

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

TRIBUNALES NACIONALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Núm. 22

Enero-Diciembre de 2018



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
PROGRAMA ESTADO DE DERECHO PARA LATINOAMÉRICA
DE LA FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

MÉXICO, 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jueza Elizabeth Odio Benito
Presidenta

Juez Patricio Pazmiño Freire
Vicepresidenta

Juez Humberto Antonio Sierra Porto
Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez Eduardo Vio Grossi
Juez Eugenio Raúl Zaffaroni
Juez Ricardo Pérez Manrique

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Asamblea General

Thomas Buergenthal
Presidente honorario

Claudio Grossman
Presidente

Pedro Nikken
Presidente honorario

Wendy Singh
Vicepresidenta

Sonia Picado
Presidenta honoraria

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Mayra Alarcón, Carlos M. Ayala Corao, José Antonio Aylwin Oyarzún, Lorena Balardini, Line Bareiro, Lloyd G. Barnett, César Barros Leal, Carlos Basombrío, Eduardo Bertoni, Allan Brewer Carías, Antonio A. Cançado Trindade, Santiago A. Cantón, Douglass Cassel, Margaret Crahan, Suzana Cavenaghi, Ariel E. Dulitzky, Héctor Fix-Zamudio, Robert K. Goldman, María Elena Martínez Salgueiro, Juan E. Méndez, Elizabeth Odio Benito, Nina Pacari, Carlos Portales, Víctor Manuel Rodríguez Rescia, Hernán Salgado Pesantes, Fabián Salvioli, Mitchell A. Seligson, Mark Ungar, José Antonio Viera Gallo, Renato Zerbini Ribeiro Leao.

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Esmeralda Arosemena de Troitiño

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Joel Hernández García

Eduardo Vio Grossi

Julissa Mantilla Falcón

Humberto Antonio Sierra Porto

Edgar Stuardo Ralón Orellana

Elizabeth Odio Benito

Margarette May Macaulay

Eugenio Raúl Zaffaroni

Antonia Urrejola Noguera

Leoncio Patricio Pazmiño Freire

Flávia Piovesan

Ricardo Pérez Manrique

José Thompson J.

Director Ejecutivo

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Pedro Salazar Ugarte
Director

María Marván Laborde
Secretaria académica

Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

PROGRAMA ESTADO DE DERECHO PARA LATINOAMERICA
DE LA FUNDACION KONRAD ADENAUER

Marie-Christine Fuchs
Directora

Daniel Pinilla
Coordinador de Proyectos / Network Manager

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Sergio García Ramírez
Pablo Saavedra Alessandri
José Thompson J.
Directores

Javier Mariezcurrena
Irving Ilán Rodríguez Vargas
Asistentes de la dirección

Irving Ilan Rodríguez y Tania González Kazén
Elaboración de sinopsis y selección de extractos

Daniel Kaplan
Traducciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Apoyo editorial

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Primera edición: 17 de septiembre de 2021

Diálogo Jurisprudencial, por Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una Licencia *Creative
Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivados 4.0 Internacional*
(CC BY-NC-ND 4.0).

2021. Corte Interamericana de Derechos Humanos

2021. Instituto Interamericano de Derechos Humanos

2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN en trámite

CONTENIDO

Presentación	IX
Foreword	XI
Sentencia condenatoria por delitos de desaparición forzada y otros, cumplimiento de reparaciones del Caso Molina Theissen <i>vs.</i> Guatemala	1
Derecho de cualquier persona extranjera a la no devolución cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo, sin importar su estatuto legal o condición migratoria	39
Declaración de la existencia de un fenómeno de desplazamiento forzado originado por el contexto de violencia generado por grupos delictivos y falta de debida diligencia en el deber de protección ..	53
El derecho a la verdad y el combate a la impunidad como límite a la concesión del derecho de gracia	83
Rectificación de acta de nacimiento por adecuación de la identidad sexo-genérica	121
Derecho de las personas migrantes y refugiadas privadas de su libertad en estaciones migratorias, a contar con un representante legal y garantizar su debido proceso.	155

PRESENTACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos 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 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,

PRESENTACIÓN

claramente, consolidar la recepción 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 vigésimo segundo número de la revista aparecen seis resoluciones —expuestas a través de una conveniente selección de párrafos— correspondientes a Ecuador, El Salvador, Perú, México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El texto que no tenga vinculación con la aplicación de las normas de derechos humanos o no sea necesario para comprender el asunto examinado, ha sido sustituido por puntos suspensivos. Además, se suprimen las notas a pie de página que carezcan de dicho contenido, sin perjuicio de que en el cuerpo de la sentencia se conserve la numeración original.

FOREWORD

The Inter-American Court of Human Rights, the Institute for Juridical Investigations of the National Autonomous University of Mexico, the Konrad Adenauer Foundation and the Inter-American Institute of Human Rights 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, *Diálogo Jurisprudencial* 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 Court rooms 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. Another effect of the jurisprudential dialogue between courts is the reference that in some decisions the Inter-American Court of Human Rights has made to national law to give content and interpret international human rights, particularly in the American Convention on Human Rights. To do so, the Court has made use of various decisions mainly from high national courts, as supreme courts or constitutional courts and, taking into account such judicial criteria, the Inter-American Court has developed human rights XIV standards that have served for the analysis of

FOREWORD

cases submitted to it. This demonstrates both the dynamic character that has acquired the dialogue between the Inter-American Court and the high local courts, as well as the importance of this convergence of efforts towards building regional standards involving the most guarantor possible interpretation of treaties governing the OAS States Members.

The publication of the journal *Diálogo Jurídico* serves to provide an understanding of the developments in this field in an array of America's jurisdictions, in order that judicial authorities, professors, investigators and law students may draw knowledge and reflection from this source. Such diffusion may encourage new developments in other countries as well. The final objective is, clearly, to encourage the 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.

Six decisions appear in the twentysecond edition of the journal —discussed through an appropriate selection of paragraphs— from Ecuador, El Salvador, Peru, Mexico, and the Inter-American Court of Human Rights. Text that is unrelated to the application of human rights provisions or is not necessary for understanding the issue being examined has been replaced by ellipses. In addition, footnotes that lack such content have been deleted, while retaining the original numeration in the body of the decision.

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA Y OTROS, CUMPLIMIENTO DE REPARACIONES DEL CASO MOLINA THEISSEN VS. GUATEMALA

Sinopsis: El Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Mayor Riesgo Grupo “C” de Guatemala, el 23 de mayo 2018, dictó sentencia condenatoria en contra de cuatro ex miembros de las fuerzas armadas de Guatemala por los delitos de desaparición forzada en agravio de Marco Antonio Molina Theissen, así como delitos contra los deberes de humanidad en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen; ambos víctimas en el *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la sentencia, el Tribunal otorgó valor probatorio al expediente de fondo y videograbación de la audiencia pública del caso *Molina Theissen Vs. Guatemala* con el fin de reconstruir los hechos, determinar la responsabilidad penal de los presuntos condenados y demostrar la política de desaparición forzada de personas durante el conflicto armado interno del Estado, en particular la de Marco Antonio Molina Theissen y persecución de su familia.

Asimismo, el Tribunal guatemalteco tomó como referencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la adoptada en los *Casos Molina Theissen, Tiu Tojin, Chitay Nech y otros, Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal*, con el propósito de probar que la desaparición forzada de personas constituyó una práctica del Estado durante aquella época, que niñas, niños y adolescentes también fueron víctimas de desaparición forzada, el uso sistemático de la tortura y la violación sexual, así como los actos de obstrucción a la justicia por parte de agentes del Estado.

De igual forma, dichos documentos fueron útiles para demostrar las violaciones de derechos humanos cometidas por Guatemala en contra de la familia Molina Theissen, por no haber asumido el respectivo cumplimiento de la sentencia de fondo y reparación emitidas por la Corte Interamericana. Por lo anterior, el Tribunal decidió declarar la responsabilidad penal de los cuatro ex miembros de las fuerzas armadas de Guatemala, imponiéndoles penas de prisión respecto de los delitos que cometieron.

