el desconocimiento de los derechos no vuelva a suceder y abarca, en tal sentido, un conjunto de medidas que deben ser adoptadas para **garantizar la plena vigencia de los derechos**.

46.- Así las cosas, el amparo contemplado en el ordenamiento jurídico interno a favor de garantizar el pleno ejercicio de los



## *EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD*

derechos constitucionales se ve complementado por lo dispuesto en el ámbito internacional. Los mecanismos de protección interna de los derechos constitucionales se refuerzan con aquellos previstos en los documentos internacionales así que cuando se han agotado todos los recursos disponibles en el ordenamiento jurídico interno o cuando se hace evidente que los instrumentos existentes no garantizan el acceso a la justicia, es factible acudir a la vía que ofrecen las instancias internacionales de protección de los derechos humanos.

47.- De lo expuesto se desprende, que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención debe ventilarse primero en el ámbito interno. Con miras a garantizar un efectivo cumplimiento de estas obligaciones, las autoridades judiciales deben tener en cuenta lo dispuesto en los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República y ratificadas por el Gobierno Nacional y aplicar en todo aquello que haga más efectiva la protección de estos derechos las disposiciones contenidas en estos Convenios Internacionales. En caso de que ello no sea así, por cuanto o bien se ha verificado el agotamiento de los recursos internos o se ha constatado que estos no resultan suficientemente eficaces para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto internacional, entonces pueden activarse las instancias internacionales de protección. La conexión entre el sistema de protección interno y el internacional es, en consecuencia, estrecha y subsidiaria:

“el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es parte de un cuerpo de garantías de derechos fundamentales que viene a complementar lo que se hace en el ámbito interno: aporta criterios de interpretación y también establece mecanismos de garantía de los derechos<sup>48</sup>.”

<sup>48</sup> Claudio Nash Rojas, “Reparación del Daño por Violación de los Derechos Humanos”, Universidad Iberoamericana y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Ciudad de México, Julio 5 de 2005 en [www.publicacionescdh.uchile.cl/conferencia\\_charlas/nash/responsabilidad\\_Anuario.pdf](http://www.publicacionescdh.uchile.cl/conferencia_charlas/nash/responsabilidad_Anuario.pdf).

El Estado que suscribe, aprueba y ratifica un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos se compromete a que todas las autoridades que actúan a nombre del mismo cumplirán con las obligaciones derivadas de aquellos Tratados. El Estado se obliga tanto frente a los individuos que habitan en su territorio como respecto de los otros Estados que junto a él aprobaron el texto de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

“En esto se refleja la idea de la ‘interacción’ entre los sistemas nacionales e internacionales, es decir, son derechos que se adquieren internamente, pero también que tienen una connotación internacional; hay un orden público internacional que es el que le exige al Estado que cumpla y honre sus compromisos internacionales<sup>49</sup>.”

48.- En pocas palabras: las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son, por consiguiente, múltiples y comprometen a todos los sectores estatales sin excepción: político, administrativo y judicial. En tal sentido, deben los Estados: (i) interpretar los derechos constitucionales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado; (ii) ajustar la legislación interna así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales Pactos; (iii) abstenerse de promulgar normas que contraríen esos Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos; (iv) evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales se desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales —con independencia del cargo en el cual se desempeñen las autoridades o agentes estatales o el nivel en que realicen sus funciones— sea en el plano nacional o en el territorial —incluso cuando se trata de la omisión de prevenir o reprimir acciones ilícitas de los particulares; (v) adoptar medidas y efectuar tareas encaminadas a lograr que se presenten las condiciones indispensables para garantizar la vigencia efectiva de los derechos así como reparar las consecuencias que se derivan de la

<sup>49</sup> *Ibíd.*

vulneración de los mismos; (vi) procurar vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia.

49.- Si el Estado colombiano, en cualquiera de los campos en que se desenvuelve la actividad estatal —legislativo, administrativo y judicial— y en el ámbito en que opere —sea territorial o nacional— no interpreta los derechos constitucionales de acuerdo con lo establecido por los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional; o no ajusta la legislación interna a lo preceptuado por esos instrumentos internacionales; o promulga leyes contrarias a lo previsto en los mismos; o no evita que se vulneren tales Pactos internacionales mediante la acción u omisión de sus agentes —o de particulares que obran en su nombre; o no adopta las medidas, ni realiza las tareas tendientes a obtener las condiciones indispensables para que los derechos tengan vigencia en la práctica y no repara las consecuencias de la vulneración; o se abstiene de diseñar vías ciertas, expeditas y efectivas de acceso a la justicia, incurre en incumplimiento de las obligaciones derivadas de la firma, aprobación y ratificación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y debe, por consiguiente, responder.

50.- En concordancia con lo hasta aquí expresado, el artículo 93 de la Constitución Nacional prevé que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional que prohíben la limitación de los derechos en estados de excepción, forman parte del llamado bloque de constitucionalidad<sup>50</sup>. Establece, además, que todos los derechos y deberes consignados en la Constitución Nacional deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado colombiano<sup>51</sup>. Esta obligación comprende la necesidad de *actualizar* los contenidos de las normas que acogen derechos constitucionales de acuerdo con lo dispuesto por estos tratados.

<sup>50</sup> ...

<sup>51</sup> ...

Abarca, también, la posibilidad de *complementar* las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico interno a favor de los derechos constitucionales con aquellas previstas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Lo anterior supone, desde luego, la aplicación del principio *pro homine*, esto es, las normas han de *complementarse* de manera tal, que siempre se amplíe la protección prevista en el orden jurídico interno y no se disminuya. En el evento en que la norma que se desprende del Tratado internacional sea más restrictiva, se aplicará de preferencia la norma de derecho interno. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 94 superior, así como de lo consignado en el artículo 44 de la Constitución Nacional —sobre los derechos de los niños y de las niñas— la obligación de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia contiene, de igual modo, la posibilidad de *adicionar* el ordenamiento jurídico interno con nuevos derechos siempre, claro está, bajo aplicación del principio *pro homine* mencionado atrás.

51.- Así pues, cuando el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el pacto internacional puede obtenerse en el contexto jurídico interno —en virtud de la aplicación del principio de subsidiariedad— no resulta preciso activar las instancias jurídicas internacionales. No obstante, tales instancias se pondrán en funcionamiento cuando quiera que el ordenamiento jurídico interno sea incapaz de obtener esa observancia.

52.- En múltiples ocasiones se han movilizado los mecanismos internacionales como medio para obtener el cumplimiento de las obligaciones consignadas en la Convención Americana que exigen a los Estados proteger los derechos civiles y políticos contemplados en ese documento internacional. En relación con el amparo de derechos sociales, económicos y culturales puede decirse que apenas comienza a generarse una tradición en cuanto a la necesidad de proteger estos derechos aún cuando ya pueden encontrarse fallos cuya repercusión en los orde-

namientos jurídicos internos será cada vez más pronunciada<sup>52</sup>. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud la Corte Interamericana ha proferido de un tiempo para acá sentencias de enorme trascendencia. Dos cuestiones ventiladas ante la Corte Interamericana merecen especial atención de la Sala en la presente sentencia. El caso Ximenes Lopes contra Brasil<sup>53</sup> y el caso Albán Cornejo contra Ecuador<sup>54</sup>.

53.- Tanto en el primero como en el segundo asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre los alcances del reconocimiento de la responsabilidad internacional. Por revestir especial interés para resolver el caso bajo revisión en la presente ocasión, encuentra la Sala pertinente examinar los argumentos desarrollados por la Corte Interamericana en relación con los fundamentos de las **obligaciones en cabeza del Estado en el marco de la responsabilidad estatal**.

54.- Sobre el punto, manifestó el alto Tribunal lo siguiente: (i) las obligaciones contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana configuran el fundamento para establecer la responsabilidad internacional del Estado. El primero,

<sup>52</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que existe el deber de luchar contra la impunidad también por violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. Ver al respecto *Selçuk and Asker v. Turkey*, para. 96 (24 April 1998). Según lo recuerda el informe presentado por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas “[e]l Tribunal Europeo ha determinado que el deber de realizar una investigación exhaustiva y efectiva que conduzca a la identificación y sanción de los responsables surge cuando hay destrucción deliberada de los hogares y los bienes personales.” El mismo informe destaca cómo “[e]n una decisión de 2002, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos instó al Gobierno interesado a velar por la protección del medio ambiente, la salud y el sustento de un grupo cuyos derechos habían sido violados realizando una investigación de las violaciones de los derechos humanos descritas en la decisión y enjuiciando a los agentes de las fuerzas del orden encargados de la investigación y a otros organismos pertinentes que participaron en violaciones de los derechos humanos.” E/CN.4/2004/88, 27 de febrero de 2004, ESPAÑO. Original: INGLÉS, p. 18.

<sup>53</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes López vs Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149....

<sup>54</sup> Corte IDH, *Caso Albán Cornejo vs Ecuador*. Sentencia de 22 de Noviembre de 2007....

manifestó la Corte Interamericana, erige a los Estados partes de la Convención en garantes del la protección y el respeto de los derechos en ella contenidos así que cualquier menoscabo que sufra el amparo de estos derechos que pueda ser atribuida —de conformidad con las reglas de derecho internacional— a la acción o a la omisión de cualquier autoridad pública, “constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención<sup>55</sup>.” Por su parte, el artículo 2º de la Convención Americana demanda adoptar medidas en dos sentidos. De un lado, requiere suspender normas y prácticas de cualquier índole que supongan el desconocimiento de las garantías consignadas en la Convención. De otro, implica la necesidad de expedir normas así como de desarrollar prácticas encaminadas al efectivo cumplimiento de tales garantías<sup>56</sup>.

55.- Según la Corte Interamericana, lo anterior enlaza con la idea de acuerdo con la cual resulta “ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión, uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención<sup>57</sup>.” Lo antedicho se conecta asimismo con la línea de pensamiento encaminada a afirmar que “la responsabilidad estatal también puede generarse **por actos de particulares** en principio no atribuibles al Estado.” En ese sentido agregó la Corte, “[l]as obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-in-

<sup>55</sup> CteIDH, *Caso Ximenes Lopes*, párr. 83.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> *Ibíd.* párr. 84.

dividuales<sup>58</sup>.” Sobre el particular acentuó la Corte Interamericana lo que se transcribe a continuación:

“Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad<sup>59</sup>.”

56.- En relación con la salud, enfatizó el alto Tribunal que era un bien público cuya protección estaba a cargo de los Estados de ahí que surgiera en cabeza de las entidades estatales la obligación de evitar que terceros se pudieran ver involucrados en el desconocimiento de los derechos que se relacionan con la prestación de este servicio, como lo son el derecho a la vida y a la integridad personal “particularmente vulnerables cuando la persona se encuentra bajo tratamiento de salud<sup>60</sup>.” Insistió la Corte en que **los Estados tenían “el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado<sup>61</sup>.”** (Énfasis añadido). En definitiva, destacó la Corte lo siguiente:

“La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que **los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas**

<sup>58</sup> *Ibíd.* párr. 85.

<sup>59</sup> *Ibíd.* párrafos 86-88.

<sup>60</sup> *Ibíd.* párraf. 89.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

**que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos.** La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.” (Énfasis añadido).

57.- Referente al caso colombiano, más arriba indicó la Sala cómo la salud es abordada en la Constitución Nacional desde una doble perspectiva —como servicio público y como derecho constitucional—. Aparece claro, pues, que lo dicho por la Corte Interamericana en lo tocante a los casos Ximenes Lopes contra Brasil y Albán Cornejo contra Ecuador adquiere también plena vigencia para Colombia. Desde el horizonte de comprensión consignado en los artículos 1.1., y 2° de la Convención, el Estado colombiano está obligado a crear un marco normativo encaminado a asegurar que el servicio de salud se preste en condiciones de calidad y de efectividad preservando la integridad física, moral y emocional de las personas así como su derecho a la salud y a la vida en condiciones de dignidad preocupándose de modo especial porque la establecido en el plano normativo no se convierta en “mera formalidad distanciada de la realidad<sup>62</sup>.” Como antes se dijo, la idea central que se desprende de lo prescrito en las normas mencionadas consiste en que los Estados miembros —y en el caso *sub judice* el Estado colombiano— no son únicamente responsables de efectuar las regulaciones pertinentes para obtener la protección de los derechos sino que deben asimismo ejercer **actividades permanentes de control y fiscalización** de manera que se asegure su vigencia en la práctica, lo que en relación con el derecho a la salud se traduce en la calidad de la prestación del servicio de salud de modo que se preserve la integridad física, emocional, psíquica y social de las personas sometidas a tratamientos de salud.

<sup>62</sup> *Ibíd.* párraf. 98.



## EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

En otras palabras: se requiere por parte de quienes prestan el servicio de salud —sean éstas en entidades públicas o privadas— el despliegue de un conjunto de tareas, actividades o prácticas orientadas a garantizar plenamente la protección de los derechos constitucionales cuyo amparo adquiere mayor preponderancia al tratarse de personas colocadas en especial situación de indefensión. Por ello mismo, al Estado le subyace la obligación constitucional de velar porque las personas puestas en circunstancia de vulnerabilidad (artículo 13 y artículo 44) sean protegidas de manera reforzada para lo cual no es suficiente que las autoridades estatales se abstengan de desconocer los derechos constitucionales fundamentales de estas personas sino que resulta imprescindible la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre<sup>63</sup> (...) En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta [a] los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños [niñas] y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, [así como personas que] enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales<sup>64</sup>.”

Con fundamento en las consideraciones efectuadas hasta este lugar y teniendo presente las pruebas que obran en el expediente tanto como las solicitadas en sede de revisión, procederá la Sala a examinar y a resolver el caso concreto.

### Caso concreto.

58.- La ciudadana Yohana Andrea Rivera llevó a su hijo de cuatro meses de edad a la clínica Santillana (SALUDCOOP E.P.S.) pues el niño “*tuvo vómito, presentaba inapetencia y se le veía decaído*”. El médico de urgencias adscrito a la E. P. S. Sa-

<sup>63</sup> *Ibíd.*, párraf. 103.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, párraf. 104.

ludCoop lo atendió y le diagnosticó otitis gripal. Luego de recetarle acetaminofén, lo mandó para la casa. Al día siguiente, la madre volvió a la clínica y el mismo médico la atendió de nuevo. Confirmó el diagnóstico realizado la víspera y ante las dudas expresadas por parte de la madre, le repuso que *“lo podía traer a la clínica cuantas veces quisiera que siempre le diría lo mismo”*. Luego de dos días en los que la salud del niño en lugar de mejorar empeoró, el niño fue intervenido quirúrgicamente —le practicaron una invaginación iliocólica.

Duró el niño un mes hospitalizado y, como consecuencia de una infección, fue remitido a Unidad de Cuidados Intensivos en la Fundación Clínica Valle de Lilly en donde se le prestó atención especializada. Allí estuvo el menor a lo largo de casi un mes. Luego de que los médicos de la Clínica Valle de Lilly lograron sacar al niño de la grave situación en que se encontraba, el menor fue dado de alta pero después de dos semanas se presentó sangrado rectal. La madre lo llevó nuevamente a la Clínica Santillana (E. P. S. SALUDCOOP) —pues supuestamente el convenio con la Clínica Valle de Lilly especializada para la atención del infante ya no estaba vigente—. El mismo médico, dr. Botero, lo atendió en urgencias, le diagnosticó otra vez gripa y le recetó acetaminofén. Se negó, por lo demás, a poner en contacto a la madre con un cirujano pediatra y adujo que el estado del niño era normal.

Al día siguiente, volvió la madre a urgencias. Ante la insistencia y angustia de la madre, la comunicó el médico con un cirujano por medio de teléfono celular, luego de advertirle que el servicio de urgencias era hasta las 8 de la noche. La madre resolvió instaurar una acción de tutela para ver si por esa vía la E. P. S. cumplía con la obligación de remitir al niño a un centro médico especializado y con el deber de hacerlo atender por un médico debidamente capacitado para tratar el padecimiento del niño y evitarle más sufrimientos. El niño murió poco tiempo después de instaurada la tutela y el juez de instancia resolvió no conceder el amparo por carencia actual de objeto. Esos son, en apretada síntesis, los hechos de la tutela objeto de revisión.

59.- El juez *a quo* resolvió negar la protección, por cuanto al morir el niño se daba lugar a una carencia actual de objeto. Desde luego, el niño ya no está vivo y una interpretación estrecha —como la efectuada por el juez de instancia— puede llevar a la conclusión de que en el asunto bajo examen, en efecto, no era posible hacer más. A juicio de la Sala, es esta una posición en exceso restrictiva que trae como consecuencia dejar sin proteger la dimensión objetiva de los derechos conculcados. El fallo de instancia desconoció que en el asunto *sub judice* también se infringieron los derechos constitucionales de la madre y más concretamente sus derechos a (i) elegir la IPS que podía prestar un servicio de salud de mayor calidad y eficacia dados los padecimientos sufridos por el niño y la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud; (ii) optar por la maternidad, (iii) conformar una familia; (iv) recibir una protección especial del Estado al ser madre cabeza de familia, (v) a la integridad personal, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

60.- Un repaso de la historia clínica del niño deja ver que la madre realizó las visitas de control médico de manera puntual. Pudo verificarse asimismo que hasta el momento en que se presentó la complicación que condujo a la madre a llevar al infante a la Clínica Santillana E. P. S SaludCoop, el niño presentaba **un cuadro de desarrollo normal, incluso superior a la media**. La madre estuvo siempre pendiente de que su hijo fuera atendido de la mejor manera posible. Tanto es esto así, que de no haber sido por la tutela instaurada por Yohana Andrea Rivera ante la angustia de ver que su hijo no estaba siendo objeto de los cuidados que requería su estado de salud, no habría tenido oportunidad esta Sala de pronunciarse sobre el caso resuelto por la sentencia objeto de revisión.

61.- Estima la Sala que a la madre del niño se le desconocieron sus derechos constitucionales. En primer lugar, se vulneró su derecho a elegir la IPS que —dados los padecimientos sufridos por el infante— garantizara la aplicación del principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Luego de los procedimientos efectuados al niño en la Clínica Valle de Lilly,

la actora insistió en la necesidad de que esa entidad hospitalaria prosiguiera con el tratamiento iniciado que había logrado restablecer la delicada salud del niño después de meses de cuidados especiales. La madre insistió en que dicha entidad contaba con los medios idóneos y efectivos para atender a su hijo y su petición no fue escuchada, motivo por el cual, se vio forzada a volver a la Clínica Santillana.

62.- La jurisprudencia constitucional ha dicho en múltiples ocasiones que la libertad de escoger la IPS no es absoluta pero ha recalcado asimismo cómo en aquellos eventos en los que el derecho a la salud tanto como el derecho a la vida en condiciones de dignidad y de calidad pueden verse desconocidos al no recibir la persona el tratamiento eficaz para contrarrestar sus dolencias, existe la obligación en cabeza de las EPS de garantizar el principio de libre escogencia. ...

...

63.- Como se constata a partir de los documentos que obran como medios de prueba en el expediente, la existencia de una amenaza de vulneración del derecho constitucional a la salud era evidente, tratándose de procedimientos delicados que la Clínica Valle de Lilly había efectuado con personal especializado y que requerían de un seguimiento urgente para lograr que el niño restableciera por entero su salud. Al no garantizarse la continuidad en la prestación del servicio de salud, se privó al niño de recibir cuidados oportunos, eficientes, integrales y de calidad y la situación de salud del niño desmejoró hasta desembocar en su muerte.

64.- En el caso bajo examen, se defraudó por tanto la confianza legítima de la madre en que la E. P. S. adoptaría las medidas oportunas y pertinentes para curar a su hijo. La E. P. S. omitió ofrecerle al niño una prestación a tiempo y constante del servicio de salud. El niño murió. A la ciudadana Yohana Andrea Rivera se le produjo un inmenso dolor —imposible de describir con palabras— y se le interrumpió de manera abrupta e injusta uno de los aspectos de su proyecto personal. Se la privó, en suma, del derecho de poder ver crecer a su hijo y de estar junto a él en el camino de la vida. ...

...

65.- No resulta pues factible describir con palabras la magnitud del dolor que significa para un ser humano perder a un hijo o a una hija y sin embargo sí parece posible entrever las implicaciones que este sufrimiento tendrá en la propia realización personal de la madre o del padre y del resto de la familia así como la manera en que esta pena afectará todos los aspectos de sus vidas, por haberse truncando para siempre el anhelo de ver crecer y acompañar durante el mayor tiempo posible al hijo o a la hija que se ha traído al mundo y ya no vive más. Lo anterior trae como consecuencia un profundo desconocimiento de los derechos constitucionales a: (i) optar por la maternidad/paternidad; (ii) conformar una familia; (iii) a la dignidad humana; (iv) a la integridad y (v) al libre desarrollo de la personalidad.

66.- Cabe resaltar en este lugar que la vulneración de los derechos mencionados en cabeza de la madre ya se consumó, motivo por el cual resulta imposible dictar una medida tendiente a amparar tales derechos. ... De otra parte, ... el sufrimiento humano no sólo se despliega en un horizonte personal. Adquiere a un mismo tiempo una dimensión social —objetiva— que no debe perderse de vista. Cada sufrimiento que se causa a una persona, por más humilde que ella sea, repercute en la comunidad comprendida como un todo. ...

En suma, cada persona que forme parte del tejido social podría estar eventualmente ante la misma situación inaceptable. Cuando un niño o una niña muere porque no es atendido (a) a tiempo o porque no se le prestó un servicio de salud eficaz, eficiente, universal, integral, se desconoce una expectativa social objetiva y legítima de obtener una prestación del servicio de salud oportuna, continua y eficiente, construida sobre la base de que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas se ciñen a los postulados de buena fe, lo que se traduce, a su turno, en la obligación de no defraudar esa buena fe y garantizarle a las personas destinatarias del servicio de salud que una vez iniciado un tratamiento, éste no será suspendido y se pondrán todos los conocimientos y los medios al alcance —bien sea para restablecer la salud, cuando ello es posible, o para disminuir los dolores y pa-

decimientos cuando el recuperación de la salud se torna imposible—.

67.- Como se expuso en precedencia, en el caso colombiano las autoridades estatales y los particulares por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º, así como en los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 9º, 93 y 94 de la Constitución, entre otros, están obligados a garantizar el respeto por los derechos constitucionales en los términos en que lo establece la Constitución Nacional y, por la vía del artículo 93 superior, bajo las condiciones exigidas por los pactos internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Presidente de la República. Si las autoridades públicas o los particulares —en especial quienes están encargados de la prestación de servicios públicos que comprometen la garantía de derechos constitucionales— no invierten la debida diligencia en esa garantía de protección de los derechos constitucionales, son jurídicamente responsables pues incumplieron el deber de garantes de la protección de derechos constitucionales que les asigna la Constitución Nacional. Como lo recordó la Corte Interamericana en los casos Ximenes Lopes y Albán Cornejo comentados por la Sala en párrafos precedentes,

“la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado (...) las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre<sup>65</sup>.”

68.- En precedencia se indicó cuáles son los alcances que se derivan de la responsabilidad en cabeza del Estado y de los particulares, especialmente, de aquellos comprometidos con la prestación de servicios públicos cuando desconocen derechos constitucionales. Se dijo, además, que estos derechos constitu-

<sup>65</sup> *Ibíd.* párrafos 86-88.

yen la base sobre la cual se construye todo el ordenamiento jurídico, de ahí, que le corresponda al Estado garantizar la debida protección de estos derechos y en consecuencia no sólo **evitar** que se desconozcan sino que —una vez desconocidos— se adopten las medidas para **prevenir** que se vuelvan a vulnerar.

La protección de los derechos constitucionales tiene, entonces, una dimensión personal o subjetiva como una dimensión social, colectiva u objetiva. Desde el punto de vista objetivo, la responsabilidad a que da lugar la vulneración de derechos constitucionales tiene un carácter *prima facie* compensatorio y no sancionador pero se extiende más allá de la mera compensación pues busca prevenir que se vuelva a incurrir en violaciones de ese tipo. Lo anterior, en razón del sentido y alcance que le confiere el ordenamiento constitucional colombiano a los derechos constitucionales en tanto fundamentos del orden jurídico en su conjunto. El Estado actúa en calidad de garante de los derechos constitucionales. Su falta de vigilancia así como su ausencia de preocupación respecto de la manera como las entidades hospitalarias —sean ellas públicas o privadas— prestan el servicio de salud constituye un grave desconocimiento de las obligaciones que por mandato de la Constitución radican en cabeza suya y se conectan, de una parte, con la aplicación del principio de igualdad y de solidaridad tal como lo ordenan los artículos 1º y 2º constitucionales y, de otra, por la vía contemplada en el artículo 93 superior, con el deber de velar por la garantía y el respeto de los derechos contenidos en los pactos sobre derechos humanos aprobados por Colombia.

69.- Justo en relación con lo antedicho cobra especial relevancia lo mencionado en las consideraciones de la presente sentencia cuando se recordó que uno de los propósitos de proteger la dimensión objetiva de los derechos consistía no sólo en reaccionar frente a los desconocimientos o vulneraciones de los derechos sino en prevenir que en el futuro los derechos continúen siendo desconocidos. Con ese propósito las autoridades estatales y, en especial, las autoridades judiciales han de adoptar medidas para garantizar la protección de los derechos y

para tal fin han de tener en cuenta los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia y deben observar, de igual modo, la interpretación que de los mismos efectúan las entidades competentes.

Así, lo dispuesto en el artículo 93 superior cuando preceptúa que los derechos y deberes determinados en la Constitución Nacional deben interpretarse en armonía con lo establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Gobierno y aprobados por el Congreso, se erige en un punto de encuentro entre el ordenamiento jurídico interno o doméstico y el internacional. En el marco del Sistema Interamericano resulta de particular importancia la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana. Este alto Tribunal ha entendido que el deber de acatar las obligaciones internacionales significa, entre otras cosas, la necesidad de que los Estados adopten medidas en dos direcciones: de una parte, orientadas a la supresión de normas y prácticas nacionales de cualquier índole que supongan el desconocimiento de las garantías contempladas en la Convención que infrinjan los derechos allí plasmados o se conviertan en obstáculo para su efectivo ejercicio. De otra, enderezadas a expedir normas y a desarrollar prácticas enfocadas al efectivo cumplimiento de tales garantías.

70.- Puestas de este modo las cosas, el Estado colombiano tiene la obligación de respetar y garantizar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales interpretados a la luz de las garantías consignadas en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia bajo estricta aplicación del principio *pro homine* mencionado en las consideraciones de la presente sentencia (fundamento jurídico 50). Como antes se dijo, tal obligación proyecta sus efectos más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, por cuanto se traduce en el deber positivo en cabeza de las autoridades estatales de adoptar las medidas imprescindibles para asegurar la protección efectiva de los derechos en las relaciones entre las personas.



EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

71.- La jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana sobre el tópico ha marcado un hito<sup>66</sup>. En tal sentido, cuando el alto Tribunal constata el desconocimiento de la obligación en cabeza de los Estados de proteger los derechos, fuera de la satisfacción pecuniaria relacionada más directamente con la dimensión subjetiva de dicho amparo, ha considerado imprescindible que los Estados desempeñen una actividad intensa y contundente dirigida a suprimir normas y prácticas infractoras de la Convención<sup>67</sup>. Desde esta perspectiva<sup>68</sup>, la Corte Interamericana suele adoptar medidas dirigidas bien a ordenar que los Estados “pidan perdón<sup>69</sup>” a las víctimas u ofrezcan disculpas públicas mediante la construcción de monumentos —apropiados y dignos—, en su honor<sup>70</sup>. También ha exigido la Corte Interamericana dictar medidas educativas y ha mandado, incluso, realizar cursos sobre derechos humanos<sup>71</sup>. Adicionalmente, ha determinado que algunos apartes de las sentencias sean publicados en diarios de amplia circulación<sup>72</sup>. En ese orden, las medidas de protección de los derechos dictadas por la Corte Interamericana adquieren una dimensión objetiva: tienen, de un lado, un matiz esclarecedor de la verdad así como enaltece-

<sup>66</sup> Cfr. Corte IDH, *Caso Albán Cornejo vs Ecuador*. Sentencia de 22 de Noviembre de 2007. Serie C No. 171; Corte IDH, *Caso Ximenes López vs Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

<sup>67</sup> ...

<sup>68</sup> Cfr. Juan Carlos Hitters, “La Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales” en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5, No 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007, p. p. 203-222.

<sup>69</sup> ...Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Párrafo 235.

<sup>70</sup> ...Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrafo 296.14.

<sup>71</sup> ...Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrafos 316 y 317.

<sup>72</sup> ...Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrafo 296.15.

dor de las víctimas y, de otro, un tinte preventivo, esto es, enderezado a que los Estados adopten las medidas indispensables para garantizar que las prácticas desconocedoras de los derechos no se volverán a repetir.

