

# Diálogo

# Jurisprudencial

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

ENERO - JUNIO 2009

6



**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. 6 Enero-Junio de 2009**

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

MÉXICO, 2009

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Cecilia Medina Quiroga  
*Presidenta*

Diego García Sayán  
*Vicepresidente*

Manuel E. Ventura Robles

Sergio García Ramírez

Leonardo Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

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

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*

Luz Patricia Mejía

Victor E. Abramovich

Felipe González

Paolo G. Carozza

Florentín Meléndez

Clare Kamau Roberts

Paulo Sérgio Pinheiro

*Corte Interamericana  
de Derechos Humanos*

Cecilia Medina Quiroga

Diego García Sayán

Manuel E. Ventura Robles

Sergio García Ramírez

Leonardo Franco

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.  
Director ejecutivo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Héctor Fix-Fierro  
*Director*

Pedro Salazar Ugarte  
*Secretario académico*

Elvia Lucía Flores Ávalos  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

*DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL*

Roberto Cuéllar M.

Pablo Saavedra Alessandri

*Directores*

Marisol Molestina Gaviria

Elvia Lucía Flores Ávalos

*Coordinadoras editoriales*

Edición y formación en computadora: Karla Beatriz Templos Núñez  
Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz

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

Primera edición: 30 de septiembre de 2009

DR © 2009 Corte Interamericana de Derechos Humanos

DR © 2009 Instituto Interamericano de Derechos Humanos

DR © 2009 Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México  
ISSN en trámite

## CONTENIDO

<i>Contents</i> . . . . .	IX
Presentación . . . . .	XI
<i>Foreword</i> . . . . .	XIII
Nota del editor . . . . .	XV
<i>Editor's Note.</i> . . . . .	XVII
Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Perú, 3 de septiembre de 2008</i> . . . . .	1
Control de convencionalidad de normas jurídicas internas. <i>Extracto de la Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, México, 2 de julio de 2009</i> . . . . .	11
Principio de reunificación familiar e interés superior del niño como criterios para el análisis de solicitudes migratorias. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, 27 de enero de 2009.</i> . . . . .	41
Responsabilidad estatal por la falta de prevención de la desaparición forzada de personas perpetrada por particulares y deber de reparación integral. <i>Extracto de la Sentencia del Consejo de Estado, Colombia, 26 de marzo de 2009</i> . . . . .	55
Reserva de ley y derecho a la igualdad entre hombre y mujer en la reglamentación del derecho a la seguridad social. <i>Extrac-</i>	



CONTENIDO

<i>to de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Bolivia, 5 de abril de 2006 . . . . .</i>	87
Plazo razonable y proceso penal. <i>Extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Perú, 21 de octubre de 2005 . .</i>	107
Derecho a la privacidad, principio de autonomía personal y libertad personal como límites a la persecución penal. <i>Extracto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, 25 de agosto de 2009. . . . .</i>	123
El derecho a la doble instancia en el recurso de amparo. <i>Extracto de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana, 6 de mayo de 2009</i>	
143 . . . . .	

## CONTENTS

<i>Foreword</i> . . . . .	XIII
<i>Editor's Note</i> . . . . .	XVII
Compulsory nature of the sentences rendered by the Inter-American Court of Human Rights. <i>Extract of the Judgment of the Constitutional Tribunal, Peru, September 3, 2008</i> . . . . .	1
Control of conventionality of domestic legal rules. <i>Extract of the Judgment of the First Collegiate Court in Administrative and Labor Matters of the Eleventh District, Mexico, July 2, 2009</i> . . . . .	11
Principle of family reunification and the superior interest of the child as criteria to analyze migration requests. <i>Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice, Costa Rica, January 27, 2009</i> . . . . .	41
State responsibility for lack of prevention of the forced disappearance of persons perpetrated by private individuals and duty of integral reparation. <i>Extract of the Judgment of the State Council, Colombia, March 26, 2009</i> . . . . .	55
Legal reserve and right to equality between men and women in the regulation of the right to social security. <i>Extract of the Judgment of the Constitutional Tribunal, Bolivia, April 5, 2006</i> . . . . .	87

CONTENTS

Reasonable time and criminal process. <i>Extract of the Judgment of the Constitutional Tribunal, Peru, October 21, 2005.</i> . . .	107
Right to privacy, principle of personal autonomy and personal liberty as limits to criminal persecution. <i>Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice, Argentina, August 25, 2009.</i> . . . . .	123
Right to double instance in the <i>amparo</i> motion. <i>Extract of the Judgment of the Supreme Court of Justice, Dominican Republic, May 6, 2009</i> . . . . .	143

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

## PRESENTACIÓN

ratificado, y por ello crean obligaciones a cargo de éstos y definen derechos en 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 sexto número de la revista, que ahora tiene el lector en sus manos, aparecen ocho sentencias —transcritas íntegramente o expuestas a través de una conveniente selección de párrafos, cuando se trata de resoluciones muy extensas— correspondientes a Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, México, Perú y República Dominicana. Los editores agradecen el apoyo brindado para la preparación de este material por la abogada Yuria Saavedra Álvarez (México).

## FOREWORD

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

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

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

The publication of the journal *Jurisprudential Dialogue* serves to provide an understanding of the developments in this field in an array of

*FOREWORD*

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

In the sixth edition of the journal, now in the hands of readers, eight judgments are provided —transcribed wholly or in part through an appropriate selection of paragraphs when it concerns extensive resolutions— that correspond to Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Mexico and Peru. The editors thank attorney Yuria Saavedra Álvarez (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*.

## OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Sinopsis:* A manera de antecedente, cabe señalar que el 6 de febrero de 2001 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* en la cual, entre otras, declaró que el Estado había violado el derecho a la nacionalidad y a la propiedad privada del señor Baruch Ivcher Bronstein. El Estado peruano había anulado su título de nacionalidad peruana —adquirida por naturalización— de manera ilegal y arbitraria, lo cual condujo a la suspensión de sus derechos como accionista mayoritario de una empresa radiodifusora de ese país.

En la presente sentencia del Tribunal Constitucional, recaída a un recurso de agravio constitucional, los recurrentes pretendían hacer efectiva una sentencia de amparo con la que se habían suspendido los derechos del señor Ivcher Bronstein como accionista de la empresa de radiodifusión, y mediante la cual los recurrentes habían obtenido el control de la misma. No obstante, posteriormente, una sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia en Lima confirmó una resolución por la que, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana referida, se anuló la suspensión de los derechos como accionista del señor Ivcher Bronstein. Además, en dicha sentencia, la Sexta Sala resaltó el hecho de que otra resolución favorable a los recurrentes, pronunciada anteriormente en el mismo proceso de amparo, había quedado sujeta a lo que se determinara sobre la nacionalidad del señor Ivcher Bronstein y que, precisamente, dicha cuestión ya había sido resuelta por la Corte Interamericana. Al respecto, los recurrentes alegaron ante el Tribunal Constitucional que estas decisiones eran violatorias del debido proceso y de la tutela procesal efectiva, ya que a través de ellas se pretendía ejecutar la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el marco de un proceso de amparo que, en su concepto, ya había concluido con sentencia firme y, por lo tanto, era cosa juzgada.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Perú refirió que el amparo que pretendían hacer efectivo los recurrentes había sido dictado en un proceso

## OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE

fraudulento en el que tuvo participación el régimen político en turno —entonces a cargo del señor Alberto Fujimori—. Asimismo, resaltó que una de las decisiones emitidas en el trámite del amparo cuya ejecución reclamaban los recurrentes había quedado sujeta a la decisión que las autoridades competentes hicieran sobre la nacionalidad peruana del señor Ivcher Bronstein —cuestión relacionada con sus derechos como accionista—, y que dicha situación había sido resuelta tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos que ya habían reconocido favorablemente su nacionalidad. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estableció que si bien el proceso inicial del amparo reclamado había sido tramitado de manera irregular por las instancias nacionales, posteriormente fue corregido luego de la intervención de la instancia supranacional. En este sentido, señaló que conforme al Código Procesal Constitucional no era procedente un nuevo recurso constitucional —es decir, el agravio interpuesto por los recurrentes— cuando se cuestionara lo resuelto en un proceso constitucional anterior —el amparo tramitado inicialmente de forma irregular y posteriormente rectificado—. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional declaró improcedente el recurso.

***Synopsis:** As background information, it must be pointed out that on February 6, 2001 the Inter-American Court of Human Rights rendered a sentence on the case of Ivcher Bronstein v. Peru whereby, inter alia, the Court declared that the State had violated the right to nationality and to private property of Mr. Baruch Ivcher Bronstein. The Peruvian State had annulled his Peruvian nationality —acquired through naturalization— in an illegal and arbitrary manner. This caused the suspension of his rights as a majority shareholder in a radio broadcasting company in Peru.*

*In the present sentence of the Constitutional Tribunal, regarding a motion for constitutional grievance, the appellants required the effectiveness of an amparo sentence whereby the rights of Mr. Ivcher Bronstein, as a shareholder in the radio broadcasting company, had been suspended, and through which the appellants had obtained the control of such company. However, subsequently, a sentence passed by the Sixth Chamber of the Supreme Court of Justice in Civil Matters, in Lima, confirmed a resolution whereby, complying with the sentence by the Inter-American Court mentioned above, the suspension of the rights as a shareholder of Mr. Ivcher Bronstein was annulled. Furthermore, in such sentence the Chamber highlighted the fact that another resolution passed earlier in favor of the appellants related to the same amparo was subject to what would be determined regarding the nationality of Mr. Ivcher Bronstein and that, precisely, such matter had already been resolved by the Inter-American*

*Court. To that end, the appellants alleged before the Constitutional Tribunal that these decisions violated the due process and the effective procedural protection since through such decisions the execution of the sentence rendered by the Inter-American Court was pretended within the framework of an amparo which, in their view, had already become a final sentence and, therefore, res judicata.*

*To that end, the Constitutional Tribunal of Peru stated that the amparo that the appellants required had been passed in a fraudulent trial where the political regime in force then had participated –during the Fujimori Administration. Likewise, the Tribunal pointed out that one of the decisions issued in the amparo proceedings whose execution the appellants were claiming had been subject to the decision to be made by the competent authorities about the Peruvian nationality of Mr. Ivcher Bronstein—a matter related to his rights as a shareholder—, and that such situation had been resolved by both the Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, the bodies that had already resolved the matter of his nationality favorably. Consequently, the Tribunal established that although the initial amparo instances claimed had been carried out in an irregular manner by the national courts, it was corrected at supranational level later on. To that end, the Constitutional Tribunal pointed out that pursuant to the Constitutional Procedural Code, a new constitutional motion was not applicable —i.e., the objection made by the appellants— when questioning the resolution in a previous constitutional trial —the amparo case filed initially in an irregular manner and amended later. Therefore, the Tribunal declared the motion was inadmissible.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PERÚ

RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL  
INTERPUESTO POR MENDEL WINTER ZUZUNAGA Y SAMUEL  
WINTER ZUZUNAGA  
SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2008

...

## **VISTO**

El recurso de agravio constitucional interpuesto por los señores Mendel Winter Zuzunaga y Samuel Winter Zuzunaga contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, ... su fecha 25 de octubre de 2007, que confirmando la apelada declara infundada la demanda de autos; y,

## **ATENDIENDO A**

1. Que con fecha 2 de julio de 2002 los recurrentes interponen demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores Roger Ferreyra Vildozola y José Jurado Najera, con la finalidad de que se declare la nulidad de la resolución de fecha 22 de marzo de 2002, la misma que confirmó la resolución de fecha 3 de octubre de 2001, mediante la que se dispone cancelar los asientos registrales inscritos después del 5 de septiembre de 1997 y hasta el 30 de marzo de 2001, efectuados en la Ficha Registral ... del Registro de Personas Jurídicas de Lima, correspondiente a la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S. A.

Según refieren los recurrentes las referidas resoluciones judiciales violan sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, toda vez que el órgano judicial emplazado, mediante la resolución cuestionada, pretende ejecutar la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso CDH-11.762 Baruch Ivcher Brostein contra el Estado peruano, al interior de un proceso de amparo que ya había concluido con sentencia firme y, por tanto, con calidad de cosa juzgada. En tal sentido refieren que la suspensión de los derechos de accionista del Sr. Baruch Ivcher Brostein con relación a las 15 842.083 acciones de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S. A., dispuesta en el proceso de amparo en cuestión, no podía ser modificada sin incurrir en violación de la cosa juzgada.

2. Que... la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que, en su oportunidad, ésta sea declarada improcedente o infundada. Al sustentar su pedido ar-

gumenta que en el presente caso no se han afectado los derechos alegados, pues la anulación del anterior proceso de amparo a favor de los recurrentes se ha producido como consecuencia de la ejecución de un fallo de la justicia supranacional, proveniente de un órgano cuyas decisiones son vinculantes para el Estado peruano. Por su parte,... Baruch Ivcher Bronstein se apersona y deduce la excepción de cosa juzgada toda vez que la resolución cuestionada, según sostiene, ha determinado en última y definitiva instancia la nulidad de los asientos registrales antes mencionados; asimismo contesta la demanda afirmando que las resoluciones del organismo supranacional aludido son absolutamente vinculantes para el Perú dado que éste ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, de modo que, al haberse dictado la resolución cuestionada en cumplimiento de tal resolución, no puede alegarse violación alguna de los derechos de los recurrentes.

3. Que mediante resolución de fecha 16 de enero de 2007, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la excepción de cosa juzgada deducida e infundada la demanda, por considerar que no ha existido vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva pues la resolución cuestionada ha sido expedida en cumplimiento de una sentencia de un organismo de la justicia supranacional al que el Estado peruano se encuentra vinculado, además de considerar que respecto del mismo proceso, aunque referido a la resolución producida en el proceso principal, existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional en un anterior proceso de amparo (Exp. No. 2073-2003-AA/TC) en el que se ha establecido que la referida resolución que favorecía a los recurrentes quedaba sujeta en el tiempo “(...) *hasta el momento en que quedase determinada la nacionalidad peruana de don Baruch Ivcher Bronstein*”, lo cual ocurrió sólo con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el acatamiento de la referida sentencia por parte del Estado peruano a través de la Resolución Ministerial No. 1432-2000-IN, que restableció la nacionalidad peruana del aludido. La recurrida confirmó la apelada con similares argumentos.

4. Que tal como se advierte, el presente proceso fue iniciado en el marco de la legislación procesal anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional, por lo que conviene establecer, antes de responder a las cuestiones planteadas, el marco normativo procesal aplicable al presente caso. Sobre el particular este Colegiado ha establecido que las nor-

mas del Código Procesal Constitucional son aplicables incluso a procesos en trámite, conforme a su Segunda Disposición Final, siempre que de su aplicación no se desprenda afectación a la tutela jurisdiccional efectiva... En consecuencia, el presente proceso se regirá, en esta instancia, por la reglas del referido Código Procesal Constitucional.

5. Que conforme se aprecia de autos, mediante el presente proceso los recurrentes cuestionan la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 22 de marzo de 2002, la misma que confirmó la resolución de fecha 3 de octubre de 2001, la que a su vez, en vía de aclaración, había dispuesto: *“Cancelar los asientos registrales expedidos después del cinco de septiembre de 1997 hasta el 30 de marzo de 2001, inclusive, efectuados en la ficha registral No. 02003171 del Registro de Personas jurídicas correspondiente a Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S. A.”*.

6. Que tal como puede observarse de la propia resolución aludida en el considerando precedente, la referida aclaración estuvo precedida de la resolución de fecha 30 de marzo de 2001, expedida por la Sala de Derecho Público, la misma que había dispuesto la nulidad de una serie de resoluciones que permitieron el control de la referida empresa televisiva (Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S. A.) por parte de los ahora recurrentes y mediante procesos fraudulentos con clara participación del régimen político de turno, como luego pudo comprobarse de manera pública tras la difusión de los videos filmados en las salas del Servicio de Inteligencia que terminaron con la caída del régimen del ex-Presidente Fujimori.

7. Que en el presente caso, respecto de la aludida resolución de 30 de marzo de 2001 expedida por la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, cuya aclaratoria se impugna en el presente proceso, los mismos recurrentes han interpuesto un anterior proceso de amparo que ha concluido con pronunciamiento de este Colegiado en el Expediente No. 2073-2003- AA/TC, en el que de manera enfática se ha establecido que las decisiones en el proceso de amparo que permitieron, de manera fraudulenta, el control de los recurrentes de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S. A. y cuya firmeza reclaman en este nuevo proceso de amparo, *“(...) quedaron expresamente sujetas, en su temporalidad, hasta el momento en que quedase determinada la nacionalidad peruana de don Baruch Ivcher Bronstein por parte de la autoridad competente,*



#### OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE

*lo que, en efecto, ha ocurrido, tras haberse pronunciado tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo dicha nacionalidad, así como el propio Estado Peruano, al haberse emitido la Resolución Ministerial No. 1432-2000-IN, del 8 de noviembre de 2000, mediante la cual se declaró nula la Resolución Directoral que lo privó de dicho atributo”.*

8. Que siendo esto así, toda vez que en el presente proceso se pretende cuestionar lo resuelto en forma definitiva en un anterior proceso constitucional de amparo, el que, si bien en su fase inicial fue tramitado en forma irregular por las instancias nacionales, luego fue corregido y devuelto a la regularidad tras la intervención de la instancia supranacional de protección de derechos fundamentales, resulta de aplicación al presente proceso lo establecido en el numeral 6 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, conforme al cual no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestione lo resuelto en un anterior proceso constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo  
Públíquese y notifíquese.

...

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS INTERNAS

*Sinopsis:* El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito de México dictó una sentencia de amparo directo administrativo en la cual, entre otros, se pronunció sobre el control de convencionalidad de los actos de autoridad y, en general, de las normas jurídicas internas. Por vía del amparo, el quejoso reclamó una decisión dictada por el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán por la cual, además de otras, se le negó una pretensión de reparación del daño ocasionado por la omisión del jefe del Poder Ejecutivo de dicho Estado de expedir ciertos reglamentos relativos a garantizar la observancia de diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, además de otras, el Tribunal de Justicia Administrativa resolvió que no podía pronunciarse respecto a las infracciones a las disposiciones de la Convención Americana dado que en el trámite y resolución del juicio contencioso administrativo los actos impugnados se analizan en función de las leyes ordinarias, normas o instrucciones generales emitidas por las autoridades estatales o municipales que los rigen.

Al resolver la demanda de amparo, el Tribunal Colegiado sostuvo que las autoridades del Estado mexicano están obligadas a resolver los vicios de inconstitucionalidad indirecta que les planteen con motivo de actos y procedimientos de autoridad ilegales por irregularidad administrativa derivada de la inobservancia de un tratado internacional, según lo establecido por la Constitución en cuanto a que los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano —entre ellos los de derechos humanos— forman parte de la Ley Suprema. En consecuencia, estableció que los tribunales estatales no deben limitarse a aplicar solamente las leyes sino que también están obligados a utilizar, entre otros, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de la de otros órganos y que, por lo tanto, deben ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales. Señaló que en razón del control de convencionali-

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS

dad deben realizar un examen normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de los hechos (acción u omisión) internacionalmente ilícitos para preservar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos. De conformidad con lo anterior, estableció que cuando se genere un conflicto que verse sobre estos derechos, los tratados suscritos por el Estado mexicano que los regulan deben ubicarse a nivel de la Constitución porque dichos instrumentos internacionales son una extensión de lo previsto por ella respecto a los derechos fundamentales.

Asimismo, el Tribunal Colegiado señaló que como lo pactado en los tratados internacionales queda automáticamente incorporado al derecho interno, los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades del Estado —tanto federales como locales— frente a la comunidad internacional. En este sentido, confirmó que una vez que los tratados internacionales en materia de derechos humanos han sido incorporados a la Ley Suprema, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones relativas a los derechos humanos. Finalmente, estableció que debe atenderse al principio *pro homine* como criterio hermenéutico por virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos humanos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

En la presente decisión, el Tribunal Colegiado se refirió a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en lo relativo al control de convencionalidad.

**Synopsis:** *The First Collegiate Court in Administrative and Labor Matters of the 11<sup>th</sup> District of Mexico passed a direct administrative amparo sentence whereby it rendered sentence inter alia on the control of conventionality of the acts of authority and, in general terms, of the domestic legal rules. Through an amparo, the petitioner claimed against a decision passed by the Administrative Justice Court of the State of Michoacan whereby, inter alia, the petitioner was refused a motion for reparation of the damages caused by the omission of the Head of the Executive of such State to issue certain regulations in order to guarantee the observance of some articles of the American Convention on Human Rights. To that end, the Administrative Justice Court resolved, inter alia, that it could not ren-*

*der sentence on any violation of the provisions of the American Convention since the acts challenged in the proceedings and resolution of the administrative contentious lawsuit are analyzed on the basis of ordinary laws, rules or general instructions issued by the state or municipal authorities governing them.*

*When resolving the amparo claim, the Collegiate Court affirmed that the authorities of the Mexican State were forced to resolve any defects of indirect unconstitutionality raised due to the illegal acts and authority procedures by virtue of administrative irregularities resulting from the non-observance of an international treaty, as set forth by the Constitution insofar as the international treaties entered into by the Mexican State—*inter alia* the human rights treaties—form part of the Supreme Law. Consequently, the Collegiate Court established that the state courts shall not be limited to applying only the laws but the state courts must use, *inter alia*, any international treaties and conventions and the jurisprudence issued by the Inter-American Court of Human Rights, apart from those from other bodies. Therefore, they must control conventionality between the domestic legal rules and the supranational legal rules. The Collegiate Court pointed out that due to the control of conventionality, they must examine the rules (material rules) of the domestic law with an international rule, regarding any internationally illicit facts (action or omission) to preserve and guarantee the exercise of human rights. According to the above, the Collegiate Court established that whenever a conflict arises regarding these rights, the treaties signed by the Mexican State regulating them must be placed at the level of the Constitution because such international instruments are an extension of the Constitution provisions regarding fundamental rights.*

*Likewise, the Collegiate Court pointed out that since all the provisions of international treaties are automatically introduced in the domestic law, any international commitments are undertaken by the Mexican State as a whole and they engage all the State authorities—both at federal and at local levels—*vis-à-vis* the international community. To that end, the Collegiate Court confirmed that once the international treaties regarding human rights have been introduced to the Supreme Law, and given the recognition of the contentious competence of the Inter-American Court, it is possible to apply the jurisprudence of such court as a guiding criteria whenever there is a matter of interpretation of and compliance with the provisions regarding human rights. Lastly, it established that the *pro homine* principle must be taken into account as hermeneutic criteria whereby the broadest rule or the most comprehensive interpretation must be applied in any human rights cases. On the contrary, the most restric-*

*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS*

*tive rule or interpretation must be used to establish limits to their exercise. In this decision, the Collegiate Court referred to the sentence rendered by the Inter-American Court of Human Rights in the case Almonacid Arellano et al. v. Chile, regarding the control of conventionality.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS  
ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO  
PRIMER CIRCUITO  
MÉXICO

AMPARO DIRECTO ADMINISTRATIVO 1060/2008  
INSTAURADO POR RAÚL NEGRETE RODRÍGUEZ  
SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2009

...

**VISTOS;** para resolver los autos del amparo directo administrativo número **1060/2008;** y,

## **RESULTANDO:**

PRIMERO. Por escrito presentado el ocho de diciembre de dos mil ocho, por conducto de la autoridad responsable y ante el Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito en turno, el quejoso Raúl Negrete Rodríguez, por conducto de su autorizado Gumersindo García Morelos, promovió demanda de amparo directo en contra de la autoridad y por el acto que a continuación se transcriben:

### **“AUTORIDAD RESPONSABLE:**

*Sala del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán. Con domicilio en la calle Mariano Arista 300-Altos, Colonia Chapultepec Oriente de esta Capital.*

**ACTO RECLAMADO:** *Auto de fecha treinta 30 de octubre de dos mil ocho 2008.”.*

**SEGUNDO.** El quejoso a través de su autorizado, señaló como garantías violadas las contenidas en los artículos 14, 16 y 20, apartado B, fracción I-A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin narrar antecedentes de su demanda.