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD
Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE DE MAYOR RIESGO
GRUPO "C"

GUATEMALA

SENTENCIA C-01077-1998-00002

SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2018

C-01077-1998-00002 OF. 1RO. TRIBUNAL PRIMERO
DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA
EL AMBIENTE DE MAYOR RIESGO GRUPO "C". GUATEMALA,
VEINTITRÉS DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO. -----

En nombre del Pueblo de la República de Guatemala este Tribunal dicta sentencia en el proceso que se sigue en contra de: 1. HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, por los tipos penales de: DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen; DESAPARICIÓN FORZADA en agravio de Marco Antonio Molina Theissen; y VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen; 2. FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, por los tipos penales de: DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen, y VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen; 3. EDILBERTO LETONA LINARES por los tipos penales de: DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen, y VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen; 4. MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS por los tipos penales de: DESAPARICIÓN FORZADA en agravio de Marco Antonio Molina Theissen, Violación con agravación de la pena en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen, y DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen; 5. MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA por los tipos penales de: DELITOS CONTRA los deberes de humanidad en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen,

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

Violación con agravación de la pena en agravio de Emma Guadalupe Molina Theissen, y DESAPARICIÓN FORZADA en agravio de Marco Antonio Molina Theissen. La acusación está a cargo del Ministerio Público quien actúa a través del Agente Fiscal ERICK GIOVANNI DE LEÓN MORATAYA, de la UNIDAD DE CASOS ESPECIALES DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO, FISCALÍA DE SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO PÚBLICO y AUXILIAR FISCAL MIRNA GRACIELA CASTAÑEDA CASTELLANOS. QUERELLANTES ADHESIVOS: 1. EMMA THEISSEN ALVAREZ DE MOLINA a través de su mandataria ANA LUCRECIA MOLINA THEISSEN. Sus abogados directores HECTOR ESTUARDO REYES CHIQUIN y ESTEBAN EMANUEL CELADA FLORES. 2. EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN, a través de sus abogados directores ALEJANDRO RODRÍGUEZ BARILLAS y DAVID ERNESTO SANCHEZ RECINOS. DEFENSA TECNICA: 1. ABOGADO WALDEMAR ANTONIO LEONARDO FIGUEROA, defensor de HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS. 2. ABOGADOS ALEJANDRO ANTONIO ARRIAZA AGUILAR y JUAN ORLANDO GARCÍA RIVERA, defensores de FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTINEZ. 3. ABOGADOS JOSE LUIS ALEJOS RODRIGUEZ y JORGE RODRIGO MEOÑO BARILLAS, defensores de EDILBERTO LETONA LINARES. 4. ABOGADO JOSE ANTONIO ANAYA CARDONA, defensor de MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS. 5. ABOGADOS JORGE ALFONSO LUCAS CERNA y YERLY ALEJANDRA ORTIZ ALVARADO defensores del acusado MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA. No hubo Actor Civil. TERCERO CIVILMENTE DEMANDADO: ESTADO DE GUATEMALA, representado por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN a través de los abogados ESTUARDO ERNESTO DARDON GONZALEZ y SAMY ALBERTO MASSIS KAWNEH, entre los nombrados y designados por los efectos legales correspondientes. No hubo reclamación de la acción reparatoria y los hechos fueron admitidos conforme la acusación y el auto de apertura a juicio, sin ninguna modificación y durante el debate no hubo ampliación de la acusación. --

I) IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS: -----

...

II) ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS QUE HAYAN SIDO OBJETO DE LA ACUSACIÓN O DEL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO: -----

...

III) RELACIÓN CLARA Y CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADOS: -----

--

...

IV) RAZONAMIENTOS QUE INDUCEN AL TRIBUNAL A CONDENAR O ABSOLVER:...

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

...

V) DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL DE LOS ACUSADOS Y LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS ATRIBUIDOS: -----

El tribunal, en justa observancia de las reglas de la Sana Crítica Razonada, que enlazan inferencias lógicas, apreciaciones psicológicas, en concatenación con elementos de la experiencia y del sentido común, al deliberar y analizar la prueba producida en el debate, los jueces arribamos a las conclusiones de certeza jurídica siguientes: -----

DEL ANÁLISIS Y OBSERVANCIA DEL ORDENAMIENTO NACIONAL E INTERNACIONAL, LOS POSTULADOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES AL CASO CONCRETO. -----

La preceptiva fundamental guatemalteca en sentido perpetuo, históricamente ha sido coherente con el constitucionalismo de vanguardia, englobante de derechos esenciales en catálogo abierto e inherentes al ser humano. Desde la invocatoria se matizan los valores supremos y las actuaciones con estricto apego a Derecho. Los artículos 1º, 2º, 12, 13, 14, 15, 17, 21, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 33, 34, 35, 44, 46, 47, 51, 149, 152, 153, 154, 155, 156, 203, 204, 264 y demás enunciados, matizan la primacía humana, generadora de normas y principios en garantía de la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, la integridad, la justicia y la paz, siendo el Estado el permanente responsable de la observancia de las garantías básicas y la realización del bien común, y cuando un funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. Reafirmandose así, que los servidores públicos deben actuar impulsados por la plena vigencia de los derechos humanos en proyección hacia la universalidad de la justicia, y que los actos de inobservancia de las decisiones jurisdiccionales, aparejan causales de sanción, hasta la destitución de quienes resultaren responsables. Así, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en sus artículos 1º al 7º, 79 y 80; la Ley del Organismo Judicial en los artículos 1, 2, 10, 15, 35, 51, 66 y 165; y preceptivas atingentes; instruyen que la interpretación y aplicación por excelencia la realizan los jueces de manera contextual, *pro homine* y de *jure* del orden jurídico nacional e internacional, plagados de principios y estándares internacionales consensuados e inspiradores de todo proceso. El Código Penal sistematiza los principios, bienes jurídicos tutelados, tipos penales y las penas, subrayándose los artículos 2, 10, 11, 13, 18, 19, 27, 28, 36, 57, 58, 65, 69, 71, 107, 112, 113, 121 y 122; en concurso con el Código Procesal Penal que, desde sus consideraciones y en los artículos 1, 2, 3, 5, 7, 9, 11, 11Bis, 13 y 124 hasta el final, consagra postulados elementales para el tratamiento de

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

víctimas y victimarios en un debido proceso para una justicia pronta, restaurativa y efectiva para todos; en total congruencia con las disposiciones de la Ley de Reconciliación Nacional (Dto. 145-96) del 27 de diciembre de 1996, motivada del Acuerdo Global Sobre Derechos Humanos, cuyos artículos 8 y 9, subrayan la imprescriptibilidad de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra, el tratamiento de los principales responsables de crímenes graves, la visibilización, asistencia y reparación digna y transformadora de las víctimas. Resaltándose así las derivaciones de los Acuerdos de Paz firme y duradera culminados el 29 de diciembre de 1996, al finalizar la guerra interna que duró más de 36 años, entre 1960 a 1996, y, con base en informes de investigación y análisis de comisiones de esclarecimiento, recomendaciones de distintos órganos nacionales e internacionales facultados, como las decisiones del sistema interamericano de Derechos Humanos de lo sucedido; ponderándose a través de los Estándares Internacionales sobre Derechos Humanos, la mayor participación del Ejército, cuyos altos mandos involucrados, conscientes de las funciones públicas encomendadas y con pleno conocimiento de normas prohibitivas, se extralimitaron en la interpretación y aplicación de la Doctrina de la Seguridad Nacional, cuyos actos y omisiones impactaron con extrema violencia en la población civil más vulnerable, visible y notoriamente indefensa; dejando secuelas de muerte, dolor, impotencia, afecciones físicas y psicológicas, causantes de desintegración familiar y desarraigo de poblaciones enteras; dañando severamente familias completas, a miles de hombres, mujeres, niños y niñas; inclusive, a miembros del Ejército y sus familias. Por lo que, la participación de elementos militares en la comisión de crímenes atroces, afianzaron el *modus operandi* de la criminalidad organizada desde las esferas del Estado, expandiéndose con ello los actos de corrupción e impunidad que hoy se padecen, afectando gravemente la imagen de la institución armada. Demandándose por ello, la activación de mecanismos contenidos en instrumentos jurídicos internacionales coadyuvantes en la lucha contra la impunidad por crímenes graves e imprescriptibles, que ofenden a la comunidad internacional en su conjunto. Así, los principales responsables sean debidamente enjuiciados, en plano de igualdad entre víctimas y victimarios, atendiendo a la fuerza complementaria y armonizadora de los estándares internacionales aplicables. -----

En tal sentido, a la luz del compendio de convencionalidad, irradian: el Derecho Internacional Convencional y General, el Derecho Penal Internacional, en ilación con el Derecho Penal moderno, de donde destaca que el Estado de Guatemala, honrando sus compromisos ante el concierto de las naciones civilizadas, desde una visión globalizada de la justicia y acorde a una soberanía relativizada, integra los sistemas de:

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

Naciones Unidas, Interamericano de Derechos Humanos y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; en interrelación con otros dispositivos continentales, regionales y universales afines, en resguardo de la vida, la integridad y dignidad humana, a través de instrumentos como: Los IV Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, ratificados en abril de 1952, conexos con el Derecho de la Haya según los protocolos de 1977, de donde resplandece el Derecho Internacional Humanitario. Los Convenios I y II tratan sobre heridos y enfermos de los ejércitos y náufragos en el mar; el III Convenio estipula el trato debido a prisioneros de guerra; y el IV Convenio regula la protección debida a personas civiles en tiempos de guerra; cuyos artículos 1 y 3 son comunes a los cuatro tratados de aplicación en todas las circunstancias, con reglas mínimas imperativas en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, obliga a las partes en conflicto a proteger a la población civil no combatiente y a quienes por cualquier motivo hubieren quedado fuera de combate. Aunado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con preceptivas como: La Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; La Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969, acordes con contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de diciembre de 1966, mismos que imperan en perenne garantía de derechos básicos para todos. -----

En concurrencia con La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; con derivaciones en el Protocolo de Estambul de agosto de 1999 y La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; adyacentes a la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas; La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); y La Convención Sobre los Derechos del Niño; entre las normativas gestadas en las décadas de 1980 y 1990, que armonizadas con la legislación nacional, emanan normas de *ius cogens* junto a la cláusula de Martens, de larga data, como leyes y costumbres de la guerra clásica, adaptados por el Derecho Internacional General y el Derecho Internacional Humanitario, como práctica internacional y derecho de gentes, no necesariamente codificado, sí de carácter imperativo *erga omnes* según La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que, como norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, establecidas por los órganos judiciales internacionales, la doctrina y los principios aplicables que, adecuados al Derecho Penal Nacional, para que las poblaciones

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

y los beligerantes estén bajo la salvaguarda e imperio del derecho convencional y consuetudinario internacional. --

Destacan así y desde entonces, los fundamentos recogidos de los principales sistemas jurídicos del mundo hoy confluidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado en julio de 1998, en vigor desde de julio de 2002 para los Estados Partes, junto a sus normativas coadyuvantes, fusionadas con los denominados principios de Núremberg de diciembre de 1946, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, como manuales que vigorizan el carácter subsidiario-complementario del Derecho Penal Internacional para el enjuiciamiento de individuos señalados de Crímenes de guerra cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala; y de Crímenes de lesa humanidad cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Aunado a que ambos crímenes advierten la responsabilidad penal individual, en empresa criminal conjunta y prácticamente enfocada en la ilícita asociación por la comisión de crímenes internacionales e imprescriptibles según el Derecho aplicable; la Imprudencia del cargo oficial; la Responsabilidad de los jefes y las órdenes superiores; los Elementos de intencionalidad o voluntad criminal; todo, en armonía con el orden jurídico mencionado, reiterándose los artículos: 21, 155, 156, 203, 204 y 264 constitucionales; 1 al 7, 79 y 80 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 15 y 24 del Código Civil y 38 del Código Penal, que estipulan que el Estado de Guatemala es Persona Jurídica, la correspondiente responsabilidad penal estatal y de sus instituciones; entre otros enunciados en los que subyacen responsabilidades cuando los actos acaecen de manera colectiva, institucional, participativo, sistemático y que conlleven un plan o política estatal; cuando se comete el hecho delictivo por la omisión y control o supervisión; y/o por disposición del órgano decisor; con propósito o diseño común de afectación deliberada. -----

Aunado a la abundante jurisprudencia internacional en la resolución de casos *post* conflictos bélicos, entre otros: a) Con los fallos de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg en 1945 y de Tokio en 1946, al sancionar a individuos como principales responsables de crímenes contra la humanidad durante la II Guerra Mundial, establecieron tales conductas en empresa criminal conjunta e ilícita asociación por la utilización de bienes e instituciones estatales, con las penas respectivas, la visibilización de las víctimas en los procesos y su reparación adecuada; b) Casi medio siglo después, los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia en 1993 y para Ruanda en 1994, al sentenciar a máximos responsables de crímenes de guerra y de lesa humani-

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

dad, ocurridos en dichos lugares, determinaron graves infracciones a la libertad e indemnidad sexual de las mujeres y de la niñez, víctimas de violaciones sexuales como estrategias de guerra, hoy tipificadas en el Estatuto de Roma, en respuesta a la tenacidad, valentía, coraje e inculdicable lucha por la dignidad de las mujeres; c) Lo decidido hasta ahora por algunos Tribunales Internacionales Mixtos como los de Camboya y Sierra Leona, respecto de infracciones a derechos fundamentales de poblaciones vulnerables en los conflictos armados ahí acaecidos; y d) Con la activación de la Corte Penal Internacional, al interpretar el derecho aplicable plagado de principios como el de subsidiariedad, complementariedad, humanidad y las máximas aspiraciones de justicia y paz universal, subyacentes en su tratado base; aún sin leyes de implementación y sin ratificación de normativas propias del sistema, ante la remisión voluntaria de los casos por los Estados Partes implicados. Destacándose de sus sentencias: la primera del 14 de marzo de 2012 en el caso Thomas Lubanga Dyilo, quien, como comandante en jefe de una fuerza armada para la Liberación en República Democrática del Congo, vinculó y reclutó a niños menores de 15 años de edad para dicha guerra liderada entre los años 2002 y 2003; fue condenado a 14 años de prisión por crímenes de guerra en esa modalidad, con la correspondiente reparación digna a las víctimas; y, la más reciente sentencia del 21 de marzo de 2016, del caso Jean-Pierre Bemba Gombo, quien como jefe militar del Movimiento de Liberación del Congo; fue condenado a prisión; a 18 años por Violación Sexual y a 16 años por Asesinato, como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y a 16 años por Saqueo, como crimen de guerra; perpetradas por sus subordinados en República Centroafricana en los años 2002 y 2003, ponderándose la agravación de las circunstancias en la comisión de tales delitos por la irracionalidad, la desproporcionalidad y la crueldad particular utilizada en contra víctimas manifiestamente vulnerables. En coincidencia con la jurisprudencia nacional, según decisiones del Sistema de Competencia Ampliada y de Mayor Riesgo en Guatemala, desde el año 2010 a la fecha, entre otros casos: a) Genocidio y Delitos contra los Deberes de Humanidad contra el pueblo Maya Ixil; b) Masacres de las Dos Erres y Plan de Sánchez; c) Ejecuciones Extrajudiciales y Delitos Contra los Deberes de Humanidad en los casos Mirna Mack Chang y del Investigador José Miguel Mérida Escobar; d) Desapariciones Forzadas en los casos de Sáenz Calito y Fernando García; e) La Masacre y Quema de la Embajada de España en Guatemala; y f) El más reciente caso Sepur Zarco, por violaciones sexuales a mujeres notoriamente indefensas de la etnia Maya Q'eqchi'; estableciéndose en todos los casos la participación de agentes y aparatos de seguridad del Estado y/o con la aquiescencia estatal; en congruencia con lo dilucidado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como los incluidos en re-

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

soluciones recientes sobre Supervisión de Cumplimiento de Sentencias por el Estado de Guatemala en más de una docena de casos por graves violaciones a los Derechos Humanos; entre torturas, ejecuciones sumarias extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas; con serias advertencias al Estado para abstenerse de recurrir a figuras de amnistía, prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad o a medidas para intentar impedir la persecución penal o suprimir los efectos de sentencias condenatorias en crímenes graves consecuencias de la guerra interna ocurrida; con particularidades similares a los actos aberrantes acaecidos a nivel regional, decididos en igual sentido por dicho sistema de protección humanitaria.---

DEL PRINCIPIO COMPLEMENTARIO AL CONTROL DE COMPLEMENTARIEDAD: El tribunal, atendiendo a su naturaleza especializada, a su competencia ampliada dentro del Sistema de Mayor Riesgo, ante la magnitud del presente caso, tomando en cuenta las obligaciones del Estado de Guatemala en materia de Derechos Humanos ante la comunidad internacional, a través del conjunto de instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, origen, contenido y efectos, cualquiera que fuere su denominación; también conocidos como “Estándares Internacionales”, entendidos, reconocidos y adoptados para explicar y precisar el objeto, contenido y alcances de tales obligaciones adquiridas; dilucidados de esa manera por los sistemas tutelares regionales y universales. ----