72- La Sala en la presente sentencia dictará medidas para proteger la dimensión objetiva tanto del derecho constitucional fundamental a la salud como de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas. Marcará especial énfasis en el amparo del derecho a la verdad, esto es, **del derecho a saber para no olvidar y así abstenerse de repetir**. Precisamente con el fin de asegurar lo anterior, el derecho a la verdad ha sido invocado en el contexto de graves violaciones de derechos humanos y de serias vulneraciones del derecho internacional humanitario. Ha sido alegado por las víctimas de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas o de tratos y penas crueles, humillantes o degradantes, quienes exigen saber qué les ocurrió a ellas o a sus familiares. El derecho a la verdad implica, en efecto, la garantía de “conocer de manera exhaustiva y completa la verdad de los hechos ocurridos, las circunstancias específicas y quiénes participaron en las mismas, incluidas las condiciones bajo las cuales tuvieron lugar las vulneraciones y los motivos que incidieron en producirlas<sup>73</sup>.”

73- El informe presentado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en noviembre de 2006 subraya que: “el derecho a la verdad ha sido reconocido de modo expreso en varios documentos internacionales y en distintos mecanismos intergubernamentales y ha sido también mencionado en relación con la lucha en contra de la impunidad así como en el contexto de remedios y reparaciones por serias vulneraciones de derechos humanos.” El derecho a la verdad se relaciona estrechamente con la dimensión objetiva de los derechos y se proyecta simultáneamente en dos perspectivas: un eje

<sup>73</sup> PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. Study on the right to the truth. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. En: COMMISSION ON HUMAN RIGHTS Sixty-second session. Item 17 of the provisional agenda. GENERAL. E/CN.4/2006/91. 8 February 2006. Original: ENGLISH, p. 4.

## *EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD*

personal y otro colectivo. Tanto las víctimas directas de graves violaciones de derechos humanos, como la sociedad, en general, deben poder acceder al conocimiento de la verdad de los hechos acaecidos. Así, se facilitan procesos de construcción del tejido social sobre la base de la memoria, de la buena fe y de la confianza y de esta manera se lucha en contra de la impunidad y se contribuye, de paso, a fortalecer la democracia y el Estado Social de Derecho<sup>74</sup>.

74- El derecho a la verdad ha sido conectado igualmente con el deber del Estado de conducir de manera efectiva las investigaciones acerca de serias violaciones de derechos humanos y ha sido relacionado con la obligación de ofrecer un remedio judicial efectivo así como ha sido vinculado también con el derecho a la vida en familia y el derecho a la salud. El reporte presentado por al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por el Grupo de Trabajo sobre desaparecimientos forzados, recordó que varios de los derechos en cabeza de los miembros de familia de las personas desaparecidas también se infringían. En particular, el derecho a tener una vida en familia aparece como el derecho más estrechamente vinculado con el derecho a la verdad así como otros derechos económicos, sociales y culturales<sup>75</sup>.

75- A partir de lo hasta aquí señalado se deriva que el derecho a la verdad respecto de graves y serias violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario constituye un derecho autónomo, inalienable e imprescriptible, reconocido tanto en el campo nacional y regional, como en el internacional. Está conectado con el deber de conducir investigaciones efectivas cuando se han presentado serias violaciones de

<sup>74</sup> La Corte Constitucional reconoció por primera vez el derecho a la verdad mediante sentencia C-228 del tres de abril de 2002 y también se refirió a tal derecho el 20 de enero de 2003 en la sentencia T-249 de 2003. Con posterioridad, ha reconocido este derecho, particularmente, en la sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006.

<sup>75</sup> Por ejemplo, el estándar de vida familiar o el derecho a la educación pueden verse adversamente influidos por la falta del padre o el derecho a la salud y a la posibilidad de conformar una familia por la ausencia de los hijos o hijas. Ver: Report of the WGEID, E/CN.4/1983/14, para. 134.

derechos humanos y con la obligación de ofrecer remedios eficaces y una justa reparación. De esta manera, se vincula asimismo con la garantía de realización del Estado Social de Derecho y, en consecuencia, se liga con los principios de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno en una sociedad democrática.

Se relaciona, por lo demás, con la efectiva puesta en vigencia de otros derechos tales como el derecho a tener una vida en familia, el derecho a que se efectúe una investigación, el derecho a ser oído por un tribunal imparcial e independiente, el derecho a estar libre de tortura y de tratamientos crueles y degradantes, el derecho a buscar y a proporcionar información. En últimas, el derecho a la verdad se ata de manera profunda con el derecho a la dignidad humana de toda persona y tiene también un matiz social indeclinable. Su efectiva garantía contribuye a construir el tejido social sobre la base de la buena fe y de la confianza legítima, ingredientes sin los cuales toda sociedad está condenada a sucumbir en el círculo vicioso de la mentira, de la desconfianza, de la venganza y de la violencia.

76- En el asunto bajo examen de la Sala es necesario garantizar el derecho a la verdad e impedir que en el futuro niños y niñas como Daniel Felipe tengan que morir cuando existen medios para prevenir que ello suceda. Ciertamente es que ninguna medida de protección podrá volver a la vida al niño Daniel Felipe Rivera. Ahora bien, ni la madre, ni la sociedad colombiana, han de verse forzadas a convivir con “el silencio, la indiferencia y el olvido”<sup>76</sup>. Si no queremos que esta lamentable situación se repita, resulta imprescindible conocer lo que ha acontecido y de esta manera poder acordar las medidas orientadas a impedir que una circunstancia denigrante de la dignidad humana que repercute de manera clara en el orden social, considerado en su conjunto, vuelva a suceder.

<sup>76</sup> Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en su Voto Razonado en el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77.

*EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD*

Como un paso que apunta a obtener ese propósito, ordenará la Sala a la E. P. S. SaludCoop que en reconocimiento de su responsabilidad por la no protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas dentro del término de seis meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia (i) cuelgue una placa de 50 centímetros por 70 centímetros en lugar destacado y visible a la entrada de todas las Clínicas de SaludCoop E. P. S. en Colombia en las que destaque de manera clara y expresa la obligación en cabeza de las personas que prestan atención en salud a nombre de SaludCoop E. P. S. de proteger en todo momento los derechos constitucionales de las niñas y de los niños y, especialmente, sus derechos constitucionales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad; (ii) cree un sistema para financiar una beca anual por el lapso de diez años con el nombre de Daniel Felipe Rivera destinada a beneficiar a alguno (a) de los/las mejores profesionales egresados (as) de las Facultades de Medicina del País interesado (a) en efectuar estudios de investigación en temas relacionados con urgencias infantiles en Centros Universitarios Acreditados Institucionalmente con el fin de que, una vez finalizados los estudios, estos (as) profesionales presten sus servicios en las clínicas de SaludCoop E. P. S. (iii) establezca un Protocolo para la Atención de Urgencias Médicas en sus Clínicas orientado a fijar prioridades así como a exigir efectividad, calidad y rapidez en la atención de los/las pacientes e instruya respecto del mismo a todo su personal administrativo y médico.

77- Adicionalmente, ordenará a la E. P. S. SaludCoop que publique dentro del término perentorio de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia, al menos una vez en dos diarios de amplia circulación nacional **el siguiente texto y la parte resolutive de la presente sentencia:**

A partir de las pruebas allegadas al expediente pudo la Corte Constitucional constatar que el niño Daniel Felipe Rivera, de cuatro meses de edad, fue llevado varias veces por su madre a la clínica Santillana (SALUDCOOP E. P. S.) y, atendido en urgencias, se

le diagnosticó otitis gripal y se le recetó acetaminofén. La madre insistió en la gravedad de la situación y, luego de varios intentos, logró que el infante fuera examinado por un especialista. El médico especialista vio la necesidad de intervenirlos quirúrgicamente y le practicaron una invaginación iliocólica -. Remitido por causa de una infección a la Unidad de Cuidados Intensivos – Fundación Clínica Valle de Lilly – el infante estuvo un mes hospitalizado. Daniel Felipe recibió cuidados especializados y fue dado de alta, pero dos semanas después presentó sangrado rectal. La madre insistió en llevarlo a la Fundación Clínica Valle de Lilly, de modo que se le garantizara el derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud, pero la E. P. S. se negó, aduciendo que ya no tenía convenio con dicha entidad hospitalaria, por lo cual tuvo que llevar al niño de nuevo a la Clínica Santillana (SALUDCOOP E. P. S.) donde, atendido en urgencias, el médico le volvió a recetar acetaminofén y se negó a poner en contacto a la madre con el cirujano. Ante esta eventualidad, la madre instauró acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud y a la vida de su hijo. Daniel Felipe murió cuando la tutela se hallaba en trámite ante el juez de primera instancia quien determinó que el amparo resultaba improcedente por carencia actual de objeto.

Dado que en el caso concreto se presentó la muerte del niño Daniel Felipe Rivera, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida no pudo ser concedida. No obstante, la Corte Constitucional aprovechó esta oportunidad para hacer un llamado a las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud con el fin de que encaminen todos sus esfuerzos para evitar que situaciones como la padecida por Daniel Felipe Rivera vuelvan a repetirse en el futuro. Acentuó la Corte, en tal sentido, **la necesidad** por parte de las Entidades Promotoras de Salud **de garantizar la calidad en la prestación del servicio de salud** de modo que se preserve la integridad física, emocional, psíquica y social de las personas sometidas a tratamientos de salud **así como de no levantar obstáculos administrativos o de cualquier otra naturaleza que impidan la protección integral, continua y eficaz del derecho a la salud.** Cuando niños y niñas mueren porque entidades hospitalarias, valiéndose de excusas de orden administrativo, rechazan prestarles la atención en salud debida, el sufrimiento que sobreviene adquiere una clara dimensión social. Es esta una circunstancia inadmisibles en un Estado cuya Constitución se edifica sobre la base de la protección de los derechos

#### EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD

constitucionales fundamentales y le otorga un lugar preponderante al amparo de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas (artículo 44 Superior).

Lo anterior, con independencia de las acciones que habrán de iniciarse por parte de la ciudadana Rivera Chaguendo a fin de obtener la reparación por la responsabilidades de orden penal, civil, médica o ética a que haya lugar —asunto para lo cual la Sala compulsará copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación—. Por demás, en la parte resolutive de la presente sentencia la Sala advertirá a la peticionaria que puede acudir a la vía ordinaria para solicitar la respectiva reparación.

#### IV. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto la Sala Octava de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.- LEVANTAR** la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

**SEGUNDO.- REVOCAR** la decisión emitida por el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Cali el día cinco de octubre de 2005 en la cual se niega la acción de tutela promovida por Yohana Andrea Rivera Chaguendo y proceder, en su lugar, a dictar medidas de protección de los derechos constitucionales.

**TERCERO.- COMPULSAR COPIAS** a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación, a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia.

**CUARTO.- ADVERTIR** a la ciudadana Yohana Andrea Rivera Chaguendo que puede acudir a las vías ordinarias a fin de que allí se resuelva si en el caso *sub judice* se presentó responsabilidad civil, médica, penal, ética o de otra índole.



**QUINTO.- ORDENAR** a la E. P. S. SaludCoop que en reconocimiento de su responsabilidad por la no protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños y de las niñas dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia (i) cuelgue una placa de 50 centímetros por 70 centímetros en lugar destacado y visible a la entrada de todas las Clínicas de SaludCoop E. P. S. en Colombia en las que resalte de manera clara y expresa la obligación en cabeza de las personas que prestan atención en salud a nombre de SaludCoop E. P. S. de proteger en todo momento los derechos constitucionales fundamentales de las niñas y de los niños y, especialmente, sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad; (ii) cree un sistema para financiar una beca anual por el lapso de diez años destinada a beneficiar a alguno (a) de los/las mejores profesionales egresados (as) de las Facultades de Medicina del País interesado (a) en efectuar estudios de investigación en temas relacionados con urgencias infantiles en Centros Universitarios Acreditados Institucionalmente con el fin de que, una vez finalizados los estudios, estos (as) profesionales presten sus servicios en las clínicas de SaludCoop E. P. S.

**SEXTO.- ORDENAR** a SaludCoop E. P. S. que dentro del término de seis meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia establezca un Protocolo para la Atención de Urgencias Médicas en sus Clínicas encaminado a fijar prioridades así como a exigir efectividad, calidad y rapidez en la atención e instruya respecto del mismo a todo su personal administrativo y médico.

**SÉPTIMO.- ORDENAR** a SaludCoop E. P. S. que publique dentro del término perentorio de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia, al menos una vez en dos diarios de amplia circulación nacional, el texto contenido en el **fundamento jurídico 77** así como la **parte resolutive de la presente sentencia**.

**OCTAVO.- INSTAR** al Defensor del Pueblo para que efectúe el debido seguimiento, respecto del estricto cumplimiento



*EL DEBER DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD*

de este fallo y remita a la Corte Constitucional un informe completo sobre el particular.

**NOVENO.- LÍBRENSE** por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

...

AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS  
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS  
HUMANOS EN EL MARCO  
DE PROCESOS PENALES INTERNOS

*Sinopsis:* La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala emitió cuatro resoluciones declarando la autoejecutabilidad de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *De la “Panel Blanca” (Panigua Morales y otros)*, *De los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *Bámaca Velásquez y Carpio Nicolle y otros*, todos contra el Estado de Guatemala. En estos fallos, la Corte Interamericana encontró que el proceso penal referido a cada uno de los casos mencionados había violado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, en consecuencia, ordenó al Estado guatemalteco investigar efectivamente los hechos que generaron dichas violaciones, así como identificar, juzgar y sancionar a los responsables.

Las resoluciones que se presentan se dictaron a partir de las solicitudes de ejecución de sentencias presentadas por la Fiscalía de Sección de la Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos del Ministerio Público. En cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró la nulidad de las sentencias nacionales correspondientes así como de todo lo actuado con posterioridad y, en consecuencia, ordenó un nuevo procesamiento respetuoso de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En tal sentido, ordenó dar intervención al Ministerio Público con el objeto de realizar las investigaciones e impulsar la persecución y el procesamiento penal. Finalmente, la Cámara Penal de la Corte Suprema declaró que como la República de Guatemala no podía oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumpli-

## AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH

miento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tenía el efecto de acto extraordinario del procedimiento común.

*Synopsis: The Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice of Guatemala issued four judgments declaring the self-execution of the judgments ruled by the Inter-American Court of Human Rights in the cases of the “White Van” (Paniagua Morales et al.), of the “Street Children” (Villagrán Morales et al.), Bámaca Velásquez and Carpio Nicolle et al., all against the State of Guatemala. In these decisions, the Inter-American Court determined that the criminal proceeding in each of the cases had violated the American Convention on Human Rights, therefore it ordered the State of Guatemala to effectively investigate the facts of said violations, and to identify, prosecute, and punish those responsible. The judgments were ruled based on the requests for execution of the judgments submitted by the Government Attorney’s Office of the Unit on Special Cases and Human Rights Violations of the Public Ministry. In compliance with the orders of the Inter-American Court, the Criminal Chamber of the Supreme Court declared the annulment of the corresponding national judgments and all subsequent actions, and ordered a new proceeding that respects the laws of due process and complies with the goals of the criminal proceeding of proving the facts and punishing the perpetrators. In this regard, it ordered the intervention of the Public Ministry to perform the investigation and promote the prosecution and criminal proceeding. Finally, the Criminal Chamber of the Supreme Court declared that since the Republic of Guatemala may not oppose its domestic legislation or claim lack of procedures or guidelines to comply with the international judgment, its execution had the effect of an extraordinary act of the common procedure.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
No. MP001/2005/46063 SOLICITADA POR EL MINISTERIO  
PÚBLICO, FISCALÍA DE SECCIÓN, UNIDAD  
DE CASOS ESPECIALES Y VIOLACIÓN A DD.HH.

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009

Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Guatemala, once de diciembre de dos mil nueve.

Se tiene a la vista, la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho, proferida en el caso denominado “*Panel Blanca*”, Paniagua Morales y otros, versus el Estado de Guatemala; la sentencia de reparaciones y costas de fecha veinticinco de mayo de dos mil uno, proferida en el mismo caso, así como la solicitud de ejecución de sentencia presentada a este Tribunal el diez de diciembre de dos mil nueve, por la Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos del Ministerio Público.

ANTECEDENTE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia de fondo, en el caso denominado “*Panel Blanca*”, Paniagua Morales y otros, versus el Estado de Guatemala, por medio de la cual decidió, por unanimidad, declarar que en dicho caso, el

#### AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH

Estado violó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y que debe realizarse una investigación real y efectiva para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se refiere dicha sentencia y eventualmente, sancionarlas. Se ordenó además abrir la etapa de reparaciones y costas, y comisionar al Presidente de esa Corte para que adopte las medidas procedimentales correspondientes. Con posterioridad en la sentencia de reparaciones y costas de fecha veinticinco de mayo de dos mil uno, dictada en el caso relacionado, en el punto resolutivo número dos, el Tribunal internacional reiteró la orden de investigar los hechos que generaron las violaciones anteriormente relacionadas, así como identificar y sancionar a sus responsables.

#### CONSIDERANDO

Que el Estado de Guatemala, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Organización de Naciones Unidas) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos), los principios imperativos de Derecho Internacional *pacta sunt servanda y bone fide*, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos.

#### CONSIDERANDO

Que en el caso “*Panel Blanca*”, Paniagua Morales y otros, versus el Estado de Guatemala, el Tribunal internacional declaró que la resolución nacional emitida es violatoria de principios jurídicos universales de justicia, reconocidos por la civilización y que se encuentran consagrados en la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, el Estado de Guatemala bajo pretexto de la normativa interna no puede obstruir o impedir el cumplimiento de lo mandado por el Tribunal *supra* nacional en materia de derechos humanos, sobre todo porque éste se funda en el incumplimiento de una investigación objetiva capaz de probar los hechos y deducir las responsabilidades penales que de ellos se derivan.

#### CONSIDERANDO

Que es obligado ejecutar la nulidad de la resolución nacional referida, iniciar un nuevo procesamiento y ofrecer en el mismo el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En tal sentido se pronuncia la Cámara Penal, lo que se sustenta en la primacía del principio *pro hominis* y en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional.

#### CONSIDERANDO

En este caso, la resolución dictada por la Sala Décima de la Corte de Apelaciones del departamento de Guatemala, dentro del proceso de apelaciones identificado con el número ochocientos noventa y nueve guión noventa (899-90) y en consecuencia, las actuaciones procesales de primera y segunda instancia que la originaron, fueron declaradas contrarias a los derechos y principios esenciales de juzgamiento, de conformidad con los argumentos sustentados en el pronunciamiento de fondo vertido por el Tribunal internacional; lo que propició solicitudes de cumplimiento de ejecución de dicho fallo por parte del Ministerio Público, en atención al carácter auto ejecutable de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de lo anterior, resulta necesario que esta Cámara, al haber sido declarada la nulidad de la resolución nacional a que se hace referencia, ordene a su vez un nue-

#### *AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH*

vo procesamiento y ofrezca en el mismo, el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso así como el cumplimiento de los fines del proceso penal, de averiguación de los hechos y sanción de las personas que resulten responsables de los mismos.

#### DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES

Artículos: Los anteriormente citados; 46 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por decreto 55-96 del Congreso de la República; 1,2,8,11,33 y 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por decreto 6-78 del Congreso de la República; 11,11 Bis, 16, 17, 45, 47, 52, 320 y 547 del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República; 51, 55 inciso o) y 58 inciso a) de la Ley del Organismo Judicial, decreto 2-89 del Congreso de la República.

#### POR TANTO

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL, con base en lo considerado y leyes citadas, al resolver DECLARA: I) LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA DE FONDO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO, PROFERIDA EN EL CASO DENOMINADO “*PANEL BLANCA*”, PANIAGUA MORALES Y OTROS, VERSUS EL ESTADO DE GUATEMALA y como consecuencia, LA ANULACIÓN de la resolución de fecha VEINTIOCHO DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA, dictada por la SALA DÉCIMA DE LA CORTE DE APELACIONES DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA, en el recuso de apelación identificado con el número OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE GUIÓN MIL NOVECIENTOS NOVENTA y las actuaciones judiciales proferidas tanto en primera como en segunda instancia. II) Ordena remitir las actuaciones procesales de que consta el presente expediente al

Centro Administrativo de Gestión Penal, para que éste designe al juzgado correspondiente que habrá de conocer el presente caso. III) Una vez designado el juez respectivo deberá cumplir con lo siguiente: III.i) requerir al Archivo General de Tribunales, o cualquier otra dependencia, el expediente identificado con el número ochocientos noventa y nueve guión mil novecientos noventa, de la Sala Décima de la Corte de Apelaciones del departamento de Guatemala, así como el proceso de primera instancia que correspondió al de segunda instancia recién citado. III.ii) Dar intervención al Ministerio Público, con el objeto de realizar todas las investigaciones e impulsar la persecución y el procesamiento penal que permita determinar en forma efectiva, a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se refieren los numerales “1.”, “2.”, “3.” y “5.”, del apartado identificado con el número ciento ochenta y uno (181) denominado “Por tanto”, de la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el ocho de marzo de mil novecientos noventa y ocho, en el proceso “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) versus el Estado de Guatemala” y, en su caso, la sanción de los responsables por el órgano jurisdiccional competente. III.iii) Tanto el Juez designado como el ente acusador, deberán velar en todo momento por el irrestricto respeto y cumplimiento de las garantías procesales, así como la observancia de los fines del proceso penal guatemalteco. IV) Como la República de Guatemala no puede oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tiene el efecto de acto extraordinario del procedimiento común, por lo mismo, remítase directamente esta resolución al Centro Administrativo de Gestión Penal. Notifíquese el contenido de la presente resolución al Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección, Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
No. MP001/2008/63814 SOLICITADA POR EL MINISTERIO  
PÚBLICO, FISCALÍA DE SECCIÓN, UNIDAD DE CASOS  
ESPECIALES Y VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL. Guatemala, once de diciembre de dos mil nueve.

Se tiene a la vista la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en el caso denominado “*Niños de la Calle*”, Villagrán Morales y otros, versus el Estado de Guatemala.

ANTECEDENTE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictó sentencia de fondo, en el caso denominado “*Niños de la Calle*” Villagrán Morales y otros, versus el Estado de Guatemala, por medio de la cual decidió, por unanimidad, declarar que el Estado violó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, declaró que el Estado debe realizarse una investigación real y efectiva para determinar a las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

que se ha hecho referencia en dicha sentencia y, eventualmente, sancionarlas, además abrir la etapa de reparaciones y costas, y comisionar al Presidente de dicho órgano internacional para que adopte las medidas procedimentales correspondientes. El Tribunal Internacional antes indicado, en la sentencia de reparaciones y costas de fecha ventaseis de mayo de dos mil uno, dictada en el caso relacionado, en el punto resolutivo número ocho, reitera la orden anteriormente citada, agregando que el Estado de Guatemala debe adoptar en su derecho interno las disposiciones que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

CONSIDERANDO

Que el Estado de Guatemala, como miembro de la comunidad internacional reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales, entre ellos la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Organización de Naciones Unidas) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos), los principios imperativos de Derecho Internacional *pacta sunt servanda y bone fide*, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos.

CONSIDERANDO

Que en el caso “*Niños de la Calle*” Villagrán Morales y otros versus el Estado de Guatemala, el Tribunal internacional declaró que la Sentencia nacional emitida es violatoria de principios jurídicos universales de justicia, reconocidos por la civilización y que se encuentran consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que el Estado de Guatemala bajo pretexto de la normativa interna no puede obstruir o impedir el cumplimiento de lo mandado por el Tribunal

#### AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH

*supra* nacional, sobre todo porque éste se funda en la falta de cumplimiento de una investigación objetiva capaz de probar los hechos y deducir las responsabilidades penales que de ellos se derivan.

#### CONSIDERANDO

Que es obligado ejecutar la nulidad de la Sentencia nacional referida, iniciar un nuevo procesamiento y ofrecer en el mismo el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En tal sentido se pronuncia la Cámara Penal, lo que se sustenta en la primacía del principio *pro hominis* y en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional.

#### CONSIDERANDO

Que en el presente caso, la sentencia dictada por el Juez Tercero de Primera Instancia Penal se Sentencia de Guatemala, dentro del proceso identificado con el número ciento cuarenta y cinco guión cuatro guión noventa y uno (145-4-91), fue declarada contraria a los derechos y principios esenciales de juzgamiento reconocidos en tratados y acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos, de conformidad con los argumentos sustentados en el pronunciamiento de fondo vertido por el Tribunal internacional; lo que propició solicitudes de ejecución de dicho fallo por parte del Ministerio Público, en atención al carácter auto ejecutable de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de lo anterior, resulta necesario que esta Cámara se pronuncie al respecto, declarando la nulidad de la autoejecutabilidad de la sentencia internacional proferida, la nulidad de la Sentencia nacional a que se hace referencia y, como consecuencia, se ordene a su vez un nuevo procesamiento respetuoso de las reglas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

del debido proceso así como el cumplimiento de los fines de la justicia penal.

DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES

Artículos: Los anteriormente citados; 46 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por decreto 55-96 del Congreso de la República; 1,2,8,11,33 y 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por decreto 6-78 del Congreso de la República; 11,11 Bis, 16, 17, 45, 47, 52, 320 y 547 del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República; 51, 55 inciso o) y 58 inciso a) de la Ley del Organismo Judicial, decreto 2-89 del Congreso de la República.

POR TANTO

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL, con base en lo considerado y leyes citadas, al resolver DECLARA: I) La autoejecutabilidad de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve en el caso “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros, versus el Estado de Guatemala, y en consecuencia: I.i) La NULIDAD de la Sentencia de fecha VEINTISÉIS DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO, dictada por el JUZGADO TERCERO DE PRIMERA INSTANCIA PENAL DE SENTENCIA DEL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA, y todo lo actuado en el proceso identificado con el número CIENTO CUARENTA Y CINCO GUIÓN CUATRO GUIÓN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO. II) Remitir las actuaciones procesales de que consta el presente expediente al Centro Administrativo de Gestión Penal, para que éste designe al juzgado correspondiente que habra de conocer el presente caso, conforme al Código Procesal Penal vigente, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, y sus Reformas, por

*AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH*

ofrecer un juicio con las reglas del debido proceso. III) Una vez designado el juez deberá cumplir con lo siguiente. III.i) Requerir al Archivo General de Tribunales, o cualquier otra dependencia, el expediente identificado con el número ciento cuarenta y cinco guión cuatro guión noventa y uno del Juzgado Tercero de Primera Instancia Penal de Sentencia de este departamento, así como el número ciento setenta y cinco guión noventa y dos de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del departamento de Guatemala. III.ii) Dar intervención al Ministerio Público, con el objeto de realizar todas las investigaciones que el presente proceso pudiera ameritar y dar inicio a las persecución penal que permita determinar en forma efectiva, a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se refieren los numerales “1.”, “2.”, “3.”, “4.”, “5.”, “6.”, “7.” Y “8.” del apartado identificado con el número doscientos cincuenta y tres (253) denominado “*Por tanto*”, de la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en el caso “*Niños de la Calle*” (Villagrán Morales y otros) versus el Estado de Guatemala” y, eventualmente sean sancionados dichos responsables por parte del órgano jurisdiccional que corresponda. III. iii) Tanto el Juez designado como el ente acusador, deberán velar en todo momento por el irrestricto respeto y cumplimiento de las garantías procesales, así como la observancia de los fines del proceso penal guatemalteco. IV) Como la República de Guatemala no puede oponer su derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la Sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tiene el efecto de acto extraordinario del procedimiento común, por lo mismo remítase directamente esta resolución al Centro Administrativo de Gestión Penal. Notifíquese el contenido de la presente resolución al Ministerio Público por medio de la Fiscalía de Sección, Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
No. MP001/2009/10170 SOLICITADA POR EL MINISTERIO  
PÚBLICO, FISCALÍA DE SECCIÓN, UNIDAD DE CASOS  
ESPECIALES Y VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL. Guatemala, once de diciembre de dos mil nueve.

Se tiene a la vista la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha veinticinco de noviembre de dos mil, recaída en el caso denominado “*Bámaca Velásquez versus el Estado de Guatemala*”; la sentencia de reparaciones y costas de fecha veintidós de febrero de dos mil dos, proferida en el mismo asunto, así como la solicitud de ejecución de sentencia, planteada por el Ministerio Público con fecha diez de diciembre de dos mil nueve y;

ANTECEDENTE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha veinticinco de noviembre de dos mil, dictó sentencia de fondo, en el caso denominado “*Bámaca Velásquez versus el Estado de Guatemala*”, por medio de la cual decidió, por unanimidad, declarar que en dicho caso, el Estado violó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y que debe

#### AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH

realizarse una investigación objetiva para determinar a las personas que resulten responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se refiere dicha sentencia y eventualmente, sancionarlas. Se ordenó además abrir la etapa de reparaciones y costas, y comisionar al Presidente de esa Corte para que adopte las medidas procedimentales correspondientes. Con posterioridad en la sentencia de reparaciones y costas de fecha veintidós de febrero de dos mil dos, dictada en el caso relacionado, en el punto resolutivo número dos, el Tribunal internacional reiteró la orden de investigar los hechos que generaron las violaciones anteriormente relacionadas, así como identificar y sancionar a sus responsables.