**TERCERO.** En escrito presentado el cuatro de julio de dos mil ocho, ante el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, Raúl Negrete Rodríguez, presentó demanda de nulidad en contra de la Dirección de Seguridad Pública y Tránsito, Secretaría de Finanzas y Administración y del Gobernador, todas del Estado de Michoacán...

...

En diverso proveído de dieciséis de julio de la anualidad mencionada, el magistrado aludido tuvo cumplido el requerimiento y al considerar que los actos impugnados y las autoridades demandadas eran las mismas que las señaladas en anterior juicio de nulidad JA-188/2008-, turnado a la tercera ponencia del propio tribunal, promovido por SINUÉ CHÁVEZ SANDOVAL, ordenó tramitar de oficio la acumulación del expediente reciente al antiguo; y fue después de que el representante legal de dicha persona argumentó la existencia de la violación procesal que hizo consistir en que no se le notificó el procedimiento de acumulación y la omisión en resolverle las providencias cautelares que solicitó en los escritos de demanda, que la magistrada instructora de la Tercera Ponencia del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, que en auto de veinticinco

*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS*

de agosto de dos mil ocho, decretó continuar el trámite del juicio administrativo ante ella instaurado, hasta en tanto se hiciera pronunciamiento respecto a la acumulación de autos.

En proveído de la misma fecha, el magistrado instructor de la Segunda Ponencia del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, tuvo por recibido oficio en el cual se le transcribió el proveído de la susodicha magistrada; y así fue que, después de considerar que el promoverte Raúl Negrete Rodríguez cumplió con el requerimiento que le hizo, determinó que en el caso concreto se actualizaban las causales de improcedencia previstas en los artículos 2, segundo párrafo, en relación con el 205, fracción X, del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, ya que los actos impugnados tenían su origen en actos de seguridad pública; por tanto, que estaban excluidos de regulación en el Código de Justicia Administrativa de Michoacán y, como consecuencia, de la competencia del tribunal.

**CUARTO.** En contra de esta resolución, Gumesindo García Morelos, en cuanto autorizado por Raúl Negrete Rodríguez, interpuso recurso de reconsideración ante el Magistrado de la Sala del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán de Ocampo, el cual se resolvió el treinta de octubre de dos mil ocho, confirmando el acuerdo impugnado, conforme a los puntos resolutivos siguientes:

***“PRIMERO.-** Este órgano jurisdiccional es competente para conocer y resolver el presente recurso de reconsideración.*

***SEGUNDO.-** Los agravios que hizo valer el recurrente, son inoperantes en parte e infundados en otra.*

***TERCERO.-** En consecuencia, se confirma el auto recurrido.*

***NOTIFÍQUESE personalmente al actor y...”.***

**QUINTO.** Inconforme con la anterior sentencia, Raúl Negrete Rodríguez, por conducto de su autorizado, presentó demanda de garantías, ante el Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, correspondiéndole, por razón de turno, a este Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo, y lo admitió por acuerdo de Presidencia el veintidós de diciembre de dos mil ocho.

Se dio la intervención que legalmente le compete al Agente del Ministerio Público Federal de la adscripción, quien se abstuvo de formular pedimento en el presente asunto.

Finalmente, el treinta de diciembre citado, se turnaron los autos al magistrado relator en los términos y para los efectos del artículo 184, fracción I, de la Ley de Amparo; y,

### CONSIDERANDO:

PRIMERO. Este Primer Tribunal Colegiado es competente para conocer del presente juicio de amparo directo... por tratarse de juicio de amparo directo en el que se reclama sentencia definitiva de un procedimiento administrativo pronunciada por el Magistrado de la Sala del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán de Ocampo, que comprende el circuito de este tribunal colegiado.

...

SEXTO. Son infundados en una parte e inoperantes en otra, los conceptos de violación que se analizan en este considerando.

Antes de emprender su estudio, se impone señalar que el quejoso Raúl Negrete Rodríguez, ante el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, impugnó de la Dirección de Seguridad Pública y Tránsito, Secretaría de Finanzas y Administración del Estado de Michoacán y Gobernador, todas del Estado de Michoacán, los actos siguientes:

*“De la primera autoridad:*

1.- *La imposición de la multa por la cantidad de treinta pesos \$30.00 moneda nacional impuesta por la Dirección de Seguridad Pública y Tránsito del Estado, de fecha trece 13 de junio de 2008...*

2.- *La detención arbitraria de fecha trece 13 de junio de 2008...*

3.- *El registro de la detención en la lista de los arrestados que se lleva en Barandilla...*

*De la segunda autoridad:*

*El cobro de la multa ya citada...*

*De la tercera:*

*La omisión de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en los procedimientos administrativos sancionadores”.*

*Autoridad de la cual exigió se le condenara “... por la cantidad de trescientos mil pesos \$300,000.00, moneda nacional, respecto de la tercera autoridad por omisión del artículo 60 de la fracción IV de la Constitución Política del Estado de Michoacán, repercutiendo de manera negativa en la*



*aplicación administrativa de los artículos 7.5, 8.1, y 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”.*

Dicha demanda fue desechada, en auto de veinticinco de agosto de dos mil ocho, emitido por el Magistrado Instructor de la Segunda Ponencia del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, al considerar que los actos consistentes en multa por treinta pesos, detención arbitraria y registro en la lista de arrestados, cuya nulidad demandó, así como la reparación de daño que exige, son actos que tienen su origen en la seguridad pública; y que tampoco procedía su admisión respecto a la omisión de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la convención Americana sobre Derechos Humanos, porque las sentencias del tribunal sólo vinculan a las partes que intervienen en los juicios en que participan y de ocuparse de ese acto se obligaría al ejecutivo a legislar, con lo que se quebrantarían los principios de equidad y certeza jurídica; por lo que todos esos actos quedan excluidos de regulación en el Código de Justicia Administrativa de Michoacán y, en vía de consecuencia, del tribunal mencionado.

También precisa señalar que el acto reclamado que confirmó el auto recurrido —que desechó la demanda con base en el argumento de que los actos impugnados no eran de la competencia del Tribunal de Justicia Administrativa— la autoridad responsable lo sustentó en las consideraciones siguientes:

a) La circunstancia de que en el acuerdo recurrido se hubiera tenido como acto impugnado ‘... *la omisión de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en los procedimientos administrativos sancionadores...*’; no torna incongruente la resolución recurrida, en tanto en ella se hizo el pronunciamiento en relación a un acto señalado como impugnado en la demanda de nulidad.

b) Entonces, si la incongruencia aducida se sustenta en el pronunciamiento de un acto que la recurrente no impugnó en aquella demanda, el agravio parte de una premisa equivocada, porque el magistrado instructor al emitir el acuerdo recurrido se ocupó respecto de la omisión de expedir reglamentos, cuya nulidad se pretende en el juicio administrativo.

c) El Tribunal de lo Contencioso Administrativo carece de competencia legal para ejercer control constitucional de las leyes locales o normas generales abstractas emitidas por las autoridades Estatales o Municipa-

les; por lo que no puede pronunciarse sobre los vicios de constitucionalidad que en la demanda respectiva se atribuyan a una norma general, ya que ello implicaría verificar si lo previsto en ésta se apega a lo establecido en un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual constituye una facultad reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación, porque el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, sólo tiene competencia para pronunciarse sobre los vicios de legalidad que en la demanda se atribuyan a las normas o instrucciones generales y abstractas; a lo cual no se refiere el recurrente en sus agravios, lo que impide que se haga mayor análisis al respecto.

d) El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, no puede erigirse en órgano de control constitucional, ni pronunciarse respecto a la conculcación de las garantías individuales previstas en los artículos 14 y 17 de la Constitución Federal, ni a las infracción a los normativos del Pacto de San José, como lo pretende el recurrente, dado que el trámite y resolución del juicio contencioso administrativo, no da la pauta para ello, toda vez que los actos impugnados en el juicio de nulidad se analizan en función de las leyes ordinarias, normas o instrucciones generales emitidas por las autoridades Estatales o Municipales que los rigen y no —se insiste— en atención a si la transgresión, esté en oposición de un precepto de la Constitución Federal, cuyo análisis corresponde al Poder Judicial de la Federación.

e) La circunstancia de que en el auto recurrido no se hubiese efectuado la distinción entre una ley y un reglamento, no implica que carezca de fundamentación y motivación; pues si los actos impugnados se hicieron consistir, entre otros, en la omisión de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los procedimientos administrativos sancionadores, entonces correspondía hacer el pronunciamiento únicamente respecto del reglamento y no de la ley, tanto más que el recurrente no pretende la nulidad de una ley.

f) Era inoperante el agravio relacionado con la violación al artículo 95 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, ya que el recurrente únicamente lo invoca, pero soslaya explicar porqué se conculcó dicho precepto.

g) Era infundado el agravio expresado en relación con la aplicación del precedente del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

de rubro: **'AUTORIDADES, FACULTADES DE LAS.'**, porque se invocó para robustecer las facultades conferidas a los Magistrados del Tribunal de Justicia Administrativa en términos del artículo 8, fracción I, del Reglamento Interior del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán de Ocampo; entre ellas, las de desechar la demanda administrativa.

h) El artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no establece directrices a los tribunales de lo contencioso administrativo para realizar el estudio de constitucionalidad de las normas generales que emitan las autoridades municipales o estatales, sino que las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos determinarán sus obligaciones y las sanciones aplicables, así como los procedimientos y las autoridades que los aplicaran, a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones, así como lo relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. Por ende, el que no se haya ponderado de manera expresa en el auto recurrido, no implica que se hubieran dejado de aplicar los principios generales del derecho, lo cual hizo el magistrado instructor, en uso de la facultad para desechar la demanda administrativa.

i) La seguridad pública es una función de competencia concurrente entre los tres niveles de gobierno; el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puntualizó su significado desde la perspectiva exegética —exposición de motivos de la adición constitucional al artículo 21— y desde la sistemática de las normas fundamentales, en lo atinente a la tarea de hacer frente a la delincuencia organizada que violenta la paz social, arrebatando bienes superiores de los integrantes de la sociedad relativos a la vida, integridad física, libertad y propiedad, lo que se corrobora con lo sustentado en la acción de inconstitucionalidad 1/96, que se invoca para corregir la interpretación realizada en el auto impugnado.

j) La seguridad pública va indefectiblemente ligada a los conceptos de bien común e interés público; de esta forma, será parte de esa materia, la salvaguarda de intereses económicos, bienes personales como la vida, la salud, la integridad física, la comodidad; además, la de valores morales y sociales como la tranquilidad, el orden, seguridad, moralidad, libertad, justicia, solidaridad, normal funcionamiento de las instituciones básicas, calidad de vida, limpieza y ornatos públicos, pues no

hay duda de que todos merecen del legislador, una protección preventiva y una reacción restauradora tan cualificadas como las que el orden público demanda.

k) Bajo la anterior tesis, los actos impugnados, por su propia naturaleza e independientemente del órgano del que provienen, son de seguridad pública y, por tanto, quedan excluidos de la regulación del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán.

l) Sin que obste la narración de los hechos de la demanda administrativa, que generaron la sanción tanto privativa de libertad de manera preventiva como económica; dado que los criterios de lugar, gravedad, de inminencia de daño temido que pudieron haberse realizado por los elementos de Seguridad Pública del Estado, para entender materialmente amenazado o perturbado el orden público, serían materia de análisis en la sentencia correspondiente, de surtirse la competencia del tribunal, pero como no lo es, deviene inatendible lo expresado.

m) En el auto recurrido el magistrado instructor, fundó y motivó su determinación, pues definió la seguridad pública y sus alcances, citó los preceptos en que se apoyó para concluir que los actos impugnados no eran de los comprendidos en el artículo 2 del Código de Justicia Administrativa, así, el recurrente estuvo en aptitud de conocer los argumentos y fundamentos legales que le sirvieron al magistrado instructor para concluir en la forma en que lo hizo en el auto recurrido.

n) Es inoperante el agravio a estudio, ya que el recurrente se limitó a señalar que en el auto recurrido se hizo una indebida interpretación del concepto de seguridad pública y a mencionar que se decretó la incompetencia porque los autos impugnados quedaban excluidos de lo dispuesto en el artículo 2 del Código de Justicia Administrativa del Estado; pero omitió combatir las consideraciones que condujeron al magistrado instructor a concluir que los actos impugnados eran materia de seguridad pública y de los cuales, el tribunal no era competente para conocer de ellos y desechar la demanda; ya que se limitó a realizar manifestaciones genéricas, sin explicar porqué estimaba violados los preceptos que invocaba y la forma en que trasciende el sentido de la resolución.

Enunciados los actos por los que se promovió el juicio de nulidad y los motivos por los que se desechó la demanda respectiva, así como los que sustentan la sentencia reclamada que confirmó el citado desechamiento, se procede al análisis de los conceptos de violación y así se de-

termina que es infundado el de carácter procesal, relativo a que al quejoso dejó de notificársele el procedimiento de acumulación y de resolverse las providencias cautelares que solicitó en la demanda administrativa.

...

**OCTAVO.** En cambio, son fundados los conceptos de violación que se analizan en este considerando.

Es cierto —como se sustentó en el acto reclamado— que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Michoacán, carece de competencia legal para ejercer el control constitucional —directo— de las leyes locales o normas generales abstractas emitidas por las autoridades Estatales o Municipales; por cuanto que esa actividad jurisdiccional implica verificar si lo previsto en esas leyes o normas se apega a lo establecido en un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en su caso en la Constitución de su entidad, lo cual es una facultad reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación, conforme al derecho jurisprudencial nacional; como consecuencia, de ninguna manera el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Michoacán, es competente para realizar un estudio de tal naturaleza, ya que ello implicaría dotarlo de facultades para llevar a cabo un control difuso de la Constitución, lo que no está permitido en el sistema constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, tal como se estableció en la jurisprudencia 74/99 de rubro y texto siguiente:

**“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.** *El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que ‘Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.’ En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus pro-*

*pias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.”.*

...

Sin embargo, el tribunal responsable no actuó conforme a derecho al resolver que el estudio de los actos impugnados por el actor —en el juicio de nulidad donde se emitió la resolución reclamada en este juicio de amparo— se realiza en función al control de legalidad, esto es, únicamente se pueden verificar la infracción a leyes, normas o instrucciones generales emitidas por las autoridades Estatales o Municipales que los rigen; cuando, en el caso, el quejoso plantea la ilegalidad por omisión, pues se duele de un acto administrativo que —en su concepto— afecta derechos fundamentales protegidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, esto es, por el derecho convencional que forma parte del sistema jurídico mexicano al haber suscrito México dicha convención, atendiendo al principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual el Estado Mexicano contrajo obligaciones frente a la comunidad internacional que no deben ser desconocidas con sólo invocar normas de derecho interno, pues ante cualquier desacato infundado se corre el riesgo de incurrir en una responsabilidad internacional.

Ello, pues si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Código de Justicia Administrativa de Michoacán, el procedimiento administrativo, como instrumento jurídico para acceder a la justicia administrativa, está instituido para la defensa de actos de autoridad que se estimen ilegales y rige para actos y procedimientos administrativos entre el particular y las dependencias, entidades y organismos públicos desconcentrados del Poder Ejecutivo Estatal, la Auditoría Superior de Michoacán, la Administración Pública Municipal, los Organismos Públicos Autónomos y como bases normativas para los ayuntamientos y las dependencias, entidades y desconcentrados de la Administración Pública Municipal; entre otros, para conocer de actos que impongan sanciones por infracciones a las leyes y reglamentos estatales o municipales, de carácter administrativo o en cualquier omisión definitiva de la autoridad administrativa del Estado, previstos específicamente en las fracciones V y X del artículo 154 del Código de Justicia Administrativa de Michoacán.

Cuando —como en el caso— el gobernado acude ante el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, no para demandar la omisión legislativa a fin de que ésta se subsane y con base en los artículos 7 y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en los Procedimientos Administrativos Sancionadores, ni para que como autoridad administrativa el Gobernador del Estado de Michoacán emita el o los reglamentos que garanticen la observancia de dicha convención que fue aceptada por México el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve y publicada en el Diario Oficial de la Federación de siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno, sino a demandar el pago de una indemnización, como consecuencia precisamente de la omisión legislativa en que ha incurrido el Gobernador del Estado; de esto deriva entonces que el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, es legalmente competente como se pondrá de manifiesto.

Esto es, pese a que el ahora quejoso, en su demanda de nulidad, indicó que reclamaba del Gobernador del Estado la omisión de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención en los procedimientos administrativos sancionadores; lo cierto es que del contexto de esa demanda se advierte que su reclamo no deriva de la pretensión de que se le vincule al Gobernador para que expida la normatividad administrativa correspondiente, como lo consideró la autoridad responsable, sino para que responda por los daños que —en concepto del peticionario del amparo— le ocasiona precisamente la ausencia de la normativa que —agrega dicho peticionario— permita garantizar las restricciones de la libertad en el ámbito de la actividad punitiva de esa rama de gobierno; y se determine —en su caso— el grado de responsabilidad por culpa administrativa derivada de la citada omisión, o sea para que el tribunal administrativo conozca y resuelva sobre la pretensión deducida, siendo que la causa de pedir descansa su fundamentación en una convención internacional.

En efecto, si el ahora quejoso no reclama la omisión legislativa sino, como consecuencia de ella, el pago de daños y perjuicios, entonces el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Michoacán, debe pronunciarse sobre las pretensiones del accionante, pues contrariamente a lo que se argumentó en el acto reclamado, aquél sí tiene competencia para llevar a cabo el control de legalidad de esos actos, de conformidad con lo dispuesto, entre otros, en los preceptos legales del Código de Justicia

Administrativa de Michoacán, que en lo que interesa en seguida se transcriben:

*“Artículo 154. El Tribunal será competente para conocer y resolver en forma definitiva de las controversias que en juicio se promuevan en contra de los actos o resoluciones definitivos, dictados, ordenados, ejecutados o que se pretenda ejecutar, según corresponda, por el Poder Ejecutivo, de la Auditoría Superior de Michoacán, por los ayuntamientos, por los organismos autónomos, las entidades u organismos descentralizados o desconcentrados, estatales o municipales:*

I...

X. Que consistan en cualquier acto u omisión definitivos de las autoridades administrativas del Estado, de los ayuntamientos y de sus entidades paraestatales o municipales, que afecten los intereses jurídicos de los particulares;

XI. Que resulten derivados de la prestación de servicios de policías municipales o estatales y las instituciones de seguridad pública;”.

*“Artículo 155. Además, tendrá competencia para:*

I... Para conocer de juicios de pago de daños y perjuicios derivado de actos o resoluciones consumados de manera irreparable en perjuicio del particular por las autoridades administrativas”.

Así pues, si el quejoso acudió ante el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, a demandar al Gobernador del Estado de Michoacán, el pago de trescientos mil pesos, por la omisión que como causa de pedir le atribuye -consistente en: *“La omisión de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en los Procedimientos Administrativos Sancionadores”*; lo cual dicha parte estimó afectó su interés jurídico y los actos que ello generaron se derivaron de la prestación de servicios de policías estatales y de las instituciones de seguridad pública- es inconcuso que la pretensión del quejoso se ubica en las hipótesis previstas en las porciones normativas que establecen los preceptos con anterioridad transcritos; respecto de las cuales el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán, tiene competencia legal para conocer de ese acto administrativo y someterlo al control de legalidad, a fin de determinar si el Ejecutivo del Estado, incurrió, o no, en la omisión legislativa que se le atribuye y, en su caso, determinar si procede, o no, el pago de aquella cantidad.



Por lo que es incuestionable que no por el hecho de que algunos de los actos impugnados correspondan a la seguridad pública, el tribunal carezca de competencia legal para conocer de todos los actos vinculados con ella, en términos del artículo 2 del Código de Justicia Administrativa del Estado; puesto que tiene como obligación esencial encausar las pretensiones del gobernado al límite de su competencia, para no denegar justicia, que como garantía individual prevé el artículo 17 Constitucional.

Esto es, si bien conforme al aludido precepto legal, no procede la admisión de la demanda de nulidad respecto de algunos de los actos impugnados por el peticionario del amparo; ello debió traer como consecuencia que no se admitiera sólo por tales actos; pero no excluye su competencia legal para conocer de actos que no queden comprendidos bajo aquella norma sino en una diversa, acorde con la leyes del fuero que rigen su actuación; atendiendo a la razón de la pretensión o título que es la causa petendi y cuya competencia la vincula a resolver sobre ellos.

Es así que el juzgador, sobre la base no formalista de un fundamento de hecho, debe evaluar si la esencia y relevancia de lo planteado es conforme con el ordenamiento, todo ello de una manera razonable, integral y no rigorista, sin desvincularlo de los efectos o consecuencias de la esencia de la pretensión, privilegiando una respuesta basada en la verdad fáctica y real por encima de la procesal.

Lo anterior implica un pronunciamiento completo y amplio de la litis propuesta atendiendo a la solución de fondo, al problema jurídico y a la controversia.

Por ello es que asiste razón al peticionario del amparo en su argumento, de que la noción de acceso a la jurisdicción es un reconocimiento constitucional para que las personas acudan ante los tribunales a dilucidar sus pretensiones procesales ante el surgimiento de los litigios; pues se encuentra consagrada como garantía individual en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y garantiza a todos los gobernados la administración de justicia a cargo de órganos jurisdiccionales competentes e independientes, que resuelvan las controversias respectivas de manera pronta, completa e imparcial, en los plazos y términos que fijen las leyes; máxime si se considera que -por regla general- en nuestro sistema jurídico nacional todo acto de autoridad, incondicionalmente, debe estar siempre sujeto al escrutinio y control jurisdiccional de las autoridades de instancia.

...

No obsta que el efecto negativo del acto atribuido de referencia, el quejoso lo haya derivado de la falta de aplicación de los artículos 7.5, 8.1, y 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, adoptada por el Estado Mexicano en la ciudad de San José de Costa Rica, el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, publicada en el Diario Oficial de la Federación de siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno, que salvaguarda, además de otros, los derechos humanos.

Esto, pues cuando los gobernados acuden ante los tribunales previamente establecidos a defenderse de actos y procedimientos de autoridad que estimen ilegales, bajo el argumento de irregularidad administrativa derivada de la inobservancia un tratado internacional, las autoridades del Estado Mexicano, quedan obligadas a resolver sobre los vicios de inconstitucional indirecta, también llamados de legalidad que en tales términos se les planteen, en observancia de lo dispuesto en el precepto 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que:

*“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.*

Es así, por cuanto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que rige el sistema jurídico nacional desde mil novecientos diecisiete, en ese numeral consagra los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ellas emanan, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, por el Presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión.

Luego, como el dispositivo constitucional de referencia otorgó el rango de ley del país a los tratados celebrados y que en un futuro se suscriban por el Presidente de la República, sin más condición para ello que la de que no sean contrarios a la propia Constitución y sean aprobados por el Senado; es inconcuso entonces que lo pactado en los tratados queda automáticamente incorporado al derecho interno mexicano, por así ha-

berlo dispuesto el Constituyente; con independencia de que para otros efectos la materia del tratado sea competencia de la federación, o de las entidades federativas, lo cual se apoya en el principio relativo a que no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas para su observancia.

...