Así que, en base a los razonamientos vertidos, con la determinación demostradas, este tribunal estima prudente consolidar la fuerza expansiva y penetradora del principio de complementariedad elevándolo de categoría para conformar un “BLOQUE O CONTROL DE COMPLEMENTARIEDAD”, como un dispositivo para facilitar el análisis e interpretación, la integración, fusión, aplicación, concreción y cumplimiento efectivo de todas normativas plagadas de principios, declaraciones, observaciones, reglas mínimas, hasta las sanciones de los distintos órganos de los tratados; inclusive las normativas de derecho penal comparado que proyectan postulados como la subsidiariedad, extractividad, retrospectividad, entre otros, junto a los valores supremos de humanidad, sentido común, justicia y paz; reiterando así la naturaleza amplia, abstracta y atemporal de los principios como tales y de los principios generales del Derecho que, sin fronteras, abarcan dinámicas de la vida del ser humano inalcanzables al legislador nacional e internacional. De ahí la alusión a prototipos como las normas de *ius cogens imperativas erga omnes* y demás elementos aplicados y referidos por tribunales nacionales, internacionales y por los sistemas tutelares mencionados para lograr la finalidad de la justicia, a través de un fuero de atracción, absorción y cooperación dentro de la dinámica y pertinencia del Derecho Penal Comparado actual, utilizando patrones y reglas de distintos mecanismos en proyección del espíritu complementario de preceptivas como

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

el Convenio del 12 de diciembre de 2006 celebrado entre el Estado de Guatemala y la Organización de Naciones Unidas para el establecimiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala CICIG, en conexión con la Ley Global Magnitsky del Congreso de los Estados Unidos de América de 2016, sobre Responsabilidad de Derechos Humanos; entre otras normativas imperantes con premisas que impulsan una dinámica irreversible y actualizada del desarrollo del *ius puniendi* en la lucha contra la impunidad por macro crímenes que ofenden la conciencia global. Matizándose mediante este bloque, la facultad interpretativa-extensiva inmersa en los artículos 44, 46, 149, 203 y 204 de la Constitución Política de la República; 1° al 7° de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 1°, 10°, 15 y 165 de la Ley del Organismo Judicial; respecto de derechos y garantías fundamentales que, aunque no figuren expresamente en la norma, se deben tomar en cuenta en favor de la persona, atendiendo a la costumbre y la práctica internacional, dentro del sistema de frenos y contrapesos, en un Estado Democrático de Derecho. -----

Por lo que, corresponde a este tribunal, como segmento del Estado, en ejercicio del Poder Judicial, conforme a su competencia establecida; con objetividad, imparcialidad e independencia judicial plena, en procura de la vigencia de los Derechos Humanos y la tutela judicial efectiva, con la firmeza que le caracteriza, resuelve la situación jurídica de los enjuiciados de la manera siguiente: -----

DE LA NORMATIVA PENAL APLICABLE RESPECTO DE LOS CRIMENES IMPUTADOS: -----

DE LA PARTICIPACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL DE LOS ACUSADOS SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR DE LOS HECHOS ATRIBUIDOS CONFORME A LA PRUEBA APORTADA AL DEBATE: -----

Con la prueba testimonial y pericial, concatenada con la evidencia documental material y documental científica diligenciadas, se establece categóricamente que, en el contexto del conflicto armado interno acaecido, el alto mando del Ejército de Guatemala para el logro de sus fines, con antelación suficiente, instruyó a oficiales superiores y subalternos para la interpretación y aplicación de la Doctrina de la Seguridad Nacional. Para el diseño de estrategias y políticas militares hasta catalogar a la población civil como enemigo interno y objetivo militar a aniquilar por cualquier medio. Específicamente, a través de la elaboración y ejecución de planes de combate y manuales de guerra contrainsurgente o contrasubversiva. Que, distribuidas las tareas criminales,

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

cada oficial militar asignado en razón del rango, cargo, mando, control funcional y efectivo al tiempo de los hechos imputados, ejecutaron sus actos dentro de un sistema ilegal, clandestino y secreto; y, en la creencia de no dejar rastros ni ser descubiertos por sus graves crímenes y para mantenerse en la impunidad, omitieron cumplir con sus obligaciones y deberes de garantes, cada uno desde sus puestos asignados. -----

Con la suficiente prueba diligenciada y analizada, el tribunal advierte que los acusados responsables en este caso, siempre estuvieron conscientes de lo que hacían, pues a sabiendas y con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, intencionalmente inobservaron garantías básicas y postulados inmersos en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, imperantes para la protección de seres humanos desarmados, vulnerables, indefensos y no beligerantes, junto a la obligación y el deber de protección a las víctimas y prisioneros de guerra de cualquier índole, o de quienes por cualquier circunstancia no estuvieran involucrados en el conflicto armado interno iniciado por una facción del mismo ejército; con las nefastas consecuencias conocidas. Que, efectivamente, los principales implicados recibieron capacitación local y extranjera para el combate y lucha contrainsurgente o contrasubversiva en el marco de lo que a su conveniencia y para sus fines denominaron “guerra interna o conflicto armado interno”, “guerra moderna o nueva guerra”, “guerra irregular o no convencional”. Desde entonces, el alto mando castrense, a través de los canales de inteligencia militar transmitieron órdenes, requirieron y recibieron información de operaciones militares clandestinas secretas e ilegales, por conducto de oficiales superiores y subalternos, especialistas y demás elementos involucrados, sobre la realización de los actos atroces. -----

En el presente caso, queda demostrado que los acusados responsables, antes, durante y después de los hechos atribuidos, eran miembros de Ejército de Guatemala como oficiales superiores, en coparticipación con sus subalternos involucrados; todos conscientes de lo estipulado en la Constitución Política de la Republica de Guatemala de 1965 y lo desarrollado en el Decreto Legislativo 1782 Ley Constitutiva del Ejército y sus reformas en Decretos Legislativos 31-70 y 33-70; y Decretos Leyes o de Facto: 5-73, 63-74, 89-75, 1799, 1-79, 3-79, 4-80; y demás normativa nacional e internacional aplicable, que en ninguna de ellas se permiten actuaciones al margen de la ley y menos en violación a los derechos humanos. -----

Por lo que, como consecuencia de lo anterior, se acusa a los procesados que, cada uno fungía en el cargo asignado al tiempo de los crímenes cometidos entre el 27 de septiembre al 06 de octubre de 1981 en contra de la humanidad e integridad de los hermanos EMMA GUADALUPE y MARCO ANTONIO, de

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

apellidos MOLINA THEISSEN, hechos criminales en los cuales, los acusados encontrados responsables tuvieron el dominio y control efectivo de los hechos imputados, conforme a las acusaciones que se resumen en los términos siguientes: -----

Por razón de mando, control funcional y efectivo, mediante acciones y omisiones bajo el liderazgo de los altos mandos militares, los acusados encontrados responsables concurren en la captura ilegal de MARIA MARGARITA CHAPETON ROSALES, ocurrida el 27 de septiembre de 1981 en horas de la mañana en jurisdicción del departamento de Sololá, por elementos militares y de inteligencia militar bajo el mando, control funcional y efectivo de los oficiales superiores. -----

Se enteraron del traslado de la víctima, ese mismo día 27 de septiembre de 1981 hacia las instalaciones de la Brigada y/o Zona Militar Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango, a quien luego identificaron con el nombre correcto de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN. -----

Conocieron y permitieron el sometimiento de dicha víctima al sistema ilegal, clandestino y secreto de inteligencia militar para su cautiverio, donde fue sometida a interrogatorio mediante tortura, violaciones sexuales individuales y colectivas, a tratos inhumanos crueles, degradantes e infamantes, durante 09 días, del 27 de septiembre al 05 de octubre de 1981; -----

Tuvieron pleno conocimiento que el 05 de octubre de 1981 en horas de la tarde, EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN escapó de sus victimarios y de las instalaciones de la Brigada y/o Zona Militar Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango, en donde la tenían en cautiverio ilegal, clandestino y secreto; -

Que los acusados encontrados responsables, a sabiendas y teniendo pleno conocimiento de la evasión de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN, decidieron y ordenaron a través del canal de inteligencia militar la ejecución de un operativo de búsqueda y recaptura inmediata de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN, en la ciudad de Quetzaltenango y en la ciudad capital; -----

Que los procesados responsables, en un acto de cumplimiento de sus funciones, resolvieron ejecutar un Operativo Especial de Inteligencia militar, para recapturar a EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN, el cual consistió en allanar de manera ilegal la residencia de la familia Molina Theissen, ubicada en 6ª avenida 2-35 de la zona 19, colonia La Florida de la Ciudad Capital, alrededor del mediodía del 06 de octubre de 1981, y al no encontrar a la evadida en dicha casa, decidieron privar de su libertad al niño MARCO ANTONIO MOLINA