#### CONSIDERANDO

Que el Estado de Guatemala, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Organización de Naciones Unidas) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos), los principios imperativos de Derecho Internacional *pacta sunt servanda y bone fide*, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos.

#### CONSIDERANDO

Que en el caso “*Bámaca Velásquez versus el Estado de Guatemala*” el Tribunal internacional declaró que la sentencia nacional emitida es violatoria de principios jurídicos universales de justicia, reconocidos por la civilización y que se encuentran consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, el Estado de Guatemala bajo pretexto de la normativa interna no puede obstruir o impedir el cumplimiento

de lo mandado por el Tribunal *supra* nacional en materia de derechos humanos, sobre todo porque éste se funda en el incumplimiento de una investigación objetiva capaz de probar los hechos y deducir las responsabilidades penales que de ellos se derivan.

#### CONSIDERANDO

Que es obligado ejecutar la nulidad de la resolución nacional referida, iniciar un nuevo procesamiento y ofrecer en el mismo el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En tal sentido se pronuncia la Cámara Penal, lo que se sustenta en la primacía del principio *pro hominis* y en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional.

#### CONSIDERANDO

En este caso, la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve y todo lo actuado dentro del proceso penal identificado con el número C-seiscientos tres-guion noventa y seis (C-603-96), a cargo del oficial segundo, fue declarado contrario a los derechos y principios esenciales de juzgamiento, de conformidad con los argumentos sustentados en el pronunciamiento de fondo vertido por el Tribunal internacional; lo que propició solicitudes de cumplimiento de la ejecución de dicho fallo por parte del Ministerio Público, en atención al carácter auto ejecutable de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de lo anterior, resulta necesario que esta Cámara, al haber sido declarada la nulidad de la resolución nacional a que se hace referencia, ordene a su vez un nuevo procesamiento y ofrezca en el mismo, el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso



#### *AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH*

así como el cumplimiento de los fines del proceso penal de averiguación de los hechos y sanción de las personas que resulten responsables de los mismos.

#### DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES

Artículos: Los anteriormente citados; 46 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por decreto 55-96 del Congreso de la República; 1,2,8,11,33 y 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por decreto 6-78 del Congreso de la República; 11,11 Bis, 16, 17, 45, 47, 52, 320 y 547 del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República; 51, 55 inciso o) y 58 inciso a) de la Ley del Organismo Judicial, decreto 2-89 del Congreso de la República.

#### POR TANTO

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL, con base en lo considerado y leyes citadas, al resolver DECLARA: I) LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL, PROFERIDA EN EL CASO DENOMINADO “*BÁMACA VELÁSQUEZ VERSUS EL ESTADO DE GUATEMALA*” y como consecuencia, LA ANULACIÓN del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve y las actuaciones judiciales dictadas dentro del proceso penal identificado con el número C-seiscientos sesenta y seis (C-603-96), a cargo del oficial segundo. II) Ordena remitir las actuaciones procesales de que consta el presente expediente al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, quien deberá cumplir con lo siguiente: II.i) reque-

rir al Archivo General de Tribunales, o cualquier otra dependencia, el expediente identificado con el número C-seiscientos tres guión noventa y seis (C-603-96). II.ii) Dar intervención al Ministerio Público, con el objeto de realizar todas las investigaciones e impulsar la persecución y el procesamiento penal que permita determinar en forma efectiva, a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se refieren los numerales “1.”, “2.”, “3.”, “5.”, “6.” Y “7.” del apartado identificado con el número romano veinte (XX) denominado “Por tanto”, de la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el veinticinco de noviembre de dos mil, en el proceso “*Bámaca Velásquez versus el Estado de Guatemala*” y, en su caso, la sanción de los responsables por el órgano jurisdiccional competente. III) Como la República de Guatemala no puede oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tiene el efecto de acto extraordinario del procedimiento común, por lo mismo, remítase directamente el presente expediente al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu. Notifíquese el contenido de la presente resolución al Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección, Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

EJECUCIÓN DE SENTENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
No. MP001/2008/2506 SOLICITADA POR EL MINISTERIO  
PÚBLICO, FISCALÍA DE SECCIÓN, UNIDAD DE CASOS  
ESPECIALES Y VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL. Guatemala, once de diciembre de dos mil nueve.

Se tiene a la vista la SENTENCIA DE FONDO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, dictada el veintidós de noviembre de dos mil cuatro en el caso “*Carpio Nicolle y Otros Versus Guatemala*”, y el memorial de fecha diez de diciembre de dos mil nueve mediante el cual la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos del Ministerio Público solicita la ejecución de la Sentencia referida.

ANTECEDENTE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia en el caso “*Carpio Nicolle y Otros Versus Guatemala*” con fecha veintidós de noviembre de dos mil cuatro, declaró por unanimidad que el Estado de Guatemala debe investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la ejecución extrajudicial de los señores Jorge Carpio Nicolle, Juan Vicente Villacorta Fajardo, Alejandro Ávila Guzmán y Rigoberto Rivas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

González, así como de las lesiones graves de Sydney Shaw Díaz, y remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y de derecho que mantienen la impunidad en el presente caso, otorgando las garantías de seguridad suficientes a los testigos, autoridades judiciales, fiscales, otros operadores de justicia y a los familiares de las víctimas, y utilizar todas las medidas a su alcance para diligenciar el proceso, además, debe adoptar medidas concretas dirigidas a fortalecer su capacidad investigativa.

CONSIDERANDO

Que el Estado de Guatemala, como miembro de la comunidad internacional reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales, entre ellos la Corte Internacional de Justicia de La Haya (Organización de Naciones Unidas) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos), los principios imperativos de Derecho Internacional *pacta sunt servanda y bone fide*, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos.

CONSIDERANDO

Que en el caso “*Carpio Nicolle y Otros Versus Guatemala*” el Tribunal internacional declaró que la Sentencia nacional emitida es violatoria de principios jurídicos universales de justicia, reconocidos por la civilización y que se encuentran consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que el Estado de Guatemala bajo pretexto de la normativa interna no puede obstruir o impedir el cumplimiento de lo mandado por el Tribunal *supra* nacional, sobre todo porque éste se funda en la falta de cumplimiento de una investigación objetiva capaz de probar los hechos y deducir las responsabilidades penales que de ellos se derivan.

## AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH

### CONSIDERANDO

Que es obligado ejecutar la nulidad de la Sentencia nacional referida, iniciar un nuevo procesamiento y ofrecer en el mismo el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En tal sentido se pronuncia la Cámara Penal, lo que se sustenta en la primacía del principio *pro hominis* y en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional.

### CONSIDERANDO

Que con fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y siete, el Juzgado Primero de Primera Instancia Penal de Sentencia, dictó Sentencia en el proceso penal identificado con el número de causa –diecisiete-noventa y cinco-sexto (17-95-6°), la cual fue conocida en segunda instancia por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones de Guatemala, emitiéndose Sentencia con fecha veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve, y según expediente identificado con el número ciento veintinueve – noventa y nueve (129-99), dicho proceso fue conocido en Casación. En este caso, los órganos y agentes del Estado de Guatemala deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar la ejecución de la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha veintidós de noviembre de dos mil cuatro.

### LEYES APLICABLES

Artículos: 1,2,3,44,46,154,203,204 y 214 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3,5,10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8, 25, 57, 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Decreto 6-78 del Congreso de la República de Guatemala; 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

aprobada según Decreto 55-96 del Congreso de la República de Guatemala; 11,11 Bis,16,17,45,47,52,320 y 547 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala; 52, 55 inciso o), 58 inciso a), 141 y 143 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.

POR TANTO

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CÁMARA PENAL, con base en lo considerado y leyes aplicables al resolver DECLARA: I. La autoejecutabilidad de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha veintidós de noviembre de dos mil cuatro en el caso “*Carpio Nicolle y Otros Versus Guatemala*”, y en consecuencia: I.i) La NULIDAD DE LA SENTENCIA dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia Penal de Sentencia del Departamento de Guatemala, en la causa identificada con el número –diecisiete-noventa y cinco-sexto (17-95-6°), de fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y siete y todo lo actuado con posterioridad, en consecuencia, el procedimiento penal que la origina, provocando así la reanudación de la persecución penal contra todos los que pudieren ser responsables del hecho que motiva el proceso por el asesinato de los señores Jorge Carpio Nicolle, Juan Vicente Villa Corta Fajardo, Alejandro Ávila Guzmán y Rigoberto Rivas González, y del asesinato en grado de tentativa en contra de Sydney Shaw Díaz. II. Remitir las actuaciones procesales de que consta el presente expediente al Centro Administrativo de Gestión Penal, para que éste designe al Juzgado correspondiente que habría de conocer el presente caso, conforme al Código Procesal Penal vigente, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, y sus Reformas, por ofrecer un juicio con las reglas del debido proceso. III) Una vez designado el Juez deberá cumplir con lo siguiente: III.i) Requerir al Archivo General de Tribunales, o cualquier otra dependencia, el proceso penal identificado con el número de causa -diecisiete-noventa y cinco-sexto (15-95-6°) del Juzgado Primero

*AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH*

de Primera Instancia Penal de Sentencia del Departamento de Guatemala, así como el proceso de segunda instancia que correspondió a dicho proceso. III.ii) Dar intervención al Ministerio Público, con el objeto de realizar todas las investigaciones que el presente proceso pudiera ameritar y adoptar las acciones pertinentes, resolviéndose como corresponda. III.iv) Tanto el juez designado como el ente acusador, deberán velar en todo momento por el irrestricto respeto y cumplimiento del debido proceso, así como la observancia de los fines del proceso penal guatemalteco. IV) Como la República de Guatemala no puede oponer su Derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la Sentencia internacional, el acto de ejecución de la misma tiene el efecto de acto extraordinario del procedimiento común, por lo mismo remítase directamente esta resolución al Centro Administrativo de Gestión Penal. Notifíquese el contenido de la presente resolución al Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos.

## EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL DERECHO DE RECURRIR EL FALLO ANTE UN JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR

*Sinopsis:* La presente sentencia fue dictada por el Tribunal de Casación Penal de Costa Rica. Se refiere a un recurso de casación interpuesto por la defensora pública de un imputado. Durante el trámite del recurso, el Ministerio Público ofreció al Tribunal diversa prueba con el objeto de que se rechazaran los “motivos” planteados por la defensa, particularmente los relativos a una supuesta incorporación de prueba ilegítima y a que la cadena de custodia de la prueba había sido interrumpida con daño al derecho de defensa del imputado.

Al respecto, el Tribunal de Casación señaló que debía analizarse la decisión de primera instancia, entre otro, en cuanto al fondo, es decir, a la observancia de la ley sustantiva en la calificación jurídica del hecho que se estimó acreditado. El Tribunal indicó que este estudio debía realizarse no sólo en atención a lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente, en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. En tal sentido, el Tribunal refirió que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención Americana en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, y permita con relativa sencillez examinar la validez de la sentencia recurrida así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado. Finalmente, el Tribunal rechazó la prueba ofrecida por el Ministerio Público con base en que no sería útil para resolver las cuestiones que habían sido planteadas, ya que lo que debía examinarse directamente era la fundamentación de la sentencia impugnada a la luz de las constancias del proceso.

Cabe señalar que en el caso *Herrera Ulloa* ya referido, la Corte Interamericana determinó que el recurso de casación no satisfacía



## RECURSO DE CASACIÓN Y DERECHO DE RECURRIR

cía el requisito de ser un recurso amplio, de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior, lo cual era contrario al artículo 8.2 h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*Synopsis: The instant judgment was issued by the Costa Rican Tribunal of Criminal Cassation. It refers to a recourse in cassation filed by the court-appointed defense counsel of an accused. During the processing of the recourse, the Public Ministry offered to the Court different evidence so that the “motives” filed by the defense counsel would be rejected, specifically those related to the alleged incorporation of illegitimate evidence, and that the chain of custody of the evidence was interrupted to the detriment of the right of defense of the accused.*

*In this regard, the Tribunal indicated that the decision of the first instance should be analyzed, among other, with regards to merits, meaning compliance with the substantive law on the legal assessment of the fact that was deemed proven. The Tribunal indicated that this assessment should be performed not only with regards to the provisions of the American Convention on Human Rights, but also to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, specifically the case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. In this regard, the Tribunal indicated that the recourse in cassation meets the requirements of the American Convention as long as it does not regulate, interpret, or apply rigorously, and allows with relative ease the examination of the validity of the judgment appealed, as well as due respect for the fundamental rights of the accused. Finally, the Tribunal turned down the evidence offered by the Public Ministry, based on that it would not be useful to adjudge the questions under consideration, given that what had to be directly examined was the basis of the appealed judgment in light of the records of the proceeding.*

*It is worth noting that in the aforementioned case of Herrera Ulloa, the Inter-American Court determined that the recourse in cassation did not meet the requirement of being a broad appeal, that would allow the higher court to perform an analysis or comprehensive and integrated assessment of all of the questions debated and analyzed in the inferior court, which was contrary to article 8.2h of the American Convention on Human Rights.*

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL  
COSTA RICA

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO  
POR OSCAR CERVANTES CORDERO EXPEDIENTE  
08-000339-0066-PE(9)

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2009

**Res: 2009-0061**

**Exp: 08-000339-0066-PE (9)**

**TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.** Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, a las nueve horas cuarenta minutos del veintitrés de enero de dos mil nueve.

Visto el recurso de casación planteado por la licenciada Dielka Ramírez Carvajal, Defensora Pública del encartado Oscar Cervantes Cordero, y la contestación de la audiencia que hace la licenciada Erna González Zamora, Fiscal de la Jurisdicción del II Circuito Judicial del Atlántico, y la solicitud de recepción de prueba que hace a folio 187 de su escrito, se resuelve:

**CONSIDERANDO:**

**I.-**

El artículo 449 del Código Procesal Penal contempla la posibilidad de evacuar prueba en casación, establece: *“Las partes podrán ofrecer la prueba, cuando el recurso se fundamente en*

## RECURSO DE CASACIÓN Y DERECHO DE RECURRIR

*un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o los registros del debate, o bien, en la sentencia. También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso la relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el reclamo que se formula y en los casos en que se autoriza en el procedimiento de revisión. El Ministerio Público, el querellante y el actor civil podrán ofrecer prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, solo cuando antes haya sido rechazada, no haya sido conocida con anterioridad o esté relacionada con hechos nuevos. El Tribunal de Casación rechazará la prueba oral que sea manifiestamente improcedente o innecesaria; pero, si la estima indispensable, podrá ordenarla incluso de oficio. Cuando se haya recibido prueba oral, los que la hayan recibido deberán integrar el Tribunal en el momento de la decisión final.”*

Como se observa, este precepto contempla la alternativa de ofrecer prueba para acreditar quebrantos procesales, pero también (según la reforma operada con la Ley 8503 publicada en La Gaceta N° 108 del 6 de junio de 2006), resulta plausible, cuando sea esencial, para sustentar las objeciones efectuadas, respecto a la determinación de los hechos imputados, así como en los casos donde se autoriza en el procedimiento de revisión. En el caso bajo examen, y en concreto sobre la respuesta que da la Licenciada González a los alegatos de la Defensa Pública, se nota que la posición del Ministerio Público va en el sentido de que los motivos planteados en el recurso sean rechazados. En concreto, y para dar sustento a sus alegaciones para oponerse al primer motivo del recurso, solicita se reciban tres bolsas plásticas con control de evidencia numerados por el laboratorio con el número 1243, bolsas fechadas el día 6-08-2008 y tres tarjetas de carton amarillas de cadena de custodia interna con el número 1243 en donde consta que no se vulneró en forma alguna la cadena de custodia de la prueba, según lo estima desde su perspectiva la solicitante. Solicita que se valore que la mencionada evidencia fue recibida el 6 de marzo de 2008 por el Lic.

Gustavo Santamaría y que éste en fecha 11 de marzo de 2008 entregó al auxiliar judicial Carlos Sánchez quien entregó la droga en laboratorios en fecha 11 de marzo del 2008. Con esta prueba estima se podrá comprobar que no hubo incorporación de prueba ilegítima al debate y que la cadena de custodia de la prueba no fue interrumpida con daño al derecho de defensa del justiciable. En este caso, resulta evidente que el Ministerio Público está ateniéndose a lo previsto en el primer párrafo del artículo 449, que en términos muy generales le permite a las “partes” ofrecer prueba a ser considerada cuando los vicios planteados o los alegatos que se hacen tengan que ver con actos procedimentales, o acerca de la forma en que fue realizado un acto, como lo podría ser la cadena de custodia de la prueba.

## II.-

En la especie, la tarea de esta Cámara es determinar si la prueba ofrecida por la gestionante resulta necesaria para demostrar la inexistencia del vicio acusado y si se encuentra dentro de las hipótesis previstas por el Código Procesal Penal ya mencionadas. Al respecto, hay que indicar que el objeto del recurso incoado es oponerse al fallo emitido por el Tribunal de Juicio, por ello, la mencionada resolución debe ser estudiada detallada y ampliamente por esta Cámara en punto a dos cuestiones fundamentales de forma y fondo: a) si la determinación judicial del hecho acreditado se tramitó con arreglo al Código Procesal Penal y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas (forma); y b) la observancia de la ley sustantiva en la calificación jurídica del hecho que se estimó acreditado (fondo), no sólo en atención a lo que resulta de los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de los correspondientes de nuestra legislación ordinaria, sino también de la jurisprudencia que respecto al derecho al recurso han dictado nuestra Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en su sentencia del 2 de julio de 2004, en el caso «Mauricio Herrera contra Costa Rica»), en el sentido de que el recurso de casación

*RECURSO DE CASACIÓN Y DERECHO DE RECURRIR*

satisface los requerimientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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, en especial los de defensa y al debido proceso (cfr. Sala Constitucional, No. 719 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y N9 14715 de las 9:27 horas del 22 de diciembre de 2004). En el presente asunto la prueba ofrecida en el recurso no sería útil, en principio, para resolver las cuestiones que han sido planteadas, para lo cual más bien lo que se debe examinar directamente es la fundamentación de la sentencia impugnada en relación a las constancias del proceso, sin perjuicio de que este Tribunal de Casación ordene aún de oficio la prueba que estime útil o necesaria para acreditar y determinar la incidencia de un defecto de procedimiento en lo resuelto por el tribunal de mérito (artículos 448 y 449 del Código Procesal Penal).

**POR TANTO:**

Se rechaza la prueba ofrecida por el Ministerio Público con oportunidad de la audiencia concedida en relación con el recurso de casación formulado por la Defensora Pública del justiciable. **NOTIFÍQUESE.-**

Alfredo Chirino Sánchez  
**Sandra E. Zúñiga Morales Jorge Luis Arce Víquez**  
Jueces de Casación Penal

Expediente 08-000339-0066-PE (9)  
Contra: Oscar Cervantes Cordero  
Delito: Infracción a la Ley de Psicotrópicos  
Ofendido: La Salud pública

## JUEZ NATURAL Y JURISDICCIÓN MILITAR

*Sinopsis:* El Tribunal Constitucional del Ecuador resolvió una acción de inconstitucionalidad presentada por diversos particulares que solicitaron se declarara que los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional son contrarios a la Carta Fundamental de ese país. De acuerdo con estas disposiciones, los tribunales militares pueden juzgar y sancionar a civiles cuando se haya declarado un estado de emergencia. Los demandantes alegaron que el hecho de que tales disposiciones permitan el juzgamiento de civiles ante tribunales militares es contrario al derecho a ser juzgado por el juez natural y competente establecido en la Constitución, así como al derecho al debido proceso reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la presente sentencia, el Tribunal estableció que la Constitución establece que sólo los miembros de la milicia están sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores, mientras que están sujetos a la justicia ordinaria respecto de la comisión de infracciones comunes. El Tribunal Constitucional señaló que la regla es que, sin distinción alguna, todas las personas deben ser procesadas, juzgadas, sancionadas o condenadas por jueces ordinarios, excepto tratándose de los miembros de la fuerza militar, quienes gozan de un fuero especial. En tal sentido, dicho Tribunal concluyó que los delitos o infracciones cometidas por personas civiles, aún en estado de emergencia, deben ser conocidas y resueltas por la justicia ordinaria, por lo que la instauración de tribunales especiales, como los militares, es inconstitucional.

En la presente sentencia, el Tribunal se remitió a diversos informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, a aquellas partes relativas a la opinión de dicho órgano respecto a la aplicación a civiles de la Ley de Seguridad Nacional en Ecuador, así como a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## JUEZ NATURAL Y JURISDICCIÓN MILITAR

*Synopsis: The Constitutional Court of Ecuador issued a ruling on a constitutional motion submitted by several individuals who requested articles 145 and 147 of the Law on National Security to be declared non-constitutional. According to these provisions, military courts can prosecute and punish civilians when a state of emergency has been declared. The plaintiffs claimed that the fact that those provisions allow the prosecution of civilians before military courts is contrary to the right to be tried by a natural and competent judge, as established in the Constitution, as well as to the right of due process recognized in the American Convention on Human Rights. In the instant judgment the Court indicated that the Constitution established that only the members of the military are subject to special jurisdiction for prosecution of the infringements committed during the exercise of their duties, and that they are subject to regular justice regarding common infringements. The Constitutional Court indicated that the rule is that, without distinction, all persons must be processed, prosecuted, punished, or convicted by ordinary judges, except for members of the military, who have a special jurisdiction. In this regard, the Court concluded that the crimes or infringements committed by civilians, even in a state of emergency, must be heard and adjudged by ordinary justice; hence the establishment of special courts such as military courts is not constitutional. In the instant judgment, the Court referred to several annual reports of the Inter-American Commission of Human Rights, mainly to those parts regarding the Commission's opinion on the application of the Law on National Security of Ecuador to civilians, as well as to the American Convention on Human Rights.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ECUADOR

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA  
POR LUIS ÁNGEL SAAVEDRA, ET. AL.  
CASO 42-2007-TC

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 2008

...

**Magistrada ponente:** Dra. Ruth Seni Pinoargote

...

**ANTECEDENTES:**

Los señores Luis Ángel Saavedra, representante legal de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH); Ruth Elizabeth García, Coordinadora del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Andrés Borja Ortiz y David Cordero Heredia, como procuradores comunes de más de mil ciudadanos y ciudadanas, solicitan se declare la inconstitucionalidad por el fondo, con carácter generalmente obligatorio respecto de los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional, aprobada mediante Decreto Supremo No. 275 del Consejo Supremo de Gobierno.

La norma impugnada fue expedida mediante Decreto Supremo No. 275 (R.O. No. 892 de 9 de agosto de 1979) del Consejo Supremo de Gobierno y considerando que ya no existe el Consejo Supremo de Gobierno, se correrá traslado con la demanda al Presidente del Congreso Nacional.



## *JUEZ NATURAL Y JURISDICCIÓN MILITAR*

En el Ecuador la jurisdicción militar ha sido utilizada para juzgar y sancionar a civiles, especialmente en épocas de convulsión social, pese a que esta práctica es contraria a los estándares internacionales que consideran a los tribunales como carentes de competencia, independencia e imparcialidad para realizar este tipo de juzgamientos. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 1999 dedicó un capítulo a la situación del Ecuador.

Debido a la convulsión social producida por las protestas masivas para reclamar los derechos sociales y el cumplimiento de normas ambientales, el 20 de marzo del 2006, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 1204, mediante el cual se decretó el Estado de Emergencia en las provincias de Napo, Orellana y Sucumbíos, el que fue reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 1214, en el que se utilizó como fundamento los artículos 54 y 55 de la Ley de Seguridad Nacional, para disponer la movilización de los recursos humanos, materiales y servicios del sector público y privado y las requisiciones que fueren necesarias para el estado de emergencia.

El 23 de mayo del 2006, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 1368 que mantenía el Estado de Emergencia en Napo, Orellana y Sucumbíos.

El 19 de junio del 2006, el señor Wilman Adolfo Jiménez Salazar, fue detenido por la fuerza pública, cuando en su calidad de observador se hallaba verificando la situación que se daba en la Estación Coca Payamino, tras la protesta de los campesinos de las comunidades de 15 de abril, siendo herido en la represión por 6 impactos de bala de goma. Ante lo cual el Comité de Derechos Humanos de Orellana presentó ante el Gobierno Municipal el Recurso de Hábeas Corpus, sin que sea presentado en la Alcaldía para la audiencia, y por el contrario el Comandante Provincial de la Policía de Orellana, en Oficio No. 2005.0824.CP22 de 19 de junio del 2006, señaló que el detenido se encontraba a órdenes del Fiscal de la Cuarta División del Ejército Amazonas. La Alcaldesa de El Coca, concedió el Recurso de Hábeas Corpus interpuesto y ordenó su inmediata libertad, lo que no se dio cumplimiento, en razón a que los oficiales

del ejército se negaron a recibir el Oficio No. 2006-1631-AGMO-AR-RHC-211 en el que se comunicaba la decisión de la autoridad municipal. El 20 de abril del 2006, se inició un juicio en contra del señor Jiménez en el Juzgado Segundo de lo Penal de la Cuarta Zona Militar, mediante auto cabeza de proceso dictado por el Juez Segundo de lo Penal de IV ZM, el que se fundamentó en el Decreto de Emergencia 1368 de 23 de mayo de 2006.

El caso señalado no es el único que se ha presentado durante un estado de emergencia, tal es así que el 23 de febrero del 2006, se dictó un auto cabeza de proceso ante el Juzgado Segundo de lo Penal de la Cuarta Zona Militar, en contra de varias personas que se encontraban realizando acciones de protesta en el Sector de El Chaco Baeza.

Todas las acciones se han realizado en el marco de la aplicación de la Ley de Seguridad Nacional.

Solicitan se declare la inconstitucionalidad de fondo respecto de los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional, por ser contrario a lo establecido en el artículo 24, numerales 11 y 17 de la Constitución Política del Estado y cuyo contenido es el siguiente:

“En tiempo de guerra o decretada la movilización las infracciones puntualizadas en el Capítulo anterior, serán juzgadas con sujeción a lo dispuesto en Código Penal Militar, y no se reconocerá fuero alguno.”

“Declarado el Estado de Emergencia, las infracciones sancionadas con reclusión, serán juzgadas con arreglo al Art. 145.”

El artículo 145 de la Ley de Seguridad Nacional, permite que las infracciones cometidas durante la guerra o cuando se haya decretado el estado de movilización sean juzgados con sujeción a lo dispuesto en el Código Penal Militar, sin reconocer fuero alguno y de igual forma el artículo 147 dispone que las infracciones sancionadas con reclusión serán juzgadas de acuerdo al artículo 145 *ibídem*.

Los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional permiten el juzgamiento de civiles ante tribunales militares, lo que es incompatible con el derecho a ser juzgado por el juez na-

*JUEZ NATURAL Y JURISDICCIÓN MILITAR*

tural y competente, establecido en el artículo 24, numeral 11 de la Constitución Política del Ecuador y vulnera el derecho al debido proceso establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El juzgamiento de civiles ante tribunales militares, violenta el artículo 24, numeral 17 de la Constitución Política del Estado.

La Comisión de Recepción y Calificación del Tribunal Constitucional en providencia de 26 de diciembre del 2007, las 15h45, admitió la demanda a trámite.

El Pleno del Tribunal Constitucional mediante providencia de 3 de enero del 2008, las 10h50, avoca conocimiento de la causa y pasa a la Primera Sala para que informe como Comisión.

La Primera Comisión, en providencia de 13 de febrero del 2008, asume competencia de la causa y hace saber del contenido de la misma a los señores Presidente de la Asamblea Constituyente, Procurador General del Estado y Administrador Temporal del Congreso Nacional.

...

**El señor Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República**, delegado del señor Presidente Constitucional de la República, se allana a la demanda de inconstitucionalidad presentada y solicita se resuelva aceptando la misma.

Siendo el estado de la causa el de resolver, se lo hace

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** El Pleno del Tribunal Constitucional es competente para conocer y resolver el presente caso de conformidad con lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 276 de la Constitución; numeral 1 del artículo 12 y 62 de la Ley Orgánica del Control Constitucional; y, artículo 1 y siguientes del Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional.

**SEGUNDO.-** No se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara su validez;

**TERCERO.-** Las normas jurídicas cuya inconstitucionalidad se demandan por el fondo, son los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional, dictadas mediante Decreto Supremo No. 275 del Consejo Supremo de Gobierno y publicadas en el Registro Oficial No. 892 de 9 de agosto de 1979. Las que textualmente manifiestan:

“Art. 145.- En tiempo de guerra o decretada la movilización las infracciones puntualizadas en el Capítulo anterior, serán juzgadas con sujeción a lo dispuesto en el Código Penal Militar, y no se reconocerá fuero alguno.