Cabe agregar que en materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante. La adaptación (también por remisión) del derecho internacional convencional, requiere de un acto ad hoc. Dicho acto es la orden de ejecución, que consiste en la manifestación de la voluntad de que el tratado sea cumplido, aplicado en el interior del Estado. Esta orden se expresa en fórmulas como: “*para su debida observancia...*” que acompañan la reproducción (que no reformulación, porque es reenvío) del tratado. Regularmente la orden de ejecución está contenida en un decreto o en una ley, de tal suerte que precede a la entrada en vigor del tratado, entrada —que según su naturaleza— se verificará en el momento del cambio de los instrumentos de ratificación o del depósito de un cierto número de ratificaciones, de acuerdo con lo explicado.

Respecto al sistema de adaptación en México, se optó por el especial, ya que debe ser un decreto del presidente de la República publicado en el Diario Oficial de la Federación, donde se da a conocer que un determinado tratado ha sido aprobado por él mismo y por el Senado, tal como lo establece el artículo 70 de la Constitución que ordena:

*“Artículo 70. Toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto. Las leyes o decretos se comunicarán al Ejecutivo firmados por los presidentes de ambas Cámaras y por un secretario de cada una de ellas, y se promulgarán en esta forma: ‘El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta: (texto de la ley o decreto).’...”*

Ese postulado se ve reforzado, no sólo por la fuerza normativa que representan los compromisos internacionales sino sobre todo por el hecho de que es suscrito por el presidente de la República en su carácter de jefe de Estado y la participación del Senado en el proceso, que representa la participación de las entidades federativas en el proceso de incorporación de un compromiso internacional al derecho positivo mexicano.

En efecto, los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades del Estado parte frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, el que por medio de su ratificación obliga a las autoridades de los Estados; sin que exista limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas; además, incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, las autoridades mexicanas quedan vinculadas también a invocar la jurisprudencia de tribunales internacionales, como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos, que han sido definidos por la doctrina como el conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.

También existen opiniones en relación a que cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, los tratados o convenciones suscritos por el Estado Mexicano que los regulan, deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales deben concebirse como una extensión de lo previsto por ella respecto a los derechos fundamentales.<sup>1</sup>

Al respecto aplica —por compartirse— la tesis aislada del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, del tenor siguiente: ***JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.*** *Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y*

<sup>1</sup> ...

*dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos”.*

...

Así pues, los tratados celebrados por el Estado Mexicano no pueden desconocer o alterar las garantías y derechos del hombre, en tanto éstos constituyen la razón y el objeto de nuestras instituciones; por ello, es que Ley Fundamental obliga a las autoridades mexicanas a respetarlos; de ahí que sea válido sustentar que bajo ninguna circunstancia puede ser ignorados por las autoridades al emitir los actos que les corresponda de acuerdo a su ámbito competencial; dado que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deberán adecuarse a las diversas finalidades de esos medios de defensa; y que al margen de que el Código de Justicia Administrativa de Michoacán, no obstante haber entrado en vigor el treinta de noviembre de dos mil siete, esto con excesiva posterioridad a la concertación del tratado de San José, no se hubiese adecuado al marco jurídico de ese instrumento internacional, tan luego fue ratificado por México, de ninguna manera exonera a la autoridad responsable, ya que debe atender a él por mandato expreso del artículo 133 constitucional.

Tanto más que el principio pro homine es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

En ese orden, ha de establecerse que los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en

revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el dieciocho de abril de dos mil siete, cuando determinó:

*“El concepto de interés superior del niño, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos y cuyos criterios, por tanto, son obligatorios”.*

...

Luego, al haber considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dado que México aceptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo cual conduce a este tribunal colegiado a considerar que todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la citada Corte Interamericana al decidir el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en la sentencia emitida el veintiséis de septiembre de dos mil seis.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano*, sustentó lo siguiente:

‘128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

‘124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también serán sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas

De ahí que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer ‘el control de convencionalidad’, respecto a actos de autoridad —entre ellos, normas de alcance general— conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del Presidente de la República; que tiene como propósito que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos; control que queda depositado tanto en tribunales internacionales —o supranacionales— como en los nacionales, a quienes mediante el mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como la interpretación de éstas, a través de políticas y leyes, que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

Como consecuencia de lo cual, se impone establecer que las autoridades del estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno —además de las legislativas— medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

...

Eso significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos —en principio— quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado Mexicano ratificó un tratado internacional —como la Convención Americana— como parte del

que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Inter- americana, como su último intérprete.

Cabe establecer que en la doctrina se ha sustentado que existen dos tipos de control de convencionalidad: en sede internacional y en sede interna.<sup>3</sup>

I. En sede internacional se actualiza cuando, en ejercicio del control de convencionalidad, que es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos u otros tratados —aplicables— con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto; la Corte Interamericana dicta una sentencia y ordena la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.

También se actualiza cuando el Estado no ha cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención) para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, la Corte Interamericana en sentencia le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad.

A guisa de ejemplo de las hipótesis precedentes, se presentan dos modalidades o formas:

a) Una, cuando los constituyentes expiden una nueva Constitución o reforma constitucional, o los legisladores expiden una ley, o la administración dicta un acto administrativo, en incompatibilidad con el artículo 2 de la Convención (‘Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno’) violando los derechos humanos reconocidos en la Convención, se-

<sup>3</sup> ...



gún el caso; también ocurre la incompatibilidad de la jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales con el tratado.

b) Otra, cuando los legisladores omiten expedir una ley a que está obligado internacionalmente el Estado por el artículo 2, para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

En la primera modalidad, se trata de una violación por acción y en la segunda, una violación por omisión. Estas en el derecho constitucional se denominan omisiones legislativas absolutas.

En la segunda modalidad —casos de control de las omisiones legislativas absolutas— propiamente control normativo de ningún tipo, ni concreto, ni abstracto: la cuestión es, precisamente, que no hay norma que controlar.

La incompatibilidad normativa genera un conflicto que la Corte Interamericana resuelve, según su construcción jurisprudencial, declarando *inconvenional* la norma nacional. Entonces, podría afirmarse que es una especie de Control de Convencionalidad concentrado, por ser la Corte Interamericana su juez natural.

II. El tipo de control de convencionalidad en sede interna se actualiza cuando el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana.

Consecuente con lo considerado, es válido sustentar que el control de convencionalidad -tanto en sede internacional como nacional- lo representa el examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos -acción u omisión- internacionalmente ilícitos; que como técnica jurídica de control tiene por objeto preservar y garantizar el ejercicio de los derechos establecidos a favor de los gobernados tanto en el derecho nacional como en el internacional.

De ello se deriva la consideración de que en el juicio de convencionalidad:

1. Por ‘acción’ del legislador: es posible declarar que la existencia de una determinada legislación pueda generar la violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos...

2. Por la ‘omisión’ del legislador: en cuyo caso lo que viola un derecho reconocido en la Convención no es tanto la existencia de una legislación como su inexistencia.

Lo hasta aquí expresado conlleva a este cuerpo colegiado a determinar que en el caso concreto, la autoridad responsable frente a lo que el quejoso demandó del Ejecutivo del Estado, en torno al pago de trescientos mil pesos por la omisión que le atribuyó en expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia y la aplicación —en los procedimientos administrativos— de los artículos 7.5, 8.1, y 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, está legalmente vinculado a observar el control de convencionalidad en sede interna, que implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, además de las legislativas, medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevan a cabo los organismos internacionales.

Sin que sea jurídico sustentar que para controlar el aludido acto de autoridad que pretendió impugnar en sede administrativa el quejoso, sólo podía hacerlo a través del juicio de control constitucional, previsto en los artículos 103 y 107 de la Carta Magna; por cuanto el juicio de amparo no es un medio de defensa ordinario sino un medio de control constitucional que conforme a su naturaleza, tiene el carácter de extraordinario; por lo que procede únicamente respecto de aquellos actos contra los cuales la ley secundaria no concede recurso alguno, por virtud del cual puedan repararse los perjuicios que dichos actos ocasionan al gobernado.

Menos cuando el amparo no constituye un mecanismo para determinar condenas, como la de trescientos mil pesos que le reclama al Gobernador del Estado de Michoacán, como consecuencia de la inactividad legislativa que le atribuye;...

...

Así, como consecuencia de la parte que resultó fundada de los conceptos de violación analizados, debe concederse la protección constitucional impetrada, para que la autoridad responsable acate los efectos siguientes:

1. Deje insubsistente el acto reclamado.
2. Dikte uno nuevo en el que:

*CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE NORMAS JURÍDICAS*

2.1. Reitere las consideraciones que en este fallo se determinó son legales.

2.2. Siguiendo los lineamientos establecidos en esta ejecutoria prescinda considerar que no tiene facultades para pronunciarse respecto a la aplicación de normativos contenidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

2.3. Atendiendo a lo que el quejoso le expresó en el recurso de reconsideración, determine si corresponde admitir, o no, la demanda de nulidad promovida por el quejoso, únicamente en lo que se refiere al acto que le atribuye al Ejecutivo del Estado, sin desatender a las disposiciones de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que resulten aplicables.

Concedida la protección por el indicado capítulo de queja resulta innecesario el estudio de los demás conceptos de violación,...

Por lo expuesto y con fundamento en los artículos 76, 77, 78, 188 y 190 de la Ley de Amparo, se resuelve:

**ÚNICO.** La Justicia de la Unión ampara y protege a Raúl Negrete Rodríguez contra el acto reclamado a la autoridad señalada como responsable, precisado en el mismo resultando. El amparo se concede para los efectos señalados en el último considerando de esta ejecutoria.

Notifíquese; publíquese;...

...

## PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO CRITERIOS PARA EL ANÁLISIS DE SOLICITUDES MIGRATORIAS

*Sinopsis:* La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica concedió un amparo en el cual se refirió al principio de reunificación familiar y al interés superior del niño. Un ciudadano extranjero con residencia permanente en Costa Rica solicitó a la autoridad migratoria de ese país una visa de ingreso restringido a favor de su hija menor de edad y de su esposa. La autoridad concedió la visa a la menor de edad pero no así a la esposa, argumentando que no se cumplieron los requisitos establecidos por la ley en la materia aplicados a los extranjeros para poder residir legalmente en ese país. Al respecto, en el amparo solicitado a la Sala Constitucional, el recurrente señaló que dicha resolución era contraria al principio de reunificación familiar que se deriva del derecho a la protección especial del Estado a la familia.

En su sentencia, con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos, así como en diversos instrumentos internacionales en la materia, la Sala Constitucional refirió, entre otros, que conforme al principio de reunificación familiar, el Estado tiene la obligación de velar por la estabilidad del núcleo de familia. Asimismo, señaló que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida familiar, por lo que aún cuando los padres estén separados de sus hijos, su convivencia debe estar garantizada. Por otra parte, la Sala Constitucional también estableció que debe tomarse en cuenta el interés superior del niño conforme al cual, entre otros, los Estados tienen el deber de evitar la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de los padres. Adicionalmente, señaló que, en concordancia con el mismo, los Estados deben atender toda solicitud formulada por un niño o por sus padres para entrar a un Estado o para salir de él en forma positiva, humanitaria y expedita. La Sala Constitucional también refirió que la autoridad migratoria no evaluó que la esposa del recurrente, como madre de la menor de edad, es quien tiene que

## REUNIFICACIÓN FAMILIAR Y SOLICITUDES MIGRATORIAS

acompañarla durante su viaje. En consecuencia, además de otras consideraciones, la Sala Constitucional estimó como arbitraria la resolución de la autoridad migratoria por no haber tomado en cuenta el interés superior del niño ni la protección que el Estado debe otorgar a la familia por medio de su reunificación. Por lo tanto, concedió el amparo solicitado.

En su sentencia, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica aludió, entre otros, a la Opinión Consultiva OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y, a la Declaración Universal de Derechos Humanos. La sentencia se encuentra acompañada de un voto conjunto.

*Synopsis: The Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica granted an amparo whereby it referred to the principle of family reunification and the superior interest of the child. A foreign citizen with permanent residence in Costa Rica requested the migration authorities of Costa Rica a restricted entrance visa for his minor daughter and wife. The authorities granted a visa to his daughter but denied it to his wife, stating non-compliance with the requirements under the law applicable to foreigners to reside legally in Costa Rica. To that end, under the amparo requested to the Constitutional Court, the appellant pointed out that such resolution was contrary to the principle of family reunification resulting from the right of special protection of the State to the family. In its sentence, the Constitutional Chamber stated that, based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, as well as on various international instruments in such matter, the State is obliged to look after the stability of the nuclear family. Likewise, the Constitutional Chamber pointed out that the enjoyment of living together of parents and children is a fundamental element of family life. Therefore, even when parents are separated from their children, their living together must be guaranteed. On the other hand, the Constitutional Chamber also established that the superior interest of the child must be taken into account. Thus, the States have the duty to avoid separating a nuclear family and promote the necessary conditions for the family to enjoy the permanent presence of their parents. Additionally, the Constitutional Chamber pointed out that pursuant to this, the States must consider any request made by a child or their parents to enter or to exit a State in a positive, humanitarian and easy manner. The Constitutional Chamber also mentioned that the migration authorities did not take into*

*account that the appellant's wife is, as the minor's mother, the person in charge of accompanying the minor on her trip. Consequently, apart from any other considerations, the Constitutional Chamber considered that the resolution of the migration authorities was arbitrary since it did not take into account the superior interest of the child nor the protection that the State must provide families for their reunification. Therefore, the amparo requested was granted.*

*In its sentence, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica referred, inter alia, to Advisory Opinion OC-17/02, Juridical Condition and Human Rights of the Child, of the Inter-American Court of Human Rights; the United Nations Convention on the Rights of the Child; and the Universal Declaration of Human Rights. The sentence is accompanied by a joint vote.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA CONSTITUCIONAL  
COSTA RICA

RECURSO DE AMPARO  
INTERPUESTO A FAVOR DE QIFEN LI, SHUHUAI  
SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2009

...

## **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...**

Recurso de amparo, interpuesto por Mario Alberto Zamora Cruz, ... a favor de Qifen Li, Shuhuai Wu, XXX, contra la Dirección General de Migración y Extranjería.

### **Resultando:**

#### **1.-**

...se apersona el recurrente y manifiesta que Shunhuai Wu es costarricense y solicitó visa para su hijo menor de edad y su esposa Qifen Li. Indica que el siete de abril de dos mil ocho, la Dirección recurrida otorgó la visa a XXX y el nueve de abril de dos mil ocho denegó la visa a la esposa Rifen Li, madre de su hijo, porque no tiene vínculo, por lo que solicita el otorgamiento de la visa a Rifen Li para lograr una reunificación familiar.

#### **2.-**

Informa bajo juramento Mario Zamora Cordero, en su condición de Director General de Migración y Extranjería..., que el señor Shuhuai Wu es residente costarricense... Sin embargo, aclara que el parentesco con nacional no es lo mismo que el parentesco con extranjero con residencia permanente, son dos situaciones jurídicas absolutamente diferentes, al no ser equivalentes la condición de nacional a la de residente; únicamente habilita para residir legalmente en el país con el status de residente no se pierde la condición de extranjero. Los extranjeros no gozan de ciudadanía y lógicamente no son costarricenses, por lo que es totalmente improcedente otorgar el status de residente permanente a la esposa del señor Shuhuai Wu, ya que lo que existe es un vínculo de residente y una extranjera. Señala que la propia Constitución Política y la Ley permiten establecer diferencias lógicas y razonables entre nacionales y extranjeros, sin que ello implique violación al principio de igualdad, según lo confirma la jurisprudencia de la Sala Constitucional; además, en materia de derechos fundamentales, las únicas diferencias



válidas entre nacionales y extranjeros, son los que tienen rango constitucional o cuando la medida se ajuste plenamente a criterios de razonabilidad y proporcionabilidad y no sea contraria a la dignidad humana. Afirma que el señor Shuhuai Wu solicitó visa para su hijo menor de edad XXX y su esposa Qifen Li. La misma fue resuelta bajo la resolución D.G.V.R.2104-2008 JFS... del 9 de abril del 2008. Indica que la visa de Qifen Li se le denegó por no reunir los requisitos de ingreso señalados en la Ley 8487 de Migración y Extranjería, más en concreto por no cumplir con los atestados del artículo 73, inciso a) y b), el mismo que reza: “Podrán optar por esta categoría migratoria, las personas extranjeras que cumplan los siguientes requisitos: a. La persona extranjera, su cónyuge y sus familiares de primer grado por consanguinidad que hayan gozado de una residencia temporal durante tres años consecutivos. b. La persona extranjera con parentesco de primer grado por consanguinidad con ciudadano costarricense, entendiéndose como tales a los padres, hijos menores o mayores con discapacidad y hermanos menores o mayores con discapacidad, al igual que aquella casada con costarricense.” De modo que, al ser el señor Shuhuai Wu extranjero y su esposa Qifen Li también, ambos son de nacionalidad china y al no tener entre ambos un vínculo, no cumple con lo establecido en el numeral 73 de la Ley 8487. Manifiesta el recurrido que es imposible por parte de la Dirección General de Migración y Extranjería otorgar la visa a favor de Qifen Li para lograr la reunificación familiar, ya que el recurrente no cumple con los requisitos que establece la Ley 8487, misma que dicta los requisitos a cumplir por parte de los extranjeros para estar legalmente en el territorio nacional. Por lo tanto el extranjero con familia extranjera debe sujetarse a los parámetros que se fijan en la norma, con el fin de que el Estado pueda controlar el ingreso y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional. Por todo lo anterior, solicita se declare sin lugar el presente recurso de amparo, al no haberse violentado derecho fundamental alguno al amparado.

3.-

...

5.-

En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada **Abdelnour Granados**; y,

**Considerando:**

**I.-**

Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos:

a) El cinco de marzo de dos mil ocho, el señor Shuhuai Wu, presentó solicitud de Visa de Ingreso Restringido a Costa Rica a favor de su esposa Qifen Li y de su hija menor de edad xxx, ante la Dirección General de Migración y Extranjería...

b) Mediante resolución D.G.V.R.2104-2008-JFS del nueve de abril de dos mil ocho, la Dirección General de Migración y Extranjería, denegó la solicitud de Visa de Ingreso Restringido a Costa Rica a favor Qifen Li...

c) La Dirección General de Migración y Extranjería, le otorgó la visa de ingreso a Costa Rica al menor XXX, quien es la hija de la amparada Qifen Li (folio 82).

**II.-**

Objeto del recurso. El recurrente reclama que la resolución de la Dirección General de Migración mediante la cual, se denegó la solicitud de visa de ingreso del cónyuge del amparado extranjero, es ilegítima pues atenta contra el principio de reunificación familiar que se deriva del derecho a la protección especial del Estado a la familia.

**III.-**

Sobre el fondo. Esta Sala, con anterioridad ha conocido casos como el que nos ocupa, particularmente en la sentencia número 2007-05813... en lo que interesa señaló:

**“III.-**

**PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR.** *El Derecho de la Constitución le prodiga una protección especial del Estado a la familia, sea ésta de hecho o de derecho, tanto es así que el ordinal 51 de la Constitución Política proclama que esa institución es el “elemento natural y fundamento de la sociedad”. El núcleo familiar es básico y primordial para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que lo conforman o integran y, por consiguiente, de todo el conglomerado social. Bajo esa inteligencia, ninguna política pública, instrumento legal o reglamentario o, en general, actuación administrativa activa u omisiva puede propender a la desintegración o desmembración de la familia*

*como base esencial de la sociedad, puesto que, de lo contrario se transgredería, palmariamente, lo que el Título V de nuestra Carta Política consagra como un Derecho y una Garantía Social y que, de por sí, constituye un valor constitucional que debe orientar la libertad de configuración legislativa y la función o gestión administrativas. Resulta lógico que tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentran en nuestro territorio, tienen el derecho a gozar de la protección especial, por parte del Estado Costarricense, de la familia como célula básica (artículo 19 de la Constitución Política) y de contar con todos los instrumentos reaccionales para impugnar cualquier actuación formal o material de los poderes públicos tendiente a enervar ese derecho fundamental el que, por esa sola condición, debe tener una eficacia directa e inmediata y una vinculación más fuerte. Sobre este tema, este Tribunal, con redacción del Magistrado ponente, en la sentencia N° 2005-16860... del 6 de diciembre de 2005, resolvió lo siguiente:*

*“(...) **PRINCIPIO DE LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR.** La familia como núcleo central de protección por parte del Estado ha sido un tema desarrollado, jurisprudencialmente, en los distintos sistemas regionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, resulta valioso citar lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión Consultiva número OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, no sin antes reiterar que tanto las sentencias como las opiniones consultivas vertidas por ese Tribunal forman parte del parámetro de desarrollo de los derechos humanos en el plano regional. Bajo esta inteligencia, en atención a lo establecido en el ordinal 48 de la Constitución Política -en el sentido que el proceso de hábeas corpus tiene por propósito garantizar la libertad e integridad personales consagrados en la Constitución Política y (...) establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (...)-”, este Tribunal Constitucional estima que, incluso, las opiniones consultivas emanadas de esa instancia regional son vinculantes en la interpretación y aplicación de los alcances, contenido y límites de los Derechos humanos en el ámbito del Derecho interno costarricense. Así, en la supracitada opinión consultiva, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:*

*‘...la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene*

*la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental [...]” (apartado duodécimo). Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna (infra 86).’ (el resaltado no pertenece al original).*

*En este mismo sentido, su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia si bien no resulta vinculante para nuestro país, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sirve como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, y en este sentido como parámetro de interpretación e integración en materia de defensa derechos humanos, ha establecido que ‘el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención.’ (Caso Buchberger versus Austria, Sentencia del 20 de diciembre del 2001, p.35; Caso Ahmut versus Holanda, Sentencia del 27 de noviembre de 1996, p. 60).*

(...)

*Con base en lo expuesto, se puede afirmar que parte del contenido esencial del derecho a la unidad familiar radica en la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas, por lo que una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la desmembración o separación de la familia.”*

#### **IV.-**

**SOBRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.** *En lo que atañe al Derecho de los Derechos Humanos, es preciso indicar que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (aprobada y ratificada por nuestro país, mediante, la Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990, la cual entró en vigencia, a tenor del numeral 2 de ese instrumento legal, el día de su publicación en La Gaceta No. 149 del 9 de agosto de 1990), le establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2º), tales como el derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7º) y el derecho a un “nivel de vida adecua-*

do para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (artículo 27). De la misma manera, ese instrumento internacional le fija una serie de obligaciones a los Estados parte o signatarios, tales como la de velar “(...) porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...) excepto cuando, a reserva de revisión judicial, (...) tal separación es necesaria en el interés superior del niño” (artículo 9 párrafo 1º) y atender toda solicitud, formulada por un niño o por sus padres, para entrar en un Estado parte o para salir de él en forma positiva, humanitaria y expedita (artículo 10, párrafo 1º). La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, precisa en su artículo 16, párrafo 3º, que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1º, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966). Por su parte, el artículo 25, párrafo 2º, de la supraindicada Declaración señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales (...)” y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1º, se establece que “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna ... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. De las normas de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos transcritas, resulta, a todas luces, que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental. Los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos, han sido también, desarrollados en el plano infraconstitucional. Así, el Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley No. 7739), al definir su ámbito de aplicación preceptúa que se aplicará a todo menor de edad “... sin distinción alguna, independientemente de la etnia...la nacionalidad...” (artículo 3º) y puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada debe ser el interés superior del niño (artículo 5º). El ordinal 17 de ese cuerpo normativo, estipula que **“Para los efectos de ingreso y permanencia de las personas extranjeras menores de edad, la aplicación de la legislación migratoria vigente será valorada por las autoridades administrativas competentes, en resguardo del interés propio de este grupo, a fin de ga-**

**rantizar condiciones que procuren el respeto de sus derechos en un ambiente físico, social y mental sano**". El numeral 30 establece el Derecho a la Vida Familiar, al indicar que los menores de edad "(...) tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidadas por ellos (...)" y el precepto 33 regula el Derecho a la permanencia con la familia al disponer que los menores de edad "(...) no podrán ser separados de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley (...)".