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

THEISSEN de 14 años de edad, desde entonces, pese a los esfuerzos inquebrantables de la familia Molina Theissen, la víctima, al día de hoy, se desconoce su paradero. -----

Se ha establecido la autoría de los procesados encontrados responsables, atendiendo a las premisas de la extractividad, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, las circunstancias agravantes y los concursos de delitos conforme al *modus operandi* de los victimarios, quienes, de manera jerárquica, siguiendo la cadena de mando correspondiente y a través del canal de inteligencia militar, resultan responsables los acusados siguientes: -----

HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, como Teniente Coronel de Infantería Diplomado en Estado Mayor del Ejército, del 01 de julio de 1981 al 31 de marzo de 1982, ocupó el puesto de Oficial de la Segunda Sección S-2 del Estado Mayor de la Brigada y/o Zona Militar General Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango. HA QUEDADO DEMOSTRADO que, el acusado HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS fue quien mantuvo encautiverio a Emma Guadalupe Molina Theissen en las instalaciones militares de la Brigada y/o Zona Militar General Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango; por lo que conoció, permitió y controló el sometimiento de la víctima a interrogatorio mediante tortura, violaciones sexuales individuales y colectivas en forma múltiple, y demás tratos crueles e inhumanos infligidos. Del mismo modo, informó a sus superiores sobre la escapatoria de Emma Guadalupe Molina Theissen, activándose las operaciones de inteligencia bajo su mando, para la búsqueda y recaptura de la evadida. -----

Estas acciones las realizó conforme al MANUAL DE INTELIGENCIA DE COMBATE, y el MANUAL DEL OFICIAL DE ESTADO MAYOR, PRIMERA PARTE, en cumplimiento de las funciones siguientes: “BUSQUEDA DE INFORMACIÓN: A) El Oficial de Inteligencia supervisa y coordina las actividades de búsqueda de información del comando. La adecuada supervisión y coordinación de las actividades de búsqueda mejoran la actividad y calidad de la información disponible y inteligencia resultante”.-----

También se demostraron sus acciones debido a que, fue claramente reconocido por la testigo víctima EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN y por la madre agraviada EMMA THEISSEN ALVAREZ DE MOLINA; quienes afirman, la primera: que el acusado era la persona que se encontraba en el lugar de su cautiverio, señalándolo como la persona que dirigía los interrogatorios a los que fue sometida. Y la segunda, que indicó que fue una de las personas que ingresaron a su casa y procedieron a privar de libertad a su hijo MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN. Dichos testimonios son congruentes con otras pruebas diligenciadas en el juicio.---

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, como Coronel de Infantería Diplomado en Estado Mayor del Ejército de Guatemala, del 01 de enero al 31 de diciembre de 1981, fungió como Comandante de la Brigada y/o Zona Militar General Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango. Tomando en cuenta las normas, doctrina, reglamentos y disposiciones militares aplicables, el comandante es el responsable de todo lo que se haga o deje de hacer en su comando; tal y como lo establece el artículo 145 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1965. Así también, lo establece el Manual del Oficial de Estado Mayor, primera parte, en su sección II numeral romano I literal A) “El comando incluye la autoridad y responsabilidad para el empleo eficaz de los recursos disponibles y para la organización, dirección, coordinación, planteamiento y control del empleo en las fuerzas subordinadas, en el cumplimiento de la función asignada... B) El comandante es responsable de todo lo que su unidad haga o deje de hacer, no pudiendo delegar esta responsabilidad.” ---

El procesado FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, quien, siguiendo el canal de mando, control funcional y efectivo respecto de sus coparticipes, fue quien dio la orden de operaciones de puestos de registro y retenes militares, como los instalados los fines de semana en jurisdicción del departamento de Sololá, en los que, en horas de la mañana del día domingo 27 de septiembre de 1981 sobre la Ruta Interamericana en cercanías de Nahualá y de los Encuentros. Por lo que dicha operación militar fue la que sirvió para la captura ilegal de MARIA MARGARITA CHAPETON ROSALES y/o EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN; circunstancias que desencadenaron en el sometimiento a cautiverio clandestino y secreto de dicha víctima y su consecuente ingreso al sistema de inteligencia militar, a través del cual fue sometida a tortura mediante interrogatorios, violaciones sexuales individuales y colectivas múltiples, a tratos crueles inhumanos, degradantes e infamantes; actos sin los cuales no se hubiere podido cometer tales hechos delictivos. Lo anterior se encuentra acreditado a través de la ORDEN emitida por FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTINEZ en los siguientes términos: “Este comando elaboró la orden de Operaciones 05/S1/3 de fecha 13 de agosto de 1981, para darle cumplimiento a lo ordenado por el Estado Mayor General del Ejército”; en clara referencia al documento fechado 12 de agosto de 1981, respecto de la “Orden de realizar puestos de registro” dirigida a comandos militares del país para “realizar patrullajes y colocar puestos de registro los fines de semana en sábado de 0000 horas a lunes 0000 horas hasta nueva orden”; en congruencia con la prueba aportada y diligenciada en debate. Confirmándose así el relato de la víctima EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN al afirmar que fue detenida en horas de la mañana un día domingo 27 de septiembre de 1981, en un puesto de

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

registro montado por militares sobre la Ruta Interamericana en cercanías de Los Encuentros y Nahualá, en jurisdicción del departamento de Sololá. Totalmente congruente con las aseveraciones por el Perito HECTOR ROSADA GRANADOS, quien basándose en la declaración de CESAR RAMON QUINTEROS, al confirmar la jurisdicción militar de la Zona Militar Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango, incluía el departamento de Sololá y los departamentos de Retalhuleu, Mazatenango y Totonicapán. Esta información se corrobora con el aporte de la perito VELIA MURALLES, que en la página 81 de su peritaje, hace referencia a una noticia brindada por el Radio periódico Guatemala Flash, que literalmente informó: “POR LO MENOS VEINTE GUERRILLEROS FALLECIERON EN ENFRENTAMIENTO EN SOLOLA”, según declaraciones vertidas por FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTINEZ, quien atribuyó el logro a la inteligencia de la Brigada Manuel Lisandro Barillas; lo cual permite establecer que el departamento de Sololá abarcaba la jurisdicción de dicha brigada militar.

...

MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS, como Coronel de Infantería Diplomado en Estado Mayor del Ejército de Guatemala, del 01 de julio de 1978 al 22 de marzo de 1982, fungió como Jefe de la Segunda Sección del Estado Mayor General del Ejército. Conforme a su campo funcional, respecto de los crímenes imputados, le correspondió Asesorar y Recomendar en la búsqueda de información de valor estratégico operativo y efectivo; siguiendo el acusado lo establecido en el MANUAL DEL OFICIAL DE ESTADO MAYOR, primera parte en cuya página 151 aparece: “VI. RELACION ENTRE OFICIALES DE ESTADO MAYOR Y LOS OFICIALES DE ESTADO MAYOR ESPECIAL. A. Los oficiales de Estado Mayor son principalmente asesores, coordinadores, supervisores y encargados de elaborar los planes y las ordenes..., entre otras atribuciones”. Quedó demostrado que Manuel Antonio Callejas Callejas quien como Jefe de Inteligencia Militar viajó a Argentina y otros países de Sudamérica como Colombia para obtener conocimientos técnicos profesionales relacionados con la lucha contra la subversión y áreas de inteligencia sobre la lucha antiterrorista, lo cual quedó acreditado a través de la Perito Julieta Rostica

El Coronel MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS Jefe de la Segunda Sección de Inteligencia (G2) del Estado Mayor General del Ejército y Rector del Sistema de Inteligencia Militar, en cumplimiento estricto de las normas de la Doctrina Militar contenida en los Reglamentos y Manuales Militares, dio información directa a su superior jerárquico del cautiverio y posterior fuga de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN de la Brigada y/o Zona Militar General Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango. Se concluye que existe responsabilidad penal del Coronel MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS, como Jefe de la Segunda Sección de Inteligencia (G2) del Estado Mayor Ge-

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

neral del Ejército, por el mando funcional y efectivo que ejercía por el cargo que ostentaba. Dispuso la ejecución de la OPERACIONESPECIAL DE INTELIGENCIA, para la búsqueda y recaptura de Emma Guadalupe Molina Theissen, utilizando los registros y archivos existentes a nombre de Emma Guadalupe Molina Theissen y familia; asimismo, ordenó y autorizó al Oficial Segundo (S2) del Estado Mayor de la Brigada y/o Zona Militar Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango, Oficial HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, para dirigir dicho operativo, quien debió constituirse a la residencia de la familia Molina Theissen, ubicada en 6ª avenida 2-35 zona 19 Colonia la Florida de la ciudad de Guatemala y al no localizarla procedió a la privación de libertad de Marco Antonio Molina Theissen, que a la fecha continua desaparecido, acción avalada por el Oficial MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y del Jefe del Estado Mayor General del Ejército MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA.-----