Art. 147.- Declarado el Estado de Emergencia, las infracciones sancionadas con reclusión, serán juzgadas con arreglo al Art. 145.”

**CUARTO.-** Antes de entrar al estudio del presente caso, es necesario tener en cuenta para una mayor claridad de lo que se resuelva, lo preceptuado por nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 272 sobre la jerarquización de las normas jurídicas, y señala que “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal...y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones”, norma que se encuentra en concordancia con la doctrina constitucional, cuando señala que la Constitución es la norma que da unidad y validez a todas las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y así lo manifiesta Hernán Salgado Pesantes, en su obra “Lecciones de Introducción al Derecho”, al mencionar que “... la normas encuentran su validez en su confrontación con la Constitución...(y) ...hay unidad en el ordenamiento jurídico porque la Constitución unifica, en último termino, a esa pluralidad de normas...”.

**QUINTO.-** Que, la Ley de Seguridad Nacional se contiene en el Decreto Supremo N° 275 dictado por el Consejo Supremo de Gobierno, el que se publicó en el Registro Oficial N° 892 de 9 de agosto de 1979, por lo que se trata de un cuerpo normativo preconstitucional, esto es, que rige con anterioridad a la entrada en vigencia de una determinada Constitución. Al efecto, de modo general, se debe tener presente que las normas preconstitucionales son válidas en tanto y en cuanto hayan sido dictadas

con arreglo al procedimiento de formación previsto en la Constitución bajo cuyo vigor fueron promulgadas y, por tanto, su validez formal solo puede confrontarse con las condiciones constitucionales que la originaron, a diferencia de la inconstitucionalidad material, la misma que puede ser sobrevenida, en caso de existir contradicción de contenido entre la Constitución vigente y la norma preconstitucional. Por otra parte, la Ley de Seguridad Nacional fue promulgada por un régimen de facto a través de la figura del decreto supremo. Los decretos supremos son cuerpos normativos que gozan de igual rango normativo que las leyes, en este caso de rango ordinario, los que no encontraron su fundamento en una Constitución en virtud de que, como es público y notorio, no regía ninguna, en el estricto sentido constitucional del término. La validez de los decretos supremos, a pesar de su formación y origen, se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, en virtud del cual ha existido una convalidación tácita de los mismos, al punto que éstos han sido objeto de reformas por parte de la Legislatura, lo que ha acontecido con la misma Ley de Seguridad Nacional, lo que no excluye una eventual inconstitucionalidad de contenido (Cf. Rafael Oyarte, Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, p. 33-34);

**SEXTO.-** La demanda de inconstitucionalidad a los artículos señalados en el considerando Cuarto de esta Resolución, se fundamenta en que durante la declaratoria del Estado de Emergencia adoptada por parte del Presidente de la República, se permite, aplicando la Ley de Seguridad Nacional, la participación de tribunales militares para juzgar y sancionar a civiles, desconociendo las garantías básicas del debido proceso y coartándoles el derecho a ser juzgados por el juez natural, esto es, por un tribunal imparcial. Al respecto, la Constitución en sus numerales 11 y 17 del artículo 24, establecen garantías a favor de los ciudadanos como son a que: “Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto”; así como también; “Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en

caso alguno quede en indefensión”. Con solo la lectura de estas dos normas constitucionales, se puede llegar a determinar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, ya que el artículo 187 de la Constitución dispone que solo los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones cometidas exclusivamente en el ejercicio de sus labores profesionales, que en esos casos sería la jurisdicción militar, y en las infracciones comunes estos estarán sujetos a la justicia ordinaria; por lo tanto, la regla general es que todas las personas sin distinción de ninguna naturaleza, deben ser procesadas, juzgadas, sancionadas o condenadas por los jueces ordinarios, y solo como excepción los miembros de la fuerza pública tendrán un fuero especial, exclusivamente para el conocimiento de las infracciones cometidas dentro de su labor militar; por lo que los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional, al facultar que personal civil sea juzgado por tribunales militares, que en esos casos serían tribunales especiales, se está desvinculando o distraendo al personal civil de sus jueces competentes, vulnerándoseles sus derechos constitucionales citados anteriormente; ya que si bien la Ley de Seguridad Nacional, es anterior a la Constitución Política vigente, en la actualidad todas las normas anteriores y posteriores deben sujetarse a los preceptos de nuestra Carta Fundamental, situación que en la especie no se cumple, ya que se transgredieron directamente normas constitucionales imperativas.

**SÉPTIMO.-** La declaratoria de Estado de Emergencia, es un “régimen jurídico de excepción”, que el Presidente de la República la puede declarar única y exclusivamente en los casos determinados en el artículo 180 de la Constitución, y son “inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales”, es decir, solo en situaciones donde se encuentre comprometida la seguridad de la sociedad que está obligado a proteger, y que con la adopción de esta figura lo que pretende es retomar, mantener, controlar o precautelar el orden interno y externo de la nación, el Presidente para llegar a ese objetivo tiene varias facultades, entre una de ellas, el suspender o limitar alguno o algunos de los siguientes dere-

chos como son: el de la libertad; la inviolabilidad de domicilio; la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia; el de transitar libremente por el territorio nacional; de libertad de asociación; y, dentro de las garantías del debido proceso, la prohibición de obligar a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y en contra de si mismo en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad. Es en entonces que en ninguno de los derechos citados anteriormente se encuentra la facultad de limitar o suspender la prohibición a que ninguna persona puede ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto, por lo que los delitos o infracciones cometidas por personal civil, aún en estado de emergencia deben ser conocidas y resueltas por la justicia ordinaria y la instauración de tribunales especiales militares para su juzgamiento es inconstitucional, y este no es el único derecho que el Presidente está prohibido de suspender o limitar, sino también el de la vida, integridad personal y la no expatriación y, el caso del confinamiento de una persona, no puede ser dispuesto fuera de las capitales provinciales o en una región distinta de aquella en que viva.

**OCTAVO.-** La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 1996, en su Capítulo VII, denominado Recomendaciones a los Estados Miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los Derechos Humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su numeral 1, referente a “Que los Estados miembros adopten medidas para avanzar y consolidar la administración de justicia en sus regímenes jurídicos”, recomendó: “Que los Estados miembros, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, deberán velar por que los civiles acusados de delitos penales de cualquier tipo sean juzgados por tribunales civiles ordinarios, que ofrezcan las garantías esenciales de independencia e im-



parcialidad y por que la competencia de los tribunales militares se limite estrictamente a delitos de naturaleza militar”.

En ese mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 1997, volvió a insistir en su Capítulo VII, sobre las recomendaciones a los Estados Miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los Derechos Humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y recomendó en forma textual que: “En cuanto a las Fuerzas Armadas en particular, la Comisión no puede dejar de referirse al empleo de tribunales militares para conocer en hechos cuyas consecuencias se encuentran contempladas en la legislación común, entre ellos, aquellos relativos al respeto de derechos individuales. La Comisión reitera que sólo corresponde utilizar la vía de la jurisdicción militar en aquellos casos que involucren la disciplina interna de las Fuerzas. La Comisión desea recomendar, con énfasis, a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las fuerzas armadas que cometan delitos comunes, sean juzgados por un tribunal ordinario conforme a los principios del derecho común y de ese modo se garantice un juicio imparcial a la parte afectada”.

En el Informe Anual de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reitera la recomendación a sus Estados Miembros, y señala que: “En cuanto a los aspectos jurisdiccionales, la Comisión les recuerda a los Estados miembros que los ciudadanos deben ser juzgados por sus jueces naturales, regidos por el derecho común y la justicia ordinaria. Por lo tanto, los civiles no deben ser sometidos a la jurisdicción de tribunales especiales. La utilización, por ejemplo, de tribunales militares debe estar limitada al enjuiciamiento de miembros de las Fuerzas Armadas en servicio militar activo, por las faltas o delitos de función. En todo caso, esta jurisdicción especial debe excluir los delitos de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe Anual de 1999, en su Capítulo IV, titulado “El Desa-



## *JUEZ NATURAL Y JURISDICCIÓN MILITAR*

rrollo de los Derechos Humanos en la Región”, y refiriéndose exclusivamente a la situación del Ecuador, en su párrafo 50, al narrar un estado de emergencia declarado por el Presidente en julio de 1999, señaló que: “... La garantía del juez natural fue quebrantada, pues se sometió a la Justicia Militar a la mayoría de los detenidos durante las protestas, sin las garantías del debido proceso. La aplicación de normas de la Ley de Seguridad Nacional, para procesar a civiles, con arreglo al Código Militar, viola el derecho a ser juzgado por tribunales independientes e imparciales. Por otro lado, los tribunales militares pasan a ejercer la justicia sobre hechos que no son propios de la jurisdicción militar y que afectan a civiles.”

Y la última recomendación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en forma directa hacia el Ecuador, fue en el Informe Anual de 2005, al manifestar en sus párrafos 186 y 192 que: “186. ... la Comisión insta nuevamente al Estado ecuatoriano, a hacer uso de la jurisdicción ordinaria sobre los fueros militares o policiales cuando se trate de violaciones a los derechos humanos. [...] 192. Otro aspecto preocupante es que el sistema de administración de justicia ecuatoriano permite la competencia de fueros especiales, tales como el policial, y militar, en casos en los que se denuncian violaciones a los derechos humanos. La principal observación de la Comisión gira en torno a información recibida por la Comisión, en el sentido de que en estas jurisdicciones: a) no se efectúan las investigaciones necesarias para esclarecer las circunstancias en que ocurrieron estas muertes; b) los procesos judiciales no se inician ó quedan suspendidos por espacios largos de tiempo; c) los imputados se han dado a la fuga en extrañas condiciones; d) se dictan sobreseimientos de los responsables sin contar el respaldo jurídico suficiente. A estos puntos se suma el hecho de que la legislación actual no comprende la participación de la parte civil en estos procesos.

Cabe resaltar a este respecto que la Comisión Interamericana es de la opinión que las jurisdicciones especiales, como la militar o la policial, no son medios adecuados para determinar reparaciones cuando hay violaciones a los derechos humanos

en el ámbito interno. Tanto la Corte como la Comisión Interamericana han señalado en distintas oportunidades, que los fueros especiales no constituyen un foro apropiado para investigar, juzgar y sancionar violaciones a los derechos humanos presuntamente cometidas por miembros de la fuerza pública.”

**NOVENO.-** Por la normativa trascrita, y en cumplimiento a los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Ecuador, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma que debe ser aplicada por la orden contenida en los artículos 17, 18, 19 y 23 de la Carta Primera, el Pleno del Tribunal Constitucional, tiene la obligación de regular la normativa vigente, y adecuarla con el texto onstitucional vigente, y de ese modo expulsar las normas que no se encuentren en conformidad con la Carta Fundamental.

Por las consideraciones que anteceden, EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,

**RESUELVE:**

1.- Aceptar la acción de inconstitucionalidad presentada por señores Luís Ángel Saavedra, representante legal de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH); Ruth Elizabeth García, Coordinadora del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Andrés Borja Ortiz y David Cordero Heredia, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional.

2.- Publicar la presente resolución en el Registro Oficial. –Notifíquese”

Dr. Patricio Pazmiño Freire  
**PRESIDENTE**

**Razón:** Siento por tal, que la resolución que antecede fue aprobada por el Tribunal Constitucional con nueve votos a favor (unanimidad) ... en sesión del día martes diez de junio de dos mil ocho.- ...



LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS  
COMO DELITO PERMANENTE Y SUS EFECTOS  
EN CUANTO A LA APLICACIÓN  
DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA  
SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

*Sinopsis:* La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México emitió una sentencia relativa a una controversia constitucional presentada por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal quien controvertió, entre otros, la constitucionalidad de la declaración interpretativa, realizada por el Estado mexicano, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Dicha declaración establece, en sus partes pertinentes, que las disposiciones de dicho tratado “se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posteridad a la entrada en vigor de [dicha] Convención”, con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de México que consagra, además de otros, el principio de no retroactividad de la ley penal. El Jefe de Gobierno del Distrito Federal alegó que tal declaración interpretativa pretendía excluir de su ámbito de aplicación a las desapariciones forzadas que se hubieran ordenado antes de la entrada en vigor de la Convención, aún cuando tales desapariciones continuaran y las órdenes para su comisión se siguieran ejecutando durante su vigencia.

En la presente sentencia, la Suprema Corte de Justicia consideró infundado este alegato precisando que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no podrá aplicarse a las conductas delictivas de ese acto ilícito cuya consumación cese antes de que adquiera obligatoriedad dicha Convención, lo cual implica que sí puede aplicarse a las conductas típicas de ese delito que, aunque se hubieran iniciado antes de su entrada en vigor, continúen consumándose durante su vigencia, al ser la desaparición forzada de personas un delito de carácter

*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DELITO PERMANENTE*

permanente. De acuerdo a lo anterior, la Suprema Corte consideró que la declaración interpretativa sujeta a examen de constitucionalidad no viola el principio de irretroactividad de la ley establecido en la Constitución mexicana.

*Synopsis: The Supreme Court of Justice of Mexico issued a ruling on a constitutional dispute submitted by the Chief of Government of the Federal District, who disputed, among other, the constitutionality of the interpretation declaration made by the State of Mexico on the Inter-American Convention of the Forced Disappearance of Persons. Said declaration establishes that the provisions of said treaty "will be applied to facts that constitute forced disappearance of persons, ordered, executed, or committed after the Convention enters into effect," based on Article 14 of the Mexican Political Constitution, which enshrines, among others, the principle of non-retroactivity of criminal law. The Chief of Government of the Federal District claimed that the interpretation declaration aimed to exclude from its scope the application to forced disappearances ordered prior to the Convention's entrance into effect, although said disappearances and orders for their perpetration continued during its validity.*

*In the instant judgment the Supreme Court of Justice considered the claim without merits, given that the Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons could not be applied to criminal conduct of this illicit act committed before this Convention enters into effect, which implies that it could be applied to typical conducts of this crime that, although they began before the Convention entered into effect, continue occurring during its validity, since the forced disappearance of persons is a crime that has a permanent character. Based on the foregoing, the Supreme Court considered that the interpretation declaration examined for its constitutionality does not violate the principle of non-retroactivity of the law established in the Mexican Constitution.*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
DE MÉXICO

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 33/2002  
INTERPUESTA POR EL JEFE DEL GOBIERNO  
DEL DISTRITO FEDERAL

SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2004

...

**VISTOS; Y  
RESULTANDO:**

**PRIMERO.** Por oficio presentado en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, el quince de abril de dos mil dos, Andrés Manuel López Obrador, quien se ostentó como Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en representación de este último, interpuso controversia constitucional y demandó de las autoridades que a continuación se señalan la invalidez de los actos que más adelante se precisan:

***“...II. ENTIDAD, PODER U ÓRGANOS DEMANDADOS:--- A. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos; - - - B. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos; --- C. Secretario de Gobernación de la Administración Pública Federal. --- IV.- NORMA GENERAL CUYA INVALIDEZ SE DEMANDA: --- DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA LA CONVENCION INTER-AMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PER-***

*SONAS, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes 18 de enero de 2002 y la Fe de erratas a dicho Decreto, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de febrero de 2002 en la parte que establece RESERVA EXPRESA al artículo IX de la convención y DECLARACIÓN INTERPRETATIVA sobre la misma, que a continuación se transcribe: - - - “RESERVA. - - - El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al artículo IX toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución Mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. - - - “DECLARACIÓN INTERPRETATIVA. - - - Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente convención”.*

**SEGUNDO.** En la demanda se señalaron como antecedentes los siguientes:

*“I. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la asamblea general de la organización de Estados Americanos, como respuesta de la comunidad internacional al gravísimo problema que se daba en diversos países de nuestro continente: la desaparición forzada de personas, siendo ésta una de las prácticas más aberrantes*

de violación a los derechos humanos. - - - II. La gravedad de la desaparición forzada de personas es de tal magnitud que ha sido condenada y combatida por los organismos de la sociedad internacional. - - - En la declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas de las desapariciones forzadas, aprobada por la resolución 47/133 de la asamblea general del 18 de diciembre de 1992, se señala que las desapariciones forzadas se producen cuando se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de su libertad, sustrayéndolas así a la protección de las leyes. - - - Asimismo, agrega entre otras consideraciones que su práctica afecta: - - - “...los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad.” - - - A partir de la formación del sistema interamericano de derechos humanos cuyos órganos más importantes son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han realizado investigaciones, emitido informes, así como establecido diversos procedimientos jurisdiccionales a propósito de desapariciones cometidas en nuestro continente: - - - La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido diversos casos en los que ha responsabilizado a algunos Estados del continente americano por esta brutal práctica: - - - *“La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un Juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto... Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona... Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran*



DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DELITO PERMANENTE

que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes...". (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, No. 4, párrafos 155 y 156). ...

...

**TERCERO.** Los conceptos de invalidez que adujo la parte actora son los siguientes:

***“PRIMERO. Se controvierte la constitucionalidad de la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas adoptada por el gobierno mexicano, que forma parte del DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, ADOPTADA EN LA CIUDAD DE BELÉM, BRASIL, EL NUEVE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO. - - - La reserva es inconstitucional ya que pretende sustentarse en una aplicación e interpretación indebida del artículo 13 constitucional. Este precepto establece que: - - - “(...) Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá la autoridad civil que corresponda.” - - - En contravención a este precepto constitucional, la reserva señala lo siguiente: - - - “...formula reserva expresa al artículo IX toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.” - - - La reserva es inconstitucional ya que aplica e interpreta indebidamente la disposición constitucional citada. El precepto es claro al establecer el fuero de los militares en los casos de “delitos y faltas contra la disciplina militar”, sin***

**que de ello se desprenda de manera directa que el “fuero de guerra” se aplica “cuando el militar haya cometido algún delito encontrándose en servicio” y el ilícito se cometa contra civiles. En efecto, de acuerdo con el precepto constitucional, no basta para que la jurisdicción militar opere que el sujeto reúna una condición específica, esto es la de ser militar, sino que la conducta ilícita tenga como característica material, la de ser considerada como “delitos y faltas contra la disciplina militar”, lo que en términos constitucionales tiene un significado y efectos específicos distintos a la genérica manifestación hecha en la reserva de que tal fuero se aplica cuando el ilícito se cometa encontrándose en servicio. Manifestación que, a diferencia del criterio material contenido en el artículo 13 constitucional, parte de un criterio meramente personal, esto es que el militar cometa el ilícito encontrándose en servicio, independientemente de si el delito o infracción va contra la disciplina militar.- - - Lo anterior va contra el espíritu del Constituyente pues busca ampliar, a partir de un criterio subjetivo, los casos de competencia de los tribunales militares, cuando el Constituyente por el contrario buscó su acotamiento.- - - La comisión dictaminadora del Constituyente señaló:- - - “En el proyecto se circunscribe más aun la jurisdicción de los tribunales militares retirándoles aquélla de un modo absoluto respecto de los paisanos complicados en delitos del orden militar. De esta suerte, el fuero militar responde exactamente a la necesidad social que hace forzosa su subsistencia; viene a constituir una garantía para la misma sociedad en lugar de un privilegio otorgado a la clase militar como fue en otro tiempo. Lo que obliga a conservar la práctica de que los militares sean juzgados por militares y conforme a las leyes militares, es la naturaleza misma de la institución del ejército. Estando constituido éste para sostener las instituciones, urge rodearlo de todas las precauciones dirigidas a impedir su desmoralización y mantener la disciplina que es su fuerza, porque un ejército no deja de ser sostén de una nación sino para convertirse en azote de la misma.”- - - El dictamen es claro: lo que determina el fuero no es la “clase”, sino el bien jurídico protegido. No es un criterio subjetivo sino material el que establece la Constitución. En consecuencia, la reserva formulada tiene el propósito de establecer un privilegio a favor de los militares al pretender comprender dentro del fuero a cualquier acto ilícito que cometan por estar en servicio, in-**

*dependientemente de que los mismos, sean delitos o infracciones cometidos contra la disciplina militar.- - Al respecto, Zaffaroni uno de los más distinguidos penalistas contemporáneos señala:- - “El delito militar ha menester tanto de la calidad militar del autor como del carácter castrense de los bienes o intereses protegidos. Si el delito militar entraña una violación al deber militar, no nos parece dudoso que la ley penal militar sólo puede dirigir su mandato, y exigir el cumplimiento del deber militar, a quien ostente ese carácter.” (Derecho Penal Militar, página 199).- - Así pues, para determinar si un delito es de carácter castrense tiene que determinarse en función de los bienes o intereses protegidos. Es evidente que el delito de desaparición forzada de personas no tiene como bien o interés tutelado la disciplina militar, sino por el contrario derechos de las personas, tales como la libertad, la integridad, la seguridad jurídica, el de acceder a la justicia. No es dable establecer como contra argumento el que el Código de Justicia Militar, considere como delitos contra la disciplina militar a los delitos del orden común o federal cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, según se establece en el artículo 57, fracción II, inciso a) del código aludido. Y no puede admitirse lo anterior en primer término porque en esta controversia estamos determinando una cuestión de carácter constitucional que no puede resolverse acudiendo a una norma de inferior jerarquía y, segundo, porque tal vía de solución es contraria a la propia Constitución.- - En efecto, en tanto lo que se debate es la inconstitucionalidad de la reserva, la decisión acerca de esta litis parte de la interpretación que se le dé a la norma suprema. Para la determinación del sentido no es dable hacerlo recurriendo a la legislación subordinada como sería en este caso el Código de Justicia Militar ya que sería tanto como negar el carácter supremo de la Constitución. Por el contrario, la interpretación constitucional parte de su propio texto, esto es de la plena manifestación normativa de su carácter supremo y por la función central en el ordenamiento jurídico: es una norma de control. Un control de constitucionalidad, exige una interpretación constitucional, diría Wróblewski (Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Civitas, Madrid 2001, pág. 99). Aun en caso de oscuridad o insuficiencia*

*debe acudirse a los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar por el Constituyente o el poder revisor, según lo ha establecido este tribunal en la tesis XXVIII798, visible a foja ciento diecisiete del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, abril de 1998, Novena Época.- - "INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente."- - Por ello, aceptar que el fuero militar se aplica al militar en servicio como lo sugiere la reserva que se impugna, significaría que independientemente de que el ilícito tuviese como bien jurídicamente tutelado la disciplina militar, cualquier delito o infracción tendría que ser juzgado por una autoridad militar, tratándose de un homicidio, privación ilegal de la libertad de civiles o de una infracción de tránsito, lo que constitucionalmente es inaceptable. El propósito del Constituyente como se ha señalado es restringir, limitar como garantía de seguridad a las personas, la jurisdicción militar. Este valor salvaguardado por el Constituyente originario es recogido por la Suprema Corte de manera inmediata a la aprobación de la Constitución de 1917 y que significa recoger de la manera más cercana en tiempo los valores en ella establecidos en la mejor interpretación constitucional al respecto:- - "FUERO DE GUERRA. No puede extenderse a conocer de delitos que aunque cometidos por militares y relacionados con el servicio del ejército, no son contra la disciplina militar."- - Tomo V, pág. 900, Competencia negativa, Pineda Luis, 10 de diciembre de 1919, mayoría de 6 votos.- - (Tomado de la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-1984) Guerrero y Guadarrama (compiladores) UNAM Tomo 1, pág. 92, México 1985).- - De acuerdo con lo anterior, la competencia civil se surte cuando a pesar de que el militar en servicio o en actos*

*relacionados con el ejército comete un ilícito, que no es contra la disciplina militar, esto es, no se comete contra militares. El propio artículo 13 es claro al respecto: cuando esté complicado un paisano conocerá el tribunal civil.- - No escapa a nuestra consideración la existencia de interpretaciones tales como las siguientes:- - “MILITARES EN SERVICIO, DELITOS COMETIDOS POR LOS. COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR. Si aparece probado que el procesado tenía carácter militar y se encontraba en servicio el día en que causó la muerte de una persona, lo que también aparece de su declaración, los delitos por los que se le procese son contra la disciplina militar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar que dice: son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, y por lo mismo corresponde conocer del proceso que se le sigue al inculcado a las autoridades militares.”- - Tesis 220. Tomo II, parte SCJN, pág. 125. Apéndice de 1995, Sexta Época. Pleno. (La Corte resolvió conflictos de competencia y sus resoluciones son de los años 1959 a 1963).- - “FUERO MILITAR, COMPETENCIA DEL. El artículo 13 de la Constitución Federal declara subsistente el fuero de guerra, para los delitos y faltas cometidas contra la disciplina militar por militares, y el artículo 57 del Código de Justicia Militar, dispone en su fracción II, inciso a), que los delitos del orden común y federal, cuando concurren las circunstancias que expresa el precepto, y, entre ellas, que hayan sido cometidas por militares, en los momentos de estar en servicio o con motivo de ellos.”- - Tesis 164, Tomo II, parte SCJN, Apéndice de 1995, Quinta Época, Pleno, (Competencias resueltas entre los años 1925 a 1940).- - Sin embargo, las anteriores decisiones no pueden estimarse como auténticas interpretaciones constitucionales del artículo 13, por las razones que en parte ya se han vertido con anterioridad y que en síntesis son:- - a) Proviene no de un juicio donde el fondo de la litis sea una interpretación constitucional, sino de cuestiones propias de competencias no estrictamente jurisdiccionales como es la decisión sobre conflictos de competencia.- - b) Aun en el supuesto no concedido, de que se tratara de una cuestión de interpretación constitucional, la misma se limita a repetir lo establecido en la legislación secundaria. Tal procedimiento resulta inadecuado ya que im-*

*plica “degradar” la interpretación constitucional, recurriendo al contenido de una norma inferior.- - - c) Como se ha señalado, lo determinante para el fuero de guerra es que el ilícito sea contra la disciplina militar, esto es, que ese sea su bien jurídico protegido, más que el carácter del procesado, ignorando el carácter de la víctima.- - - Además, debe señalarse que tales interpretaciones fueron emitidas en un contexto nacional que corresponde a una etapa política, histórica y social distinta de la actual, caracterizada por el establecimiento de gobiernos marcados por el caudillismo militar, etapa que ha sido superada.- - - Estamos consolidando nuestro estado constitucional, el respeto a la Ley Fundamental es la condición necesaria para un estado de derecho. Como tribunal constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene un papel fundamental y definitivo para que la Constitución sea en efecto la norma suprema; pero además la norma que delimite y racionalice a órganos y autoridades que en otros tiempos transgrediendo sus atribuciones cometieron actos arbitrarios confiados en que los mismos quedarían impunes ya que los órganos encargados de la procuración y administración de justicia carecían de independencia. En la actualidad, las condiciones no están dadas en nuestro país para permitir las expresiones de un modelo de estado que hacía posible la extensión de la jurisdicción militar para conocer ilícitos por el solo hecho de que un militar los cometiera sin atender al elemento decisorio: el carácter del bien jurídico protegido, y que en el caso de las desapariciones no es la disciplina militar. Aceptar lo anterior significaría constituir un privilegio y una garantía de inmunidad cuando tales ilícitos formaron parte de estrategias de represión, como sucedió en el caso de las desapariciones. El fuero militar no es eso, es por el contrario una garantía para los ciudadanos, es una medida de limitación para las fuerzas armadas. El respeto a la Constitución es a la vez la mejor garantía para nuestro ejército, la impunidad daña su institucionalidad.- - - Por otra parte, no existe contradicción entre lo establecido por el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y el artículo 13 constitucional, ya que la mención de jurisdicción “especial” se contrapone a la jurisdicción “común”, significado que es coincidente con el del artículo 13 constitucional. Los tribu-*



**nales militares son tribunales especializados, por lo que carece de fundamento constitucional la reserva que se establece a la convención en el sentido de que “el fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la convención...”**- -  
**- El artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada a la letra dice:- - “Artículo IX 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. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.- - No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.”**- - **La reserva que se combate contraría la Constitución al buscarse con ella impedir el ejercicio de los derechos fundamentales a la seguridad jurídica, legalidad, vida, libertad, dignidad y acceso a la justicia y que deben ser estudiados en esta controversia según lo ha establecido este Máximo Tribunal.- -**  
**“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Los poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Carta Magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de tribunal constitucional. La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución Federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las

entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación jurídica (sic) que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la norma fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la norma suprema, dado que no es posible parcializar este importante control.” (Novena Época. Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, septiembre de 1999. Tesis P/J. 98/99, Página 703*).- - - *En el mismo sentido se pronunció en las siguientes tesis:- - -* “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER. El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma el Estado federal, representativo y democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran



*el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentre latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano.” (Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho).” - - - “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. INTERÉS LEGÍTIMO PARA PROMOVERLA. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, en la tesis número P/J. 71/2000, visible en la página novecientos sesenta y cinco del Tomo XII, agosto de dos mil, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro es “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS”, que en la promoción de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio; sin embargo, dicho agravio debe entenderse como un interés legítimo para acudir a esta vía el cual, a su vez, se traduce en una afectación que resienten en su esfera de atribuciones las entidades poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de su especial situación frente al acto que consideren lesivo; dicho interés se actualiza cuando la conducta de la autoridad demandada sea susceptible de causar perjuicio o privar de un beneficio a la parte que promueve en razón de la situación de hecho en que ésta se encuentre, la cual necesariamente deberá estar legalmente tutelada, para que se pueda exigir su estricta observancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.” (Controversia constitucional 9/2000. Ayuntamiento del Municipio de Nativitas, Estado de Tlaxcala. 18 de junio de 2001. Mayoría de 10 votos. Disidente: José de Je-*