**IV- Sobre el caso concreto.** En el caso bajo estudio, se tiene que el amparado Shuhuai Wu, presentó ante la Dirección General de Migración y Extranjería, solicitud de visa de ingreso a Costa Rica a favor del menor de edad XXX y de su madre Qifen Li, siendo que la solicitud del menor fue aprobada y la de la amparada denegada mediante la resolución D.G.V.R 2104- 2008 JFS de las nueve horas veinte minutos del nueve de abril de dos mil ocho. En el presente caso se tiene que al menor XXX, se le otorgó la visa de ingreso, siendo que con base en lo esbozado en el considerando anterior, este Tribunal concluye que la denegatoria de la visa de ingreso solicitada por la amparada es violatoria de los derechos fundamentales de la misma, particularmente al de reunificación familiar, por cuanto no se tomó en consideración que la amparada, como madre del mismo, es quien tiene que acompañarlo durante el viaje. Aunado a ello, el fundamento utilizado por la autoridad recurrida para denegar la solicitud de visa de ingreso fue falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordinal 73 de la Ley de Migración y Extranjería; sin embargo, tales requisitos deben ser analizados para otorgar la residencia permanente, no así la visa de ingreso al país. En ese sentido, no pretende esta Sala pasar por alto el cumplimiento de los requisitos legales, por cuanto si la amparada eventualmente presentara solicitud de visa, ésta deberá ser analizada a la luz de todos los preceptos normativos; así, lo que se pretende es verificar que una denegatoria a una solicitud presentada ante la Dirección General de Migración y Extranjería no sea arbitraria, tal y como si lo es en el caso concreto, pues no se tomó en consideración el interés superior del menor, así como tampoco la protección que el Estado le da a la familia por medio de la reunificación familiar. Así las cosas, lo procedente es declarar con lugar el recurso, como en efecto se ordena. Los Magistrados Calzada y Cruz salvan el voto y declaran sin lugar el recurso.

**Por tanto.**

Se declara con lugar el recurso. Se anula la resolución D.G.V.R. 2104-2008 JFS... del nueve de abril de dos mil ocho de la Dirección General de Migración y Extranjería. Se ordena a Mario Zamora Cordero, o a quien ocupe el cargo de Director General de Migración y Extranjería, que **EN FORMA IN- MEDIATA** se autorice el ingreso a nuestro país a Qifen Li, de nacionalidad china, en los mismos términos en los que se autorizó el ingreso de la menor de edad XXX, si otra causa no lo impide. Se le advierte a Mario Zamora Cordero, o a quien ocupe el cargo, de Director General de Migración y Extranjería, que de no acatar la orden dicha, incurrirá en el delito de desobediencia y, que de conformidad con el artículo 71 de la Ley de esta jurisdicción, se le impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese la presente resolución al Director General de Migración y Extranjería, en forma personal. **COMUNÍQUESE.-**

## RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA FALTA DE PREVENCIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS PERPETRADA POR PARTICULARES Y DEBER DE REPARACIÓN INTEGRAL

*Sinopsis:* La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia resolvió un recurso de apelación interpuesto en el marco de una acción de reparación directa contra el Estado. En la presente sentencia, la Sala se pronunció sobre la responsabilidad estatal por una omisión de la fuerza pública que posibilitó la desaparición forzada, cometida por particulares, de tres campesinos. La Sala se refirió a la falla en el servicio en que incurrieron tanto miembros del Ejército como de la Policía Nacional quienes, no obstante que habían sido informados de los hechos que estaban ocurriendo contra los campesinos, no se movilizaron ni iniciaron las gestiones necesarias para evitar su desaparición forzada o para limitar al máximo las consecuencias de la misma, ya que posteriormente se abstuvieron de detener a los responsables. La Sala señaló que tanto el Ejército como la Policía Nacional se encontraban en una posición de garante y que, por lo tanto, incumplieron su deber de protección y seguridad a la vez que actuaron de manera permisiva frente a la desaparición forzada de los campesinos. Además, determinó que la omisión en que ocurrió la fuerza pública constituía una violación al deber de prevenir que se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la Sala destacó que la desaparición forzada de personas constituye una grave violación a los derechos humanos clasificada como un delito de lesa humanidad y que, el gobierno y, en general, las fuerzas de poder, se legitiman en la medida en que sean respetuosos y garantes de los derechos humanos.

Una vez establecida la responsabilidad del Estado, la Sala procedió a valorar los perjuicios. Al respecto, señaló que en todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado por graves violaciones a derechos humanos es posible ordenar medidas de reparación integral, es decir, medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la justicia internacional ha desarrollado, entre otras: la *restitutio*



## RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALTA DE PREVENCIÓN

*in integrum*, la indemnización por daños materiales e inmateriales, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La Sala señaló que en cada caso concreto, el juez nacional debe verificar las potestades y facultades con que cuenta para lograr el resarcimiento del perjuicio, bien sea a través de medidas indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo posibilitan, mediante la adopción de otras medidas o disposiciones de distinta naturaleza, como las ya señaladas.

En la presente sentencia, la Sala se remitió a diversas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entre otros instrumentos. Asimismo, se basó en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* y, *Las Palmeras vs. Colombia*. Asimismo, la Sala se refirió a diversas resoluciones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativos a las obligaciones de los Estados frente a la desaparición forzada de personas.

**Synopsis:** *The Administrative Contentious Chamber of the State Council of Colombia resolved an appeal motion lodged within the framework of a direct reparation action against the State. In this sentence, the Chamber made a decision on the State responsibility for a public force omission enabling the forced disappearance of three peasants perpetrated by private individuals. The Court referred to the failure of their service by both the members of the Army and the National Police who were not, in spite of having been informed about the facts that were taking place against the peasants, mobilized or did not start the necessary proceedings to avoid their forced disappearance or to limit the consequences of same to the maximum, since they refrained from detaining those responsible for the deeds later. The Court pointed out that both the Army and the National Police were acting as guarantors and, therefore, they did not comply with their duty to provide protection and security acting permissively vis-à-vis the forced disappearance of the peasants. Furthermore, the Chamber determined that the omission by the public force was a violation of their prevention duty set forth in article 1.1 of the American Convention on Human Rights. Likewise, the Court highlighted that the forced disappearance of persons is a serious violation of human rights classified as a crime*

*against humanity and thus, the government and, in general terms the forces of power, become legitimate insofar as they respect and guarantee human rights.*

*Once the State responsibility was established, the Chamber assessed the damages. To that end, the Chamber pointed out that in any trial where the patrimonial responsibility of the State is judged on the basis of serious violations of human rights it is possible to order measures for comprehensive reparation, i.e., pecuniary and non-pecuniary measures, identical or similar to those set forth by international justice, inter alia, restitutio in integrum, the indemnity for pecuniary and non-pecuniary damages, rehabilitation, satisfaction and non-repetition guarantees. The Chamber pointed out that in each specific case, national judges must check their powers and authority to achieve compensation of damages either through indemnity measures or, in case it is factually possible, through the adoption of other measures or provisions of a different nature, as pointed out above.*

*In the present sentence, the Chamber made reference to various provisions in the American Convention on Human Rights and the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, among other documents. Likewise, the Chamber was based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the cases of Velásquez Rodríguez v. Honduras; Valle Jaramillo et al. v. Colombia; Heliodoro Portugal v. Panamá; Bámaca Velásquez v. Guatemala; Massacre of Pueblo Bello v. Colombia; Aloboetoe et al. v. Surinam; and Las Palmeras v. Colombia. Similarly, the Chamber referred to the various resolutions by the General Assembly of the Organization of American States and the reports of the Inter-American Commission of Human Rights regarding the obligations of the States vis-à-vis the forced disappearance of persons.*

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
COLOMBIA

RECURSO DE APELACIÓN

INTERPUESTO POR CARMEN ROSA MUÑOZ  
DE SARMIENTO  
SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2009

...

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 14 de diciembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en la cual se decidió lo siguiente:

“**PRIMERO:** Absolver a la Demandada y en consecuencia negar lo pedido.

“**SEGUNDO:** Por Secretaría devolver los dineros no utilizados.

“**TERCERO:** ...

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. El 10 de febrero de 1995, mediante apoderado judicial, Aurora Pardo de Martínez, quien obra en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Bladimir, Wilder Leonardo, Jazmín Adriana y Marllori Astrid Martínez Pardo; Alcira Guevara Pérez, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Luis Celico, José Félix, Jairo, Fredy y Luz Dary Beltrán Guevara, y Carmen Rosa Muñoz de Sarmiento quien obra en nombre propio y en representación de su hija menor Marlene Sarmiento Muñoz, interpusieron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ejército Nacional, para que se le declare patrimonialmente responsable de los perjuicios irrogados, a causa de la desaparición forzada de los señores Álvaro Martínez Parrado, José Arquímedes Beltrán Bejarano y José Fabián Sarmiento Muñoz, ocurrida el 11 de febrero de 1993...

Como consecuencia de la anterior declaración, deprecaron que se condenara a la demandada a pagar: i) los perjuicios materiales en la cuantía que se demuestre en el proceso, con su correspondiente actualización monetaria, y ii) por daño moral, la suma de 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes...

## RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALTA DE PREVENCIÓN

El supuesto fáctico de la demanda se desarrolla, básicamente, a partir de la transcripción de varios documentos entre los que se encuentran: i) la denuncia presentada por la señora Aurora Pardo de Martínez, el 13 de febrero de 1993, por la presunta desaparición forzada de su esposo Néstor Álvaro Martínez Parrado; ii) la denuncia formulada, de igual manera, por la señora Alcira Guevara Pérez por la desaparición de su cónyuge José Beltrán, y iii) la comunicación radicada por la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz, de la Conferencia de Religiosos de Colombia, ante Amnistía Internacional de Londres e igualmente otros organismos internacionales.

...

1.1.7. A partir de las quejas y reclamos presentados por la sociedad civil y los familiares de las víctimas, la Procuraduría General de la Nación, a través de la Oficina de Investigaciones Especiales, asumió la investigación de los hechos con el fin de establecer la eventual responsabilidad de funcionarios del Estado.

...

### 2. Sentencia de primera instancia

En sentencia de 15 de enero de 1999, el Tribunal Administrativo del Meta denegó las pretensiones de la demanda. En criterio de la Corporación, en el asunto *sub examine*, el daño antijurídico no es imputable a la entidad demandada, toda vez que, en su criterio, fue producido por terceros que no se vinculan con la actuación de la fuerza pública.

...

### 3. Recurso de apelación

...

Los fundamentos de la impugnación fueron planteados en los siguientes términos:

3.1. En lo que se refiere a la relación de causalidad, que el tribunal señala como inexistente, debe precisarse que en la demanda se indicó que los hechos ocurrieron como consecuencia de las acciones y omisiones de la fuerza pública que permitieron y facilitaron la actuación de grupos al margen de la ley.

3.2. Se insiste, nunca se pretendió afirmar que los miembros del Ejército y de la Policía Nacional, presentes en el retén, fueran los autores materiales directos del censurable suceso, pero de los relatos y de las pruebas se concluye que la acción de ese grupo de personas al margen de la ley, dada la cercanía temporal y espacial existente entre el retén y el lugar de los hechos, fue producto de la complicidad, inadvertencia o descuido de los agentes del orden público que estaban localizados en esa zona.

...

## II. CONSIDERACIONES

...

### 2. Análisis probatorio y conclusiones

La Sala revocará la decisión apelada y, en su lugar, accederá parcialmente a las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en lo siguiente:

El daño antijurídico, entendido como la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que los demandantes no están obligados a soportar, está acreditado en tanto que de los documentos públicos allegado al proceso se puede verificar que el once de febrero de 1993, en horas de la noche, fueron desaparecidos los señores Néstor Álvaro Martínez, José Arquímedes Beltrán Bejarano y José Fabián Sarmiento Muñoz, en circunstancias que, hasta el momento, no han sido esclarecidas por las autoridades públicas.

En efecto, el daño entendido como la lesión a un interés protegido por el ordenamiento jurídico, y que la persona no está en el deber de tolerar, se delimita en el caso concreto a partir de la verificación de la desaparición forzada de la que fueron víctimas tres campesinos oriundos del municipio de Monfort, que se desplazaban en un campero de servicio público el once de febrero de 1993, y que en extrañas circunstancias fueron retenidos por un grupo de asaltantes que se movilizaban en un campero rojo, según lo precisan los testigos del hecho.

Asimismo, la afectación antijurídica se presenta, de igual manera, para los familiares de las víctimas del delito de desaparición, puesto que ellas

son las que padecen las consecuencias que representa la pérdida de un ser querido en tan deplorables acontecimientos, lo que conlleva a afirmar que el daño antijurídico está establecido y precisado, razón por la cual se torna imperativo abordar el análisis de la imputación, con miras a establecer si el mismo es atribuible a las entidades demandadas o, si por el contrario, fue el producto única y exclusivamente de la actuación de un tercero, lo que enervaría la declaratoria de responsabilidad deprecada.

En esa perspectiva, el problema jurídico que aborda la Sala, se contrae a determinar si se dio una omisión por parte de la fuerza pública que posibilitó la materialización del daño reclamado, consistente en el desaparecimiento de tres ciudadanos, lo cual constituye una grave violación a los derechos humanos toda vez que el delito de desaparición se cataloga como un crimen de lesa humanidad que supone la trasgresión de múltiples derechos y bienes jurídicos esenciales de la persona.

Ahora bien, en cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, en sentido genérico o lato la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto.

En materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar —acción u omisión—, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.

No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabi-

lidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política<sup>1</sup>.

Si la ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir o endilgar las consecuencias jurídicas de un resultado (sanción), previa la constatación de que una trasgresión se enmarca en una específica proposición normativa, es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal y como desde hace varios años se viene demostrando por el derecho penal, lo que ha conllevado a que se deseche el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos e ingredientes normativos (v.gr. el incremento del riesgo permitido, la posición de garante, el principio de confianza, la prohibición de regreso, etc.) dirigidos a establecer cuándo determinado resultado es imputable a un sujeto. Lo anterior, como quiera que es posible que un determinado suceso tenga origen material en una específica conducta (causa material), pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero (v.gr. la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por el hecho de otro; la posición de garante)<sup>2</sup>.

En otros términos, la causalidad —y sus diferentes teorías naturalísticas— puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. *A contrario sensu*, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser.

En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes de tipo normativo para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta endilgable o reprochable la generación del daño.

Así las cosas, en el caso concreto, le asiste razón al apelante al señalar que erró el a quo, al abordar el análisis de imputación por cuanto se cen-

<sup>1</sup> ...

<sup>2</sup> ...



tró en el aspecto activo de la acción, sin tener en cuenta que la *causa petendi* contenía de igual manera, una diáfana censura encaminada a cuestionar la pasividad y tolerancia de la fuerza pública en relación con el desarrollo de los hechos ocurridos el once de febrero de 1993, en los que terminaron desaparecidos los señores Martínez, Beltrán y Sarmiento, a que se hizo referencia en el acápite anterior de esta providencia. En otros términos, la demanda no se centraba en señalar, como equivocadamente lo infirió el tribunal de primera instancia, que fueron militares los que inflingieron el daño antijurídico, sino que, por el contrario, se cuestiona la forma como la Policía y el Ejército Nacional omitieron que el daño se concretara, puesto que de haber actuado en cumplimiento de su deber legal de protección, se hubiera podido evitar el desaparecimiento de los ciudadanos en cuestión.

En consecuencia, la imputación fáctica contenida en la demanda se dirige a censurar la actitud de la fuerza pública, puesto que, según los actores con la omisión en la que se incurrió lo que se hizo fue permitir que se concretara el daño anti- jurídico...

...

En ese orden de ideas, el hecho de analizar la un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto.

...

Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basales sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada<sup>3</sup>. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo – jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es de-

<sup>3</sup> ...

cir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar<sup>4</sup>.

Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos —en términos Kantianos—, con mayor razón los órganos y funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible —puesto que existe el principio de falla relativa del servicio—, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado<sup>5</sup>.

...

En el caso concreto, la imputación fáctica del resultado se hace consistir en la eventual omisión, en la que habrían incurrido los miembros del Ejército y la Policía Nacional al abstenerse de acudir al lugar de los hechos en que se produjo el desaparecimiento de los campesinos de Monfort.

No debe perderse de vista que el retén de la fuerza pública, según dan cuenta los testimonios de los propios uniformados y de las personas que fueron víctimas del asalto a mano armada, se encontraba a diez minutos —aproximadamente dos kilómetros señala otro testigo— del lugar de los hechos en el lugar conocido como la arenera. Así mismo, para la Sala reviste especial importancia el hecho de que la única vía que conduce de Villavicencio a Monfort —y a la inversa—, es aquella en la cual se ejecutó el episodio criminal.

Para la Sala, los testimonios de los uniformados, tanto de la Policía como del Ejército, aunados a las declaraciones de los testigos presenciales del acontecimiento, sirven para dar por acreditado el límite espacial y temporal existente entre el puesto militar y el lugar de los hechos, que según la narración de los declarantes no era otro distinto que el de la cer-

<sup>4</sup> ...

<sup>5</sup> ...

caña<sup>6</sup>, conclusión a la que incuestionablemente se llega en virtud de la prueba que así lo pone de manifiesto.

En ese orden de ideas, le asiste razón al tribunal de primera instancia al señalar que hay ausencia probatoria dirigida a radicar en cabeza de los militares y policías la autoría material por la desaparición de los señores Martínez, Beltrán y Sarmiento; *a contrario sensu*, los testimonios rendidos en el proceso dan cuenta de la forma como sucedieron los hechos y, lo más importante, de la proximidad entre el lugar del retén y aquel donde se produjo el execrable suceso.

...

En esas condiciones, el daño es atribuible en el plano material a las entidades demandadas, puesto que con su comportamiento pasivo, permitieron que se efectuara y consumara la desaparición de los campesinos Martínez, Beltrán y Sarmiento, omisión de la fuerza pública que se integra por varias conductas censurables, puesto que: i) no puede ser tolerado el hecho de que conociendo la circunstancia de asalto, no se hayan movilizado, o al menos iniciado las gestiones necesarias para evitar la producción del daño o limitar al máximo las consecuencias del mismo, toda vez que ello supone la trasgresión del deber de protección y cuidado. En efecto, el hecho de que los uniformados hubieran sido advertidos del suceso criminal, y las dos fuerzas del orden, esto es, Policía y Ejército Nacional se hubieran abstenido de evitar, o efectuar al menos las acciones tendientes a enervar la conducta penal, es demostrativa de la grave omisión en que se incurrió y, ii) que habiendo sido informados tanto los miembros del Ejército como de la Policía Nacional en relación con el asalto del que eran víctimas los campesinos, no hubieran detenido a los criminales en su retorno hacia Villavicencio, ya que como lo sostienen los declarantes, el campero en que se movilizaba el grupo armado ilegal tomó rumbo hacia Villavicencio, es decir, necesariamente tuvo que traspasar, de nuevo, el retén militar – policial, ahora con nueve ocupantes, los seis delincuentes más los tres campesinos<sup>7</sup>, única vía que según los declarantes conecta a los dos municipios referidos.

Definidos los anteriores aspectos, para la Sala el daño deviene imputable jurídicamente a las entidades demandadas, a título de falla del servicio, puesto que estando en posición de garante, tanto la Policía como el

<sup>6</sup> ...

<sup>7</sup> ...

Ejército Nacional incumplieron con el deber de protección y seguridad encomendado constitucionalmente; igualmente, actuaron de manera permisiva en la producción del mismo, el cual, por cierto, constituye una grave violación a derechos humanos, en una de sus más censurables y execrables modalidades que es la desaparición forzada y, por lo tanto, la más brutal trasgresión al derecho de integridad personal, tanto así que ha sido clasificado como delito de lesa humanidad.

En efecto, de otro lado, no resulta admisible, en modo alguno, que el Estado se escude en la supuesta peligrosidad del sitio donde se produjo la desaparición de los campesinos, porque tal y como lo reconocen los testigos, la distancia entre el lugar donde estaban dispuestos los efectivos del Ejército y la Policía, no suponía una distancia vehicular en tiempo superior a diez minutos, razón por la cual no se puede acudir al concepto de *relatividad de la falla*<sup>8</sup>.

La omisión, entendida como una conducta pasiva o inactiva de un sujeto, puede contribuir a que se genere una modificación en el mundo exterior que sea imputable a la administración pública. En efecto, por regla general, las autoridades están obligadas por la ley al cumplimiento de una serie de exigencias y deberes que deben ser ejecutados en los términos y parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico (v.gr. artículo 2 Constitución Política)<sup>9</sup>. Un desconocimiento de los principios y reglas que imponen estas exigencias en cabeza de la organización pública puede acarrear, *prima facie*, un pronunciamiento de responsabilidad institucional por la no ejecución, o tardío cumplimiento de las obligaciones estatales, lo que traduce la falla del servicio.

...

En consecuencia, si bien en el asunto *sub examine* el daño fue cometido por un grupo armado al margen de la ley, lo cierto es que el mismo se posibilitó y concretó a partir de la falla del servicio en que incurrieron las entidades públicas demandadas, toda vez que lo decisivo en la causación del perjuicio fue el *iter* de acontecimientos en los cuales la autoridad jugó un papel preponderante como quiera que al no evitar la materialización de la desaparición, procediendo a la captura de los criminales y, por el contrario, se abstuvo de ello, incurriendo así en una clara omisión en el cumplimiento de las funciones legales, y ello en atención a que se

<sup>8</sup> ...

<sup>9</sup> ...

trataba de la fuerza pública que está instituida para la protección, garantía y satisfacción de los derechos de las personas.

De otro lado, y como se desprende de los lineamientos jurisprudenciales, la fuerza pública en el caso concreto no puede escudarse en la peligrosidad de la zona y en el tema horario —ya que eran las siete de la noche aproximadamente—, puesto que se trataba de un retén donde se encontraba un pie de fuerza tanto de la Policía como del Ejército, fueron informados oportunamente de la situación irregular, y estaban localizados muy cerca del lugar de los hechos y, por último, el asalto fue realizado por un grupo que se movilizaba en un vehículo de tipo campero —que de por sí no tiene mayor capacidad para emprender una huída a altas velocidades—, y que necesariamente debió pasar, se reitera de nuevo, por el lugar donde se desarrollaba el retén puesto que la vía que tomaron los delincuentes, según los testigos presenciales, fue hacia Villavicencio, es decir, de regreso al punto donde se ubicaba el puesto militar – policial.

Así las cosas, para la Sala la falla del servicio se encuentra plenamente acreditada por la falta de cumplimiento del deber de protección y seguridad, circunstancia que permite reiterar la jurisprudencia trazada al respecto<sup>10</sup>.

No se trata frente a los deberes y obligaciones de las autoridades, de calificarlos de obligaciones de medios. La perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores y que: *“son aquellas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional”*<sup>11</sup>. En efecto, la relación del Estado frente al ciudadano implica necesariamente la existencia de poderes y deberes, que en el derecho anglosajón se denominan “obligaciones funcionales del Estado”, y que son verdaderas obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento acarrea algún tipo de consecuencia o sanción. Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento legal en su integridad...

...

<sup>10</sup> ...

<sup>11</sup> ...

Por consiguiente, para la Sala es claro que la omisión por parte de la fuerza pública, constituye una flagrante violación al deber de prevenir, contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (art. 1º)<sup>12</sup>, y cuyo contenido y alcance fue delimitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uno de sus pronunciamientos primigenios, en los siguientes términos:

“Abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte...