En la producción de inteligencia a MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS, le correspondía dirigir el esfuerzo de búsqueda de la información, la preparación de planes y ordenes, recomendación al comandante, supervisión y coordinación, interrogación, supervisión, coordinación y procesamiento de la información para la producción de inteligencia; todo esto enlazado con lo establecido en la página 210 del MANUAL DE INTELIGENCIA DE COMBATE, al especificar el INTERROGATORIO A PRISIONEROS DE GUERRA, como un PROCEDIMIENTO OPERATIVO NORMAL, y como parte de la inteligencia en los términos siguientes: “I. INTELIGENCIA. A. PRISIONEROS DE GUERRA. Proporciona información sobre el nivel y detalle del interrogatorio para cumplir adecuadamente con la visión de inteligencia”. Por lo que, de manera concluyente, con tales elementos se determina la participación y consecuente responsabilidad penal del acusado en los crímenes imputados. -----

MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA, ejerció el cargo de Jefe del Estado Mayor General del Ejército del 16 de agosto de 1981 al 22 marzo de 1982, según las certificaciones de fecha 07 de junio de 2016 expedidas por el Servicio de Ayudantía del Ejército, en las que aparecen los distintos cargos a nivel nacional asumidos como oficial militar; con lo cual ejercía el mando tanto operativo como de inteligencia siendo responsable de dirigir, coordinar, supervisar e integrar el trabajo del Estado Mayor General del Ejército; así como diseñar y conducir la estrategia contrainsurgente, según se puede establecer en la prueba consistente en Peritaje técnico militar. Lo anterior es coincidente con el Perito Héctor Rosada Granados en su peritaje sociológico militar indica que, Manuel Benedicto Lucas García era responsable de la conducción estratégica del Ejército. Y dentro del marco de sus funciones dio continuidad a la orden de realizar puestos de registro y patrullajes los fines de semana, tal y como consta en

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

oficio circular 3-“M”-001683 Crupa, de fecha 22 de octubre de 1981. También se estableció que era el superior jerárquico de Manuel Antonio Callejas Callejas quien tenía la función de Jefe de la Segunda Sección de Inteligencia Militar.

Respecto del acusado Manuel Benedicto Lucas García, resulta prudente reiterar que, debió ejercer sus funciones de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala de 1965 y Decreto Legislativo 1782 Ley Constitutiva del Ejército y sus reformas, específicamente en los artículos 12 y 23, MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA como Jefe del Estado Mayor General del Ejército, era el responsable del Mando, Organización, Instrucción, Disciplina y Conducta del Ejército de Guatemala. Por lo que, al tiempo de los hechos imputados, acaecidos del 27 de septiembre al 05 de octubre de 1981 respecto de los agravios a EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN bajo la jurisdicción de la Brigada y/o Zona Militar Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango; y de la privación ilegal de la libertad y consecuente desaparición del niño MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN ocurrida el 06 de octubre de 1981, en 6ª avenida 2-35 zona 19 Colonia la Florida de la ciudad de Guatemala.

Conforme a la prueba diligenciada en el debate, este tribunal determina que los acusados HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA, en el ejercicio de sus funciones encomendadas, se apartaron de la observancia de garantías fundamentales, por lo que actuaron al margen de la ley, y tomando en cuenta los cargos y funciones de cada acusado, corresponden al periodo en que ocurrieron los hechos imputados, particularmente los acaecidos del 27 de septiembre al 06 de octubre de 1981, donde resultaron afectados los hermanos EMMA GUADALUPE y MARCO ANTONIO, de apellidos MOLINA THEISSEN. -----

La existencia de los delitos de incumplimiento de deberes de humanidad y de violación en contra de la humanidad de Emma Guadalupe Molina Theissen ha quedado demostrado a través de la declaración testimonial de la víctima, quien narra la forma ilegal en la que fue detenida arbitrariamente el 27 de septiembre de 1981 y mantenida en cautiverio desde esa fecha hasta el 5 de octubre de 1981. Explica cómo fue trasladada a las instalaciones de la Brigada y/o zona militar General Manuel Lisandro Barrillas ubicada en Quetzaltenango, información que es corroborada con prueba documental consistente en fotografías, planimetría en donde se puede observar la existencia del lugar que describe como aquel donde estuvo retenida, asimismo ella narra que al momento de su detención se identifica falsamente con una cédula utilizando el nombre

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

de MARIA MARGARITA CHAPETON ROSALES, lo cual quedó acreditado con la certificación de asiento de cédula a nombre de MARIA MARGARITA CHAPETON ROSALES y se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Personas con la fotografía de Emma Guadalupe Molina Theissen y firma realizada por ella, así también se tiene el documento de certificación de nacimiento y defunción de la persona MARIA MARGARITA CHAPETON ROSALES, en donde consta que esta persona falleció siendo niña, con lo cual se prueba la falsedad de la identidad utilizada por la víctima. Confirma lo declarado por existir un documento titulado INFORMACION, sin destinatario donde consta “Quetzaltenango, 28 de septiembre de 1981” además se hace constar que MARIA MARGARITA CHAPETON ROSALES, identificada con cedula de vecindad número de orden I- 9 Registro 61591 de Quetzaltenango, fue capturada el 27 de septiembre de 1981. Este último documento encontrado en el Archivo personal del Coronel en situación de retiro FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTINEZ. Reforzándose su declaración con la prueba. Siguió manifestando la víctima que durante el tiempo de su cautiverio fue sometida a violaciones sexuales individuales al momento que era interrogada y también existió violación colectiva cuando un grupo de soldados entraron al lugar de su encierro y la obligaron a mantener relaciones sexuales. Y siendo que la violación es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho, así lo ha considerado la honorable Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en casos como el de Rosendo Cantú Versus México. Además de lo declarado por la víctima en cuanto a las violaciones, las testigos identificadas como A y B manifestaron que tuvieron comunicación con Emma Guadalupe Molina Theissen inmediatamente después de que logra escaparse el 5 de octubre de 1981, y ambas son coincidentes en indicar la situación física en la que se encontraba y la manifestación que ella les dio sobre el hecho de haber sido violada en las instalaciones donde estuvo detenida de forma clandestina, una de las testigos agregó que fue necesario buscarle asistencia médica y psiquiátrica por la experiencia vivida.... Esta misma conclusión fue tomada en cuenta en la sentencia emitida por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el caso Molina Theissen VS. Guatemala, que le da valor probatorio en el numeral 30 al peritaje de la psicóloga Alicia Neuburgeren donde consta que evaluó psicológicamente a Emma Guadalupe Molina Theissen concluyendo que necesitara terapia psicológica el resto de su vida. La conducta que se considera probada consistió en que miembros del ejército yacieron con Emma Guadalupe Molina Theissen utilizando violencia suficiente

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

para conseguir su propósito, aprovechándose de las circunstancias provocadas por los agentes, encontrándose Emma Guadalupe Molina Theissen incapacitada para resistirse, ya que sus captores tenían el control de su voluntad a consecuencias de las torturas y vejámenes a la que fue sometida. Está claro que el hecho de estar privada de su libertad en cautiverio, con grilletes, temerosa por la violencia que se estaba ejerciendo sobre su humanidad, sometida a tortura, existiendo opresión psicológica y abuso de poder, sabiendo que estaba ante militares, se encontraba en un estado de incapacidad para dar su consentimiento libre para sostener relaciones sexuales con elementos del ejército, que la tenían en cautiverio. Denunciando que fue violada, lo que deja claro que las relaciones sexuales no fueron consentidas por ella. Además, los procesados por la función que ostentaban tenían la obligación de no violar o infringir deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a actos inhumanos contra población civil, entendiéndose que Emma Guadalupe Molina Theissen es parte de esa población civil y que los hechos que vivió, por parte de miembros del ejército de Guatemala, respondían a una política represiva denominada enemigo interno y que consistió en violentar los derechos humanos de civiles que se sospechaba ayudaban o colaboraban con miembros de la guerrilla. En el presente caso se violentaron e infringieron deberes humanitarios reconocidos en las leyes y Convenios vigentes al momento de la comisión de los hechos, tales como: los Convenios de Ginebra, La Constitución Política de la República de Guatemala y el Código penal vigentes al momento de la comisión de los hechos. -----