**sús Gudiño Pelayo. Ponente Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón).- - La reserva establecida viola el derecho fundamental que tienen las víctimas del delito a que los responsables de los delitos de desaparición que se han cometido en el país sean sometidos a la jurisdicción común, como se deriva del propio artículo 13 constitucional, ya que el delito de desaparición no tiene como bien jurídicamente protegido la disciplina militar y por lo tanto no puede ser considerado como un delito o infracción contra la disciplina militar.- - Además de lo anterior, la reserva establecida por el gobierno mexicano va en contra de la propia convención. Este instrumento internacional establece en su artículo XIX que los “Estados podrán formular reservas a la presente convención en el momento de formularla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la convención y versen sobre una o más disposiciones específicas”. La reserva va en contra de la propia convención y de los derechos fundamentales previstos en la Constitución ya que tiene por objeto evitar que los responsables de las desapariciones sean sometidos a tribunales imparciales e incluso que sean sometidos a cualquier tribunal.- - La convención tiene como propósito fundamental, como lo establece el preámbulo, contribuir a “prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y del estado de derecho”, toda vez que la “práctica de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”, de suerte que con la firma de la convención adquieren entre otros los compromisos a los que se refiere su artículo I, en particular:- - “... b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo.- - c) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente convención.”- - De manera que, con la reserva hecha por el gobierno mexicano, no solamente se estaría contrariando la Constitución sino que se estaría condenando a la ineficacia las distintas normas jurídicas que se han establecido en el derecho común para sancionar el delito de desaparición forzada de personas.- - Debe señalarse que a partir del dos de junio de**

**2001, entró en vigor la adición al Código Penal Federal (artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D) en la que se tipifica como delito la desaparición forzada de personas, publicada el día anterior en el Diario Oficial de la Federación. El artículo 215-A del referido ordenamiento establece que “Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención”. La sanción va de cinco a cuarenta años y se establecen atenuantes para los casos en que la víctima sea liberada espontáneamente dentro de los tres o de los diez días siguientes a la detención (ocho meses a cuatro años y dos a ocho años), así como cuando proporcione información para esclarecer los hechos y contribuya a la aparición con vida de la persona desaparecida (hasta un tercio y una mitad respectivamente). El delito se considera grave, por lo que no cabe la libertad caucional. La destitución y la inhabilitación de uno a veinte años también se prevé como sanción. - - - Una disposición similar se estableció en el Código Penal para el Distrito Federal por reforma al artículo 281 SEXTUS, que a la letra dice: - - - “Art. 281 SEXTUS. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público del Distrito Federal que, con motivo de sus atribuciones, detenga y mantenga oculta a una o varias personas o bien, autorice, apoye o consienta que otros lo hagan, sin reconocer la existencia de tal privación, o negándose a informar de manera precisa sobre su paradero, impidiendo con ellos el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. A quien cometa el delito de desaparición forzada de personas se le sancionará con prisión de 15 a 40 años, multa de trescientos a quinientos días de multa, así como con la destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tercios de la pena de prisión impuesta. Al particular que por orden, autorización o con apoyo de un servidor público participe en los actos descritos en el primer párrafo, se le impondrá una pena de prisión de ocho a quince años y multa de trescientos a quinientos días de multa. Estas penas podrán ser disminuidas hasta en una tercera parte, cuando quien hubiere participado en la comisión del delito, suministre información que permita esclarecer los hechos; y hasta en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima. La acción penal derivada de la desaparición forzada de**

*personas y la pena que se impongan, no estarán sujetas a prescripción.” - - - Es un hecho sabido socialmente, que los desaparecidos en este país fueron víctimas de una política decidida por los mandos superiores del Estado en actos coordinados entre una diversidad de cuerpos de seguridad estatal en los que militares desempeñaron una función represiva ajena a sus funciones constitucionales y legales. El reciente informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos al que ya se ha hecho referencia, corrobora este hecho. Por ende, aceptar la validez de la reserva significaría que los militares responsables solamente podrían ser juzgados por tribunales militares, lo que implica la total impunidad, no una hipotética, sino real. Corroborar lo anterior es sumamente simple: no existe ninguna investigación en los órganos de procuración de justicia militar, ni existe ningún procesado o condenado de las fuerzas armadas por los delitos cometidos por militares con relación a desapariciones forzadas. Precisamente porque la convención parte de este hecho y precisamente para evitar caer en esta impunidad, se estableció el artículo IX. Una reserva a dicho artículo va en contra de los objetivos y propósitos de la convención. - - - En consecuencia, procede que se declare la invalidez de la reserva que se impugna. - - - SEGUNDO. Se controvierte la constitucionalidad de la declaración interpretativa efectuada por el gobierno mexicano a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas con los siguientes argumentos de derecho: - - - En la fe de erratas publicada el 27 de febrero de 2002 se establece la siguiente declaración interpretativa, que a la letra dice: - - - “Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente convención.” - - - La declaración interpretativa formulada parte de una inadecuada interpretación del principio de irretroactividad de la ley previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el delito de desa-*

*parición forzada. - - - Al respecto, es importante destacar que el delito de desaparición forzada tiene el carácter de delito permanente o continuo, según lo establece el propio artículo III de la convención: - - - “Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. - - - Dicho artículo al ser aprobado por el Senado y publicada su aprobación en el Diario Oficial de la Federación, se convirtió en Ley Suprema de la Unión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra Constitución Federal, por lo que se encuentra sólo por debajo de la Constitución y por encima de las leyes federales y locales, de conformidad con la interpretación de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación y por tanto es obligatorio para todas las autoridades mexicanas, tanto federales como locales. - - - El carácter de continuado (término adoptado por la convención) o continuo o permanente según lo establece tanto el artículo 7° del Código Penal Federal como su similar del Código Penal para el Distrito Federal, cuya fracción II establece que el delito es permanente o continuo cuando la consumación se prolonga en el tiempo. Lo anterior significa que la conducta tipificada como delito se mantiene en el tiempo de manera que la tipicidad de la conducta se verifica en el momento en que se realiza la conducta. De esta suerte, si en el momento en que adquiere vigencia un determinado tipo penal y en ese momento se encuentra cometiéndose una conducta (que pudo haberse iniciado con anterioridad pero permanecer en el tiempo), y la misma reúne los elementos de tipicidad del nuevo delito, tal conducta tiene la relevancia penal del tipo que integra. En estas circunstancias, no existe aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de las personas, ya que lo que se califica como delito es la conducta presente. Sebastián Soler señalaba que en estos casos, la acción “...puede desenvolverse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica, dándose con ello el delito permanente (rapto).” (Derecho Penal Argentino, Ed. La Ley, Buenos Aires 1945, página 340). - - - De esta suerte, en términos del artículo II de la pro-*

***...la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.” - - - Existen conductas precisas que de permanecer en el tiempo son conductas presentes y no se configura sobre ellas una aplicación retroactiva: - - - Privación de la libertad. - - - Falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. - - - Como consecuencia de lo anterior se impida acceder a los medios de defensa adecuados. - - - Así pues, independientemente de cuándo haya iniciado la desaparición, debe hacerse la siguiente pregunta: ¿tales conductas están siendo realizadas en el presente? Si la respuesta es positiva, entonces no existe aplicación retroactiva. En términos de los artículos 7 y 102, fracción IV, tanto del Código Penal Federal como del Código Penal para el Distrito Federal, tratándose de delitos permanente o continuos el plazo de prescripción empieza a correr a partir de la cesación de la consumación del delito, esto es, la propia ley penal retoma la idea de que en esta clase de delitos cada momento de ejecución es imputable a consumación. En estos términos, la desaparición forzada como delito permanente, se comete cada día en tanto que la persona no aparezca. El estado de “desaparecido” se transforma en una agresión actual, que se comete día con día en tanto la persona continúa desaparecida. La consumación no se agota sino hasta que cesa la situación de desaparecido. Así pues, el propio Código Penal para el Distrito Federal establece en el artículo 281 SEXTUS, quinto párrafo que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma, no están sujetas a prescripción. - - - La declaración interpretativa formulada por el gobierno mexicano pretende evitar la aplicación de la ley a los responsables de las desapariciones efectuadas en nuestro país y por ende en el Distrito Federal, al señalar que “se entenderá que las disposiciones de dicha convención se aplicarán a los hechos que***



*constituyan desaparición forzada, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente convención”. Con tal interpretación le da un alcance a la convención distinto a su objeto y aplicación. La declaración interpretativa excluye a las desapariciones que se hayan ordenado antes de la entrada en vigor de la convención aun cuando tales desapariciones continúen y las órdenes sigan ejecutándose. ¿Cuál es la verdadera intención de tal declaración interpretativa? ¿Acaso evitar el juzgamiento de aquellos que ordenaron la práctica de las desapariciones? Una declaración interpretativa no puede modificar las obligaciones que la convención establece al Estado. - - - En tal sentido, la declaración interpretativa también constituye un impedimento para el ejercicio de las atribuciones de los órganos Ejecutivo y Judicial locales del Distrito Federal y del resto de las entidades federativas para llevar a cabo la investigación de los delitos, la consignación ante la autoridad judicial, el procesamiento y condena de los responsables, es en suma un salvoconducto a la impunidad. Con ello se vulnera flagrantemente las atribuciones derivadas del Estatuto de gobierno del Distrito Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de la Legislación Penal del Distrito Federal que otorgan a dichos órganos atribuciones para investigar, perseguir y sancionar la comisión del delito de desaparición forzada de personas previsto en el artículo 281 SEXTUS del Código Penal para el Distrito Federal. En consecuencia, la declaración interpretativa impugnada viola los artículos 17 y 21 constitucionales al impedir el ejercicio de las atribuciones de procuración e impartición de justicia, a que están obligadas las autoridades correspondientes del Distrito Federal. - - - En tal virtud, la declaración interpretativa cuya constitucionalidad se impugna se vuelve contra los objetivos y finalidades de la convención, pues puede ser utilizada como argumento de los responsables alegando que como tal declaración interpretativa para los efectos del derecho mexicano es parte de la convención entonces la misma configura un “derecho humano” a que aun cuando el delito continúe, no pueda ser juzgado. De acuerdo a la declaración interpretativa podría alegar el “derecho” a que no se le apli-*

*que aun cuando haya disposiciones en contrario en las leyes nacionales ya que con el artificioso argumento de que la “declaración interpretativa” es parte del tratado y el mismo es superior jerárquicamente a la ley, le serían violados sus “derechos humanos”. La declaración interpretativa tiene el perverso propósito de derogar el derecho nacional bajo el cual, atendiendo al carácter continuo o permanente de la desaparición, sí podrían ser juzgados. Además, en la medida en que la convención interamericana forma parte del propio orden jurídico nacional se pretende convertirla en una norma ineficaz. - - - Otro de los propósitos de la declaración interpretativa que aquí se controvierte es impedir que los organismos internacionales de derechos humanos, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana conozcan de los posibles hechos relacionados con el asunto que se trata, sea impidiendo su conocimiento o restringiendo la materia de la que pueden conocer, al establecer como limitaciones, los términos en el que el país se obliga. - - - Debe recordarse que de acuerdo a los convenios internacionales suscritos por México, se ha reconocido la jurisdicción de estos organismos y por lo tanto es parte de las garantías fundamentales el acceso pleno a los mismos. - - - La declaración interpretativa también contraría la interpretación que los propios organismos del sistema interamericano han efectuado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “caso Blake”, en sentencia dictada el 24 de enero de 1998 (serie C: resoluciones y sentencias, número 36), ha determinado que “una persona debe ser considerada como desaparecida en términos de la convención, aun cuando su detención haya sido cometida con anterioridad a la entrada en vigor de la convención interamericana puesto que es una conducta permanente, incluso cuando la persona haya sido muerta pero se desconozca su paradero.” - - - Al respecto, la Corte estimó que no obstante que el señor Nicholas Blake había sido privado de su libertad y de su vida en marzo de 1985, fecha previa a la entrada en vigor de la Convención para el Estado de Guatemala, los efectos de tales hechos podían prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima. Como en este caso el destino o paradero del señor Nicholas Blake no se conoció hasta el 14 de junio de 1992, con posterioridad a la fe-*



*cha en que Guatemala reconoció jurisdicción contenciosa de este tribunal, éste estimó que tiene competencia para conocer de las posibles violaciones que le imputa la comisión al Estado en cuanto a dichos efectos y conductas” (párrafo número 54 de la sentencia). - - - Asimismo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos sustenta su competencia para conocer de desapariciones iniciadas antes de la entrada en vigor para el Estado parte (Guatemala), en el carácter continuado o permanente, puesto que: - - - “65. (...) constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la convención. Además, la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la convención (caso Velásques Rodríguez, supra párr. 49, párrs. 155 y 158 y caso Godínez Cruz, supra párr. 49, párrs. 163 y 166).” - - - 66. La desaparición forzada e involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además coloca en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos, de ahí la importancia de que el Estado tome todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos. Los investigue y sancione a los responsables y además informe a los familiares el paradero del desaparecido y los indemnice en su caso. - - - 67. La Corte considera que la desaparición del señor Nicholas Blake marca el inicio de una situación continuada, sobre cuyos hechos y efectos posteriores a la fecha del reconocimiento de su competencia por Guatemala, procede pronunciarse. Con este propósito, la Corte pasa a examinar, primero, la cuestión de imputabilidad, y enseguida, los distintos puntos de la demanda, en cuanto al fondo, en el marco de la referida situación continuada.” - - - En el artículo 17.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992 se establece que: - - - “Todo acto de desaparición forzada será considerado como delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecidos los hechos.” - - - Asimismo, el Código Penal para el Distrito Federal establece en el artícu-*

**lo 281 SEXTUS el delito de desaparición forzada de personas estableciendo que: - - - “Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público del Distrito Federal que, con motivo de sus atribuciones, detenga y mantenga oculta a una o varias personas o bien, autorice, apoye, o consienta que otros lo hagan, sin reconocer la existencia de tal privación o negándose a informar de manera precisa sobre su paradero impidiendo con ello el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.” - - - La reserva y declaración interpretativa que en esta controversia se impugnan, son inconstitucionales, además, porque impiden el ejercicio de las atribuciones y obligaciones constitucionales que se establecen para las autoridades y órganos estatales y del Distrito Federal, con lo que se vulnera la esfera de atribuciones de la entidad que representa. - - - La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece un conjunto de garantías y derechos fundamentales y correlativamente un conjunto de deberes a cargo del Estado. Si las personas tienen derecho a la vida, a la libertad, a la integridad, a la seguridad, al acceso a la justicia, entre otros derechos, el Estado tiene las obligaciones de no violentar, pero a la vez proteger los derechos fundamentales de sus gobernados, siendo de las más importantes funciones estatales la de procuración y administración de justicia. Es decir, el Estado debe investigar y ejercer las acciones penales por conducto del Ministerio Público, según se desprende del artículo 21 constitucional. Asimismo, los tribunales deberán juzgar y en su caso sancionar a los responsables. De esta suerte, si los tribunales civiles federales o locales no pueden juzgar y sancionar a los militares involucrados en delitos de desaparición forzada cometidos contra la población civil, se está impidiendo cumplir con sus funciones y obligaciones constitucionales como lo pretende la reserva impugnada. - - - En cuanto a la declaración interpretativa que se impugna, ésta limita de manera inconstitucional la labor interpretativa de los tribunales y las posibilidades de aplicación de la ley a la que se encuentran sujetos tanto el Ministerio Público como la autoridad judicial. Al señalar que la convención se aplicará solamente a los “hechos que constituyan desaparición forzada de personas, cuando se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor...”, excluye, no obstante tratarse de un delito de**

*carácter continuo o permanente, a las desapariciones que se iniciaron con anterioridad a la vigencia de la convención, interpretando indebidamente la garantía de irretroactividad prevista en el artículo 14 constitucional. Esto provoca en cambio, una situación en la cual los responsables de dichas desapariciones buscarán extraerse a la acción de la justicia. De esta manera, la declaración interpretativa establece a la autoridad ministerial y judicial limitaciones no previstas por el artículo 14 constitucional y viola los derechos de las víctimas y de los agraviados para acceder a la justicia. Esto daría como resultado mantener en la injusticia y en la impunidad a los responsables de la comisión del delito de desaparición forzada, no obstante el carácter continuo o permanente que tiene el mismo. - - - La reserva y la declaración interpretativa impugnadas tienen el propósito inconstitucional de evitar que se finquen responsabilidades penales a los sujetos activos del delito de desaparición forzada, pese a que bajo la ley nacional sí es posible la investigación y el fincamiento de responsabilidades. La legislación penal tanto federal como para el Distrito Federal tipifican el delito de desaparición forzada: el Código Penal Federal lo hace en los artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D y en materia local el artículo 281 SEXTUS del Código Penal del Distrito Federal prevé el mismo delito. Asimismo, forma parte de la norma penal de ambos ordenamientos lo previsto en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Lo anterior, se contempla por la propia ley nacional, según lo señalan respectivamente, tanto el artículo 6 del Código Penal Federal y el artículo 6 del Código Penal del Distrito Federal, que coincidentemente a la letra dicen: - - - “Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo. - - - Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.” - - - Y son aplicables tales tipos penales cuando la desaparición se mantenga dentro de la vigencia de tales normas, independientemente de que hayan iniciado con anterioridad, ya que se trata de delitos permanentes según lo señala tanto el artículo 7º, fracción II del Código Pe-*

*nal Federal, como su correlativo del Código Penal para el Distrito Federal, según se ha expuesto en la presente demanda. - - - De los argumentos vertidos en los conceptos de invalidez que se han expuesto contra la reserva y la declaración interpretativa hechas a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se desprende de manera clara la inconstitucionalidad de las mismas, situación que esta Corte debe remediar.” - - - Son evidentes los propósitos de evitar que los responsables de las desapariciones sean sometidos a la jurisdicción de los tribunales mexicanos del fuero común, así como el de evitar que puedan conocer de tales hechos los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esto es, la Comisión Interamericana y La Corte Interamericana, ambas de Derechos Humanos. Convalidar lo anterior sería no solamente permitir la impunidad sobre una de las más indignantes y vergonzantes violaciones a los derechos humanos que se han dado en nuestro país, sino convalidar los efectos que se desprenden de la reserva y la declaración interpretativa: una amnistía a los responsables. - - - Ese sería el efecto de la reserva y la declaración interpretativa, lo cual va en contra de la Constitución, pues es privativo del Congreso de la Unión y de las legislaturas estatales y del Distrito Federal el otorgamiento de amnistías. La Carta Magna es clara al respecto, es atribución del Congreso de la Unión: “Conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación”, para el caso del Distrito Federal, la atribución de igual manera corresponde a su órgano legislativo, según se desprende del artículo 122 constitucional. - - - No debe perderse de vista que el sistema interamericano de derechos humanos tiene un papel subsidiario y que la función principal de acceso a la justicia corresponde a los tribunales nacionales. Para ello, se debe dar la posibilidad de que los tribunales nacionales conozcan de los casos de violación a los derechos humanos. La reserva y la declaración interpretativa impugnadas cierran esa posibilidad. Corresponde a la Suprema Corte preservar la garantía constitucional de acceso a la justicia. - - - En consecuencia, vista la inconstitucionalidad de las normas reclamadas, lo procedente es declarar la invalidez de las mismas. - - - Por otro lado se solicita a esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad a los*

**artículos 39 y 40 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aplicar en beneficio del gobierno del Distrito Federal la siguiente tesis de jurisprudencia: - - -** “Nove-na Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: IV, noviembre de 1996. Tesis: P./J. 68/96. Página: 325. - - - **CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EN ELLA NO ES POSIBLE JURÍDICAMENTE CONSIDERAR DEFICIENTES LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ PLANTEADOS.** De acuerdo con lo establecido por los artículos 39 y 40 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratándose de controversias constitucionales la Suprema Corte corregirá los errores en la cita de los preceptos invocados, examinará en su conjunto los razonamientos de las partes para resolver la cuestión efectivamente planteada y deberá suplir la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos y agravios. De ello se sigue, necesariamente, que no es posible jurídicamente que se establezca que los argumentos hechos valer por el promovente de la controversia o conceptos de invalidez puedan considerarse deficientes, pues ello en nada afectará el estudio que debe realizarse conforme a las reglas establecidas en los preceptos mencionados”.

**CUARTO.** La parte actora considera que los actos cuya invalidez demanda, son violatorios de los artículos: 14, 16, 17, 21 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

...

**SEXTO.** El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, al contestar la demanda inicial, manifestó en síntesis lo siguiente:

...

9. Es constitucional la reserva al artículo IX de la Convención impugnada porque:

- El propósito de ésta fue dejar en claro que los tribunales militares no son de jurisdicción especial, en tanto que se trata de tribunales previamente establecidos que no pueden juzgar a civiles y cuyas actuaciones puedan ser impugnadas por el Poder Judicial de la Federación, lo que es acorde con

los artículos 13 y 14 constitucionales; asimismo, la precisión que se hace en la reserva de que el fuero de guerra se aplica tratándose de militares en servicio, es congruente con lo dispuesto por el artículo 13 constitucional, pues para ser accionado dicho fuero se requiere que el militar esté en servicio.

- En caso de no haberse hecho la reserva, la Convención sería inconstitucional, porque no se permitiría la existencia del fuero de guerra en delitos de desaparición forzada de personas, como lo pretende la actora.
- Los delitos cometidos por militares en servicio constituyen delitos contra la disciplina militar y, consecuentemente, se encuentran comprendidos en el fuero de guerra establecido en el artículo 13 constitucional.
- El delito de desaparición forzada de personas es considerado contrario a la disciplina militar cuando es cometido por militares en servicio.
- El texto actual del artículo 13 constitucional concibe al fuero de guerra como una situación de competencia jurisdiccional y no como un conjunto de ventajas o favores a personas, determinada por la naturaleza del hecho o acto que se somete a su conocimiento y que por consideraciones de orden público deben tratarse de una manera especial; para la procedencia de dicha competencia es necesario que se den dos elementos: a) el personal (miembros de las fuerzas armadas) y b) el material o real (delitos y faltas contra la disciplina militar). Consecuentemente, el fuero de guerra no constituye una excepción al primer enunciado del artículo 13 constitucional, que prohíbe las jurisdicciones especiales, ni una violación al artículo 14 constitucional, en el que se establece la garantía de ser juzgado por tribunales previamente establecidos, por lo que la reserva es congruente con la Convención al no establecer una jurisdicción especial.
- El hecho de que el texto de la reserva no haya utilizado el concepto de delito contra la disciplina militar no significa que se viole la Constitución, debido a que los delitos cometidos por los militares en servicio (como el de desaparición



forzada de personas) necesariamente implica delitos contra la disciplina militar.

- Con la reserva se pretendió establecer una excepción a la Convención que fuera congruente con la Constitución; la reserva dejó intacta la segunda parte del artículo IX que establece que **“los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”**, es decir, la Convención prohíbe que se otorgue una defensa al presunto responsable por haber cometido el ilícito en ejercicio de un deber militar de obediencia, o sea que el cumplimiento de un deber no podrá ser una excluyente de responsabilidad.
- Para determinar cuáles son los delitos que tienen exacta conexión con la disciplina militar es necesario acudir a la legislación secundaria, pues así deriva de la Constitución de 1857, en cuyo artículo 13 se consagró el fuero de guerra al establecer: **“Art. 13. ... Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción”**.
- El verdadero espíritu de la reserva no es especificar cuáles son los delitos que deben ventilarse ante tribunales civiles o militares, sino aclarar que en México debe observarse la Constitución y, por lo tanto, al aplicarse la Convención no puede aceptarse que el delito de desaparición forzada de personas sea atendido únicamente por tribunales civiles, ya que nuestra Constitución dispone que los militares en determinadas circunstancias serán sometidos a tribunales militares; no es exacto que nuestros tribunales militares sean especiales, ya que según la Constitución son especializados. Ni tampoco que sean tribunales de excepción (como los que están en contra del espíritu de la “Convención”); y, que no pueda ser considerado como un delito cometido en servicio militar la desaparición forzada, ya que los militares pueden cometer estos delitos y deben ser juzgados como tales ante tribunales especializados.

- Si el Estado Mexicano no hubiera emitido una reserva en este sentido, los tribunales militares no podrían juzgar el delito de desaparición forzada de personas cometido por militares por considerarse a aquellos por la “Convención” como tribunales especiales, lo que implicaría la inconstitucionalidad de su artículo IX.

10. Es constitucional la declaración interpretativa, ya que:

- Contrariamente a lo alegado por el actor, dicha interpretación no viola el principio de no retroactividad de la ley establecido en el artículo 14 constitucional, sino que es congruente con dicha disposición.
- Si se interpreta a contrario sensu la declaración interpretativa se tiene que en el supuesto de que la desaparición forzada de personas se ordene, ejecute y cometa antes de la entrada en vigor de la Convención, ésta no podrá ser aplicada a dichos actos, ya que se estaría aplicando retroactivamente en perjuicio de los responsables; sin embargo, al señalarse en dicha declaración que **“... las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecute o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención”**, al establecerse la disyuntiva “o” en la declaración mencionada, se permite que cualquiera de esos actos (ordenar, ejecutar o cometer) que se sucedan después de la entrada en vigor sean objeto de la Convención, es decir, si los hechos se ordenan antes de la entrada en vigor, pero se cometen con posterioridad, sí es aplicable la Convención.
- Toda vez que la desaparición forzada de personas es un delito continuo, el verbo “cometer” utilizado en la declaración interpretativa implica que el delito se esté realizando en tanto no aparezca la persona o se haya determinado su paradero.
- La declaración interpretativa se formuló para respetar los artículos 14 y 16 constitucionales.



*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DELITO PERMANENTE*

- A nivel del derecho internacional existe todavía el debate sobre el momento a partir del cual un Estado parte se encuentra vinculado para aplicar un tratado relativo a la desaparición forzada de personas; conforme al artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención no obligaría respecto de acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para México.

11. Es infundado el primer concepto de invalidez, por las siguientes razones:

- En cuanto a que se aplica e interpreta indebidamente el artículo 13 constitucional, porque no se puede acudir a una norma de menor jerarquía para determinar el significado de delitos contra la disciplina militar, es infundado, ya que intenta desconocer la atribución del Congreso de la Unión para legislar, es decir, el Congreso tiene la facultad constitucional de emitir leyes, en las cuales se amplían los principios establecidos en la Constitución, de tal manera que si en ésta no se establece qué se entiende por delitos contra la disciplina militar es labor del legislador ordinario determinar el contenido del concepto de acuerdo con una interpretación que él haga de los principios constitucionales; además, el Congreso de la Unión, de acuerdo con el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Federal, tiene la facultad de establecer delitos y en uso de esa facultad definió los delitos en contra de la disciplina militar.
- En cuanto a que la competencia civil se surte cuando un militar comete un ilícito que no es contra la disciplina militar, independientemente de que esté en servicio o se trate de actos relacionados con el servicio, debe decirse que si bien es verdad que la competencia civil se surte cuando un militar comete un ilícito que no es contra la disciplina militar, también lo es que cuando un militar se encuentra en servicio y comete un delito, ineludiblemente se aplica el fuero de guerra.

- En cuanto a que los delitos en contra de la disciplina militar se deben cometer en contra de militares y no de civiles, es infundado, debido a que en el artículo 13 constitucional no se especifica el sujeto pasivo del delito; por tanto, no existe una calidad específica de los mencionados sujetos, pudiendo ser indistintamente civiles o militares.
- Respecto a que para dar competencia a los tribunales militares el criterio que se debe seguir es el material (delito contra la disciplina militar) y no un criterio meramente personal o subjetivo como el contemplado en la reserva, es infundado, porque la actora realiza una interpretación errónea del artículo 13 constitucional, ya que para que sean competentes los tribunales militares es necesario que concurren un elemento material (delito contra la disciplina u orden militar) y un elemento personal (militar).
- En relación con que para determinar si un delito es de carácter castrense tiene que determinarse en función de los bienes protegidos, no de la clase, y que la desaparición no tiene como bien jurídico protegido la disciplina militar, también es infundado, porque en esa clase de delitos el bien jurídico tutelado no sólo es la disciplina militar sino que se incluye una serie de tipos penales en los que se protegen, además, diversos bienes jurídicos, como la seguridad exterior (traición a la patria, espionaje), seguridad interior (rebelión, sedición); existencia y seguridad del ejército (falsificación, malversación, robo, enajenación o destrucción de lo perteneciente al ejército, desertión), jerarquía y autoridad (insubordinación, asonada), ejercicio de las funciones militares (abandono de servicio, usurpación de mando), decoro militar (infracción de los deberes de centinela) y administración de justicia.
- En cuanto a que la reserva condena a normas del derecho común y que va en contra de la Convención, en tanto tiene como objetivo que los responsables no sean sometidos a tribunales imparciales y que tiene como propósito establecer un privilegio a favor de los militares, y, por ende, dejarlos en total impunidad, es infundado, ya que se trata de afir-

maciones meramente subjetivas que no tienen relevancia desde el punto de vista jurídico.