“(...) 172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. **No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.**”<sup>13</sup>

Como se aprecia, es posible que el Estado sea declarado responsable por la violación a los derechos humanos de que da cuenta la Convención

<sup>12</sup> “Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

<sup>13</sup> CIDH, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, Sentencia de Fondo de 29 de julio de 1988.

Interamericana de Derechos Humanos, así como por el desconocimiento del *corpus iuris* de los Derechos Humanos. De otro lado, y aunque los hechos se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 707 de 2001, lo cierto es que Colombia ratificó la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, motivo por el cual esta Sala empleará tal cuerpo normativo con fines interpretativos, con el fin de establecer si, en el caso objeto de examen, la actuación del Estado pudo estar enmarcada en una transgresión de los derechos humanos de los ciudadanos Martínez, Beltrán y Sarmiento, como consecuencia de la omisión y tolerancia de la fuerza pública en la operación de grupos armados al margen de la ley. Así mismo, por tratarse de un daño continuado, es posible predicar la aplicación de cualquier tratado, convención, ley, o regla jurídica que esté vigente, mientras que no cese la producción del daño.

En efecto, la desaparición forzada como conducta censurable por ser una violación sistemática, continuada y permanente a derechos fundamentales de la persona, se genera día a día con el paso del tiempo, motivo por el cual esta Sala ha señalado que se trata de un daño continuado que se prolonga en el tiempo<sup>14</sup>.

En relación con el concepto de desaparición forzada, es importante acudir a la definición contenida en el citado instrumento público a que se ha hecho referencia, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo II. Para los efectos de la presente Convención, se considera 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, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.” (Negrillas adicionales).

Ahora bien, en relación con la desaparición forzada, la Corte Constitucional ha precisado, entre otros aspectos, los siguientes:

...

<sup>14</sup>...

“En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos -OEA- en la Resolución AG/RES. 666 (XII-0/83) declaró “*que la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad*. Este pronunciamiento se originó en consideración a que la calificación de la desaparición forzada de personas, como crimen internacional de lesa humanidad, es una condición importante y necesaria para su prevención y represión efectivas, para lo cual se debe promover la investigación de tales situaciones.<sup>15</sup>”<sup>16</sup>

“.....  
...  
...

“Por otra parte, el citado artículo de la Convención [se refiere a la Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que independientemente de que la privación de la libertad adopte una forma o apariencia de legalidad, el delito se consuma cuando tal privación esté seguida “*de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona*”. (Énfasis añadido) **Por lo tanto, para que se configure la conducta punible el Estado colombiano debe exigir que la privación de la libertad esté seguida por la ocurrencia de una sola de las siguientes circunstancias: a) la falta de información, b) la negativa a reconocer el hecho o c) de informar acerca del paradero de la persona.**

(...) Dado que, independientemente del tiempo transcurrido, el Estado tiene las obligaciones de investigar los hechos y de juzgar a los responsables,<sup>17</sup> el análisis debe hacerse teniendo en cuenta la idoneidad de las alternativas de las cuales dispone el Estado para llevar a cabo la investigación. En este sentido, podría alegarse que la acción penal no es el único medio para saber la

<sup>15</sup> En el ámbito regional americano la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos -OEA- y la Comisión se han referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones, para calificarlas y para exigir que se les ponga fin (AG/RES. 443 (IX-0/79) de 31 de octubre de 1979); AG/RES. 510 (X-0/80) de 27 de noviembre de 1980, AG/RES. 618 (XII-0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 742 (XIV-0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987, Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe Anual, 1978, págs. 22-42; Informe Anual, 1980-1981, págs. 113-114; Informe Anual, 1982-1983, págs. 49-51; Informe Anual, 1985-1986, págs. 40-42, Informe Anual, 1986-1987, págs. 299-304 y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/Ser.L/V/II/66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66. doc. 16, 1985 (Guatemala).

<sup>16</sup> ...

<sup>17</sup> ...



verdad, identificar a los responsables y reparar a las víctimas. Por lo tanto, debería preferirse otro mecanismo que no afectara tanto los derechos de las personas inculpadas de haber cometido una desaparición forzada de personas. **Así, en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, puede alegarse que las víctimas del delito tienen la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar del Estado la reparación directa de los perjuicios causados. Además, este proceso es público, y al serlo, se satisface también el interés general en conocer la verdad e identificar a las autoridades responsables.**<sup>18</sup> (Destaca la Sala).

...

Como se aprecia, no son pocos los interrogantes que plantea la actuación de la fuerza pública; cuestiones todas, que conducen a inferir una clara intención del Ejército y de la Policía por no hacer presencia en la zona hasta tanto no se hubiera materializado el ilícito.

En virtud de lo anterior, la Sala encuentra acreditada la falla del servicio alegada por los actores en la demanda, consistente en la omisión en el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales a cargo de las entidades públicas demandadas, lo cual terminó en una grave violación a los derechos humanos de los señores Néstor Martínez, José Arquímedes Beltrán y Fabián Sarmiento, quienes desde el once de febrero de 1993, fueron desaparecidos en extrañas circunstancias que, hasta la fecha, no han sido despejadas ni clarificadas, sucesos en los cuales las entidades demandadas participaron, se reitera, de forma omisiva y, sin lugar a dudas, facilitaron con su conducta pasiva la comisión del citado crimen de lesa humanidad.

Sobre las implicaciones de índole personal, familiar y social del delito de desaparición forzada, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

“(...) 112. En este sentido, la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo

<sup>18</sup> ...

hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima. De conformidad con todo lo anterior, es necesario entonces considerar integralmente la desaparición forzada en forma autónoma y con carácter continuo o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados. En consecuencia, el análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentalizada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana, así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas para los Estados que la hayan ratificado.

“(…) 115. Aunado a lo anterior, la Corte ha entendido que de la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado<sup>19</sup>. Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida. Al respecto, en el capítulo correspondiente al análisis de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, el Tribunal procederá a analizar las actuaciones del Estado en relación con la investigación de los hechos del presente caso.

“(…) 116. Por último, la Corte recuerda que la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, lo cual propicia las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse<sup>20</sup>; de ahí la importancia de que aquél adopte todas las medidas necesarias para evitar dichos hechos, investigue y, en su caso, sancione a los responsables<sup>21</sup>.”<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Cfr.* Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142; Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 17, párr. 88, y Caso La Cantuta, supra nota 16, párr. 110.

<sup>20</sup> *Cfr.* Caso Myrna Mack Chang, supra nota 37, párr. 156; Caso La Cantuta, supra nota 16, párr. 115, y Caso Goiburú y otros, supra nota 23, párr. 89.

<sup>21</sup> *Cfr.* Caso Goiburú y otros, supra nota 23, párr. 89, y Caso La Cantuta, supra nota 16, párr. 115.

<sup>22</sup> CIDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008.

Como corolario de los planteamientos desarrollados, la Sala revocará la decisión apelada, puesto que le asiste razón al impugnante al señalar que el fundamento de la responsabilidad en el asunto concreto, se fundamentaba en la omisión de los militares y policías que practicaron el retén el once de febrero de 1993, en la vía que de Villavicencio conduce a Monfort. En efecto, tal y como se pudo constatar, existieron múltiples irregularidades en el manejo de los acontecimientos referidos, todas ellas referidas a una misma conclusión inhesitable que es la anuencia de la fuerza pública en el desarrollo de los hechos, máxime si se contaba con todas las posibilidades para evitar el desenlace desafortunado que terminó con la desaparición forzada de tres campesinos sin fórmula de juicio alguna, y sin que a la fecha se tenga información sobre su paradero.

En consecuencia, al haberse verificado la existencia del daño antijurídico y la imputación (*facti e iure*) del mismo en cabeza de las entidades demandadas, aborda la Sala la valoración de perjuicios que se encuentren probados en el proceso y que son necesarios para garantizar el principio de reparación integral del daño.

### 3. Valoración de perjuicios

Previo a cualquier análisis relacionado con la materia de reparación de los perjuicios, esto es, con la cuantificación y graduación del daño antijurídico, es pertinente precisar el contenido y alcance del artículo 16 de la ley 446 de 1998, según el cual, para la valoración de los daños dentro de cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia, en la ponderación y determinación de aquellos irrogados a las personas y a las cosas, se atenderán los postulados de “reparación integral” y “equidad”.

De otro lado, el artículo 8 de la ley 975 de 2005<sup>23</sup>, determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación, en los siguientes términos:

“El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

<sup>23</sup> Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

“Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

“La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

“La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

“La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

“Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

“Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

“La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.”

Como se aprecia, el Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona a deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a las cosas, la correspondiente reparación del perjuicio, la cual deberá garantizarse de forma íntegra y/o en equidad.

En esa perspectiva, el Estado a nivel interno, se ve claramente comprometido a verificar la reparación integral de los daños que padezcan los asociados, principio del derecho resarcitorio que se ve igualmente reflejado en el ámbito internacional.

Así las cosas, y dadas las particularidades del caso *sub examine*, la Sala reiterará la posición jurisprudencial trazada de manera reciente sobre la materia, oportunidad en la cual se puntualizó:

...

“En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que, la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que

## RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALTA DE PREVENCIÓN

ha desbordado las barreras que, tradicionalmente habían sido fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional, tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano.

“Por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de “reparación integral”, como se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia internacional ha decantado, entre las cuales encontramos:

a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias<sup>24</sup>.

b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial<sup>25</sup>.

c) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole<sup>26</sup>.

d) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc<sup>27</sup>.

e) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras<sup>28</sup>.

“Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho o

<sup>24</sup> Corte Interamericana. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

<sup>25</sup> Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

<sup>26</sup> Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

<sup>27</sup> Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el juez de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para lograr el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), mediante la adopción de medidas o disposiciones de otra naturaleza, como las ya enunciadas, entre otras.

“Ahora bien, debe precisarse que los anteriores planteamientos, en modo alguno, desconocen los principios de *jurisdicción rogada* y de *congruencia* (artículo 305 del C.P.C.)<sup>29</sup>, toda vez que frente a graves violaciones de derechos humanos (v.gr. crímenes de *lesa humanidad*), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que los integran –incluida la Rama Judicial del Poder Público–, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.

“Por ende, el principio de reparación integral cobra mayor fuerza en aquellos eventos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo, debe decidir asuntos relacionados con presuntos desconocimientos de las garantías fundamentales del ser humano, por cuanto en tales supuestos el ordenamiento jurídico interno e internacional, lo dota de una serie de herramientas e instrumentos para procurar el restablecimiento de los derechos.

“La anterior óptica no implica, en ningún sentido, el desconocimiento de los postulados de índole procesal trazados por el legislador, sino que, por el contrario, representa la correcta y adecuada armonización de las reglas jurídicas del sistema interno, con los principios y normas que protegen al ser humano a nivel internacional, la mayoría de las cuales, han sido suscritas y ratificadas por Colombia.

“(…)”<sup>30</sup>

Así las cosas, los derechos humanos se erigen, en el constitucionalismo moderno –paradigma dentro del cual se enmarca Colombia, con la expedición de la Carta Política de 1991–, en el fundamento de la legitimidad del poder político y público. En otras palabras, el eje central y pilar fundamental de la organización estatal ya no está radicado en el concepto de “nación”, entendida como ese elemento político abstracto de cohesión, sino en el pueblo así como en las garantías individuales y colectivas de las cuales es titular tanto el individuo (Constitución antropocéntrica) como la sociedad. En consecuencia el gobierno y, en general,

<sup>29</sup> ...

<sup>30</sup> ...

las fuerzas de poder se legitiman<sup>31</sup>, en la medida que sean respetuosos y garantes de los derechos humanos, especialmente de los derechos fundamentales del ser humano<sup>32</sup>.

...

Como se desprende de los anteriores planteamientos, es posible formular algunos lineamientos en relación con el principio de reparación integral en Colombia:

i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el *statu quo* preexistente a la producción del daño.

En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación *in integrum* del perjuicio, incluso reparaciones *in natura*. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de *congruencia procesal* y de la *no reformatio in pejus*.

ii) Cuando se trate de graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

“(...) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alier Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. La Corte considera que de darse dicho desarrollo jurisprudencial en la ju-

<sup>31</sup> ...

<sup>32</sup> ...

jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición...

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contenciosos administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”<sup>33</sup>”<sup>34</sup>

...

Esbozados los anteriores planteamientos, la Sala aborda el análisis individual de cada uno de los perjuicios deprecados en la demanda, así como las medidas de justicia restaurativa, simbólica, o conmemorativas que sean necesarias imponer en el caso concreto con miras a garantizar una armoniosa reparación del daño sufrido por los demandantes.

...

### 3.2. Perjuicio moral

...

En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos<sup>35</sup> ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja

<sup>33</sup> CIDH, caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 21, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222...

<sup>34</sup> CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

<sup>35</sup> ...



con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

En el asunto *sub examine*, los demandantes son las esposas e hijos de los desaparecidos, y la presunción aludida no fue desvirtuada por la parte demandada<sup>36</sup>.

...

En consecuencia, para la Sala los valores mencionados se acompañan con el sufrimiento que padecen los familiares de las personas desaparecidas, puesto que no sólo se debe reparar la aflicción moral, sino que se tiene que resarcir el hecho de que estos familiares, mientras dure el desaparecimiento, nunca podrán hacer un verdadero duelo que les permita superar las consecuencias del suceso.

### 3.3. Medidas de satisfacción

Toda vez que el daño antijurídico imputable a las entidades demandadas es configurativo de una grave violación a los derechos humanos, con apoyo en la jurisprudencia trazada por la Corporación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dispondrán las siguientes medidas dirigidas a garantizar el principio de justicia restaurativa.

i) Se dispondrá oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que, sin perjuicio de su autonomía institucional, inicie las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los presuntos responsables de los hechos ocurridos el once de febrero de 1993, puesto que se trata de una violación de derechos humanos. La instrucción respectiva deberá comprender, de igual manera, cualquier tipo de responsabilidad derivada de la omisión.

De abrirse investigación, los familiares de las víctimas deberán ser citados al proceso, con el fin de que tengan pleno conocimiento sobre la verdad de los hechos ocurridos el once de febrero de 1993.

ii) La presente sentencia será publicada, en un lugar visible, en el Comando de Policía de Monfort, así como en el Batallón del Ejército de la ciudad de Villavicencio, por el término de seis (6) meses, de tal forma que toda persona que visite esas instalaciones de la fuerza pública, tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma.

<sup>36</sup> ...

...

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Primero. Revócase la sentencia proferida el 14 de diciembre de 1999, por el Tribunal Administrativo del Meta, la cual quedará en los siguientes términos:

**“PRIMERO: DECLÁRASE** administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO y POLICÍA NACIONAL, de los hechos ocurrido el 11 de febrero de 1993, en los que se produjo el desaparecimiento forzado de los señores NÉSTOR ÁLVARO MARTÍNEZ, JOSÉ ARQUÍMEDES BELTRÁN y JOSÉ FABIÁN SARMIENTO.

**“SEGUNDO: CONDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO y POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar, por concepto de perjuicios morales las sumas de dinero que se expresan a continuación, a favor de las siguientes personas:

...

**“TERCERO: CONDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO y POLICÍA NACIONAL, a la reparación de la violación de los derechos humanos de los señores NÉSTOR ÁLVARO MARTÍNEZ, JOSÉ ARQUÍMEDES BELTRÁN y JOSÉ FABIÁN SARMIENTO, para lo cual, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, deberán adoptar las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria:

“1) Se dispondrá oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que, sin perjuicio de su autonomía institucional, inicie las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal y los presuntos responsables de los hechos ocurridos el once de febrero de 1993, puesto que se trata de una violación de derechos humanos. La instrucción respectiva deberá comprender, de igual manera, cualquier tipo de responsabilidad derivada de la omisión.

“Para los señalados efectos, por Secretaría de la Corporación, remítase copia auténtica e integral de la presente providencia con destino a la Fiscalía General de la Nación.

*RESPONSABILIDAD ESTATAL POR FALTA DE PREVENCIÓN*

“De abrirse investigación, los familiares de las víctimas deberán ser citados al proceso, con el fin de que tengan pleno conocimiento sobre la verdad de los hechos ocurridos el once de febrero de 1993.

“2) La presente sentencia, será publicada, en un lugar visible, en el Comando de Policía de Monfort y en el Batallón del Ejército Nacional con sede en Villavicencio, por el término de seis (6) meses, de tal forma que toda persona que visite dicha estación, tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma.

**“CUARTO: ...**

**Segundo.** Sin condena en costas.

**Tercero. Cúmplase** lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**Cuarto.** En firme este fallo, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

...

## RESERVA DE LEY Y DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE HOMBRE Y MUJER EN LA REGLAMENTACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

*Sinopsis:* En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional de Bolivia resolvió un recurso abstracto de inconstitucionalidad, presentado por el Defensor del Pueblo, mediante el cual se impugnó la constitucionalidad de ciertas frases de diversas disposiciones del Reglamento al Código de Seguridad Social y del Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, expedidos por el Poder Ejecutivo de ese país. Tales reglamentos añadían ciertos requisitos para la afiliación de beneficiarios del seguro social que no estaban previstos en la ley de la materia, además de establecer algunas distinciones entre hombres y mujeres para poder ser beneficiarios del mismo.

Al respecto, entre otros, el Tribunal Constitucional se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecer que la expresión “ley” se refiere a aquella en sentido formal, es decir, a la norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, de acuerdo al procedimiento interno de cada Estado. Con base en lo anterior, declaró que algunas partes de las disposiciones impugnadas eran inconstitucionales por ser violatorias del principio de reserva legal, ya que la Constitución establece el derecho de toda persona a la seguridad social sin distinción alguna, en la forma determinada por ésta y por las leyes. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional estableció que solamente la ley podía definir los requisitos, las formas y los límites al ejercicio del derecho a la seguridad social, no así los reglamentos discutidos. Por otra parte, el Tribunal señaló que las disposiciones que hacían ciertas distinciones entre hombres y mujeres para ser beneficiarios de la seguridad social eran violatorias del derecho a la igualdad ya que éste no solamente supone el reconocimiento del principio de discriminación por parte de las normas jurídicas sino, además, el cumplimiento social efectivo del mismo. En consecuencia, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad solicitada.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional de Bolivia hizo referencia a la

RESERVA DE LEY Y DERECHO A LA IGUALDAD

Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Synopsis:** *In this sentence, the Constitutional Tribunal of Bolivia resolved an abstract motion for unconstitutionality, submitted by the Bolivian Ombudsman, whereby the constitutionality of certain sentences in various provisions of the Regulations of the Social Security Code and the Regulations of the Affiliation of Spouses and Parents, issued by the Executive Power of Bolivia, were challenged. Such regulations added certain requirements for affiliation of beneficiaries of the social security system that were not under the law governing that matter, apart from establishing some distinctions between men and women as beneficiaries.*

*To that end, inter alia, the Constitutional Tribunal referred to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights to establish that the word “law” refers to the formal meaning of the word, i.e., legal norms passed by the Legislature and promulgated by the Executive Branch in the manner prescribed by the Constitution of each State. Based on the above, the Tribunal declared that some parts of the provisions challenged were unconstitutional since they violated the principle of legal reserve. The Constitution establishes the right of every individual to social security without any distinction whatsoever, as set forth in the Constitution and the laws. Therefore, the Constitutional Tribunal established that only the law could define the requirements, the ways and the limits to exercise the right to social security, not the regulations under discussion. On the other hand, the Tribunal pointed out that the provisions establishing distinctions between men and women to become social security beneficiaries violated the right to equality. Such right involves not only the recognition of the principle of discrimination by any legal rules but, also, the effective social compliance of same. Consequently, the Tribunal declared the unconstitutionality requested.*

*In its sentence, the Constitutional Tribunal of Bolivia made reference to Advisory Opinion OC-6/86 of May 9, 1986, The Word “Laws” in article 30 of the American Convention on Human Rights, of the Inter-American Court of Human Rights.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
BOLIVIA

RECURSO DIRECTO DE INCONSTITUCIONALIDAD  
0019/2006  
INTERPUESTO POR WALDO ALBARRACÍN SÁNCHEZ  
DEFENSOR DEL PUEBLO DE BOLIVIA  
SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2006

...

En el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad interpuesto por Waldo Albarracín Sánchez, Defensor del Pueblo, demandando la inconstitucionalidad del art. 34 incs. a) y c) del Decreto Supremo (DS) 5315, de 30 de septiembre de 1959, y del Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, aprobado mediante Resolución Administrativa (RA) 048-2004, de 6 de septiembre, emitida por el Instituto Nacional de Seguros de Salud (INASES), por ser presuntamente contrarios a los arts. 6.I, 8 inc. a), 96.1ª, 193, 194 y 228 de la Constitución Política del Estado (CPE).

...

## II. CONCLUSIONES

De los actuados que informan el expediente, se establece que:

II.1.A objeto de contar con los elementos de juicio necesarios para emitir resolución, resulta necesario transcribir el contenido de las normas impugnadas en el recurso:

El DS 5315, de 30 de septiembre de 1959 (Reglamento del Código de Seguridad Social), en su art. 34 establece:

“Art. 34.- Son beneficiarios, exclusivamente, los siguientes familiares a cargo del trabajador:

a) La esposa o la conviviente inscrita en los registros de la Caja que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas, o el esposo inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma;

b) Los hijos legítimos, los naturales reconocidos y los adoptivos, hasta los 16 años, o 19 años si estudian en establecimientos autorizados por el Estado, o sin límite de edad si son declarados inválidos por la Comisión de Prestaciones de la Caja antes de cumplir las edades anteriormente indicadas.



c) El padre inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la Caja y la madre viuda, divorciada o soltera o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas;

d) Los hermanos, en las mismas condiciones de edad que los hijos, siempre que sean huérfanos o hijos de padres comprendidos en el inciso anterior, que no perciban rentas y que vivan en el hogar y a expensas del asegurado, previo informe legal.

El otorgamiento de las prestaciones diferentes de las indicadas en los incisos anteriores, así como la inclusión en el carnet de asegurado de personas sin derecho, será sancionado de acuerdo al Título V del Libro VI del presente Reglamento”.

Esta norma ha sido modificada por el art. 6 del Decreto Ley (DL) 14643, de 3 de junio de 1977, señalando la edad máxima para el otorgamiento de prestaciones a los hijos en 19 años, y sin el requisito del certificado de estudios.

Asimismo, el art. 176 del Código de familia (CF), ha dispuesto la supresión de la antigua clasificación de la filiación en legítima, natural e ilegítima, prohíbe su uso a los funcionarios y empleados públicos, así como a las personas particulares, en los actos oficiales y privados que les conciernen; debiendo nombrarse a los hijos sin ninguna calificación, y al hacerse referencia a los padres, en los casos que sea menester, se consignarán simplemente sus nombres y apellidos, sin agregar otra mención.

II.2. Mediante RA 048-2004, de 6 de septiembre, el INASES, aprobó el documento denominado “Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres”, el mismo que señala como antecedentes a la SC 0062/2003, de 3 de julio, el Código de Seguridad Social, su decreto Reglamentario y disposiciones conexas.

El citado Reglamento, impugnado por el impetrante, establece los requisitos que se deben presentar para afiliarse al esposo, conviviente o padre de la asegurada, a saber:

“DOCUMENTOS QUE DEBEN SER PRESENTADOS POR EL ASEGURADO (A):

- Solicitud expresa del asegurado (a) pidiendo la incorporación del esposo, conviviente o del padre en calidad de su beneficiario
- Certificado de Nacimiento del interesado (original con sello seco)

- Certificado de Matrimonio (original)
- Resolución Judicial de convivencia (para casos de convivencia, copia legalizada)
- Cédula de Identidad (fotocopia)
- Formulario de no afiliación a otros entes gestores de salud (debidamente sellado por cada ente gestor)
- Declaración Jurada del esposo, conviviente o padre, en sentido de que no tiene actividad laboral, renta personal y por ende, vive a expensas de la asegurada.