Por lo que todas las acciones y conductas descritas anteriormente son típicas por estar prohibidas en la ley sustantiva, antijurídica porque dichas acciones estaban prohibidas por la norma y contrarias al ordenamiento jurídico debido a que se afectó: los derechos de humanidad y la libertad sexual de Emma Guadalupe Molina Theissen, los cuales son de trascendencia internacional. En el presente caso, se han encontrado un conjunto de condiciones que permiten establecer la culpabilidad penal de los procesados HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA. Esto porque se ha establecido que los procesados pudieron haber actuado de una manera distinta, a la que actuaron, y ajustar sus conductas conforme al derecho; sin embargo, en uso de su poder de decisión prefirieron no obedecer los mandatos normativos tanto de derechos humanos y especialmente aquellos de carácter penal que prohíben las conductas realizadas. Lo anterior se afirma debido a que se ha demostrado en el desarrollo del juicio que los cargos funcionales desempeñados por dichas personas, según la legislación, reglamentos, manuales y órdenes generales de carácter militar, permiten establecer que las personas acusadas y en-

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

contradas responsables, tenían una posición de garantes, frente a la población civil no combatiente; e, incluso personas combatientes que hayan depuestos las armas, heridas, capturadas o que se encontraran puestas fuera de combate por cualquier motivo. No obstante, en esa posición de garantes, ejecutaron acciones que conllevaron a institucionalizar las prácticas de detenciones ilegales, cautiverio de personas en comandos militares los cuales fueron convertidos en centros clandestinos de detención, sometimiento a interrogatorio mediante tortura física y psicológica, violación sexual en contra de mujeres, entre otros, tal y como ocurrió en los hechos que se acreditaron. -----

Dado los cargos y puestos que ejercían las personas acusadas y encontradas responsables, tuvieron conocimiento del incidente de captura y de su contexto, retención de forma clandestina en la Brigada Militar, anteriormente referida, ocultamiento, sometimiento a interrogatorio estratégico mediante tortura, sometimiento a actos de violación sexual individual y colectiva múltiple al que fue sometida EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN; A partir de lo anterior se configura el elemento cognitivo del dolo; y, dado que ejecutaron acciones propias, dentro de su campo funcional, las cuales ya fueron descritas en cada uno de los responsables. -----

De ahí que, atendiendo a los postulados consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala y los instrumentos jurídicos aplicables, congruentes con lo desarrollado en Código Procesal Penal en el artículo 241, las peritaciones en delitos sexuales adquieren el carácter de “especiales y excepcionales” pues solamente podrían realizarse solo si la víctima prestase su consentimiento, en estricta observancia de protocolos para la no revictimización de la afectada y en garantía de su libertad sexual. Así como, la tendencia actual de regular las VIOLACIONES SEXUALES utilizadas como armas de guerra en los conflictos armados, revisten carácter internacional como Crímenes de lesa humanidad y de guerra, en sus distintas expresiones como se estipula en el Estatuto de Roma. Contrarrestándose de tal manera cualquier intento de revictimización; al punto que, en este tipo de crímenes, cualquier intento de confrontación entre las declaraciones de las principales agraviadas, conforme a la primacía humana, de la realidad y de la integridad de las mismas, tales relatos deber ser considerados como consistentes, íntegros, creíbles y con subsistencia autónoma. De tal manera que, las declaraciones de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN y familiares, subsisten por sí solas. -----

De conformidad con el Artículo 36 numeral 1, son autores quienes tiene participación directa en la ejecución de los actos propios del delito, siendo que los procesados por el cargo que ostentaban participaron en los hechos ya de-

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

mostrados. Pues tenía el dominio del hecho en los ámbitos de configuración, decisión y ejecución, por lo que participo de un dominio funcional del hecho criminal. Además, realizó acciones sin las cuales no se hubieran cometido los hechos delictivos de los cuales fue víctima Emma Guadalupe Molina Theissen. Se afirma entonces que son tan autores los que realizaron la acción de forma material como los procesados que estaba en la función de hacer cumplir los hechos a sus subordinados a quienes dirigía directamente. Dándose una autoría que la doctrina denomina ejecutiva, debido a que se hace innecesario que el procesado este presente al momento de su ejecución, superándose un criterio material estrictamente formal dándose el dominio funcional del hecho. En el presente caso, se ha probado que el dominio funcional del hecho lo tuvieron varias personas, que en virtud del principio de reparto funcional de roles asumen por igual la responsabilidad de su realización. Por lo que las distintas contribuciones deben considerarse, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada autor independientemente de la entidad material de su intervención, ya que con sus actos han contribuido a la realización de los delitos. Por lo que se les debe considerar autores responsables a: HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA. Y en consecuencia de ello, se confirma la tesis acusatoria y las conductas descritas anteriormente encuadran en los tipos penales de DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD Y VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA, en contra de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN, regulados en los artículos 378, 173, 174 respectivamente, del Código Penal Decreto 17-73, vigente a la fecha de la comisión de los hechos. En consecuencia, se les debe imponer las penas que en derecho correspondan. -----

En cuanto al acusado EDILBERTO LETONA LINARES el tribunal atendiendo a las reglas de la Sana Crítica razonada, establece que de acuerdo a la certificación de fecha 22 de enero de 2016 expedida por el Servicio de Ayudantía del Ejército de Guatemala, fungió como Segundo Comandante de la Brigada y/o Zona Militar General Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango del 01 de enero al 31 de octubre de 1981 y al hacer el análisis del Manual del Oficial del Estado Mayor y Manual de Inteligencia de Combate, Manual de Guerra contrasubversiva y la Ley Constitutiva del Ejército, Decreto 1782 y sus reformas, las funciones del cargo que ostentaba no lo vinculan con las acciones realizadas por la sección de Inteligencia S-2 de dicha demarcación militar, estando además subordinado al Comandante de la zona militar mencionada; por lo que este tribunal determinó que no ejerció mando funcional y en consecuencia no se estableció su participación y responsabilidad sobre los hechos que ocurrie-

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

ron del 27 de septiembre al 05 de octubre de 1981; en tal sentido con base a los principios INDUBIO PRO REO y FAVOR REI se le debe absolver de los hechos imputados en el presente juicio. ----

DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA: -----

La existencia del delito de desaparición forzada ha quedado demostrada con la declaración testimonial de Emma Theissen Álvarez de Molina quien declaró que el día 6 de octubre de 1981 tres especialistas del ejército se presentaron a su casa de habitación de las cuales dos de ellos, armados y vestidos de particular, ingresaron a su vivienda ubicada en la 6ª avenida 2-35 zona 19 Colonia la Florida de la ciudad de Guatemala. Quienes registraron los ambientes de la vivienda y se retiraron del lugar llevándose a Marco Antonio Molina Theissen adolescente de 14 años de edad, sin rumbo conocido y a la fecha de la finalización de este juicio no había aparecido, la víctima hermano de Emma Guadalupe Molina Theissen, a quien fueron a buscar a la residencia por haberse escapado un día antes de su lugar de cautiverio, y como represalia se llevaron al menor de edad ya identificado. El testimonio de Emma Theissen Álvarez de Molina, madre del adolescente, se confirma con denuncia presentada ante la Policía Nacional donde consta la desaparición forzada de que fue objeto Marco Antonio Molina Theissen, además se encuentra el registro de exhibición personal presentada el mismo 6 de octubre de 1981, así como otras acciones que los familiares de la víctima han realizado para su localización o conocimiento de su paradero y los hechos de lo que le ocurrió. -----

Personas que al momento de ingresar se identifican como miembros del ejército quienes cumplían órdenes de las autoridades superiores y apoyando a autoridades del Estado, privaron de la libertad a Marco Antonio Molina Theissen, por motivos políticos, debido a que se demostró a través de prueba documental que tanto el padre de la víctima y hermanas militaban políticamente en contra de los gobernantes de turno, y a pesar de los esfuerzos realizados por la familia para que el ejército y autoridades le indiquen el paradero de MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN, a la fecha aún continúa desaparecido. Por lo que todas las acciones y conductas descritas anteriormente son típicas por estar prohibidas en la ley sustantiva, antijurídicas por que dichas acciones estaban prohibidas por la norma y contrarias al ordenamiento jurídico debido a que se afectó: la libertad de MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN. En el presente caso se han encontrado un conjunto de condiciones que permiten establecer la culpabilidad penal de los procesados HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA. Esto porque se ha establecido que los procesados pudieron haber actuado de