- Por lo que respecta a que la reserva es contraria a la Convención es también infundado, porque el artículo 19 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que el Estado podrá formular reservas al momento de ratificar el tratado a menos que la reserva esté prohibida por el tratado o sea incompatible con el objeto o fin del mismo; el reconocer la competencia de los tribunales militares no está en contra del objeto o fines del tratado, sino al contrario, tanto los tribunales civiles como los militares sancionarán el delito de desaparición forzada de personas, y el hecho de que los militares en servicio sean juzgados por tribunales militares no implica que no serán juzgados imparcialmente.
- La reserva sólo modifica las obligaciones contenidas en el artículo IX de “la Convención”, lo que es completamente acorde con la naturaleza de las reservas y con la legislación aplicable.
- Respecto a que la reserva impide el ejercicio de atribuciones y obligaciones constitucionales que se establecen para autoridades locales es infundado, porque tales autoridades lo podrán hacer de conformidad con sus competencias; aun cuando no existiera la reserva, las autoridades del Distrito Federal no podrían juzgar a militares en servicio que cometieran delitos de desaparición forzada de personas debido a que el artículo 50, fracción I, inciso f, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que corresponde a los jueces federales conocer de los delitos cometidos por servidores públicos federales en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.
- En cuanto a que la reserva tiene el propósito de evitar que se finquen responsabilidades penales a los responsables, pese a que en la legislación nacional sí es posible realizarlo, es infundado porque dicha reserva tiene como finalidad que los tribunales finquen las responsabilidades de acuerdo a su competencia.

12. Es infundado el segundo concepto de invalidez, en el que se controvierte la constitucionalidad de la declaración interpretativa en mención, que se centra en la afirmación de que el delito de desaparición forzada tiene el carácter de permanente o continuo según lo establece el artículo III de la propia Convención, porque si bien es correcto que se trata de un delito continuo y que se puede proceder en contra de las personas que lo cometan después de la entrada en vigor de la “Convención”, también lo es que:

- En el supuesto no aceptado de que no fuera congruente la declaración interpretativa con la legislación secundaria se estaría ante un problema de conflicto de normas pero no de inconstitucionalidad de la declaración.
- Son incongruentes los argumentos de la actora pues no obstante que al referirse a la reserva, afirma que no es posible acudir a la legislación secundaria para interpretar la Constitución, todo el argumento con que pretende demostrar la inconstitucionalidad de la declaración interpretativa está basado en la legislación secundaria.
- Es inexacto que la declaración interpretativa excluya las desapariciones que se hayan ordenado antes de la entrada en vigor de la Convención, aun cuando tales desapariciones continúen, pues si esa hubiera sido la intención, se habría formulado una reserva al artículo III de la Convención en donde se establece tal característica; además, del texto de la propia convención se aprecia que no sucederá lo que infundadamente anticipa la actora, ya que en su artículo II se establece que la desaparición forzada incluye no solo la privación de la libertad sino también la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de una persona.
- Es infundado que la declaración implique una inadecuada interpretación del principio de no retroactividad, porque la irretroactividad, según está planteada en la declaración, no impide que se juzguen delitos que se continúen cometiendo después de la entrada en vigor de la Convención, sino úni-

camente los que hayan sido ordenados, ejecutados y cometidos antes de su entrada en vigor.

- Es infundado que la declaración interpretativa tenga el propósito de derogar el derecho nacional, según el cual sí podrían ser juzgados los militares, e impedir que los organismos internacionales conozcan los posibles hechos relacionados con las desapariciones, ya que se trata de un argumento subjetivo e infundado.

...

**NOVENO.** Por escrito presentado el diecisiete de junio de dos mil dos, Andrés Manuel López Obrador, en su carácter de Jefe de Gobierno del Distrito Federal, amplió su demanda de controversia constitucional demandando de las autoridades que a continuación se precisan la invalidez del Decreto Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de mayo de dos mil dos en los siguientes términos:

*“I. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, de quien se reclama la expedición del decreto impugnado. - - - II. Secretario de Relaciones Exteriores de la Administración Pública Federal, de quien se reclama el refrendo del decreto cuya validez se reclama. - - - El titular del Poder Ejecutivo Federal y la dependencia de la Administración Pública Federal Centralizada que se demanda, tienen domicilios legales públicamente conocidos en el Distrito Federal.”*

**DÉCIMO.** La parte actora narró como antecedentes de los mencionados actos los siguientes:

*“1. Mediante oficio presentado el día 15 de abril de 2002, en la Oficialía de Certificación y Correspondencia de esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, con fundamento en los artículos 105, fracción I, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 10, fracciones I y II, 11, 14 a 18, 21, 22 y 24 a 50 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Uni-*

*dos Mexicanos, presentó en tiempo y forma demanda en vía de controversia constitucional en contra de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, representante de la Federación y del Secretario de Gobernación de la Administración Pública del Distrito Federal, demandando la declaración de inconstitucionalidad e invalidez del decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de enero de 2002 y de la Fe de Erratas a dicho Decreto, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de febrero de 2002, en la parte conducente que aprueba la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil y la declaración interpretativa a dicha convención. --- 2. Por acuerdo de fecha 22 de abril de 2002, se admitió a trámite la demanda planteada, otorgándole a las demandadas un plazo de 30 días hábiles a fin de que produjeran su contestación. --- 3. El día 6 de mayo de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro que en la parte conducente establece: (se transcribe. --- 4. Por diversos oficios, el día 4 de junio de 2002, las autoridades demandadas contestaron la demanda de la presente controversia.”*

**DÉCIMO PRIMERO.** Los conceptos de invalidez expresados en relación con los nuevos actos cuya invalidez se demanda son los siguientes:

*“ÚNICO. Con el objeto de evitar repeticiones innecesarias, en este acto pido a su Señoría tenga por reproducidos los argumentos hechos valer en los conceptos de invalidez contenidos en el escrito inicial de demanda de esta controversia, en el que se pidió la invalidez del decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil, el*

*nueve de junio de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de enero de 2002 y de la Fe de Erratas a dicho Decreto, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de febrero de 2002, en la parte conducente que aprueba la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil y la declaración interpretativa a dicha convención. - - - Lo anterior, porque la norma cuya invalidez se reclama en esta ampliación, adolece de los mismos vicios que los actos impugnados en el escrito inicial de demanda de esta controversia. Además, es de decirse que el decreto que se impugna en esta ampliación de demanda, es consecuencia jurídica de la aprobación con reserva y declaración interpretativa por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas contenida en el decreto y en la Fe de Erratas que constituyen los actos cuya invalidez e inconstitucionalidad se reclama en el escrito inicial de demanda de la presente controversia. - - - Por otro lado, se solicita a esa Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad a los artículos 39 y 40 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aplicar en beneficio del Gobierno del Distrito Federal la siguiente tesis de jurisprudencia: - - - CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EN ELLA NO ES POSIBLE JURÍDICAMENTE CONSIDERAR DEFICIENTES LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ PLANTEADOS. (se transcribe).”*

**DÉCIMO SEGUNDO.** Los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que la parte actora considera violados en su ampliación de la demanda son 13, 14, 16, 17, 21 y 133.

...  
**DÉCIMO CUARTO.** El Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal, al contestar la ampliación de la demanda en representación del Presidente de la República, a la que se adhirió el Secretario de Relaciones Exteriores, manifestó que:

a)



Es improcedente la ampliación de la demanda, porque el decreto promulgatorio no puede ser considerado como un acto superveniente sino un acto que integra una unidad indisoluble o un acto complementario;

- b) Asimismo, resulta improcedente dicha ampliación, porque de acuerdo con el criterio emitido por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis de jurisprudencia intituladas: **“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS VICIOS DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO SÓLO PUEDEN IMPUGNARSE A PARTIR DE QUE ES PUBLICADA LA NORMA GENERAL”** y **“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CUANDO EN LA DEMANDA SÓLO SE IMPUGNAN LOS ACTOS DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO QUE DIO ORIGEN A UNA NORMA GENERAL QUE NO HA SIDO PUBLICADA, DEBE DESECHARSE POR EXISTIR UN MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA”**, los actos que integran el procedimiento legislativo sólo son impugnables como un todo y, en el presente caso, primero se impugnaron algunos de los actos y posteriormente los demás, por lo que se actualiza la causa de improcedencia prevista en los artículos 19, fracción VIII, en relación con el 22, fracción IV, y 27 de la Ley Reglamentaria de la materia.

**DÉCIMO QUINTO.** El Procurador General de la República, mediante oficio PGR/0060/2003 de veintisiete de enero de dos mil tres, opinó en relación con la demanda y su ampliación lo siguiente:

...

9. En relación con los conceptos de invalidez expresados por la actora en su demanda, el Procurador opina que:

a) Sobre la probable violación a los artículos 13, 16 y 133 de la Constitución Federal, que:

- Es infundado porque el fuero castrense no constituye una jurisdicción especial, sino por el contrario, los tribunales



militares son especializados ya que conocen de un indeterminado número de asuntos comprendidos dentro de su competencia específica, es decir, la materia militar; que resulta erróneo el argumento del promovente en el sentido de que el fuero castrense se aplicará al militar que incurra en cualquier otro delito que no sea propiamente aquél que se dé en contra de la disciplina militar, ya que si bien es cierto que el artículo 13 constitucional no señala expresamente cuáles son los delitos en contra de la disciplina militar, el artículo 57 del Código de Justicia Militar establece cuáles son esos delitos.

- Respecto a que no es posible acudir a dicho código para comprender el alcance del término “delitos contra la disciplina militar” que establece la Carta Magna, porque es una norma de menor jerarquía, tal afirmación es contraria a lo sostenido por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis visible en la página 240, tomo XXXIX del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “FUERO DE GUERRA”, así como la diversa del mismo título que aparece publicada en la página 22296 del Tomo CVII, de la Primera Sala.
- Para que un delito sea considerado del orden militar se hace necesario que exista una calidad específica del probable responsable, esto es, que sea militar y, además, que el delito cometido sea de los enumerados en el artículo 57 del Código de Justicia Militar; en consecuencia, si el militar estando en servicio o con motivo de actos del mismo, incurre en la comisión de un ilícito sancionado por el ordenamiento punitivo militar, serán los tribunales castrenses a los que les toque sustanciar y resolver del asunto.
- Cualquier delito previsto en el orden común o federal, no sólo el de desaparición forzada de personas, es susceptible de ser conocido y substanciado por los tribunales castrenses, siempre que en su comisión los militares se encuentren en servicio o los cometan con motivo de actos del mismo;
- Es inexacto que la reserva impugnada carezca de fundamento constitucional, y que por ello se viole el artículo 16 de

la Constitución Federal, porque la norma impugnada fue firmada por el Presidente de la República el cuatro de mayo de dos mil uno, y aprobada por el Senado el diez de diciembre del mismo año, con fundamento en los artículos 76, fracción I, 89, fracción X y 133, de la Constitución Federal.

b) Sobre la posible violación a los artículos 14, 17 y 21 de la Constitución Federal, el Procurador General de la República señaló que:

- La actora, al pretender que la Convención se aplique a los delitos de desaparición forzada de personas cometidos antes de la entrada en vigor del citado Tratado, realiza una errónea interpretación del principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 14 de la Ley Fundamental, ya que de acuerdo con el citado principio, las normas se promulgan para tener efectos en el futuro, esto es, las leyes únicamente pueden ser aplicadas a hechos que ocurran después de su promulgación.
- En nuestro sistema jurídico existe prohibición expresa para que las normas se retrotraigan en el tiempo en perjuicio de persona alguna, por lo que en el caso concreto, no asiste la razón al promovente al pretender que la Convención se aplique en forma retroactiva, pues de hacerse así se contravendría tanto un principio esencial que forma parte de la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 14 constitucional, como el postulado fundamental de la supremacía constitucional, previsto en el artículo 133 constitucional, sin que sea óbice para considerarlo así que el delito de desaparición forzada de personas será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, ya que si bien es cierto que la retroactividad en los delitos continuados efectivamente pueden afectar las consecuencias del delito mientras éste no cese, también lo es que para que un delito sea continuado tiene primero que existir y solamente a partir de entonces puede hablarse de delito, sea continuado o no, es

decir, mientras la conducta que se considera punible no haya sido considerada como tal, las que se hubieran cometido con anterioridad a su tipificación no podrán ser penadas, pues en el momento en que se ejecutaron aun no eran delitos.

- Respecto a la violación a los artículos 17 y 21 constitucionales, porque según el actor, la declaración impugnada constituye un impedimento para el ejercicio de las atribuciones que le competen a los órganos Ejecutivo y Judicial del Distrito Federal, así como del resto de las entidades federativas, para llevar a cabo la investigación y persecución de los delitos, es infundado, porque de acuerdo con esos mismos preceptos, el Ministerio Público y los tribunales están obligados a ejercer sus facultades constitucionales conforme a lo que dispongan las leyes, como es en la especie la Convención impugnada.
- Es técnicamente imposible que la Convención celebrada mediante las formalidades requeridas para que un tratado internacional sea la Ley Suprema de la Unión conforme al artículo 133 constitucional, vulnere o restrinja facultades del orden local del Distrito Federal, el cual por definición se encuentra sometido a los instrumentos internacionales celebrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado.
- En el caso, el Distrito Federal no está en aptitud de acreditar el principio básico de afectación, en virtud de que de conformidad con la tesis intitulada: ***“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”***, los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano obligan por sí mismos a las autoridades locales, a menos que este Alto Tribunal declare, mediante la vía idónea, la inconstitucionalidad de la Convención.

...

**DÉCIMO SÉPTIMO.** Con fecha veintinueve de enero de dos mil tres se verificó la audiencia prevista en los artículos 29 y 34 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se hizo relación de los autos, se tuvieron por exhibidas las pruebas ofrecidas, por presentados los alegatos y, agotado el trámite respectivo, se puso el expediente en estado de resolución.

### **CONSIDERANDO**

**PRIMERO.** Este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de la presente controversia constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que se plantea un conflicto entre la Federación y el Distrito Federal.

**SEGUNDO.** Previo al estudio de los temas que se tratan en el presente fallo, este Alto Tribunal estima necesario destacar algunas cuestiones que inciden en el estudio de los mismos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que como en el caso se impugna el Decreto que contiene la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, es menester resaltar sus antecedentes y contenido, que en síntesis los siguientes:

1. A iniciativa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la XVIII Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos decidió invitar a los Estados Miembros a presentar observaciones sobre un proyecto de Convención interamericana para prevenir y sancionar las desapariciones forzadas, formulado por la propia Comisión.
2. Con base en esa iniciativa, en los años de mil novecientos ochenta y ocho y mil novecientos noventa y cuatro se llevaron a cabo múltiples reuniones en las que se debatió el contenido de los diversos proyectos que constituyeron el proceso de negociación, que concluyó con la adopción de la

*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DELITO PERMANENTE*

Convención en Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, durante el Vigésimo Cuarto Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La convención entró en vigor el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis.

3. Con fecha cuatro de mayo de dos mil uno, el Presidente de la República firmó “ad referéndum” la mencionada Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, sumándose a los quince Estados que la han firmado.
4. La Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, con reserva expresa a su artículo IX y declaración interpretativa correspondiente, el diez de diciembre de dos mil uno, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de enero de dos mil dos, y la Fe de erratas publicada en ese órgano de publicación oficial el veintisiete del mismo mes y año.
5. Con fecha veintiocho de febrero de dos mil dos, el Presidente de la República ratificó la Convención, habiéndose depositado el instrumento de ratificación respectivo ante el Secretario General de las Naciones Unidas el día nueve de abril de dos mil dos.
6. Con fecha seis de mayo de dos mil dos se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto promulgatorio de la Convención, cuyo texto es el siguiente:

**“DECRETO Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro.**

**Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.**

**VICENTE FOX QUESADA, PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, a sus habitantes, sabed:**

El cuatro de mayo de dos mil uno, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal

efecto, firmó ad referéndum la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, cuyo texto en español consta en la copia certificada adjunta.

La Convención mencionada fue aprobada por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, con la Reserva y Declaración Interpretativa que a continuación se detallan, el diez de diciembre de dos mil uno, según decreto publicado en el **Diario Oficial de la Federación** del dieciocho de enero de dos mil dos y la Fe de erratas publicada en el **Diario Oficial de la Federación** del veintisiete de febrero del propio año:

#### **RESERVA**

**“El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belém, Brasil el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.**

#### **DECLARACIÓN INTERPRETATIVA**

**“Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen,**

**ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención”.**

El instrumento de ratificación, firmado por el Ejecutivo Federal a mi cargo el veintiocho de febrero de dos mil dos, fue depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, el nueve de abril del propio año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo XVII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con la Reserva y Declaración Interpretativa antes señaladas.

Por lo tanto, para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgo el presente Decreto, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, el quince de abril de dos mil dos.- **Vicente Fox Quesada**.- Rúbrica.- El Secretario del Despacho de Relaciones Exteriores, **Jorge Castañeda Gutman**.- Rúbrica.

JUAN MANUEL GÓMEZ ROBLEDO, CONSULTOR JURÍDICO DE LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES,

...

**TERCERO.** Enseguida, resulta conveniente realizar breves consideraciones sobre la naturaleza de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas impugnada, la conformación del Estado Mexicano y el proceso de formación de los tratados internacionales como norma integradora del orden jurídico mexicano, dada la estrecha vinculación que estos aspectos guardan con los puntos litigiosos del presente asunto.

...

De lo hasta aquí expuesto se obtiene lo siguiente:

- 1) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, constituye un tratado en términos del artículo 2, fracción I, de la Ley sobre la Celebración de Tratados.
- 2) Los Poderes Federales, Ejecutivo y Legislativo, por conducto del Presidente de la República y de la Cámara de

Senadores, respectivamente, son constitucionalmente los únicos facultados para intervenir en la celebración y aprobación de esos instrumentos internacionales que concierne el Estado Mexicano.

- 3) El vocablo “Estado Mexicano”, empleado por los artículos 94, párrafo octavo, y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe entenderse como sinónimo de Federación, pues es ésta, a través de dos de los poderes que la integran la que tiene competencia para intervenir en ellos.
- 4) Los tratados internacionales inician su vigencia en el territorio nacional a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

**CUARTO.** Enseguida, se procede a examinar si la demanda se presentó oportunamente.

En la presente controversia constitucional se demandó lo siguiente:

- a) **En el escrito original de demanda**, presentado en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación el quince de abril de dos mil dos, la invalidez del Decreto aprobatorio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de enero de dos mil dos, en la parte conducente que aprueba la reserva expresa al artículo IX, así como la declaración interpretativa de dicha Convención, a partir de la publicación de la fe de erratas respectiva, en el mismo órgano de publicación oficial, el día veintisiete de febrero del mismo año.
- b) **En el escrito de ampliación de demanda**, presentado en la referida oficina el día diecisiete de junio de dos mil dos, la invalidez del Decreto Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém. Brasil, el nueve ju-



*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DELITO PERMANENTE*

nio de mil novecientos noventa y cuatro, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de mayo de dos mil dos, en la parte que establece reserva expresa al artículo IX de dicha Convención y declaración interpretativa.

En primer término, conviene destacar que para que un tratado internacional adquiriera el carácter de “Ley Suprema de la Unión” en términos del artículo 133 constitucional deben realizarse las siguientes etapas:

- a) Celebración (negociación y firma del tratado por el Ejecutivo Federal)
- b) Aprobación del tratado por el Senado.
- c) Ratificación por el Presidente de la República.
- d) Registro del tratado.
- e) Publicación del tratado en el Diario Oficial de la Federación.

Así se infiere de los artículos 89, fracción X, 76, fracción I, y 133 de la Constitución Federal, y 1º al 6º de la Ley para la Celebración de Tratados, que quedaron transcritos en el considerando anterior, así como lo previsto en el artículo 92 de la propia Norma Fundamental que a la letra dice:

***“Art. 92.- Todos los Reglamentos, Decretos, Acuerdos y Ordenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o Jefe de Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.”***

...

Los artículos 19, fracción VII, y 21 de la Ley Reglamentaria de la materia establecen:

***“Artículo 19. Las controversias constitucionales son improcedentes:***

...

**VII. Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21.”.**

**“ARTÍCULO 21.- El plazo para la interposición de la demanda será:**

**I.- Tratándose de actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos;**

**II.- Tratándose de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia, y...”.**

Conforme al artículo 19 transcrito, la controversia constitucional es improcedente cuando la demanda se presente fuera de los plazos previstos por el artículo 21; de acuerdo con este último precepto el plazo para la presentación de la demanda de controversia constitucional, será de treinta días, el cual se computará en los términos siguientes:

- a)** Tratándose de actos, a partir del día siguiente al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o, de su ejecución; o, al en que el actor se ostente sabedor de los mismos;
- b)** Tratándose de normas generales, a partir del día siguiente de su publicación o de su primer acto de aplicación.

En el caso, cuando la actora demandó la invalidez del Decreto aprobatorio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de enero de dos mil dos, (en la parte relativa a la reserva expresa y a la declaración interpretativa), esto es el quince de abril de dos mil dos, todavía no había culminado el procedimiento de creación del tratado, ya que se encontraba en la etapa de aprobación, estando pendiente su ratificación, registro y publicación del mismo, lo que terminó de

realizarse hasta el seis de mayo de dos mil dos; consecuentemente, a la fecha de presentación del escrito inicial de demanda la Convención no había adquirido el carácter de norma general en el ámbito interno.

Por tanto, en esa época no podían impugnarse los actos del proceso de creación del tratado, porque conforme a la jurisprudencia transcrita ello no es posible sino hasta que se publica la norma general; tampoco podía combatirse como disposición general porque aún no tenía ese carácter la Convención, lo que también hacía improcedente la controversia constitucional en términos del artículo 19, fracción VII, de la ley reglamentaria de la materia.

Cabe destacar que no obstante que en el escrito inicial de demanda la actora demandó la invalidez del Decreto aprobatorio mencionado, basta un análisis integral del mismo para concluir que desde entonces aquella pretendió combatir la norma general con que finalmente concluyó el procedimiento de creación del tratado y no el acto de aprobación en forma aislada, pues en ningún momento alegó vicios de éste, sino del tratado, en particular en la parte relativa a la reserva expresa formulada al artículo IX del mismo y a su declaración interpretativa que forman parte del mismo.

Atento a lo anterior, si durante la instrucción de la presente controversia constitucional se publicó en el Diario Oficial de la Federación (de seis de mayo de dos mil dos) el Decreto promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, con lo que concluyó el procedimiento de creación del tratado, es claro que a partir de entonces dicha Convención adquirió el carácter de norma general en el ámbito interno y, por ende, susceptible de impugnación en controversia constitucional en términos del artículo 19, fracción VII, de la Ley Reglamentaria de la materia, interpretado a contrario sensu, lo que la actora hizo mediante el escrito ampliatorio de la demanda que presentó ante la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación con fecha diecisiete de junio de dos mil dos.

En ese escrito la actora solicitó a este Alto Tribunal que se tuvieran por reproducidos los conceptos de invalidez que propuso en su demanda inicial, por considerar que el decreto promulgatorio adolecía de los mismos vicios que el decreto primeramente impugnado, en lo que se refiere a la reserva al artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, y la declaración interpretativa de dicha Convención, las que fueron tildadas de inconstitucional por el accionante al considerar que violaban las garantías de igualdad y de irretroactividad de ley consagradas en los artículos 13 y 14 constitucionales.

Ahora bien, en relación con la oportunidad de la ampliación de la demanda de controversia constitucional, en que se impugnó el Decreto promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas en cuestión, este Tribunal Pleno, al resolver en sesión de diecinueve de noviembre de dos mil dos el recurso de reclamación 221/2002-PL deducido de la presente controversia constitucional, interpuesto por el Poder Ejecutivo Federal en contra del auto de presidencia de veinticuatro de junio de dos mil dos que admitió a trámite dicha ampliación, determinó, por una parte, que fue correcta su admisión, porque dicho decreto sí constituye un hecho superveniente; por otra, que su promoción se hizo dentro del plazo legal correspondiente.

En efecto, dicha ejecutoria en su parte conducente señala:

*“... Este Pleno al analizar el acto impugnado no encuentra motivo para determinar que al admitirse la ampliación de demanda se actualizaba alguna causa de improcedencia que fuera manifiesta e indudable, sino por el contrario, como se ha señalado, se admitió la ampliación de demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Reglamentaria de la materia, toda vez que el decreto promulgatorio de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, sí constituía un hecho superveniente, ya que ocurrió con posterioridad a la presentación de la demanda y antes del cierre de la instrucción.*

Por su parte, tampoco se actualiza el supuesto de improcedencia que invoca la recurrente, previsto en el artículo

**19, fracción VII, de la Ley Reglamentaria de la materia, el que establece:**

*“ARTÍCULO 19.- Las controversias constitucionales son improcedentes:*

...

VII.- Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21”.

Dicho precepto prevé la improcedencia del juicio cuando la demanda se presente fuera de los plazos previstos por el artículo 21 de la aludida Ley Reglamentaria.

En este aspecto, como se ha precisado, tratándose de la ampliación de demanda con motivo de un hecho superveniente, el plazo para presentarla es el que prevé el artículo 21, fracciones I y II, de la ley reglamentaria de la materia, que dispone:

*“ARTÍCULO 21.- El plazo para la interposición de la demanda será:*

I.- Tratándose de actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la Ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos;

II.- Tratándose de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia;...”.

*En el caso, la referida ampliación de demanda se promovió en contra de la promulgación del Decreto que aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con motivo de su publicación en el Diario Oficial de la Federación el seis de mayo de dos mil dos, por lo que es inconcuso que al tratarse de un tratado internacional revisa la naturaleza de norma general y, por tanto, conforme a la fracción II del artículo 21 en cita, el plazo de treinta días para su presentación transcurrió del siete de mayo de dos mil dos, al diecisiete de junio del mismo año, debiéndose descontar los días once, doce, dieciocho, diecinueve, veinticinco y veintiséis de mayo, así como uno, dos, ocho, nueve, quince y dieciséis de junio, todos del dos mil dos, por corresponder a sábados y domingos y ser inhábiles, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley Reglamentaria de la materia, en*

***relación con el 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.***

En consecuencia, si el escrito de ampliación de demanda se presentó en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de este Alto Tribunal, el diecisiete de junio de dos mil dos, según se advierte de la foja seiscientos noventa y cuatro vuelta del expediente de la controversia constitucional de que deriva el presente recurso, esto es, el último día del plazo, es inconcuso que *su presentación fue oportuna.*”

En consecuencia, si este Tribunal Pleno ya determinó en la ejecutoria que ha quedado transcrita que la norma reclamada en la ampliación de la demanda constituye un hecho superveniente y que su impugnación fue oportuna, tales aspectos ya no pueden ser materia de análisis en la presente instancia como lo pretenden el Presidente de la República, el Secretario de Relaciones Exteriores y el Procurador General de la República, dado que las resoluciones dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un recurso de reclamación interpuesto con fundamento en el artículo 51 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 constitucional es definitiva, al no ser recurrible y por ende tiene la autoridad de la cosa juzgada.

Atento a lo resuelto por el Pleno en la ejecutoria mencionada, debe estimarse infundada la causa de improcedencia que con fundamento en el artículo 19, fracción VII, en relación con el 21, fracción II, ambos de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105, hicieron valer las autoridades demandadas y el Procurador General de la República, en relación con el Decreto promulgatorio impugnado en el escrito ampliatorio de la demanda.

Dada la conclusión alcanzada, resulta ocioso sobreseer en la presente controversia constitucional en relación con el decreto aprobatorio mencionado con base en la extemporaneidad de su impugnación, pues tal circunstancia no impediría que este Alto Tribunal, de considerarlo conveniente, examinara oficiosamente en la presente controversia constitucional los actos que integraron el procedimiento de creación del tratado con motivo de la emisión de la norma general mencionada que la actora im-

pugnó oportunamente, en su escrito ampliatorio de demanda, ya que conforme al criterio sustentado en la tesis de jurisprudencia transcrita en este considerando es a partir de ese momento cuando el actor estuvo en aptitud de combatir los vicios del procedimiento legislativo y no antes.

...

En cambio, es **ineficaz** el diverso planteamiento de la Cámara de Senadores sobre la improcedencia del presente juicio en relación con la **declaración interpretativa** del tratado formulada por el Gobierno de México, por considerar que tal disposición general no afecta el ámbito de atribuciones del Distrito Federal.

De acuerdo con la doctrina, la interpretación del tratado tiene como finalidad determinar la forma en que deberán ser aplicadas las normas jurídicas contenidas en el mismo y aclarar sus ambigüedades.