#### PROCEDIMIENTO INTERNO EN LA CAJA

- Una vez presentados por parte del interesado (a) todos los documentos señalados líneas arriba, se pasarán a la Trabajadora Social quien en un plazo no mayor a siete días hábiles, emitirá el correspondiente informe socioeconómico.
- Los antecedentes e informe social serán pasados a la Comisión de Prestaciones para su pronunciamiento.
- De ser aceptada la afiliación del interesado en calidad de beneficiario, la Comisión de Prestaciones emitirá una Resolución expresa, cuyo original será remitido a la Unidad de Afiliación y una copia será entregada al interesado.
- En caso de negarse la afiliación, la Comisión Regional de Prestaciones, emitirá un informe justificando la negativa, el mismo que será puesto en conocimiento del interesado, quien podrá apelar esta decisión ante la Comisión nacional de Prestaciones.”

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El recurrente arguye que el art. 34 incs. a) y c) del DS 5315, de 30 de septiembre de 1959, y el Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, aprobado mediante RA 048-2004, de 6 de septiembre de 2004, emitida por el INASES, son contrarios a los arts. 6.I, 8 inc. a), 96.1<sup>a</sup>, 193, 194 y 228 de la CPE. Corresponde examinar el presente caso.

#### III.1. Alcances del control de constitucionalidad

El art. 54 de 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...

De tal manera y con carácter previo a dilucidar la problemática planteada,... 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 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 se resolverá la problemática planteada en el presente recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad.

### III.2. Las normas constitucionales cuya infracción se denuncia

Con el fin de facilitar la elaboración y realización del juicio de constitucionalidad entre las normas impugnadas y las disposiciones de la Ley Suprema cuya lesión se denuncia, es imperioso señalar estas últimas.

a) Art. 6.I de la CPE. Este precepto constitucional señala:

“I.- Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

b) Art. 8 inc. a) de la CPE, dispone que toda persona tiene el deber fundamental de “...acatar y cumplir la Constitución y las leyes de la República”.

c) “Art. 96.- Son atribuciones del Presidente de la República:

“1ª Ejecutar y hacer cumplir las leyes, expidiendo los decretos y órdenes convenientes, sin definir privativamente derechos, alterar los definidos por ley ni contrariar sus disposiciones, guardando las restricciones consignadas en esta Constitución”

d) “Art. 193.- El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado”.

e) “Art. 194.-

I.- El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

II.- Las uniones libres o de hecho, que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personas y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas”.

f) Finalmente, el art. 228 de la CPE.-

Textualmente dispone: “La Constitución Política del Estado es la Ley Suprema del ordenamiento jurídico nacional. Los tribunales, jueces y autoridades la aplicarán con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones”.

Este precepto constitucional proclama, por un lado, el principio de supremacía constitucional, que implica que la Constitución Política del Estado es la Ley Suprema y fundadora de todo el ordenamiento jurídico del país, y de otro, el principio de jerarquía normativa, al señalar la estructura jurídica del Estado respecto de los niveles jerárquicos de las dis-

posiciones que conforman el ordenamiento, constituyendo así la pirámide jurídica en la que las normas inferiores no pueden contradecir a las superiores.

### III.3. La SC 0062/2003, de 3 de julio

La SC 0062/2003, declaró inconstitucional la frase contenida en el art. 14 del CSS -respecto de quienes son beneficiarios del asegurado (a)- incs. a) y c): “inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja”, quedando, consiguientemente, ambos incisos, con el siguiente texto:

a) La esposa, o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, o el esposo”.

b) El padre y la madre, siempre que no dispongan de rentas personales para su subsistencia”.

La anterior decisión tiene su fundamento en que dicha normativa, declarada inconstitucional, “desconoce el primer párrafo del art. 6 CPE que consagra el derecho a la igualdad, por cuanto el legislador establece una desigualdad de trato para los cónyuges beneficiarios en razón de su sexo, determinando un trato preferencial respecto a la mujer, pues sólo le exige su inscripción en los registros de la Caja, mientras que al esposo le exige su declaración de invalidez por la propia Caja, no existiendo para ello ninguna justificación legal ni razonable y menos proporcional, pues la finalidad última es proteger la salud y la vida del cónyuge beneficiario y para ello, sea varón o mujer, tiene que exigírsele los mismos requisitos para ser atendido en la Caja, lo contrario implica una actitud discriminatoria en razón del sexo, prohibida por el primer párrafo del art. 6 CPE, al margen que desconoce también la igualdad de los derechos y las obligaciones de los cónyuges emergentes del matrimonio establecida por el art. 194 CPE”, igual criterio se aplicó respecto de la afiliación del padre, a quien se le exigían otros requisitos que a la madre no.

### III.4. El juicio de constitucionalidad en el presente caso

#### III.4.1. El art. 34 inc. a) del Reglamento al Código de Seguridad Social

El recurrente asevera que el art. 34 incs. a) y c) del DS 5315, de 30 de septiembre de 1959 (Reglamento al Código de Seguridad Social), vulnera el derecho a la igualdad al establecer requisitos para la afiliación del

esposo y del padre de la asegurada, o asegurado en el segundo caso, además de ser contrario a lo dispuesto por el Código de la materia.

En efecto, el art. 34 inc. a) del Reglamento al Código de Seguridad Social, determina que son beneficiarios del trabajador, exclusivamente, la esposa o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas, o el esposo inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma. Conforme se evidencia, esta norma tiene dos partes que deben ser analizadas en forma separada.

a) La primera, relativa a la esposa o conviviente del trabajador. Cabe recordar que con el art. 14 inc. a) del CSS, dispone que es beneficiaria la esposa o la conviviente inscrita en los registros de la Caja, sin ningún otro añadido ni requisito como el introducido por el Reglamento del Código de Seguridad Social en sentido que dicha esposa o conviviente debe vivir en el hogar del asegurado, constituyendo ésta una condición no contemplada en la Ley de 14 de diciembre de 1956 (Código de Seguridad Social), lo cual implica la existencia de una inconstitucionalidad por lesión al principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 228 de la CPE, dado que un Decreto Supremo añade un requisito no especificado en la ley, constituyendo éste el motivo para la declaratoria de inconstitucionalidad de esa primera parte del art. 34 inc. a) del Reglamento al Código de Seguridad Social, toda vez que el principio de supremacía de la Constitución supone la concurrencia del principio de la jerarquía normativa, pues la supremacía constitucional, da lugar a la gradación jerárquica del orden jurídico derivado que se escalona en planos descendentes. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución Política del Estado. El principio de jerarquía normativa consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima la ocupa la Constitución como principio, origen y fundamento de las demás normas jurídicas. Este principio implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual, una norma situada en rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango, tal el caso de un decreto que en ningún caso puede contrariar lo dispuesto en una Ley de la República.

Asimismo, el Reglamento al Código de Seguridad Social, en las disposiciones objetadas, ha lesionado lo previsto por el art. 96.1ª de la CPE, pues ha contrariado las disposiciones de la Ley que reglamenta, haciendo necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad.

Al margen de ello, se encuentra también una vulneración al principio de reserva legal, por cuanto el art. 7 inc. k) de la CPE consagra el derecho fundamental de toda persona —sin distinción alguna— a la seguridad social, “...en la forma determinada por esta Constitución y las leyes”, lo que significa que solamente podrá ser una ley la que defina los requisitos, formas y límites para el ejercicio de este derecho.

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 (CIDH), cuya Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, analizó 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”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, examinando 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, señaló lo siguiente:

(...) los criterios del artículo 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.

(...) 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.

(...) 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 (...)”...

En la citada Opinión Consultiva, la CIDH concluyó 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, lo que es plenamente aplicable al caso de Bolivia, pues la propia Constitución determina que los derechos proclamados por el art. 7 pueden ser reglamentados en su ejercicio, a través de leyes, con lo que queda claro que, en la especie, se lesionó el principio de reserva legal en las normas estudiadas.

b) La segunda, en relación a la afiliación del esposo “inválido reconocido por la Comisión de prestaciones de la misma”, refiriéndose a la Caja.

De acuerdo a los fundamentos jurídicos que sustentan la SC 062/2003, la diferencia que introdujo el Código de Seguridad Social, y ahora el analizado Reglamento del mismo, constituyen una desigualdad de trato para los cónyuges beneficiarios en razón de su sexo, determinando un trato preferencial respecto a la mujer, pues sólo le exige su inscripción en los registros de la Caja, mientras que al esposo le exige su declaración de invalidez por la propia Caja, es decir que vulnera el derecho a la igualdad, el cual se entiende como aquel derecho genérico, concreción y desarrollo del valor igualdad, que supone no sólo el reconocimiento por



parte de las normas jurídicas del principio de no discriminación a la hora de reconocer y garantizar los derechos, sino además, el cumplimiento social efectivo del mismo.

Por consiguiente, al haberse declarado, a través de la SC 0062/2003, la inconstitucionalidad de la frase “inválido reconocido por los servicios médicos de la Caja”, no puede mantenerse la misma en el texto del art. 34 inc. a) del Reglamento al Código de Seguridad Social, pues la inconstitucionalidad subsiste independientemente del instrumento en que se encuentre esa expresión, de manera que en la presente acción se debe declarar su inconstitucionalidad, con los efectos que el art. 58 de la LTC establece.

#### III.4.2 El art. 34 inc. c) del Reglamento al Código de Seguridad Social

Idéntico razonamiento al sostenido en el numeral precedente sobre la afiliación del esposo, se tiene en lo que concierne a la afiliación del padre, contenido en el art. 34 inc. c) del Reglamento al Código de Seguridad Social, también objetado por el impetrante, toda vez que, al igual que en el caso anterior, se exige que el padre sea declarado inválido para poder ser beneficiario; empero, ello implica una trasgresión al derecho a la igualdad, de acuerdo a lo señalado en la SC 062/2003, de lo cual deviene la inconstitucionalidad de la frase: “...inválido reconocido por la Comisión de prestaciones de la Caja”, ya que para la afiliación a la madre no se exige tal requisito en el Código, aunque no sucede lo mismo en el Reglamento como se pasa a examinar.

El art. 34 inc. c) del Reglamento al Código de Seguridad Social RCSS contiene una segunda parte sobre la afiliación de la madre del trabajador o de la trabajadora, cuando determina como requisitos, que la madre sea viuda, divorciada o soltera o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas. Sin embargo, el art. 34 del CSS no contempló ningún otro requisito para la afiliación de la madre sino únicamente que no perciba rentas. Consiguientemente, la última parte del art. 34 inc. c) del Reglamento al Código de Seguridad Social impugnado por el Defensor del Pueblo, es contrario al principio de jerarquía normativa ya que determina nuevos requisitos para afiliar como beneficiaria a la madre, tales como su estado civil —no puede ser casada—, o que su esposo no perciba ningún ingreso, y que viva en el hogar

del asegurado y a sus expensas, aspectos que no están establecidos en el Código cuyo Reglamento está ahora siendo objetado parcialmente.

De lo anterior se establece que, dado que el DS 5315 —Reglamento del Código de Seguridad Social— ha contrariado lo dispuesto por una Ley (Código de Seguridad Social), a más de vulnerar la norma prevista en el art. 228 de la CPE en cuanto al principio de jerarquía normativa, se detecta también una conculcación al principio de reserva legal, desarrollado supra, y al mandato contenido en el art. 96.1ª de la CPE, puesto que el Poder Ejecutivo expidió el instrumento hoy analizado, contrariando lo establecido por la Ley, extremo que concurre para la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones objetadas.

#### III.4.3. El Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres

En cuanto al Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, aprobado por RA 048-2004, de 6 de septiembre, del INA- SES, impugnado por el recurrente, contiene dos partes en lo que interesa al presente recurso, una relativa a los documentos que debe presentar la o el asegurado para afiliarse al esposo o al padre; y otra, sobre el procedimiento interno a seguirse en la Caja para la afiliación del beneficiario.

a) En cuanto a los documentos a presentar para la afiliación, se encuentran:

- 1) Solicitud expresa del asegurado (a) pidiendo la incorporación del esposo, conviviente o del padre en calidad de beneficiario;
- 2) Certificado de nacimiento del interesado;
- 3) Certificado de matrimonio;
- 4) Resolución judicial de convivencia
- 5) Cédula de identidad
- 6) Formulario de no afiliación a otros entes gestores de salud
- 7) Declaración Jurada del esposo, conviviente o padre, en sentido que no tiene actividad laboral, renta personal, y por ende, vive a expensas de la asegurada.

Analizando los documentos que exige el Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres se concluye que los consignados en los incs. 2) al 6) anteriores, son los que ordinariamente se deben presentar para la afiliación de cualquier beneficiario, tratándose de la esposa, conviviente,

madre, hijos o hermanos, conforme lo determina el último párrafo del art. 419 del Reglamento al Código de Seguridad Social, que, al referirse a la afiliación del trabajador (a), señala que los datos personales indicados en el Formulario de Afiliación de Trabajadores, serán comprobados por el empleador mediante los certificados de nacimiento o partidas de bautismo del trabajador, cónyuge e hijos, certificado de matrimonio o declaración de convivencia. En caso de no existir certificados de nacimiento o partida de bautismo del trabajador o del cónyuge, estos documentos serán sustituidos por declaraciones juradas con impresiones dactilares. Los originales de los documentos se acompañarán a la hoja de afiliación para que queden en el sobre del trabajador en el Registro Central de la caja.

Es imprescindible dejar claro que la solicitud expresa del asegurado o asegurada para la incorporación del esposo, conviviente o del padre en calidad de beneficiario, citada en el primer punto de los documentos exigidos para la afiliación cuyo estudio se está realizando, si bien no está expresamente contemplada en el Reglamento al Código de Seguridad Social, no implica desconocimiento alguno de ninguna de las normas constitucionales invocadas como lesionadas por el recurrente, puesto que no conculca el derecho a la igualdad al ser simplemente un pedido que tendrá que efectuar el asegurado (a) sin intervención de otra persona, sea abogado o cualquier otro; tampoco significa el incumplimiento del deber consagrado en el art. 8 inc. a) de la CPE; no altera los derechos definidos por ley; ni va en contra las normas previstas en los arts. 193 y 194 de la CPE que dan el marco general del régimen familiar en nuestro país; y, finalmente, no contradice los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa contenidos en el art. 228 de la CPE.

En cambio, el requisito referido en el último punto de este Reglamento, relativo a la declaración jurada del esposo, conviviente o padre, en sentido que no tiene actividad laboral, renta personal, y por ende, vive a expensas de la asegurada, constituye una clara conculcación del derecho a la igualdad, ya que no se exige ese requisito para la afiliación de la esposa, conviviente o madre; también vulnera el principio de jerarquía normativa y el principio de reserva legal, pues no se encuentra definido en el Código de Seguridad Social ni en su Reglamento, de manera que al constituir el Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, un instrumento de menor jerarquía a la Ley y al Decreto Supremo, se hace im-

perioso declarar su inconstitucionalidad, en el marco de los fundamentos expresados en los Fundamentos Jurídicos III.4.1 y III.4.2 del presente fallo.

b) En lo que concierne al procedimiento interno en la Caja, el recurrente no ha señalado, explicado y menos justificado, de forma alguna, la existencia de contravención a la Constitución con las normas de dicho procedimiento, puesto que exclusivamente ha ceñido los argumentos de su recurso a la inconstitucionalidad de algunos requisitos que establece el Reglamento del Código de Seguridad Social y el Reglamento de Afiliación de Padres y Esposo, pero no se ha referido al procedimiento interno en la Caja para la emisión de la Resolución que determine la afiliación propiamente dicha, razón por la que no es posible realizar el examen de constitucionalidad respecto del meritua- do procedimiento.

De todo lo expuesto, resulta imprescindible declarar la inconstitucionalidad del art. 34 incs. a) y c) en las partes pertinentes; y del último requisito documental exigido por el Reglamento para la Afiliación de Padres y Esposos.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional,... declara la

INCONSTITUCIONALIDAD de:

a) Las frases: "...que viva en el hogar del asegurado y/o a sus expensas"; e "... inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la misma", del art. 34 inc. a) del DS 5315, de 30 de septiembre de 1959 (Reglamento al Código de Seguridad Social);

b) Las frases: "...inválido reconocido por la Comisión de Prestaciones de la Caja"; y "...viuda, divorciada o soltera o cuyo esposo no perciba ningún ingreso y que viva en el hogar del asegurado y a sus expensas", del art. 34 inc. c), del DS 5315, de 30 de septiembre de 1959 (Reglamento al Código de Seguridad Social);

c) El requisito de presentar: "Declaración Jurada del esposo, conviviente o padre, en sentido de que no tiene actividad laboral, renta personal y por ende vive a expensas de la asegurada", contenido en el último punto relativo a los documentos que deben ser presentados por el asegurado (a), del Reglamento para la Afiliación de Esposos y Padres, aproba-

*RESERVA DE LEY Y DERECHO A LA IGUALDAD*

do por Resolución Administrativa 048-2004, de 6 de septiembre. Con los efectos establecidos por el art. 58 de la LTC.

Se dispone la publicación de la presente Sentencia Constitucional en la Gaceta Oficial de Bolivia, así como la notificación al Ministro de la Presidencia para su cumplimiento.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

...

## PLAZO RAZONABLE Y PROCESO PENAL

*Sinopsis:* En la resolución de un recurso extraordinario, el Tribunal Constitucional de Perú se pronunció sobre el plazo razonable para la tramitación de un proceso penal. Desde 1993, un congresista de ese país junto con su madre se encontraban sujetos a proceso por el delito contra el patrimonio en agravio de una inmobiliaria, aparentemente, por haber vendido un terreno que, por su destino, dicha inmobiliaria no pudo usar ni usufructuar. No obstante, posteriormente, por la vía civil se dictó una sentencia favorable a la inmobiliaria en un proceso sobre otorgamiento de escritura pública, la cual ya había sido ejecutoriada. En la presente sentencia, emitida en el 2005, se refiere que el congresista interpuso un recurso extraordinario tras haberse declarado improcedente un hábeas corpus solicitado porque, no obstante que se había emitido la sentencia civil y que, por lo tanto, debía declararse la extinción de la acción penal en su contra, el proceso penal aún se mantenía vigente. El congresista señaló que, además, se había dictado un mandato de comparecencia que les restringía su libertad personal y que, particularmente con relación a su persona, se encontraba en trámite un pedido de levantamiento de inmunidad en el Congreso de la República.

Al respecto, el Tribunal Constitucional analizó el plazo razonable en la tramitación del proceso penal en cuestión a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone que toda persona tiene derecho a ser oída dentro de un plazo razonable, entre otros. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional señaló que de acuerdo a un análisis global del procedimiento, un plazo de doce años no podía ser, *prima facie*, considerado razonable en términos del artículo 8.1 de la Convención Americana, sobre todo porque el proceso penal se encontraba todavía en primera instancia. Además, también con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aplicó tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y, la conducta de las autoridades judiciales. Tras dicho examen, el Tribunal Constitucional concluyó que la demora de doce años en el trámite era atribuible a las autoridades judiciales y no a los recurrentes. Asimismo-

mo, el Tribunal resaltó la afectación al debido proceso y su conexidad con el derecho a la libertad personal, el cual se restringía a consecuencia del mandato de comparecencia dictado en el proceso penal todavía vigente. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional ordenó al juez competente resolver el proceso penal en el plazo más breve y proceder al retiro de la solicitud de levantamiento de inmunidad parlamentaria del congresista.

En la sentencia, el Tribunal Constitucional de Perú se refirió a las decisiones de la Corte Interamericana en los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador*; *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*; y, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*.

**Synopsis:** *In the resolution of an extraordinary motion, the Constitutional Tribunal of Peru rendered sentence on the reasonable time for the proceedings of a criminal trial. Since 1993 a Peruvian congressman together with his mother had been subject to trial for a crime against the property of a real estate agency, apparently for having sold a piece of land which, because of its purpose, the real estate agency could neither use nor enjoy. Nevertheless, subsequently at civil level a sentence was rendered favorable to the agency in a trial regarding the execution of the public deed, which was already executed. In this sentence, pronounced in 2005, reference was made to the fact that the congressman filed an extraordinary motion after a habeas corpus he requested was declared meritless, although the civil sentence had been rendered and the extinction of the criminal action against him had to be declared. Therefore, the criminal trial was still pending. The congressman pointed out that due to an order for appearance their personal liberty was restricted; particularly, in relation to his person, there was a request to withdraw his parliamentary immunity.*

*To that end, the Constitutional Tribunal analyzed the reasonable time for a criminal trial in the light of article 8.1 of the American Convention on Human Rights, which sets forth that every person has the right to a hearing within a reasonable time, inter alia. Following the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the Constitutional Tribunal pointed out that, in accordance with an overall analysis of the proceedings, a twelve-year delay could not be considered reasonable prima facie pursuant to article 8.1 of the American Convention, particularly because the criminal trial was still in its first instance. Also based on the jurisprudence of the Inter-American Court, the Tribunal made reference to three elements to determine the reasonable time: the complex nature of the mat-*

*ter, the procedural activity of the interested party, and the behavior of the judicial authorities. Upon such exam, the Constitutional Tribunal concluded that the twelve-year delay in the proceedings was due to the judicial authorities, not to the appellants. Likewise, it highlighted the prejudice of the due process and its connection with the right to personal liberty, which was restricted as a consequence of the order for appearance passed in the criminal trial still pending. Therefore, the Constitutional Tribunal ordered the competent judge to resolve the criminal trial in the shortest time possible and to proceed to reject the request to withdraw the congressman's parliamentary immunity.*

*In the sentence rendered, the Constitutional Tribunal of Peru made reference to the decisions of the Inter-American Court in the cases of Suárez Rosero v. Ecuador; Hilaire, Constantine, Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago; and, Genie Lacayo v. Nicaragua.*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PERÚ

RECURSO EXTRAORDINARIO INTERPUESTO

POR HERIBERTO MANUEL BENÍTEZ RIVAS  
SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2005

...

**ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Heriberto Manuel Benítez Rivas contra la sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, ... su fecha 15 de junio de 2005, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

**ANTECEDENTES**

Con fecha 15 de abril de 2005, el Congresista de la República don Heriberto Manuel Benítez Rivas (en adelante el recurrente), interpone demanda de hábeas corpus en su favor y en el de su señora madre, doña Isabel Rivas Ramírez (en adelante la favorecida), contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República,... y la Jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Penal,... aduciendo que existe una flagrante violación de sus derechos conexos con la libertad individual y el debido proceso, puesto que, a pesar de haberse extinguido la acción penal en su contra, por un inexistente delito contra el patrimonio, aún se mantiene vigente un proceso penal en el que se dictó mandato de comparecencia, que evidentemente les restringe su libertad personal, y porque, además, dicho proceso dio lugar a que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República apruebe un pedido de levantamiento de inmunidad que debe ser debatido en el Pleno del Congreso de la República.

Manifiesta que la Jueza Penal debió haber dispuesto el archivamiento definitivo del proceso que se les sigue, toda vez que, conforme al artículo 79.º del Código Penal, la acción penal se ha extinguido debido a una sentencia consentida y ejecutoriada que el Quincuagésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima expidió en el proceso sobre otorgamiento de escritura

pública iniciado contra ellos por la supuesta agraviada en el proceso penal. Por ello, el Presidente de la Corte Suprema de la República debió haber retirado el pedido de levantamiento de inmunidad parlamentaria, que hasta la fecha sigue tramitándose.

Realizada la investigación sumaria, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República manifiesta que el 12 de enero de 2005 recibió una petición del demandante para que, con el carácter de urgente, retire el pedido de levantamiento de la inmunidad que le afectaba, por lo que, previa verificación de que el proceso penal aún se encontraba en trámite, derivó el pedido del recurrente al Juzgado Penal que desarrolla el proceso.

De otro lado, señala que carece de facultades constitucionales y legales para impedir que el trámite de levantamiento en el Congreso de la República sea suspendido, más aún si se tiene que la extinción penal por prescripción dispuesta por el titular del Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima fue apelada por el demandante y que ya existe un pronunciamiento de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Añade que la tramitación del pedido de levantamiento se ha efectuado de acuerdo a ley y que no puede interferir en la tramitación de los procesos judiciales.

La Jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima sostiene que con fecha 23 de marzo de 2005 declaró fundada la excepción de prescripción, hecho que demuestra que a la fecha de la interposición de la demanda ya existía resolución final; y que, sin embargo, los recurrentes apelaron dicha decisión con fecha 5 de mayo de 2005, con lo cual se suspendieron los efectos de la excepción y, consiguientemente, también quedó en suspenso el levantamiento de inmunidad.

El recurrente alega que hasta la fecha se mantiene una restricción de su libertad individual derivada del mandato de comparecencia, a pesar que la acción penal se ha extinguido en el proceso penal que se le sigue ante el Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, lo cual ha originado un pedido de levantamiento de inmunidad en su contra que se encuentra a punto de ser debatido en el Pleno del Congreso de la República.

La señora Isabel Rivas Ramírez, de 79 años de edad, favorecida por la demanda de hábeas corpus, y madre del recurrente, a quien se le tomó su dicho en la Unidad de Cuidados Especiales de la Clínica Ricardo Palma, declara que, como producto del proceso penal, fue detenida en la comisa-

ría y recién al siguiente día fue llevada a la Fiscalía y luego al Juzgado, donde le dictaron mandato de comparecencia. Agrega que desea que el proceso penal concluya con la finalidad de poder estar tranquila.

El Cuadragésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 31 de mayo de 2005, declaró improcedente la acción de hábeas corpus, por estimar que el recurrente y su señora madre se encuentran comprendidos dentro de un proceso regular; que el recurrente no ha materializado, en forma oportuna, su pedido de extinción de la acción penal, esto es, antes de la expedición de la resolución de prescripción; y que la apelación de los recurrentes contra la resolución que declaró fundada la excepción de prescripción tiene por efecto suspender esta última y mantener el curso legal de la solicitud de levantamiento de inmunidad.

La recurrida confirmó la apelada, considerando que, habiendo dispuesto el Juzgado demandado la solicitud de levantamiento de inmunidad del recurrente, quedó suspendida la jurisdicción para seguir procesando al Congresista Heriberto Benítez Rivas, de modo que la Jueza accionada se encuentra impedida de emitir pronunciamiento sobre el pedido de extinción de la acción penal por ejecutoria civil, de manera positiva o negativa, en la causa penal que se le sigue. Asimismo, que el único órgano que puede retirar el pedido de levantamiento es el Juez de la causa, puesto que el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima es el conducto administrativo que canaliza el pedido de levantamiento de la inmunidad al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República para que sea derivado al Congreso de la República.

## FUNDAMENTOS

1. Mediante la presente demanda de hábeas corpus se solicita que la Jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima se pronuncie por la extinción de la acción penal por ejecutoria civil, conforme al artículo 79.º del Código Penal y que, por otro lado, el Presidente de la Corte Suprema retire la solicitud de levantamiento de la inmunidad parlamentaria del recurrente.

2. En ese sentido, el análisis que efectuará el Tribunal Constitucional será el siguiente:

a) Con relación a la favorecida señora Isabel Rivas Ramírez, se efectuará un análisis global del proceso penal en el que se encuentra com-

prendida y se determinará si la omisión de un pronunciamiento final por parte de la Jueza vulnera los derechos invocados a su favor.

b) Con relación al recurrente, y dada su condición de Congresista de la República, se aplicará el mismo análisis, pero se evaluará si, en este caso concreto y en ese contexto, es válido retirar el pedido de levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

3. El recurrente y su señora madre, doña Isabel Rivas Ramírez, vienen siendo procesados desde el 13 de agosto de 1993 por supuesto delito contra el patrimonio en agravio de la inmobiliaria VELUSA S.R.L. porque habrían vendido un terreno, como bien libre, cuando era uno de usos exclusivos, lo que impedía a la inmobiliaria tomar y usufructuar dicho terreno. Es a partir de esta situación, que el Tribunal evaluará si desde la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, suscritos por el Perú, es razonable que hasta la fecha no haya una solución a un problema que, *prima facie* y dados los años transcurridos, debería ser resuelto dentro de un plazo razonable por la jurisdicción penal ordinaria.

4. Al respecto, debe tenerse presente que el inciso 3.º del artículo 139.º de la Constitución reconoce el derecho al debido proceso. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, “El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte”.

5. Al respecto, el artículo 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente. Sobre este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, en criterio que compartimos, que el derecho al plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente (Caso Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamento 70).

6. Del mismo modo la Corte, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que “(...) Con respecto al plazo razonable

de que trata el artículo 8.1., este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”. (Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia sobre el fondo, fundamento 143).

7. Por tanto, el Tribunal Constitucional del Perú estima que, conforme a la regla de interpretación constitucional de los derechos y libertades, anteriormente citada, el derecho a un plazo razonable en la duración de los juicios constituye una de las manifestaciones del debido proceso reconocido por nuestra Constitución en los términos antes expuestos.

8. En tal sentido, para determinar si, en el caso, nos encontramos frente a la vulneración del derecho a un plazo razonable, el Tribunal Constitucional aplicará *el test* de la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso, que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *supra*, y que, *mutatis mutandis*, ya se ha aplicado en el caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio ... cuando se presentan vulneraciones a los derechos conexos a la libertad, como en el presente caso.

9. En la precitada sentencia este Colegiado precisó que “(...) para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto”... En efecto, siguiendo el criterio, compartido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este tipo de situaciones el análisis debe ser caso por caso.

10. Es por ello que, a partir de las consideraciones expuestas, se evaluará si el proceso penal que se les sigue a los recurrentes vulnera el derecho el debido proceso en su manifestación del derecho a un plazo razonable en la tramitación de los procesos y que, en el presente caso, también afecta los derechos conexos a la libertad de los recurrentes.

11. Conforme a los hechos consignados en el dictamen de la petición de levantamiento de la inmunidad parlamentaria No. 28 de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del 18 de noviembre de 2004, corroborado con diversas instrumentales del expediente penal que obran en autos, se evidencia que en el proceso penal seguido contra los recurrentes, con fecha 14 de abril de 1994 el Fiscal de la Vigésimo Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima solicitó el sobreseimiento de la causa; sin embargo, el Juez del proceso penal, al no estar de

acuerdo con el dictamen fiscal, elevó el expediente a consulta de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Lima, la que ordenó que se formule la acusación.

12. En abril de 1995 el Juez Penal de la causa absuelve a los acusados. En setiembre de 1995, la Cuarta Sala Superior Penal anula la sentencia. En diciembre de 1997, el Desimosegundo Juzgado Penal de Lima absuelve a los recurrentes. En mayo de 1998, la Sexta Sala Penal de Lima confirma la absolución. El 21 de abril de 1999, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, integrada por los Vocales Jerí Durand, Rodríguez Medrano, Ampuero de Fuertes, Marull Gálvez y Cerna Sánchez declara nula la sentencia.

13. En abril de 2001, el Decimotercer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima absuelve a los recurrentes. En noviembre de 2001, la Sexta Fiscalía Superior Penal pide que se declare nula la sentencia. En junio de 2002 la Sala Penal correspondiente de la Corte Superior de Justicia de Lima, declara nula la sentencia. En mayo de 2003, el Juez Penal de la causa solicita, a través de las instancias correspondientes, que se tramite el pedido de levantamiento de inmunidad del recurrente.

14. Sin embargo, con fecha 17 de marzo de 2003, la supuesta agravada demanda a los recurrentes sobre otorgamiento de escritura en la vía civil, consigna el saldo restante del precio del inmueble y con fecha 28 de octubre de 2003 el Quincuagésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima emite sentencia favorable disponiendo el otorgamiento de la escritura pública de compraventa del inmueble...

15. Con relación a este último hecho es que el recurrente solicitó, al Juzgado Penal que lo procesa, el archivo del proceso penal y la extinción de la acción penal por haberse iniciado una demanda civil y por existir una sentencia civil ejecutoriada relativa, precisamente a la compraventa del inmueble que originó la denuncia penal.

16. Asimismo, en el cuadernillo del Tribunal se acredita que el 24 de junio de 2003, el Fiscal de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima opina porque se declare fundado el pedido de prescripción remitido de oficio por el Juez de la causa. Con fecha 23 de marzo de 2005, el juez del proceso penal declara fundada la excepción de prescripción. Sin embargo, con fecha 25 de abril de 2005, los recurrentes interponen apelación fundamentándola en el hecho de que renuncian a la prescripción, estimando que en el proceso penal que se les sigue han sido

absueltos; asimismo, rechazan haber cometido el delito imputado, pues no desean ampararse en el transcurrir del tiempo y que quede alguna duda sobre su inocencia, ya que está de por medio el honor, el nombre y la buena reputación de su familia.

17. En primer lugar, aplicando el criterio de análisis global del procedimiento (Caso Genie Lacayo contra Nicaragua, sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamento 81) se comprueba que el proceso penal que se les sigue a los recurrentes viene durando más de doce años. En términos generales es un plazo que, *prima facie*, no puede ser considerado como un plazo razonable en los términos de los artículos 139.º inciso 3 de la Constitución y 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto, después de 12 años, el proceso penal sigue en primera instancia. Asimismo, debe tenerse presente que en los casos Suárez Rosero contra Ecuador y Genie Lacayo contra Nicaragua, resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se determinó la existencia de vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable por plazos menores a los 12 años que viene durando el proceso penal que se sigue a los recurrentes.

18. En segundo lugar, y aplicando el *test* de la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un juicio, del proceso penal que se sigue a los demandantes puede concluirse lo siguiente: a) dicho proceso no reviste una complejidad mayor, considerando, entre otras razones, que se trata de un proceso sumario; se actuaron pocas pruebas, como la declaración preventiva del agraviado, declaraciones de los acusados y pruebas documentales; se trata de dos imputados (madre e hijo); la supuesta agraviada es una empresa inmobiliaria especializada en la compraventa de propiedades inmuebles; se trata de una supuesta estafa derivada de la venta de un terreno de propiedad de los recurrentes; desde el 2003 existe una sentencia civil que confirma la compra-venta del inmueble y el pago total del precio; b) los procesados han desarrollado una actividad procesal mínima considerando que existen tres sentencias absolutorias, limitándose a la interposición de una excepción de naturaleza de acción y últimamente han apelado la resolución de prescripción; c) las tres anulaciones de las sentencias absolutorias se deben exclusivamente al proceder de los fiscales y jueces, sea solicitándolas, declarándolas o incurriendo en errores de procedimiento. Es evidente, entonces, que la demora



de 12 años en la tramitación del proceso penal es atribuible a las autoridades judiciales.

19. Por tales razones, el Tribunal Constitucional considera que el proceso penal sujeto a evaluación no cumple con el *test* de la razonabilidad del plazo en el que debe desarrollarse un proceso.

20. En tercer lugar, debe tenerse presente que, en el caso de la favorecida, la vulneración constatada reviste una mayor gravedad, pues se trata de una persona de 79 años, que durante el mes de mayo de 2005 ha estado internada en la Clínica Ricardo Palma. Mantener a una persona mayor de edad con problemas de salud sujeta a un proceso que ya dura más de 12 años, sin que se den las condiciones que podrían justificar un proceso tan prolongado, y que hasta la fecha no exista una solución a una imputación que no reviste mayor complejidad jurídica y probatoria, como se puede apreciar de los tres fallos absolutorios anulados y otras instrumentales aportadas al presente proceso, deviene en una situación irrazonable y desproporcionada. Más aún si se tiene que desde el 28 de octubre de 2003 existe una sentencia civil ejecutoriada sobre otorgamiento de escritura pública de la compraventa del inmueble que originó el proceso penal.

21. Por las consideraciones expuestas, la omisión de resolver el caso constituye una vulneración del debido proceso en su manifestación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, dado que, en el presente caso, al existir un mandato de comparecencia vigente, con reglas de conducta que restringen la libertad personal de la favorecida, se comprueba una afectación de sus derechos conexos a la libertad. Por tanto, la Jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima debe resolver el proceso penal en el más breve plazo para el caso de doña Isabel Rivas Ramírez.

22. Por otro lado, es dentro de este mismo contexto que debe ser evaluada la situación del recurrente, cuya condición de Congresista de la República obliga a determinar si, en este caso concreto, también se produce la misma vulneración que en el caso de la favorecida y si la Jueza del proceso penal debe resolver el pedido de extinción de la acción penal por ejecutoria civil y disponer el retiro de la solicitud de levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

23. El artículo 93.º de la Constitución establece que los Congresistas “No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congre-

so o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones (...)”. Al respecto, este Colegiado ha expresado que “Los Congresistas gozan también de la inmunidad parlamentaria prevista en el último párrafo del artículo 93.º de la Constitución y cuyo procedimiento de levantamiento se encuentra regulado en el artículo 16.º del Reglamento del Congreso. Se trata de una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Parlamento. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación.” (Caso 65 Congresistas de la República...).

24. El Tribunal Constitucional estima que la regla constitucional es clara al establecer que es indispensable la autorización del Congreso de la República para procesar penalmente a un Congresista de la República. Sin embargo, es posible diferenciar dentro de esta situación dos supuestos. El primero, cuando el proceso penal se pretende iniciar con posterioridad a la elección del Congresista denunciado. En este caso, siempre será necesario, para procesar al Congresista, requerir que el Congreso de la República levante la inmunidad parlamentaria y autorice el procesamiento.

25. El segundo supuesto, es aquel en el que a un ciudadano se le procesa y durante ese lapso resulta electo. En este caso, también se deberá solicitar el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del Congresista electo, para procesarlo, salvo el caso de que el proceso penal venga durando en exceso (en este caso doce años y todavía se encuentra en primera instancia), y existan pendientes de resolver pedidos de extinción de la acción penal que favorezcan al Congresista de la República. En efecto, no habría necesidad de solicitar el levantamiento de la inmunidad si es manifiesta la extinción de la acción penal, puesto que en este caso el proceso penal debe archivarse.

26. La inmunidad protege al Congresista y permite que el Congreso de la República ejerza el normal desarrollo de sus funciones. Es por ello que resulta razonable que, cuando se trate de casos como el presente, en que no se cumple con el *test* de razonabilidad del plazo en que se desarrolla un proceso penal, y que se encuentren pendientes de resolver pedi-

dos de prescripción de la acción o de manifiesta extinción de la misma, el Juez deberá resolverlas (así se ha verificado en el presente caso con la excepción de prescripción), sin necesidad de iniciar el pedido de levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

27. Esta situación se justifica en que si la extinción de la acción penal es favorable al Congresista, carece de objeto iniciar el mencionado trámite parlamentario puesto que el proceso penal debe archivar, y porque, además, de este modo se permite que el Congresista de la República siga gozando de la inmunidad parlamentaria. En caso de ser denegada la extinción de la acción penal, entonces sí será necesario solicitar el pedido de levantamiento, puesto que en tal situación debe continuarse con su procesamiento, sea para absolverlo o para condenarlo.

28. En el presente caso, sobre la base del análisis efectuado, se comprueba que la omisión de la Jueza de resolver el pedido de extinción de la acción penal constituye una vulneración del debido proceso en su manifestación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; asimismo, en el caso, al existir un mandato de comparecencia vigente, con reglas de conducta que restringen la libertad personal del recurrente, se afectan también los derechos conexos a la libertad (*mutatis mutandis*, Caso Francisco Javier Errázuriz Talavera...). Por tanto, en el caso del recurrente, la Jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima se encuentra habilitada para resolver tal pedido.

29. Finalmente, con relación a la solicitud del recurrente para que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República solicite el retiro del pedido de levantamiento de la inmunidad parlamentaria, que afecta al demandante, el Tribunal Constitucional comparte el criterio de la recurrida en el sentido de que el órgano competente para solicitar tal retiro es la Jueza del proceso penal, correspondiéndole al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República su trámite ante el Congreso de la República. En consecuencia, en lo que respecta al Presidente de la Corte Suprema de la República, este extremo de la demanda debe ser desestimado. Por consiguiente, corresponde a la Jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima proceder al retiro de la solicitud de levantamiento de la inmunidad parlamentaria del recurrente.

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la de demanda de hábeas corpus a favor de doña Isabel Rivas Ramírez y de don Heriberto Benítez Rivas, con la excepción señalada a continuación.

2. Declarar **INFUNDADO** el extremo de la demanda de hábeas corpus dirigido contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

3. Ordena que la Jueza del Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima resuelva el pedido de extinción de la acción penal.

Publíquese y notifíquese.

...

## DERECHO A LA PRIVACIDAD, PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL Y LIBERTAD PERSONAL COMO LÍMITES A LA PERSECUCIÓN PENAL

*Sinopsis:* En la presente sentencia recaída a un recurso de hecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 14, párrafo 2, de la Ley 23.737 que criminaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El recurso fue interpuesto a favor de cinco personas que fueron detenidas durante un operativo policial en un lugar de venta de estupefacientes. Estas personas portaban algunos cigarrillos de marihuana “de armado manual”, cuya cantidad era para uso personal, por lo cual fueron procesados y sancionados. A consecuencia del operativo, otras personas también fueron procesadas, entre otros, por la comercialización de diversos estupefacientes. La defensa de los primeros alegó básicamente la inconstitucionalidad de la disposición referida por ser contraria al principio de reserva, en particular, porque la conducta imputada se había llevado a cabo dentro de la esfera de intimidad protegida constitucionalmente. Asimismo, invocó la doctrina de la arbitrariedad para sostener que, en el caso concreto, no se había acreditado que los imputados hubieran afectado la salud pública —bien jurídico tutelado por dicha disposición—, y que con fundamento en el principio de lesividad, no era admisible la sanción impuesta.

En primer lugar, la Corte Suprema se refirió a la necesidad de revisar la vigencia del último de sus precedentes conforme al cual la tenencia de estupefacientes era punible. Entre otros, argumentó que con la reforma constitucional de 1994 en ese país se incorporaron los tratados de derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional. Señaló que, en razón de ello, se habían modificado sustancialmente varios aspectos del panorama constitucional, como los relativos a la política criminal del Estado, por lo cual éste estaba obligado a adoptar determinadas acciones para adecuarse a los estándares internacionales. La Corte Suprema indicó que decidía apartarse de la doctrina jurisprudencial más reciente y acoger nuevamente un precedente anterior que despenalizó la misma conducta, luego de lo cual realizó el análisis constitucional de la disposición respectiva.

Entre otros, la Corte expuso que si bien los tratados internacionales esbozan valores que imponen límites al ejercicio de los derechos humanos para preservar ciertos bienes jurídicos colectivos, como por ejemplo, la salubridad pública, estos deben ser interpretados estrictamente para evitar que su sola invocación sea utilizada arbitrariamente por el Estado para limitar el ejercicio de los derechos. En este sentido, señaló que los tratados internacionales en la materia reconocen varios derechos humanos previstos por la Constitución argentina, entre otros, el derecho a la

## LÍMITES A LA PERSECUCIÓN PENAL

privacidad, en relación con el principio de autonomía personal, que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y que su desenvolvimiento no quede sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. También hizo alusión al principio de dignidad de la persona conforme al cual, ésta no puede ser tratada utilitariamente, como por ejemplo, ser incriminada como técnica de investigación de otros delitos. Asimismo, señaló que la jurisprudencia internacional se ha pronunciado en contra del ejercicio punitivo del Estado con base en la mera peligrosidad de las personas. Por lo tanto, de acuerdo al principio *pro homine*, estableció que debe preferirse la interpretación que sea menos restrictiva de los derechos humanos, en el caso concreto, para el análisis de la constitucionalidad de la disposición respectiva.

La Corte Suprema también refirió que si bien el modo de perseguir el delito y la determinación de los bienes jurídicos que quieren mayor protección son cuestiones de política criminal correspondientes a otras esferas del Estado, la cuestión estaba referida a la impugnación de un sistema que penaliza conductas que, realizadas bajo ciertas circunstancias, no afectan a un tercero y, por lo tanto, están protegidas por la Constitución. En consecuencia, señaló que el Congreso había rebasado las facultades que le han sido otorgadas por la Constitución y, por lo tanto, declaró la inconstitucionalidad de la disposición bajo estudio por penalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal cuando no implique un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, en la medida en que invade la esfera de libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Con ello, la Corte estimó procedente el recurso extraordinario.

En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia de Argentina se refirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, se remitió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* y *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, así como al voto particular de uno de sus jueces en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Además, citó la Opinión Consultiva OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* de dicho Tribunal. La sentencia se encuentra acompañada de cinco votos particulares.

*Synopsis: In this sentence rendered on a factual motion, the Supreme Court of Justice of Argentina made a decision on the unconstitutionality of article 14, paragraph 2, Law 23.737, penalizing the possession of narcotic drugs for personal consumption. The motion was filed in favor of five persons who were detained during a police raid in a place where narcotic drugs were sold. These persons were in possession of "manually made" marijuana cigarettes enough for personal use so they were prosecuted and penalized. As a consequence of the raid, other persons were also prosecuted for marketing various narcotic drugs, among others. Basically, the defense of the former alleged the unconstitutionality of the provision mentioned since it is contrary to the principle of reserve, particularly because the alleged behavior had occurred within the individual's right to privacy duly protected by the Constitution. Likewise, the doctrine of arbitrariness was*

mentioned to affirm that, in this specific case, there was no evidence that the defendants had affected public health—a juridical property protected by such provision—and that the penalty imposed was not admissible on the grounds of the principle of damages.

In the first place, the Supreme Court made reference to the need to review the enforcement of the latest of its precedents whereby the possession of narcotic drugs was punishable. *Inter alia*, the Court affirmed that upon the constitutional reform in Argentina in 1994, the human rights treaties had been introduced at the same level as the Argentine Constitution. On that basis, the Court also pointed out that several aspects of the Constitution had been substantially modified, such as those related to the criminal policy of the State. Therefore, the State had to adopt certain actions to be in line with international standards. The Supreme Court indicated that it had decided to deviate from the most recent jurisprudential doctrine and once again adopt a previous precedent decriminalizing that same behavior. Then it made the constitutional analysis of the corresponding provision.

*Inter alia*, the Court stated that although international treaties outline values setting limits to the exercise of human rights in order to preserve certain collective juridical property, such as public health for example, such limits must be construed strictly to avoid that they be used in an arbitrary manner by the State to limit the exercise of rights. To that end, it pointed out that international treaties in this matter recognize several human rights under the Argentine Constitution, *inter alia*, the right to privacy, in relation with the principle of personal autonomy, preventing that any person should be the object of arbitrary or abusive interference in their private lives, and that their development should not be subject to the initiatives and care of the public power. It also made reference to the principle of dignity under which a person cannot be treated in a utilitarian manner, for example to be incriminated as a technique to investigate another criminal case. Likewise, the Court pointed out that international jurisprudence has been against any punishable exercise by the State on the mere basis that some persons are simply dangerous. Therefore, following the *pro homine* principle, the Court established that a less restrictive interpretation of human rights should be preferred to analyze the constitutionality of the corresponding provision in this specific case.