Con esa finalidad, el Gobierno Mexicano emitió la declaración interpretativa del tratado en los siguientes términos:

***“DECLARACIÓN INTERPRETATIVA***

**Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención”.**

El actor señala que la declaración interpretativa formulada por el gobierno mexicano vulnera las atribuciones de los órganos Ejecutivo y Judicial del Distrito Federal, derivadas del Estatuto de Gobierno, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia y la Legislación Penal del Distrito Federal, para investigar, perseguir y sancionar la comisión del delito de desaparición forzada de personas previsto en el artículo 281 Sextus del

Código Penal para el Distrito Federal, ya que tiene el propósito de evitar que se finquen responsabilidades penales a los sujetos activos de ese delito.

Como se hizo notar en párrafos precedentes, el Código Penal para el Distrito Federal prevé y sanciona en su artículo 168, la misma conducta (desaparición forzada de personas) que el Estado Mexicano, en el instrumento internacional de mérito, se comprometió a tipificar y sancionar como delito en el derecho positivo mexicano.

Por tal motivo, para poder determinar si la declaración interpretativa formulada por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos afecta o no las atribuciones del Distrito Federal para investigar, perseguir y sancionar la comisión del delito de desaparición forzada de personas previsto en el artículo 168 del Código Penal del Distrito Federal, es menester pronunciarse sobre temas que involucran el fondo del negocio, ya que para responder a tales cuestionamientos es necesario desentrañar el alcance de esa disposición general y verificar su constitucionalidad a la luz del principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 14 constitucional, razones más que suficientes para desestimar la invocada causa de improcedencia conforme al criterio establecido por este Tribunal Pleno en la tesis de jurisprudencia siguiente:

*Novena Época*

**Instancia: Pleno**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**Tomo: X, Septiembre de 1999**

**Tesis: P./J. 92/99**

**Página: 710**

**“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. SI SE HACE VALER UNA CAUSAL DE IMPROCEDENCIA QUE INVOLUCRA EL ESTUDIO DE FONDO, DEBERÁ DESESTIMARSE. En reiteradas tesis este Alto Tribunal ha sostenido que las causales de improcedencia propuestas en los juicios de amparo deben ser claras e inobjectables, de lo que se desprende que si en una controversia constitucional se hace valer una causal donde se involucra una argumentación en íntima relación con el fondo del negocio, debe desestimarse y decla-**



*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DELITO PERMANENTE*

rarse la procedencia, y, si no se surte otro motivo de improcedencia hacer el estudio de los conceptos de invalidez relativos a las cuestiones constitucionales propuestas.”

En tales condiciones y al no existir causas diversas de improcedencia que planteen las partes o que este Tribunal oficiosamente advierta, se pasa al examen de los conceptos de invalidez relacionados con la declaración interpretativa impugnada.

**OCTAVO.** En el segundo concepto de invalidez se aduce que:

- La declaración interpretativa formulada en la Convención impugnada parte de una inadecuada interpretación del principio de irretroactividad de la ley previsto en el artículo 14 constitucional, en relación con el delito de desaparición forzada.
- De conformidad con el artículo III de la Convención, el delito de desaparición forzada de personas tiene el carácter de delito permanente o continuo, artículo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 constitucional tiene el carácter de Ley Suprema de la Unión; por tanto, si no se consuma sino hasta que cesa la situación de desaparecido, no puede existir entonces la aplicación retroactiva a que se refiere dicha declaración interpretativa.
- Con la interpretación cuestionada se da a la Convención un alcance distinto a su objeto y aplicación, pues excluye a las desapariciones que se hayan ordenado antes de la entrada en vigor, aun cuando tales desapariciones continúen y las órdenes sigan ejecutándose, con lo cual se estaría evitando el juzgamiento de aquellos que ordenaron la práctica de las desapariciones.
- Dicha interpretación constituye un impedimento para el ejercicio de las atribuciones de los órganos ejecutivo y judicial locales del Distrito Federal y del resto de las entidades federativas para llevar a cabo la investigación de los delitos, la consignación ante la autoridad judicial, el procesamiento y condena de los responsables, vulnerando con ello las atribuciones derivadas del Estatuto de Gobierno del

Distrito Federal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y de la Legislación Penal del Distrito Federal que otorgan a dichos órganos atribuciones para investigar, perseguir y sancionar la comisión del delito de desaparición forzada de personas previsto en el artículo 281 SEXTUS del Código Penal para el Distrito Federal, violando con ello los artículos 17 y 21 constitucionales.

- La declaración interpretativa contraría la interpretación que los organismos del sistema interamericano han efectuado, como en el caso “Blake”, en sentencia dictada el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y ocho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que “una persona debe ser considerada como desaparecida en términos de la Convención, aun cuando su detención haya sido cometida con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Interamericana puesto que es una conducta permanente, incluso cuando la persona haya sido muerta pero se desconozca su paradero”.
- La declaración interpretativa limita de manera inconstitucional la labor interpretativa de los tribunales y las posibilidades de aplicación de la ley a la que se encuentran sujetos tanto el Ministerio Público como la autoridad judicial.
- Dicha declaración interpretativa equivale a una amnistía, lo cual es atribución del Congreso de la Unión, y en el caso del Distrito Federal corresponde a su órgano legislativo, según se desprende el artículo 122 constitucional.

De acuerdo con la doctrina la labor interpretativa es consustancial con la aplicación de la norma, hasta el punto de que ambos términos son considerados como sinónimos. Antes de la aplicación del tratado es indispensable determinar el alcance de las normas jurídicas contenidas en el mismo y aclarar las ambigüedades.

En la Constitución no existen reglas respecto a la interpretación de los tratados internacionales, tampoco en la Ley sobre la Celebración de Tratados, pero sí en la Convención de Viena So-

bre el Derecho de los Tratados a la que se ha hecho referencia en apartados precedentes, que establece las siguientes bases de interpretación:

**“SECCIÓN 3: INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS**

**ARTÍCULO 31**

**Regla General de interpretación**

1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

**ARTÍCULO 32**

**Medios de Interpretación complementarios**

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

### ARTÍCULO 33

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.”

Con base en las citadas disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establecen las reglas para la interpretación de los tratados, la Cámara de Senadores fijó el alcance que debe darse a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas con el fin de hacerla congruente con lo ordenado por el artículo 14 constitucional que prevé el principio de irretroactividad y hacer factible su aplicación en el territorio nacional.

Dicha declaración interpretativa es del tenor siguiente:

*“Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen,*

**ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención.”.**

De acuerdo con la declaración interpretativa señalada, las disposiciones del tratado se aplicarán a los hechos que se hubieran realizado con posterioridad a la entrada en vigor de la norma internacional.

La actora aduce que la aludida declaración interpretativa parte de una inadecuada interpretación del principio de irretroactividad de la ley contenido en el artículo 14 constitucional.

Lo anterior es infundado por las razones siguientes:

El artículo 14 de la Constitución Federal, en lo conducente, dispone:

***“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”***

Tal como se puede observar del precepto constitucional transcrito, a ninguna ley se le puede dar efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, lo que llevaría a entender que no se refiere a las leyes sino a los actos de aplicación; sin embargo, reiteradamente este Alto Tribunal ha considerado que la prohibición comprende también a las leyes mismas.

El principio constitucional de irretroactividad de la ley, rige tanto para las leyes como para los tratados.

En efecto, cuando la Constitución en el artículo 14 emplea la palabra “ley” no se está refiriendo de manera restrictiva sólo a aquellos ordenamientos o normas de carácter general emanados de algún órgano parlamentario, como podría ser el Congreso Federal o de alguno de los Estados, inclusive la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, sino que en realidad quiere significar una connotación más amplia, hasta el grado de abarcar o comprender cualquier norma de carácter jurídico que, como tal, regula alguna situación de esa naturaleza, lo que puede darse también a través de otro tipo de instrumentos como podrían ser los tratados internacionales, a través de los cuales los Estados concertantes establecen auténticas normas de carácter internacional, que sin ser leyes generan una serie

de obligaciones para las partes que en ellos intervienen. Esta afirmación se corrobora con la circunstancia de que el artículo 133 engloba en el concepto de “Ley Suprema de toda la Unión”, no sólo a la propia Constitución Federal, sino también de manera particular a las leyes que de ella emanen y a los tratados celebrados conforme a la misma, lo que significa que si todos ellos finalmente son normas, consecuentemente a dichos tratados les son aplicables también las proscripciones inherentes a aquellas, entre ellas, la de no retroactividad de la ley.

La Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada número 2ª CXI/2000 explicó la diferencia que existe entre la retroactividad de la ley y su aplicación retroactiva en los siguientes términos:

*Novena Época*

**Instancia: Segunda Sala**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**Tomo: XII, Agosto de 2000**

**Tesis: 2a. CXI/2000**

**Página: 376**

**“RETROACTIVIDAD DE LA LEY. ES DIFERENTE A SU APLICACIÓN RETROACTIVA. El análisis de retroactividad de las leyes conlleva el estudio de los efectos que una precisa hipótesis jurídica tiene sobre situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por los gobernados con anterioridad a su entrada en vigor, verificándose si la nueva norma desconoce tales situaciones o derechos, es decir, ante un planteamiento de esa naturaleza el órgano de control de constitucionalidad se pronuncia sobre si una determinada disposición de observancia general obra sobre el pasado, desconociendo las mencionadas situaciones o derechos, lo que implica juzgar sobre el apego de un acto materialmente legislativo a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo primero, constitucional, en cuanto a que las leyes no deben ser retroactivas. A diferencia de lo anterior, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley no implica el estudio de las consecuencias que ésta, por sí sola, tiene sobre lo sucedido en el pasado, sino verificar si la aplicación concreta que de una hipótesis normativa realiza una autoridad, a través de un acto materialmente administrativo o**

**jurisdiccional, se lleva a cabo dentro de su ámbito temporal de validez, es decir, sin afectar situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos por el gobernado con anterioridad a la entrada en vigor de la disposición aplicada lo que de no ocurrir, implicaría una aplicación incorrecta de la ley, mas no la retroactividad de ésta.”**

Consecuentemente, la prohibición de dar efectos retroactivos a las leyes se dirige tanto al legislador como a los diversos órganos encargados de llevar a cabo su aplicación o ejecución, y consiste en el principio de que las leyes sólo deben ser aplicadas a hechos ocurridos durante su vigencia; la aplicación de la nueva norma a hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia sería retroactiva.

Tal conclusión también encuentra su apoyo en la tesis siguiente:

***Quinta Época***

**Instancia: Tercera Sala**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: XXVI**

**Página: 543**

**“RETROACTIVIDAD. La jurisprudencia adoptada por la Corte, poco después de promulgada la Constitución, sobre que el artículo 14 de ésta, no reza con el legislador, sino que se dirige a los Jueces y a las autoridades encargadas de aplicar las leyes o de su ejecución, ha sido sustituida por la de que la verdadera interpretación de ese artículo, es la de que procede el amparo no sólo contra los actos de las autoridades que violen las garantías individuales, sino también contra las leyes, cuando son violatorias de las mismas garantías, tienen el carácter de aplicación inmediata y lesionan derechos adquiridos; pues las palabras del Constituyente no pueden dar lugar a distingos que no están en el texto del artículo 14 citado, que previene de una manera absoluta, que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo, sin atender a si dicho efecto nace de la aplicación de la ley por las autoridades, o a si la ley por sí misma, produce dicho efecto, desde el momento de su promulgación, pues resultaría ilógico admitir que el amparo procede contra las**

**leyes y negarlo cuando se demuestra que los preceptos de ésta, automáticamente vuelven sobre el pasado, lesionando derechos adquiridos.”**

En materia penal la figura de la retroactividad adquiere suma relevancia; los acontecimientos sucedidos antes de la entrada en vigor de la ley no pueden ser juzgados por ésta en perjuicio de alguien, lo cual no sólo implica un conflicto de leyes en el tiempo, es decir, el choque entre la ley actual y la anterior, sino la contundente prohibición para aplicarla a hechos desarrollados por el gobernado cuando no había norma alguna. Por tal razón, de acuerdo con el principio señalado no puede sancionarse como delictuosa la conducta realizada antes de que una ley la prohibiera o la especificara como delito, ni, en su caso, podría imponerse una sanción mayor a la señalada para la época en que se realizó el acto delictuoso.

En cambio, cuando se suprime un hecho en el catálogo de los delitos por virtud a una ley posterior a la realización del hecho antes considerado delictivo, no habrá razón para imponer las disposiciones de la ley anterior, pues de acuerdo con el principio de irretroactividad señalado la ley no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio del gobernado pero sí en su beneficio, de acuerdo con los criterios sustentados por este Alto Tribunal en las siguientes tesis:

***Quinta Época***

**Instancia: Primera Sala**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: XCIV**

**Página: 1438**

**“LEYES PENALES, APLICACIÓN DE LAS. El artículo 14 de la Constitución Política de la República contiene los siguientes mandamientos: a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, nadie podrá ser privado de su libertad, sino mediante juicio y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al caso. De estos mandamientos se desprende que todo acto**



criminal debe ser juzgado y sancionado de acuerdo con las prevenciones contenidas en la ley que rija en la fecha en que ese acto criminal se perpetró. Esta regla sólo sufre dos excepciones, autorizadas por el mismo artículo 14 constitucional, al establecer la irretroactividad de las leyes sólo para casos en que la aplicación retroactiva de la ley se haga en perjuicio de alguna persona, y señaladas por los artículos 56 y 57 del Código Penal del Distrito Federal, y esas dos excepciones son las siguientes: cuando con posterioridad a la comisión del delito, se promulga una ley que sanciona ese delito con pena menor, porque entonces, por equidad, se aplica esa última sanción; y cuando con posterioridad se promulgue una ley, según lo cual, el acto considerado por la ley antigua como delito, deja de tener tal carácter, en cuyo caso se manda poner desde luego en libertad al procesado, porque sería ilógico que si el legislador, tiempo después, ha juzgado que no hay motivos para suponer que el orden social se ha podido alterar con el acto que se reputa criminal, el poder público insista en exigir responsabilidad por un hecho que no lo amerita.”

**Quinta Época**

**Instancia: Segunda Sala**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: CXIII**

**Página: 473**

“RETROACTIVIDAD DE LA LEY. La retroactividad existe cuando una disposición vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia retroobrando en relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior. Ahora bien, la Constitución General de la República consagra el principio de la irretroactividad, cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que puede darse efectos retroactivos a la ley, si ésta no causa perjuicio, como sucede frecuentemente tratándose de leyes procesales o de carácter penal, sea que establezcan procedimientos o recursos benéficos, o que hagan más favorable la condición de los in-

**diciados o reos de algún delito, ya por elevados fines sociales o por propósitos de humanitarismo.”**

La naturaleza del delito es de suma importancia tanto para la solución de los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, como para determinar el momento en que inicia el cómputo de la prescripción, pues mientras el delito no quede consumado no puede prescribir, conforme a lo dispuesto por el artículo 102 del Código Penal Federal que señala:

***“ARTÍCULO 102. Los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades, y se contarán:***

***I. A partir del momento en que se consumó el delito, si fuere instantáneo;***

***II. A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si el delito fuere en grado de tentativa;***

***III. Desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose del delito continuado y***

***IV. Desde la cesación de la consumación en el delito permanente.”***

Para estar en aptitud de determinar la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas a que se refiere la Convención, resulta conveniente transcribir lo dispuesto por ésta, en los artículos II y III, que a la letra dicen:

***“ARTÍCULO II.- Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o varias personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.***

***“ARTÍCULO III. Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales,***

***las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.***

De lo anterior deriva que la Convención considera delito de desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Asimismo, imprime a ese delito la naturaleza de “continuado o permanente”, mientras no se determine el destino del pasivo.

Nuestro régimen jurídico contempla el tipo penal de desaparición forzada de personas en los artículos 215-A al 215-D del Código Penal Federal, cuya vigencia inició a partir del primero de junio de dos mil uno.

El artículo 7° del Código Penal Federal clasifica los delitos, de acuerdo con su naturaleza, en la siguiente forma:

**“... El delito es:**

**I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;**

**II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y**

**III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.”.**

...

De la disposición contenida en el artículo 7° del Código Penal Federal y criterios doctrinarios mencionados se obtiene, en lo que interesa a este estudio, lo siguiente:

- a) El delito instantáneo es aquel cuya consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.
- b) El delito continuado se comete cuando con unidad de propósito delictivo (el sujeto activo deberá, independientemente del resultado, querer la conducta a realizar —intención o dolo—); pluralidad de conductas (las acciones, independientemente de constituir un delito autónomo, deben tipificar un mismo delito), y unidad de sujeto pasivo (debe significar una unidad, representando la titularidad del interés jurídicamente protegido, que resulte lesionado por el delito), se viola el mismo precepto.
- c) El período consumativo de este delito es discontinuo, y comienza a partir de que se da la pluralidad de conductas. Ejemplo clásico de este delito es el del sujeto que pretende robarse un collar tomando cada una de las perlas en ocasiones distintas.
- d) El delito permanente o continuo se caracteriza por una consumación duradera, es decir, sin solución de continuidad, de modo que mientras dura, continúa consumándose hasta que cesa la conducta o desaparecen los elementos del tipo. Por ejemplo, el delito de privación ilegal de la libertad, previsto en el artículo 364, fracción I, del Código Federal; aquí, el ilícito se produce en el mismo instante en que el sujeto pasivo queda cautivo en el lugar de la detención y la consumación subsiste por todo el tiempo en que la detención se prolonga y cesa hasta que la víctima recupera su libertad.

Atento a las características de los delitos instantáneos, permanentes o continuos, y continuados, es dable concluir que el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención impugnada, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continuo, ya que si bien este delito se consume cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de

información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.

Por tanto, conforme a nuestro derecho penal “delito continuo” no es lo mismo que “delito continuado”, por lo que de acuerdo con los razonamientos expresados, cuando el artículo III de la Convención establece que el delito de desaparición forzada de personas será considerado como “continuado o permanente” mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, debe entenderse que el “continuado” que la norma equipara con el “permanente” se identifica con el “continuo” de la fracción II del artículo 7° del Código Penal Federal.

Ahora bien, tomando en consideración que conforme al principio de irretroactividad de la ley que se ha explicado con anterioridad, las disposiciones contenidas en las leyes no se deben aplicar hacia el pasado, afectando hechos realizados o consumados antes de que aquellas entren en vigor, es inconcuso que tratándose de delitos de consumación instantánea la nueva ley no puede regir conductas o hechos de consumación anterior, pues resultaría retroactiva, lo cual se encuentra prohibido constitucionalmente. En cambio, sí debe aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio apuntado, a aquellos hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando aunque hayan empezado a realizarse antes de que aquella entrara en vigor, se continúen cometiendo, esto es, se prolonguen después de su vigencia, en cuyo caso ésta resultará aplicable; tal es el caso del delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consume momento a momento durante todo el tiempo que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.

Por tal razón, si en la declaración interpretativa en mención se establece que las disposiciones de la Convención se aplicarán a los hechos que constituyan el delito de desaparición forzada de personas, que se hubieran realizado con posterioridad a su entrada en vigor, es claro que con ello el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (a través del Senado de la República) quiso significar que no podrá aplicarse a aquellas conductas

constitutivas de ese ilícito cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, circunstancia que no impide que se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas comisivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención.

Dicho de otra manera, la referida “declaración” debe entenderse en el sentido de que la aplicación de la Convención sería retroactiva respecto de “desapariciones” cuya consumación ya cesó (cuando ya apareció el sujeto pasivo – vivo o muerto - ) antes de su vigencia, lo que resulta congruente con el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna establecido en el artículo 14 constitucional y con la naturaleza del delito permanente o continuo, porque está impidiendo que se aplique a hechos pasados y no a aquellos que se cometen o se siguen cometiendo durante su vigencia.

Ya la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a la misma conclusión con similares consideraciones, en relación con el delito de privación ilegal de la libertad (género al que pertenece el delito de desaparición forzada de personas) en la ejecutoria dictada el cinco de noviembre de dos mil tres, en el recurso de apelación extraordinaria 1/2003 interpuesta por el agente del Ministerio Público de la Federación adscrito al Primer Tribunal Unitario del Cuarto Circuito, de la que derivó el criterio -que este Tribunal Pleno reitera -, contenido en la tesis cuyo rubro, texto y datos de identificación son del tenor siguiente:

***Novena Época***

**Instancia: Primera Sala**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**Tomo: XIX, Marzo de 2004**

**Tesis: 1a. XIX/2004**

**Página: 307**

**“PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN INICIA A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE CESA LA CONSUMACIÓN DEL DELITO. El Código Penal Federal es claro al fijar en su artículo 102 las reglas aplicables respecto al momento a partir del cual debe computarse el plazo de la prescripción, en atención a la categoría del delito y al establecer en la fracción IV del citado artículo que en los delitos permanentes tal cómputo iniciará desde la cesación de su consumación. Ahora bien, si se atiende, por un lado, a que conforme a la fracción II del artículo 7o. del ordenamiento legal mencionado, son delitos permanentes o continuos aquellos cuya consumación se prolonga en el tiempo y, por el otro, que por su naturaleza la “libertad” es un bien jurídico que jamás queda agotado, ya que puede resistir la consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo, resulta evidente que el delito de privación ilegal de la libertad es de resultado material y permanente en virtud de que se consuma en el momento en que se detiene ilegalmente a la víctima y dura todo el tiempo que esa detención se prolongue, es decir, a partir de que se impone a aquélla el impedimento físico de su libertad de tránsito y hasta que el bien jurídico se le reintegre plenamente (hasta que recupere la posibilidad de libre desplazamiento) y, por ende, éste será el momento a partir del cual resultará procedente iniciar el cómputo del plazo para que opere la prescripción.”**

Las consideraciones vertidas en la ejecutoria mencionada, en la parte que interesa a este estudio, son las siguientes:

*“...para la resolución del presente asunto, es de relevancia precisar cuándo un delito es continuo o permanente, para posteriormente conocer el momento de cesación de la conducta típica, porque sólo en esa instancia habrá iniciado su curso la prescripción de la acción persecutoria.*

La doctrina ha sostenido que los delitos permanentes son aquellos en los que la consumación tiene una duración en el tiempo y, más precisamente, son aquellos delitos en los que el agente con la propia conducta da existencia a un estado

de antijuricidad, el que, por ulterior conducta del agente, se prolonga en el tiempo.

De ahí surgen los dos requisitos necesarios para la aparición del delito permanente a saber:

- a).- Duración en el tiempo de la consumación, y
- b).- Dependencia de tal consumación de la voluntad del autor de la conducta.

Lo anterior, no puede entenderse sin comprender la naturaleza misma del bien jurídico que resulta afectado por la conducta típica, ya que existen bienes que no resisten la aparición del fenómeno de la permanencia en la consumación.

Por ello, un bien jurídico como lo es la “libertad” jamás queda agotado, por lo que su naturaleza le permite resistir una consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo y de ahí que delitos como la privación ilegal de la libertad sean característicamente delitos permanentes.

Consecuentemente, el delito permanente se da cuando su consumación por la naturaleza del bien jurídico ofendido, puede prolongarse en el tiempo.

Para el particular tema de la prescripción de la acción persecutoria de los delitos permanentes adquiere, especial importancia la prolongación en el tiempo del momento consumativo; atendiendo a que el artículo 102 del Código Penal Federal dice que el término inicia su curso a partir de la cesación de la conducta típica continua o permanente, resulta claro que el principio de la actividad antijurídica es irrelevante para efectos prescriptivos, ya que lo que constituye la base del inicio del curso de la prescripción, lo es la cesación de la comprensión antijurídica del bien jurídico afectado.

Del análisis de lo expuesto se puede concluir que el delito permanente se presenta cuando la violación del imperativo de la norma se prolonga sin solución o fórmula autónoma para concluir por sí solo su continuidad durante un determinado lapso, dado que se encuentra a merced de la conducta ininterrumpida del agente, durante cuyo lapso, sin llegar a destruirlo, se está lesionando ese bien jurídico en ella protegido, en el cual queda comprimido, restringiéndole su cabal desenvolvimiento en el marco garantizado legalmente, por los efectos de la acción ilícita del activo.



En todos los delitos está al arbitrio del agente prolongar su conducta. En la mayoría no es factible que el sujeto prolongue su actuar ya que sólo puede hacerlo en aquellas figuras típicas en las cuales la naturaleza o la modalidad del bien jurídico protegido revive a plenitud cuando cesa la conducta del agente, es decir, únicamente puede recaer sobre bienes que, aunque sea factible comprimirlos, al interrumpirse las acciones, revierten a su estado anterior.

*Todos los delitos en los cuales se afecta la libertad constituyen delitos permanentes.*

*La naturaleza del delito permanente tiene trascendencia para los siguientes aspectos:*

- a) Momento en el cual empieza a correr la prescripción.
- b) Actualidad del peligro en la legítima defensa.
- c) Intervención de terceras personas en el ilícito como partícipes de la fase omisiva.
- d) Lugar o lugares donde ha sido cometido, para establecer la competencia territorial.

Tocante a la prescripción en esta modalidad de los delitos, se debe recordar que las causas de extinción de la responsabilidad penal son aquellas específicas circunstancias que sobrevienen después de cometida la infracción y anulan la acción penal o la ejecución de la pena.

En estos casos, cesa el derecho del Estado a imponer la pena, hacerla efectiva o continuar exigiendo su cumplimiento, para el sujeto desaparece la obligación de sufrir la pena.

Entre las causas de extinción de la responsabilidad penal se encuentran: la muerte del reo, la amnistía, el indulto, el perdón del ofendido, la prescripción, etcétera.

La prescripción en el ámbito jurídico penal supone la extinción, por el transcurso del tiempo, del derecho del Estado a imponer una pena o hacer ejecutar la pena ya impuesta.

Ahora bien, respecto al momento a partir del cual se deberá computar el inicio del plazo de la prescripción, la legislación penal es muy clara y precisa y atendiendo a la categoría del delito (instantáneo, en grado de tentativa, continuado y permanente -fracciones I, II, III y IV respectivamente del artículo 102 del Código Penal.—) fija la regla aplicable.

**Así en el delito instantáneo, la prescripción empieza a correr a partir del momento en que se consumó el delito.**

**En el caso del delito permanente, continuo, sucesivo o de duración, el plazo para computar la prescripción opera desde el momento en que cesa la consumación del mismo, como sucede en el caso del delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro, cuando al integrarse el tipo, primera fase (desarrollo de la acción), el bien jurídico queda comprimido, pues el pasivo se encuentra en la imposibilidad del libre desplazamiento y mientras tal situación no cese, se penetra en la segunda fase (actitud omisiva al no reintegrar el bien a su situación anterior), siendo bajo esta circunstancia cuando la conducta se prolonga y sería hasta colocarnos en el supuesto de una liberación del sujeto activo, cuando el bien jurídico se reintegra a su plenitud (posibilidad de libre desplazamiento del sujeto), e inicia el momento a partir del cual, conforme a dicha regla (artículo 102 fracción IV del Código Penal Federal) es procedente computar el plazo de la prescripción.**

**En conclusión, en el delito de privación ilegal de la libertad la prescripción del derecho de acción del Estado no puede iniciarse el día en que el agente del delito coarta la libertad del sujeto pasivo, sino que comenzará el día en que el delincuente le devuelva la libertad por tratarse de un delito permanente.”**

En tal virtud, carece de razón el actor al entender la “declaración interpretativa” en el sentido de que en su virtud los delitos de desaparición forzada de personas que empezaron a cometerse antes de la Convención pero que se prolongan después de su vigencia (porque todavía no aparecen los sujetos pasivos ni vivos ni muertos) ya quedan impunes.

Atento a lo anterior, debe estimarse infundado el segundo concepto de invalidez y reconocer la validez de la declaración interpretativa de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de mayo de dos mil dos.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

*DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, DELITO PERMANENTE*

**PRIMERO.-** Es parcialmente procedente pero infundada la presente controversia constitucional.

**SEGUNDO.** Se sobresee en el presente juicio en relación con la reserva formulada por el Gobierno Mexicano al artículo IX de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de mayo de dos mil dos.

**TERCERO.-** Se reconoce la validez de la declaración interpretativa de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, publicado en el Diario Oficial de la Federación el seis de mayo de dos mil dos.

**CUARTO.-** Publíquese esta resolución en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Notifíquese; haciéndolo por medio de oficio a las partes y, en su oportunidad, archívese el expediente.

Así lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno por unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Sánchez Cordero, Silva Meza, y Presidente Azuela Güitrón. Ausente el señor Ministro Ortiz Mayagoitia por estar disfrutando de vacaciones. ...

...

## RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES

*Síntesis:* El Tribunal Constitucional de Bolivia resolvió un recurso abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, quien, entre otros, demandó la inconstitucionalidad de los artículos 33, 34 y 35 de la Ley del Servicio Nacional de Defensa. El Defensor del Pueblo sostuvo que no se habían observado los procedimientos y formas establecidos en la Constitución Política para su elaboración y aprobación debido a que la norma que había dado vigencia a tales disposiciones, el Decreto Ley 7755 de 1 de agosto de 1966, fue dictado por el entonces Presidente de la Junta Militar de Gobierno durante el régimen de facto que tuvo lugar del 21 de enero al 6 de agosto de 1966. Con base en lo anterior, alegó que los artículos referidos de la Ley del Servicio Nacional de Defensa, los cuales imponían una restricción a los derechos al trabajo, a recibir instrucción y a la libre circulación, desconocían el principio constitucional de reserva legal según el cual los derechos fundamentales sólo pueden restringirse a través de una ley formal.

Al realizar el análisis de las restricciones a los derechos, el Tribunal Constitucional se remitió a la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se refiere al sentido de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana. Precisamente, esta disposición establece que las restricciones permitidas por dicho tratado al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en tal Convención, 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. El Tribunal Constitucional retomó lo señalado por la Corte Interamericana respecto a que la limitación al ejercicio de los derechos fundamentales debe darse en el marco de una “ley” formal, es decir, de aquella norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo.

## RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES

vo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional declaró que el Decreto Ley 7755 era inconstitucional en su origen por haber sido pronunciado por un gobierno de facto, por la forma en que había sido emitido y por vulnerar el principio de reserva legal, ya que corresponde al legislador regular las materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una Ley.

*Synopsis: The Constitutional Court of Bolivia adjudged an abstract constitutional motion filed by the Public Prosecutor, who, among others, claimed that articles 33, 34, and 35 of the Law of the National Defense Service are not constitutional. The Public Prosecutor indicated that the procedures and standards established in the Political Constitution had not been observed in the creation and approval of these articles, given that the norm that made those provisions effective, Decree 7755 of August 1, 1966, was ruled by the then President of the Military Junta during the de facto regime from January 21 to August 6, 1966. Based on the foregoing, the Prosecutor claimed that the aforementioned articles of the Law of National Defense Service, which restricted the rights to work, receiving education, and free circulation, disregard the constitutional principle of requirement of law, whereby fundamental rights may only be restricted by means of a formal law.*

*In analyzing the restrictions to rights, the Constitutional Court referred to Advisory Opinion OC-6/86 of the Inter-American Court of Human Rights, which refers to the meaning of the term "laws" in article 30 of the American Convention. Specifically, this provision establishes that the restrictions allowed by said treaty on the enjoyment and exercise of the rights and freedoms recognized in the Convention may not be applied except in accordance with "laws" enacted for reasons of general interest and in accordance with the purpose for which such restrictions have been established. The Constitutional Court reiterated that stated by the Inter-American Court, that the limitation of the exercise of the fundamental rights must take place within the framework of a formal "law," meaning a legal standard adopted by the legislative body and enacted by the Executive Branch, according to the procedure required by the domestic law of each State. Therefore,*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, BOLIVIA

*the Constitutional Court declared that Decree 7755 was not constitutional in its origins as it was ruled by a de facto government, due to the manner in which it was issued, and because it breached the principle of requirement of law, given that the legislator is responsible for regulating matters which according to the Constitution must be developed in a Law.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
BOLIVIA

RECURSO ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD  
INTERPUESTO POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO  
DE BOLIVIA Expediente 2005-12494-25-RDI

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2006

...

El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por Waldo Albarracín Sánchez, Defensor del Pueblo, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 33, 34 y 35 del Decreto Ley (DL) 7755, de 1 de agosto de 1966, denominado Ley del Servicio Nacional de Defensa, por ser presuntamente contrarios a las normas contenidas en los arts. 7 incs. d), e), g), 59.1ª, 71 al 81 (excepto el 79), 177.I, 186, 188.I, 213 y 229 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

En la demanda presentada el 21 de septiembre de 2005 (fs. 27 a 36), el recurrente manifiesta lo siguiente:

a) El DL 7755 en sus arts. 33, 34 y 35 es inconstitucional en cuanto a su origen y contenido. La SC 82/2000, de 14 de noviembre, señala que una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen cuando en su elaboración no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional para tal efecto o se las ha elabo-



#### *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

rado y aprobado en una instancia o por autoridad no establecida por la Constitución Política del Estado. Es así que los referidos arts. 33, 34 y 35, son inconstitucionales por su origen, puesto que la norma que les dio vida jurídica y actual vigencia es el DL 7755 de 1 de agosto de 1966, dictado por el entonces Presidente de la Junta Militar de Gobierno, Alfredo Ovando Candia, durante su régimen de facto iniciado el 21 de enero de 1966 y concluido el 6 de agosto del mismo año. El Tribunal Constitucional, en la SC 0024/2004, de 16 de marzo, ha establecido respecto a los decretos ley, que los mismos son inconstitucionales por su origen, al haber emanado de un órgano que no era el idóneo para dictar leyes, al haber sido emitido por el Poder Ejecutivo durante un gobierno de facto, por lo que en su elaboración no se han observado los procedimientos y formas establecidas en la Constitución Política del Estado.

b) El art. 213 de la CPE dispone que todo boliviano está obligado a prestar el servicio militar de acuerdo con la ley, así, esa ley a que hace referencia es una ley en sentido formal y no material; una ley en sentido formal, en palabras del Tribunal Constitucional, es el instrumento jurídico emitido por el Congreso Nacional, y por ende, el servicio militar debería estar regulado por una ley “formal” o ley de la República y no por un decreto ley. Pero en el caso del DL 7755 se obviaron en su elaboración y aprobación, los procedimientos y formas establecidas en los arts. 206, 57 inc. 1), 74 al 84 de la Constitución Política del Estado de 1961 concordantes con los arts. 213, 59.1<sup>a</sup> y 71 al 81 de la CPE. Señala que reinagurado el proceso democrático el 10 de octubre de 1982, el Congreso Nacional debió elevar a rango de ley el DL 7755 o sancionar una ley del servicio militar conforme a los arts. 59.1<sup>a</sup> y 71 al 81 de la CPE, pero no lo hizo, por lo que dicho Decreto Ley en sus arts. 33, 34 y 35, no sólo es inconstitucional en su origen respecto de la Constitución Política del Estado de 1961, sino también respecto a la actual, reformada en 1994 y 2004.

c) Puntualiza que el texto del art. 206 de la Constitución Política del Estado de 1961 es idéntico al del art. 213 de la CPE, que se refiere expresamente a que el servicio militar

debe regularse de acuerdo a una ley, y no a un decreto, o sea que el DL 7755 fue inconstitucional en relación a la Constitución Política del Estado de 1961 y lo es en relación a la Constitución Política del Estado actual, empero el análisis de constitucionalidad debe efectuarse en lo que concierne a la Constitución Política del Estado vigente, como lo expresó el Tribunal Constitucional en su SC 0021/2005, de 21 de marzo; y en ese entendido, debiendo regularse el servicio militar a través de una ley formal, es el Poder Legislativo el único órgano a quien se le reconoce esta potestad, conforme al art. 59.1ª de la CPE; por todo lo que el DL 7755 es inconstitucional por su origen al no haberse seguido los pasos de aprobación de las leyes y por ser el Poder Ejecutivo y no el Legislativo quien lo emitió, como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su SC 0024/2004, de 16 de marzo, al margen de infringir el principio de reserva legal, establecido en la propia Constitución de Bolivia, como en Constituciones de otros países.

d) Asevera que los arts. 33, 34 y 35 del DL 7755 desconocen el principio constitucional de reserva legal según el cual los derechos fundamentales solo pueden restringirse a través de una ley formal. Las normas impugnadas imponen una restricción a los derechos al trabajo, a recibir “instrucción/educación” y a la “libre circulación/locomoción”, que sólo pueden restringirse por una ley formal, emanada del Congreso Nacional y nunca por una norma de inferior jerarquía, así, la SC 004/2001, de 5 de enero.

e) De otro lado —continúa— los arts. 33, 34 y 35 del DL 7755, son inconstitucionales por su contenido, porque imponen restricciones excesivas a los derechos fundamentales a recibir educación/instrucción, al trabajo y a la libre circulación/locomoción, en contra del art. 7 incs. d), e) y g) de la CPE; y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 6 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

a. La educación es la más alta función del Estado, según la Constitución Política del Estado, y no puede estar condicionada

## *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

a factores ajenos a la misma como el cumplimiento del servicio militar que, en todo caso, pese a la importancia que pueda tener, no es la más alta función del Estado. La educación superior está reconocida como un derecho humano por el art. 13.2 del PIDESC, pero en Bolivia la educación superior no se hace accesible a las personas que no hayan cumplido con la normativa del servicio militar, pues si bien pueden cursar estudios superiores, a su conclusión no pueden obtener el diploma académico ni el título en provisión nacional, conforme al art. 34 del DL 7755, que priva del contenido esencial al derecho a la educación.

b. El anterior razonamiento se aplica también en cuanto al derecho al trabajo, más aún cuando el art. 33 del DL 7755 impugnado establece una excesiva restricción al derecho al trabajo de aquellas personas que sin ser profesionales ni realizado estudios universitarios quieran acceder a una fuente laboral o acceder a una, lo que no pueden hacer porque no cumplieron el servicio militar.

c. El art. 35 del DL 7755 impone otra restricción excesiva a las personas que no hayan cumplido con el servicio militar y que quieran obtener pasaporte para viajar al exterior del país, lo que constituye más que una limitación, una supresión del derecho ya que el contenido esencial de la libertad de locomoción, haciéndola impracticable.

f) Todo lo anterior -expresa- deriva en la vulneración también del art. 229 de la CPE, dado que esta norma establece una garantía normativa para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, constituyendo una obligación negativa para el Estado el no anular el núcleo esencial de los derechos fundamentales como lo remarcó la SC 0019/2005, de 7 de marzo.

g) Agrega que en este caso si bien existen normas inconstitucionales por su origen, principalmente decretos leyes, que no pueden ser expulsadas de inmediato del ordenamiento jurídico nacional porque ello provocaría efectos adversos en el corto plazo, no es posible que el Tribunal Constitucional adopte una interpretación previsor, como lo hizo en algunos casos, porque

en la especie la inconstitucionalidad de las normas se da por su origen, su contenido y por infracción al principio de reserva legal, o sea que la expulsión de tales normas debe ser inmediata, debiendo considerarse que la expulsión de los arts. 33, 34 y 35 del DL 7755 no crearía un vacío legal ni un caos jurídico en la administración del servicio militar obligatorio en la medida que estas disposiciones se refieren a temas indirectos, accesorios o complementarios a él y no a aspectos sustantivos.

De acuerdo a lo expuesto, interpone recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra los arts. 33, 34 y 35 del DL 7755, por ser contrarios a los arts. 7 incs. d), e), g), 59.1<sup>a</sup>, 71 al 81 (excepto el 79), 177.I, 186, 188.I, 213 y 229 de la CPE, solicitando se declare en sentencia su inconstitucionalidad, con los efectos derogatorios previstos por el art. 58.III de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC).

## I.2. Admisión y citación

Por AC 491/2005-CA, de 7 de octubre (fs. 37 a 40), la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional, admitió el recurso y dispuso se ponga en conocimiento de Eduardo Rodríguez Veltzé, Presidente de la República, como personero del órgano que generó las normas impugnadas, lo que se realizó en 27 de octubre de 2005, conforme consta en la diligencia de fs 60.

## I.3. Alegaciones del Presidente de la República

...

## II. CONCLUSIONES

Luego del análisis y compulsas de los antecedentes procesales y de la prueba aportada, se arriba a las siguientes conclusiones:

## *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

II.1. A continuación se anotarán las normas objeto de impugnación en el recurso:

a) El DL 7755 de 1 de agosto de 1966, denominado “Ley del Servicio Nacional de Defensa”, dentro del Capítulo Sexto, referido al Servicio Militar, el art. 33, impugnado por el recurrente, expresa:

“Artículo 33.- Todo boliviano o naturalizado no podrá obtener ni mantener cargo u ocupación en las organizaciones indicadas en el artículo precedente, si no presenta su documento de haber cumplido con el Servicio Militar”.

Cabe mencionar que las organizaciones que indica el art. 32 son: empresas industriales, comerciales o en la Administración Pública, municipalidades, entidades autárquicas, semi-autárquicas o privadas.

b) El art. 34 del mismo DL 7755, dispone:

“Artículo 34.- No se otorgará título universitario o profesional, ni se revalidarán éstos a los que no hubiesen cumplido con la Ley del Servicio Militar. Los que en contravención a este artículo obtuviesen grados, títulos, etc., serán capturados por orden de cualquier autoridad política o militar y enrolados a un cuerpo de línea para servir por dos años sin perjuicio de sufrir la pena prescrita por ley cualesquiera sea su edad”.

c) El art. 35 de dicho instrumento, también objetado, señala:

“Artículo 35.- No podrá otorgarse pasaporte para viajar al exterior, a los varones comprendidos entre los 17 a 55 años de edad, si no acreditan haber cumplido con la Ley de Servicio Militar, lo que se comprobará con el documento militar”.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El presente recurso ha sido planteado con la finalidad de someter al control de constitucionalidad los arts. 33, 34 y 35 del DL 7755, de 1 de agosto de 1966, por ser presuntamente con-

trarios a las normas contenidas en los arts. 7 incs. d), e), g), 59.1<sup>a</sup>, 71 al 81 (excepto el 79), 177.I, 186, 188.I, 213 y 229 de la CPE.

### III.1. Alcances del control de constitucionalidad.

El art. 54 de la LTC, prevé que: “El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto.” Constituyendo este recurso una acción constitucional extraordinaria que tiene por finalidad el control objetivo de las disposiciones legales ordinarias para establecer su compatibilidad o incompatibilidad con los principios, declaraciones, preceptos y normas de la Constitución Política del Estado, con el objeto de realizar una depuración del ordenamiento jurídico del Estado (SC 009/2003, de 3 de febrero).

De tal manera y con carácter previo a dilucidar la problemática planteada, siguiendo el criterio expresado en la SC 0051/2005, de 18 de agosto, es necesario precisar los alcances del control de constitucionalidad que ejerce a través de los recursos de inconstitucionalidad, por cualquiera de las dos vías reconocidas —directa o indirecta—. “ (...) En ese orden, cabe señalar que el control de constitucionalidad abarca los siguientes ámbitos: a) la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones legales impugnadas con las normas de la Constitución Política del Estado, lo que incluye el sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales consagrados en dicha Ley Fundamental; b) la interpretación de las normas constitucionales así como de la disposición legal sometida al control desde y conforme a la Constitución Política del Estado; c) el desarrollo de un juicio relacional para determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales; determinando previamente el significado de la norma legal por vía de interpretación; y d) la determinación de mantener las normas de la disposición legal sometida al control. De lo referido se concluye que el control de

### *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

constitucionalidad no alcanza a la valoración de los fines, los propósitos, la conveniencia o beneficios que pudiese generar la disposición legal sometida a control; lo que significa que el Tribunal Constitucional, como órgano encargado del control de constitucionalidad, no tiene a su cargo la evaluación de si son convenientes, oportunos o benéficos los propósitos buscados por las normas impugnadas, su labor se concentra en el control objetivo de constitucionalidad de las disposiciones legales objetadas. Es en ese marco que resolverá la problemática planteada en el presente recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad”.

#### III.2. Examen de constitucionalidad respecto de la Constitución actual.

Antes de ingresar al análisis del recurso, es imprescindible dejar claro que la SC 0021/2005, de 21 de marzo, ha establecido que:

“(...) el presente se trata de caso de inconstitucionalidad sobreviniente, en el que se debe analizar la constitucionalidad de una norma promulgada con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución, para establecer si es o no compatible con ésta, por lo que no es posible el planteamiento de la autoridad que promovió el recurso de realizar el juicio de constitucionalidad respecto a la Constitución de 1868, sino que debe serlo a la luz de de la Constitución vigente”.

Por ende, al tratarse el caso de autos también de disposiciones emitidas antes de la vigencia de la actual Constitución Política del Estado, el examen que se efectuará será precisamente en relación a dicha Ley Suprema, tomando en cuenta las últimas reformas realizadas a la misma, puesto que no tendría ningún sentido realizar el examen de constitucionalidad en relación a la Constitución Política del Estado reformada en 1961, porque la misma ha sufrido posteriores modificaciones, y al efectuarse el análisis hoy, deben ser los preceptos constitucionales vigentes los que sirvan de referente a ese fin.

III.3. La problemática planteada respecto del DL 7755, de 1 de agosto de 1966 en cuanto a las normas impugnadas.

III.3.1. Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad en la forma u origen de la norma impugnada.

El Título Séptimo de la CPE, relativo a las Fuerzas Armadas, contiene el art. 213 que reza:

“Artículo 213°.- Todo boliviano está obligado a prestar servicio militar de acuerdo a Ley”.

Norma que se encontraba en ese exacto sentido en el art. 206 de la Constitución Política del Estado reformada en 1961.

Cabe recordar que conforme lo ha precisado la doctrina constitucional (SC 082/2000, de 14 de noviembre), “una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido. En el primer caso, cuando en su elaboración y aprobación no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional o se las ha elaborado y aprobado en una instancia o por autoridad no establecida por la Constitución para tal efecto. En el segundo caso, cuando la disposición legal, a pesar de haber sido elaborada y aprobada conforme a los procedimientos y formas establecidos por el texto constitucional contienen normas que son incompatibles con los principios y normas de la Constitución Política del Estado”.

El instrumento normativo sometido hoy a control parcial de constitucionalidad, es el DL 7755, de 1 de agosto de 1966, que forma parte de un conjunto de normas dictadas por un gobierno de facto, que asumió la potestad del Poder Legislativo de regular lo referido al servicio militar obligatorio.

Así, sobre la validez, constitucionalidad o inconstitucionalidad de los Decretos Leyes, éste Tribunal en su SC 82/2000, de 14 de noviembre, citadas por su similar 0018/2003, de 24 de febrero, ha señalado:

“...conforme lo ha precisado la doctrina constitucional una disposición legal puede ser impugnada de inconstitucional por su origen o por su contenido. En el primer caso, cuando en su elaboración y aprobación no se han cumplido ni respetado los procedimientos establecidos por el texto constitucional para tal efecto o se las ha elaborado y aprobado en una instancia o por



## *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

autoridad no establecida por la Constitución para tal efecto. En el segundo caso, cuando la disposición legal, a pesar de haber sido elaborada y aprobada conforme a los procedimientos y formas establecidos por el texto constitucional contienen normas que son incompatibles con los principios y normas de la Constitución Política del Estado.

El mismo fallo, en cuanto al análisis de las normas legales emitidas a través de Decretos Leyes, precisa:

‘...el Decreto Ley impugnado es en esencia una Ley aprobada y puesta en vigencia mediante Decreto Supremo, en razón de que en la fecha de su emisión el país era gobernado por un régimen de facto, en el que no funcionaba el Órgano Legislativo, por lo que en su origen también es incompatible con las normas establecidas por los arts. 59-1<sup>a</sup> y 71 al 81 de la CPE Empero, corresponde señalar que la citada disposición legal y muchas otras han tenido y tienen vigencia plena en el ordenamiento jurídico del país, es más constituyen una importante base del ordenamiento jurídico ordinario como son los Códigos sustantivos y los Códigos adjetivos vigentes a partir de 1971; los cuales el Órgano Legislativo no las ha abrogado, ni los ha elevado al rango de Ley para resolver el problema de su incompatibilidad de forma u origen con las normas de la Constitución”.

A lo cual, la SC 0024/2004, de 16 de marzo, añadió:

“(...) En el marco de la doctrina y jurisprudencia precedentemente descrito, es indudable que el art. 138 CC -Código Civil-, aprobado por Decreto Ley 12760 de 6 de agosto de 1975, que aprobó el Código civil en actual vigencia resulta inconstitucional en su origen, puesto que se encuentra inserto en un instrumento normativo que ha emanado de un órgano que no era el idóneo para dictar leyes, al haber sido emitido por el Poder Ejecutivo durante un gobierno de facto (Presidencia de Hugo Bánzer Suárez de 1971 a 1978), por lo que en su elaboración y aprobación no se han observado los procedimientos y formas establecidas por la Constitución Política del Estado reformada en 1967 en sus arts. 71 al 81.”

Entonces, el servicio militar, al constituir un servicio obligatorio para todo varón en Bolivia, lleva implícitas limitaciones al

ejercicio de derechos fundamentales, tales como la potestad o capacidad que tiene una persona para actuar en determinado sentido, o para abstenerse de hacerlo, en función a sus convicciones, a su ideología o su propia manera de concebir el mundo, es decir, la libertad de conciencia que es un derecho que, si bien nace en el valor supremo de la libertad en su esfera del status personal, implica modelos de comportamiento que se estructuran sobre la base de su formación académica, social, moral y religiosa, y condicionan a la persona en su comportamiento en la sociedad y encauzan el ejercicio de su libertad; pues la formación que la persona recibe y asimila cotidianamente le permite estructurar su sistema de valores y convicciones, así como el formar los criterios propios para la calificación de lo bueno, justo, equitativo, oportuno (SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre), lo que de modo alguno significa que suprima este derecho, sino que, como el mismo no es absoluto, lo limita. De manera que, al existir una limitación al ejercicio de derechos fundamentales, la misma debe devenir de una Ley de la República en sentido formal, como norma pronunciada por el Poder Legislativo, conforme al principio de reserva legal. Dicho de otro modo, al ordenar el art. 213 de la CPE que la prestación del servicio militar por todo boliviano será de acuerdo a “ley”, está estableciendo que debe ser una Ley de la República —instrumento normativo emitido por el Congreso Nacional— que regule la mencionada prestación.

Al respecto, es menester remarcar que el criterio respecto a que la limitación al ejercicio de los derechos fundamentales debe venir enmarcada necesariamente en el contexto de una “ley” formal, ha sido señalado también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, al analizar el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone:

“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.”

## *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló lo siguiente:

La interpretación de esta norma -art. 30 de la Convención- ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin ( art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ). Los términos empleados limitan las restricciones posibles a los derechos y libertades reconocidos por la Convención a los casos en que ellas deriven de leyes que cumplan con las exigencias impuestas por el propio artículo.

“(...) El artículo 30 se refiere a las restricciones que la propia Convención autoriza a propósito de los distintos derechos y libertades que la misma reconoce. Debe subrayarse que, según la Convención (art. 29.a), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16.3, 29.a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la Convención, en la Conferencia Especializada de San José, para incluir las palabras ‘al goce y ejercicio’, clarificó conceptualmente la cuestión (...).

La Corte entra ahora a analizar la disyuntiva de si ‘la expresión leyes utilizada por la disposición transcrita... se refiere a leyes en sentido formal —norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución— ‘o si en cambio se la usa ‘en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico’.

(...) los criterios del art. 30 sí resultan aplicables a todos aquellos casos en que la expresión ley o locuciones equivalentes son empleadas por la Convención a propósito de las restricciones que ella misma autoriza respecto de cada uno de los derechos protegidos. En efecto, la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos. El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.

Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a 'razones de interés general' y no se aparten del 'propósito para el cual han sido establecidas'. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.

(...)El sentido de la palabra leyes dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la

## *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.

(...) Lo anterior se deduciría del principio (...) de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consubstancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación. (...) Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen

que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. (...)En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. (...) La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.

Consecuentemente, apoyados, además, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mencionada, y, al haberse regulado la prestación del servicio militar obligatorio en nuestro país, a través del DL 7755, de 1 de agosto de 1966, que constituye un instrumento normativo pronunciado por un gobierno —Poder Ejecutivo— inconstitucional o de facto, el mismo es inconstitucional en su origen, es decir que es incompatible con las normas establecidas por los arts. 59.1<sup>a</sup> y 71 al 81 de la CPE, y es inconstitucional en virtud del órgano que lo pronunció y por la forma en que fue emitido, a más de vulnerar el principio de reserva legal implícito en el art. 213 de la CPE, debiendo recordarse que con relación a dicho principio, este Tribunal, en su DC 0006/2000, de 21 de diciembre, recogiendo los criterios doctrinales sobre la materia, lo ha definido como la: “institución jurídica que protege el principio democrá-

## *RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

tico, al obligar al legislador a regular aquellas materias que por disposición de la Constitución deben ser desarrolladas en una Ley; es una institución que impone un límite tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo; a aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de otra Ley” (SC 0051/2005, de 18 de agosto).

Una vez establecida la inconstitucionalidad del DL 7755, de 1 de agosto de 1966, se debe expresar que si bien, en general, si se determina la inconstitucionalidad de una disposición por su origen, como es el caso, no se hace necesario examen alguno respecto de su contenido, dado que la vulneración a la Constitución Política del Estado ya está en evidencia, no es menos evidente que también puede ingresarse al estudio de fondo cuando se pueda dar una interpretación previsoras en el fallo, como aconteció, por ejemplo, en la SC 0024/2004 de 16 de marzo, motivo por el que se analizará la presunta vulneración de las normas constitucionales señaladas por el recurrente en cuanto al fondo.

III.3.2. Sobre la supuesta inconstitucionalidad en el fondo o contenido de las disposiciones objetadas.

...

III.4. Interpretación previsoras de las normas impugnadas.

Conforme a todo lo examinado, se ha determinado que los arts. 33, 34 y 35 del DL 7755, al ser parte de un instrumento jurídico aprobado por Decreto Ley, son inconstitucionales en su forma pero compatibles con la Constitución Política del Estado en su contenido, o sea en el fondo y conforme a la interpretación asumida por este Tribunal, pero a los efectos de adoptar la resolución que corresponda, conviene remitirse a lo que este Tribunal señaló en las SSCC 0082/2000 y 0018/2003, seguida por la SC 0024/2004, entre otras, en cuanto a las consecuencias que una declaratoria de inconstitucionalidad podría ocasionar:

“...según la doctrina constitucional existen diversas formas de interpretación como la previsoras, la que al ser realizada requiere que, el contralor de constitucionalidad como máximo intérprete



de la Constitución, adopte previsiones sobre los efectos y consecuencias de las decisiones asumidas a partir de la interpretación (...), en el caso de autos corresponde a este Tribunal adoptar este tipo de interpretación, partiendo de la constatación de dos hechos: el primero, que las disposiciones legales impugnadas en su contenido no son incompatibles con las normas de la Constitución y, el segundo, que en cuanto a su origen si lo son.

...en el marco señalado anteriormente es deber de este Tribunal prever las consecuencias que podrían generarse a partir de su decisión, pues si, por una parte declara la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas estuviese convalidando actos inconstitucionales, pero por otro, si declara la inconstitucionalidad con un efecto inmediato que signifique la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones legales impugnadas estaría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior (...) En consecuencia cualquiera de las dos decisiones antes referidas conducirían a resultados inaceptables y de manera que es necesario que el Tribunal Constitucional dicte una sentencia modulando sus efectos que eviten perjuicios desproporcionados a los bolivianos en el orden jurídico, es decir, evite la generación de una inseguridad jurídica anulando disposiciones legales sobre cuya base, fundamento y amparo se vienen ventilando procesos judiciales, administrativos, agrarios, peticiones, contratos y otros actos jurídicos”.

En la especie, debe seguirse esa línea jurisprudencial al estarse impugnando tres artículos comprendidos dentro de un cuerpo normativo aprobado mediante Decreto Ley, en virtud de lo que el Poder Legislativo debe enmendar tal situación y adecuarla a las normas establecidas por la Constitución Política del Estado para la aprobación de una Ley.

#### POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 120.1ª de la CPE, arts. 7 inc. 1) y 54 y ss de la LTC:



*RESTRICCIONES PERMITIDAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES*

1° DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD por la forma, del DL 7755 de 1 de agosto de 1966; empero, difiere el efecto de la Sentencia por dos años, computables a partir de la legal notificación con la presente Sentencia.

2° DECLARA CONSTITUCIONALES, en cuanto a su contenido y con vigencia temporal por los dos años señalados en el numeral anterior, los arts. 33, 34 primera parte, y 35 del DL 7755, de 1 de agosto de 1966, denominado “Ley del Servicio Nacional de Defensa”; así como la segunda parte del art. 34 del DL 7755 que debe ser aplicada conforme la interpretación asumida en la presente Sentencia;

3° EXHORTA al Poder Legislativo para que en dicho plazo subsane los vicios de origen de la indicada disposición legal, bajo conminatoria de que en caso de incumplimiento, la misma quedará expulsada del ordenamiento jurídico nacional al vencimiento del término antes señalado, a ese efecto, notifíquese a dicho Poder del Estado.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen los Magistrados, Dr. Willman Ruperto Durán Ribera y Dr. José Antonio Rivera Santivañez por encontrarse en uso de sus vacaciones anuales y la Magistrada, Dra. Martha Rojas Álvarez, por encontrarse con licencia.

Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas  
PRESIDENTA EN EJERCICIO

Dr. Artemio Arias Romano  
MAGISTRADO

Dra. Silvia Salame Farjat  
MAGISTRADA

Dr. Walter Raña Arana  
MAGISTRADO