The Supreme Court also mentioned that although the way to persecute crime and the determination of the juridical goods requiring higher protection are matters of criminal policy pertaining to other fields of the State, this matter referred to the challenges of a system penalizing behaviors that do not, when carried out under certain circumstances, prejudice any third parties. Therefore, they are protected by the Constitution. Consequently, the Court pointed out that the Congress had exceeded the powers granted by the Constitution and hence, the Court declared the unconstitutionality of the provision under analysis for penalizing the possession of narcotic drugs for personal use when it does not involve any specific danger or harm to the rights or goods of third parties, insofar as it invades the field of personal liberty excluded from the power of state bodies. Thus, the Court considered that the extraordinary motion was appropriate.

In this sentence, the Supreme Court of Justice of Argentina made reference to the American Convention on Human Rights, the International Covenant of Civil and

LÍMITES A LA PERSECUCIÓN PENAL

*Political Rights and, the Universal Declaration of Human Rights. Likewise, it referred to the jurisprudence of the Inter- American Court of Human Rights in the cases of Baena Ricardo et al. v. Panama, and Fermín Ramírez v. Guatemala, as well as to the particular vote of one of its judges in the case of Ximenes Lopes v. Brazil. Furthermore, it made reference to Advisory Opinion OC-5/85, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 of the American Convention on Human Rights) of such Court. The sentence rendered is accompanied by five special votes.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
ARGENTINA

RECURSO DE HECHO EN LA CAUSA No. 9080  
INTERPUESTO POR GUSTAVO ALBERTO FARES,  
MARCELO EZEQUIEL ACEDO,  
MARIO ALBERTO VILLARREAL,  
GABRIEL ALEJANDRO MEDINA  
Y LEANDRO ANDRÉS CORTEJARENA  
SENTENCIA DE 25 DE AGOSTO DE 2009

Buenos Aires,

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la



causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que esta causa se inició el 19 de enero de 2006, a raíz de lo informado por el Jefe de la Sección Rosario de la Policía Federal Argentina, dando cuenta que de distintas actuaciones sumariales labradas en esa dependencia por infracción a la ley 23.737 surgía que todos los detenidos habían tenido contacto en forma esporádica con una finca emplazada en la calle Nicaragua casi esquina Forest, donde se habían observado los movimientos típicos de la venta de estupefacientes al menudeo.

...

2°) Que, tras la realización del debate oral y público ..., el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, rechazó las nulidades interpuestas por las defensas y el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y condenó a: ... IV) Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena, como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional (artículo 26 del Código Penal), imponiéndoles por el término de dos años las siguientes reglas de conducta (artículo 27 bis del Código Penal): 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; 2) abstenerse de usar estupefacientes, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes. En todos los casos sustituyó la aplicación de la pena y dispuso una medida de seguridad educativa en la forma prevista por el artículo 21 de la ley 23.737, dando intervención a ese efecto al señor juez de ejecución penal

...

3°) Que la defensa interpuso recurso de casación en favor de ... Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena..., que fue rechazado por el tribunal a quo ..., quien —a su vez— declaró inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos por la defensa.

...

#### *LÍMITES A LA PERSECUCIÓN PENAL*

De tal modo, la cuestión sometida a estudio de este Tribunal ha quedado circunscripta a los hechos vinculados a Fares, Acedo, Villarreal, Medina y Cortejarena, en la queja en estudio.

4°) Que, en este sentido, corresponde señalar que al fijar la materialidad de los hechos el tribunal de juicio tuvo por acreditada la tenencia por parte de Gustavo Alberto Fares de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Fares por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

También tuvo por probada la tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de Marcelo Ezequiel Acedo y de un cigarrillo de marihuana por parte de Mario Alberto Villarreal (con un peso de 0,25 gramos, 0,30 gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), incautados del bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía el primero y del bolsillo derecho lateral del pantalón que vestía el segundo, en el procedimiento llevado a cabo por el personal de prevención antes mencionado, el 18 de enero de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

Por último, tuvo por demostrada la tenencia por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de tres cigarrillos de marihuana de armado manual —cada uno de ellos— (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario, por parte de personal de la Brigada Operativa Departamental II, dependiente de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Santa Fe; en este caso, al percatarse de la presencia policial, los imputados dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado.

5°) Que en el recurso de casación la defensa se agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la

nueva composición de la Corte Suprema y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso “Bazterrica”, en el cual se había declarado la invalidez constitucional de un texto normativo —ley 20.771, artículo 6°— que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal con un alcance semejante al que lo hace la norma impugnada.

6°) Que por su parte, los integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazaron el recurso señalando que esa sala se había expedido con anterioridad en los antecedentes que citan, acerca de la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737.

7°) Que en el recurso extraordinario la defensa sostuvo que la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado.

Por otro lado, alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida salud pública. En este sentido sostuvo que la injerencia del poder sancionador en el ámbito de la libertad personal era abiertamente violatorio de las garantías constitucionales.

Agregó que si bien la postura del tribunal a quo hacía pie en el precedente “Montalvo”, la jurisprudencia de la Corte Suprema había sido errática, de modo que correspondía verificarse si los argumentos de mérito, oportunidad y conveniencia que sostuvieron aquella decisión seguían vigentes. Al respecto consideró que el gran incremento de causas por tenencia para consumo personal a partir de la vigencia de la ley 23.737 demostraba que el resultado no era acorde al fin con el que había sido concebida sino, antes bien, la prueba del fracaso del efecto disuasivo que se había pretendido obtener persiguiendo indistintamente al tenedor de estupefacientes para consumo personal.

Expuso que la postura asumida por la Corte Suprema en los precedentes “Bazterrica” y “Capalbo” era la más adecuada a un Estado de Derecho que respete el ámbito de autodeterminación de los ciudadanos; en este sentido avaló su posición en torno a la afectación al principio de re-

serva con transcripciones del fallo “Bazterrica”, y el voto en disidencia del juez Petracchi en “Montalvo”.

Asimismo, subrayó que el argumento de cambio de composición del Tribunal había sido utilizado por la misma Corte como fundamento al retomar en “Montalvo” lo decidido en “Colavini”.

Por último, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad sostuvo que en el caso no se había acreditado que la conducta de los imputados hubiese afectado de alguna forma el bien jurídico protegido por la norma —salud pública—, de modo que con fundamento en el principio de lesividad que proscribía el castigo de una acción que no provocara un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto, era inadmisibles la sanción pretendida por tratarse de una acción atípica.

8°) Que, por su parte, el tribunal a quo declaró inadmisibles el recurso extraordinario, pues según entendió los argumentos expuestos por el apelante eran insuficientes para conmover la doctrina sentada por esa sala en torno a la constitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

Tal decisión dio origen a la presente queja.

9°) Que de la reseña efectuada surge que la defensa ha articulado un genuino caso Constitucional. En efecto, el núcleo de su argumentación estuvo dirigido a cuestionar la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por la afectación que tal incriminación ocasionaría al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, puso en tela de juicio una ley federal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) como contraria al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Carta Magna, y la decisión definitiva fue contraria a los derechos que la recurrente fundó directamente en la Constitución Nacional (artículo 14, inciso 1, de la ley 48).

10) Que como primera consideración cabe señalar que las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las “acciones privadas” previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico “salud pública”, han sido resueltas acertadamente en “Bazterrica” ..., precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener.

Cabe señalar que la decisión mayoritaria del caso “Bazterrica” se integró con el voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, y por el individual del juez Petracchi; a las consideraciones de este último voto este Tribunal hoy decide remitirse, habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen, ello sin perjuicio de los conceptos relevantes del otro voto conjunto que complementa la resolución jurídica correcta de la cuestión aquí traída.

11) Que si bien con posterioridad a “Bazterrica”, la Corte dictó otro pronunciamiento in re “Montalvo” ..., que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal, este Tribunal, hoy llamado nuevamente a reconsiderar la cuestión, decide apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente —y como se ha dicho— afianzar la respuesta constitucional del fallo in re “Bazterrica”.

12) Que, como lo han señalado varios de los sujetos procesales que intervinieron en estas actuaciones, la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en “Colavini” ... se pronunció a favor de la criminalización; en “Bazterrica” y “Capalbo”, se apartó de tal doctrina ...; y en 1990, en “Montalvo” vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal ..., y como lo adelantáramos en las consideraciones previas, hoy el Tribunal decide volver a “Bazterrica”.

13) Que si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de “Montalvo” y “Bazterrica”, lo cierto es que habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio.

En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas...

14) Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina “Montalvo” que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montal-

vo” han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido ..., pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

...

16) Que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en “Bazterrica” y “Montalvo”, se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, “Bazterrica” es un pronunciamiento del año 1986, y “Montalvo” de 1990.

Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones...

Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

...

17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos —y en lo que aquí interesa— el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvol-

vimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad —e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” (CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, párrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en “Bazterrica”.

18) Que también el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), guarda más compatibilidad con la solución postulada en “Bazterrica”. En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y “Montalvo”, respecto de la con veniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico.

19) Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su revictimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). En consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél un mayor protagonismo en el proceso...

No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización.

20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la considera-

ción de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...”(CIDH, Serie C No. 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re “Gramajo” ... quién además agregó que “... En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...” ...

Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad.

21) Que, cabe señalar que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853; en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión. Pero, además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como “bien común”, “orden público”, “utilidad pública”, “salubridad pública” e “intereses nacionales” (artículo 22 inc. 3º, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3º, 14, 19 inc. 3º b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos).



No hay que olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcriptos, es más amplia ...

22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado.

Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (parágrafos 66 y 67).

Es claro que las consideraciones en que se sustenta el precedente “Bazterrica” se ajustan más a esa pauta interpretativa de la Corte Interamericana, que el precedente “Montalvo”, en referencia a los bienes colectivos invocados.

23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio “pro homine”. De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de

Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio “pro homine” resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.

24) Que sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no se puede pasar por alto la creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente sobre el tráfico de estupefacientes. Esta preocupación, que tampoco es nueva, se ha plasmado en varias convenciones internacionales.

...

25) Que no obstante ello, ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.

En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 3º, inc. 2º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes).

Por su parte la Oficina de las Naciones Unidas sobre Droga y Control (UNODC), al elaborar los principios básicos de prácticas alternativas a la prisión, incluye expresamente, entre otros, a los consumidores de estupefacientes ...

26) Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculpado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y

el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.

27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica “legalizar la droga”. No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas

...

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico...

...

29) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor.

Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.

30) Que en síntesis, después de la reforma constitucional han ingresado principios internacionales, que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte —algunos de los cuales hemos citado aquí—, que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente “Bazterrica” encaja cómodamente. Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente “Bazterrica” —voto del juez Petracchi—.

31) Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras

esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna.

32) Que en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo... Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio.

De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

33) Que es jurisprudencia inveterada de esta Corte que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico” ...

34) Que ello se debe a que las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos. Pero los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente por- que son mayoritarias...

35) Que sobre tal cuestión la Corte Interamericana ha señalado que [...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], 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. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baena Ricardo v. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, *Fondo, Reparaciones y Costas*).

36) Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en “Bazterrica” declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos.

Por ello, ... se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase.

...

## EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA EN EL RECURSO DE AMPARO

*Sinopsis:* La Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana dictó una sentencia de casación en la cual, entre otros, se pronunció sobre la doble instancia del recurso de amparo. Una compañía dominicana interpuso este recurso contra el Estado por violación al derecho a la libertad de empresa. El amparo no le fue concedido tras lo cual presentó un recurso de apelación que le fue denegado ya que el artículo 29 de la Ley número 437-06 establecía que la sentencia de amparo no era susceptible de ser impugnada mediante ningún recurso ordinario o extraordinario, excepto la tercería o la casación. Al respecto, en la presente sentencia, la Cámara Civil señaló que anteriormente la Suprema Corte había establecido que si una sentencia no era susceptible de apelación, porque la legislación negaba este recurso, los jueces de alzada estaban obligados a desecharlo. Sin embargo, señaló que, posteriormente, la propia Suprema Corte instituyó, por vía jurisprudencial, el trámite de la acción de amparo previendo el recurso de apelación, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que es parte la República Dominicana. No obstante esta decisión, resaltó que el artículo 29 de la Ley número 437-06 suprimió el recurso de apelación en el amparo y lo dejó sin efectos. Adicionalmente, la Cámara Civil adujo que esta Ley fue expedida a pesar de que el artículo 8.2.h de la Convención Americana reconoce el derecho del imputado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, al igual que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. En este sentido, refirió que, en otra resolución, la Suprema Corte de Justicia señaló que el derecho a la apelación forma parte de las reglas mínimas que deben ser observadas no sólo en los procesos de índole penal sino en todos aquellos referidos a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter. Por lo tanto, haciendo referencia al bloque de constitucionalidad, la Cámara Civil de la Suprema Corte estableció que, además de la Constitución, los tratados internacionales se imponen en su aplicación a la ley adjetiva,

y que en razón de que tanto el amparo como la apelación son derechos fundamentales conforme a la Constitución, no pueden ser limitados o modificados por el legislador ordinario sino solamente reglamentados. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley número 437-06 y ordenó a la instancia judicial competente resolver la apelación del amparo correspondiente.

*Synopsis: The Civil Chamber of the Supreme Court of Justice of the Dominican Republic rendered a sentence for appeal whereby, inter alia, it made a decision on the double instance of the amparo motion. A Dominican company filed this motion against the State on the basis of the violation of the right to free enterprise. The amparo was not granted so the company filed a motion for appeal which was denied since article 29 of Law 437-06 set forth that the amparo sentence could not be challenged by any other ordinary or extraordinary motion, except by third-party proceedings or appeal. To that end, in the present sentence, the Civil Chamber pointed out that the Supreme Court had previously established that if a sentence could not be appealed, because the legislation in force denied such motion, the appeal judges were forced to dismiss it. However, the Civil Chamber pointed out that the Supreme Court later instituted amparo proceedings through jurisprudence, taking into account the motion for appeal, in agreement with article 25.1 of the American Convention on Human Rights, to which the Dominican Republic is a Party. In spite of this decision, the Chamber highlighted that article 29 of Law 437-06 eliminated the amparo motion for appeal and left it without effect. Additionally, the Civil Chamber alleged that such Law was executed in spite of article 8.2.h of American Convention recognizing the right of the defendant to appeal the sentence before a higher judge or court, as in article 14.5 of the International Covenant of Civil and Political Rights, inter alia. To that end, it stated that in another resolution the Supreme Court of Justice had pointed out that the right to appeal forms part of the minimum rules to be observed not only in criminal trials but in all trials regarding the determination of the rights and obligations of civil, labor, administrative, fiscal, and disciplinary matters or any other matters. Therefore, making reference to the block of constitutionality, the Civil Chamber of the Supreme Court established that, apart from the Constitution, international treaties are above the application of the law and that, due to the fact that both the amparo and the appeal are fundamental rights under the Constitution, they may not be limited or modified by the legislators; they can only be regulated. Consequently, it declared the un-*

*SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, REPÚBLICA DOMINICANA*

*constitutionality of article 29 of Law 437-06 and ordered the competent judicial instance to resolve the corresponding amparo appeal.*



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA  
CÁMARA CIVIL  
REPÚBLICA DOMINICANA

RECURSO DE

CASACIÓN  
INTERPUESTO POR MEEJ S. A.  
SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2009

...

En Nombre de la República, la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, actuando como Corte de Casación, ha dictado la sentencia siguiente:

Sobre el recurso de casación interpuesto por Meej, S. A., ... contra la sentencia dictada por la Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, el 27 de marzo de 2007, cuyo dispositivo se copia en otra parte de este fallo;

...

Vista la Ley núm. 25 de 1991, modificada por la Ley núm. 156 de 1997 y los artículos 1 y 65 de la Ley sobre Procedimiento de Casación;

LA CORTE, en audiencia pública del 3 de marzo de 2008,... después de haber deliberado los jueces signatarios de este fallo;

Considerando, que en la sentencia impugnada y en los documentos a que ella se refiere consta: a) que con motivo de una acción de amparo por violación al derecho de libertad de empresa, incoada por la compañía Meej, S. A. el 5 de diciembre de 2006, contra el Estado Dominicano y La Lotería Nacional, la Presidencia de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, dictó el 10 de enero de 2007 una sentencia cuyo dispositivo es el siguiente: “**Primero:** En cuanto a la forma, acoge como buena y válida la acción de amparo en violación al derecho de libertad de empresa, interpuesta por la compañía Meej, S.A., en contra del Estado Dominicano y la Lotería Nacional Dominicana por haber sido incoada conforme al derecho; **Segundo:** Acoge las conclusiones incidentales de los demandados y en consecuencia declara inadmisibile la acción de amparo en violación al derecho de libertad de empresa, interpuesta por la compañía Meej, S. A., en contra del Estado Dominicano y la Lotería Nacional Dominicana por haber transcurrido el plazo dispuesto para la interposición de la acción (sic); b) que sobre el recurso de apelación interpuesto intervino la sentencia ahora impugnada con el siguiente dispositivo: “**Primero:** *Declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la empresa Meej, S. A., contra la ordenan-*

za de amparo núm. 026/07, relativa al expediente núm. 504-06-01130, dictada en fecha 10 de enero de 2007, por la Presidencia de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional,, por los motivos precedentemente expuestos; **Segundo:** Declara el procedimiento libre de costas”;

...

Considerando, que en el desarrollo de su primer medio la recurrente alega, en síntesis, la inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley núm. 437-06, publicada en la Gaceta Oficial núm. 10396 en fecha 6 de diciembre de 2006, por ser contrario al artículo 71 de la Constitución de la República, a la doctrina y a la jurisprudencia; y contrario también al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que otorga rango constitucional al principio del doble grado de jurisdicción o derecho a nuevo examen del caso; que, en efecto, de conformidad con los principios de nuestro derecho constitucional, todo tribunal ante el cual se alegue la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, como medio de defensa, tiene competencia y está en el deber de examinar y ponderar dicho alegato como cuestión previa al resto del caso; que, por tanto, procede examinar la cuestión constitucional planteada en el primer medio, lo que originalmente fue propuesto ante los jueces del fondo;

Considerando, que el numeral 1 del citado artículo 71 de la Constitución de la República dice: Son atribuciones de las Cortes de Apelación: “Conocer de las apelaciones de las sentencia dictadas por los juzgados de primera instancia ...”; que si bien es cierto que ha sido juzgado en reiteradas ocasiones por esta Suprema Corte de Justicia, en su rol de Corte de Casación, que cuando una sentencia no es susceptible de apelación por negar la ley este recurso, los jueces de la alzada están obligados a declarar la inadmisión del recurso, no es menos cierto que en virtud a lo dispuesto por el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Congreso Nacional por Resolución núm. 739 del 25 de diciembre de 1977, ... la Suprema Corte de Justicia, pretoriamamente, por su sentencia del 24 de febrero de 1999, instituyó por vez primera el procedimiento para ejercer la acción de amparo previendo en el mismo el recurso de apelación, que conocerá la Corte de Apelación correspondiente y deberá interponerse dentro de los tres días hábiles de

notificada la sentencia de primer grado, con lo cual se otorgó en ese ámbito carta de ciudadanía a la apelación, que como institución procesal ya había sido reconocida en la citada Convención internacional;

Considerando, que ciertamente, como señala la parte recurrente, posteriormente la Ley núm. 437-06, del 6 de diciembre de 2006, que creó por vía legislativa el Recurso de Amparo, al establecer en su artículo 29 que: “La sentencia emitida por el juez de amparo no será susceptible de ser impugnada mediante ningún recurso ordinario o extraordinario, salvo la tercería o la casación, en cuyo caso habrá de proceder con arreglo a lo que establece el derecho común”, obviamente ha suprimido el recurso de apelación en esa excepcional materia al quedar abrogado, por efecto de esta misma ley, la disposición que por vía jurisprudencial hizo realmente efectivo el recurso de amparo contemplado en la Convención adoptada, como se ha dicho, por los poderes públicos nacionales, en orden a lo pautado en la parte in fine del artículo 3 de la Constitución a cuyo tenor la República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano;

Considerando, que esa supresión por vía adjetiva se produce no obstante la preindicada normativa internacional consagrar igualmente en su artículo 8.2 h el derecho del imputado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior o, lo que es lo mismo, el derecho de requerir del Estado un nuevo examen del caso; que esta garantía reconocida a su vez por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 numeral 5, y otros instrumentos internacionales, forma parte de las reglas mínimas que, según la Resolución núm. 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia el 13 de noviembre, debe ser observada no sólo en los procesos penales, sino, además, en los que conciernen a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter;

Considerando, que reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico en la citada resolución, integrado por la Constitución y los citados instrumentos internacionales, se impone su aplicación armonizando los significados de la ley adjetiva que no le fueren contradictorios, con los principios, normas y valores que lo integran, asegurándose de este modo la constitucionalización del proceso judicial;

Considerando, que, por otra parte, tanto la apelación, reconocida como derecho fundamental de los justiciables, como se ha visto, como la

casación tienen en nuestro derecho positivo categoría sustantiva en razón de que la primera, es consagrada tanto por el artículo 71, numeral 1 de la Constitución como por el bloque de constitucionalidad, y la segunda, por el artículo 67, numeral 2, de la Constitución; que como los demás recursos, ordinarios y extraordinarios, de nuestro ordenamiento procesal, deben su existencia a la ley, el legislador ordinario sí puede limitar y reglamentar el ejercicio de esos recursos y, si lo estima conveniente para determinados asuntos, suprimirlos o hacerlos desaparecer, no así respecto de la apelación y la casación, a los que sólo puede reglamentar;

Considerando, que por su parte, la disposición del artículo 46 de la Constitución de la República, lo que manda en cuanto al orden judicial es que todo tribunal o corte en presencia de una ley, resolución, reglamento o acto contrario a la constitución invocado en ocasión de un proceso, en cualquiera de las materias de su competencia, puede y debe pronunciar su nulidad, aun no lo hayan promovido las partes, esto es, de oficio; que por todo lo expuesto la Corte a-qua al fallar como lo hizo, declarando inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la recurrente contra la ordenanza de que se trata, no obstante la nueva dimensión que como derecho fundamental hoy se le reconoce a esa vía de impugnación, ha desconocido el principio de la primacía de la Constitución y los tratados los cuales deben prevalecer siempre sobre la ley, por lo que la sentencia impugnada debe ser casada, sin necesidad de ponderar los demás medios del recurso;

Considerando, que como la Corte a-qua no pudo estatuir sobre el fondo del recurso de apelación por haber sido declarado inadmisibile en atención al artículo 29 de la Ley núm. 437-06, el que se declara contrario a la Constitución por esta sentencia, procede la devolución del expediente a la misma Corte, a los fines que se indican en el dispositivo de esta sentencia;

Considerando, que en virtud de las disposiciones del artículo 30 de la Ley núm 437-06, que instituye el recurso de amparo, procede declarar el procedimiento libre de costas.

Por tales motivos, **Primero:** Declara contrario a la Constitución de la República, el artículo 29 de la Ley núm. 437-06, del 6 de diciembre de 2006, que crea el recurso o acción de amparo y, en consecuencia; **Segundo:** Casa, sin envío, la sentencia dictada por la Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, el

27 de marzo de 2007, cuyo dispositivo ha sido copiado en parte anterior del presente fallo; **Tercero:** Ordena la devolución del expediente a la Primera Sala de la misma Corte de Apelación para que decida respecto del fondo de la apelación de que está apoderada; **Cuarto:** Declara libre de costas el procedimiento.

Así ha sido hecho y juzgado por la Cámara Civil de la Suprema Corte de Justicia, y la sentencia pronunciada por la misma en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, en su audiencia pública del 6 de mayo de 2009, años 166º de la Independencia y 146º de la Restauración.

...

*Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, número 6, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 30 de septiembre de 2009 en los talleres de Formación Gráfica S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, Cd. Nezahualcóyotl, 57630, Edo. de México. Se utilizó tipo *Century Schoolbook* en 9, 10 y 11 puntos y Palatino Linotype en 12 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 2000 ejemplares. Impresión offset.