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

una manera distinta, a la que actuaron, y ajustar sus conductas conforme al derecho; sin embargo, en uso de su poder de decisión prefirieron no obedecer los mandatos normativos tanto de derechos humanos y especialmente aquellos de carácter penal que prohíben las conductas realizadas. Lo anterior se afirma debido a que se ha demostrado en el desarrollo del juicio que los cargos funcionales desempeñados por dichas personas, según la legislación, reglamentos, manuales y órdenes generales de carácter militar, permiten establecer que las personas acusadas, tenían una posición de autoridad del Estado. No obstante, esa posición de autoridad como miembros de las fuerzas de seguridad ejecutaron acciones que conllevaron a la desaparición forzada de MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN. -----

Las acciones y omisiones ejecutadas por HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y BENEDICTO LUCAS GARCIA en contra de MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN en virtud de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional y dado el carácter permanente del ilícito penal hasta la fecha en que se encuentre con vida o se conozca el paradero de dicha persona sigue consumándose en el tiempo, motivo por el cual, es procedente la calificación jurídica del delito de DESAPARICIÓN FORZADA, regulado en el artículo 201 Ter, del Código Penal guatemalteco, introducido en el ordenamiento jurídico guatemalteco mediante el Decreto número 33-96 del Congreso de la República, el cual cobró vigencia el dos de julio de mil novecientos noventa y seis, y según doctrina constitucional dada por la honorable Corte de Constitucional se entiende que, el delito de desaparición forzada es de carácter permanente es decir que es una conducta mediante la cual se crea una situación jurídica que perdura en el tiempo, se conserva la noción de unida de acción, pues no deja de existir un solo delito por la circunstancia de que la acción típica se venga repitiendo o sucediendo en el tiempo. (Corte de Constitucionalidad Expediente 929-2008). Explica la Corte que no existe retroactividad en la aplicación del delito de desaparición forzada debido a que puede haber iniciado la conducta antes de que entrara en vigencia la norma que la describe como ilícita y penable, pero como es permanente y la conducta persiste, aquella situación fáctica queda inmersa dentro del alcance temporal de la ley; por lo que si es penalmente perseguible dicha conducta, y es que no se toma en cuenta en el momento que empezó, sino si ha terminado de producirse. Asimismo, se debe notar que, el presente caso versa sobre hechos graves considerados por el Derecho Internacional dentro de los delitos de lesa humanidad y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional concurriendo la flexibilidad del principio de irretroactividad. Este delito es considerada una práctica sistemática llevada a cabo por el Estado a través de miembros del Ejército pertenecientes al sistema de inteligencia militar, teniendo como objetivo reprimir a sus ene-

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

migos políticos, en donde no sólo se afecta la libertad de las víctimas directas, sino es pluriofensivo, pues además es afectada la dignidad e integridad personal y pone en grave peligro la vida de la víctima directa, siendo en este caso, el niño MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN, además por ser una práctica sistemática, afecta la seguridad colectiva puesto que cualquier persona puede ser susceptible de ser víctima. En el análisis del presente caso, quedó acreditado que la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen se llevó a cabo en el marco de los operativos sistemáticos de represión en el contexto del conflicto armado interno ordenados por el Jefe del Estado Mayor General del Ejército Manuel Benedicto Lucas García, así como del Jefe de la Segunda Sección del Estado Mayor General del Ejército MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS, y ejecutado por el Oficial S2 de la Brigada y/o Zona Militar General Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango, HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS; personas que recibieron entrenamiento militar especial. El tribunal en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado de Guatemala ante la comunidad Internacional ha considerado que dada su gravedad ofende a todos los seres humanos, por lo que por ningún motivo debe quedar en la impunidad.-----

De la misma forma, las presuntas inconsistencias en los relatos de la madre, de las hermanas y demás familiares sobre las circunstancias de la privación de libertad y consecuente desaparición de MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN. Al respecto, también imperan los controles de constitucionalidad, convencionalidad y complementariedad, a través de los estándares internacionales aceptados, para la protección de la indemnidad de los niños, niñas y adolescentes. De ahí que, atendiendo a los postulados consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala, en la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada y en la Convención Sobre los Derechos del Niño; congruentes con lo desarrollado en Código Procesal Penal, en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, sobre la primacía del “el interés superior del niño y de su familia”, en consideración a que la desaparición forzada de niños o su involucramiento en conflictos armados revisten carácter de crimen internacional como se estipula en el Estatuto de Roma. Contrarrestándose de tal manera cualquier intento de revictimización; al punto que, en este tipo de crímenes, ante cualquier intento confrontación entre las declaraciones de las principales agraviadas, conforme a la primacía de la realidad y la integridad de las mismas, tales relatos deben ser considerados como consistentes, íntegros, creíbles y con subsistencia autónoma. De tal manera que, las declaraciones de Emma Guadalupe Molina Theissen y familiares, subsisten por sí solas. -----

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

Con todo lo anterior, en concatenación con la prueba documental material y prueba material científica, queda determinada la responsabilidad penal individual de los acusados en los crímenes atribuidos. -----

Que, conforme al derecho penal nacional, las acciones y omisiones consumadas por los acusados HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA, encuadran en el tipo penal de DESAPARICIÓN FORZADA en agravio de la humanidad, integridad, libertad de MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN; conforme al artículo: 201 Ter del Código Penal en calidad de AUTORES de acuerdo al artículo 36 numeral 1 del Código Penal. Por lo que debe imponérseles la pena correspondiente. -----

...

De manera que el tribunal considera prudente y proporcional dejar constancia que, conforme a lo percibido durante el desarrollo del presente juicio, en esta sala de audiencias; en las actuaciones en las etapas anteriores por parte del ente acusador y demás autoridades intervinientes, se ha actuado con estricto apego a Derecho, en estricta observancia del Debido Proceso, que se sintetiza en el irrestricto respeto del derecho de defensa y de la presunción de inocencia. Reiterándose que, en la remota probabilidad de que prosperasen tales alegaciones, sería siempre en negación y contravención a los valores supremos imperantes en todo Estado Democrático de Derecho. Por último, cabe destacar que, no obstante, la Constitución Política de la República de Guatemala, consagra en el artículo 16 que, en proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma; sin embargo, los acusados, DE MANERA VOLUNTARIA y en consulta con su defensa técnica, tal como quedó en audio en la sala de audiencias, expresaron ante los jueces y demás intervinientes entre algunas circunstancias que consideraron pertinentes declarar. -----

En tal sentido, resulta razonable y proporcional a los crímenes atribuidos, tomar en cuenta todo derecho aplicable, junto a los principios y normas del Derecho Internacional y Derecho Internacional de los Conflictos Armados, los principios generales del derecho en el derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre tales crímenes y sobre la responsabilidad penal individual, pues será penalmente responsable y será penado por la comisión de un crimen quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión del crimen, incluso suministrando los

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común, con la intencionalidad y con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de uno de esos crímenes y a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen. Al respecto resulta la Improcedencia del cargo oficial, en particular el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno, representante elegido o funcionario de gobierno en ningún caso lo eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se*, motivo para reducir la pena. Que la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además, de otras causales de responsabilidad penal por tales crímenes: El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes que hubieren sido cometidos por las fuerzas bajo su mando y control efectivo, a su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes o a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Además, el superior será penalmente responsable por los crímenes, que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento; debido a que tales crímenes revisten carácter de imprescriptibilidad.

DETERMINANDOSE en el presente caso que, los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, revisten entre otras características: “Que por su extrema gravedad son imprescriptibles, pues ofenden a la comunidad internacional en su conjunto, por lo que no deben quedar impunes”; “Que tales operaciones criminales transcurren de manera sistemática, generalizada y a gran escala, lideradas por individuos quienes abusando del poder, al controlar las estructuras estatales actúan de tal manera al reprimir a la población civil más vulnerable”; “Que las ideas y los planes criminales surgen en la mente de los máximos líderes de la política del Estado, quienes trasladan sus directrices

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

a los subalternos y ejecutores, bajo la consigna de afectar a la población civil indefensa, no combatiente, configurándose de tal manera la desproporcionalidad de sus actos atroces”; “Que los máximos responsables de tales crímenes, actúan con pleno conocimiento y a sabiendas de las reglas establecidas, ejecutan los actos contrarios a las normas prohibitivas y, con total abuso utilizan las instituciones, los bienes y elementos estatales para sus fines aviesos”; -----

VI) DE LA PENA A IMPONER:...

A) DEL MÍNIMO Y DEL MÁXIMO DE LA PENA: A.1) Por el delito de DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD. El artículo 378 del Código Penal contempla para éste delito, la pena de Veinte a treinta años de prisión. Y el artículo 28 del Código Penal regula: Agravante especial de aplicación relativa: “Los Jefes o agentes encargados del orden público... serán sancionados con la pena correspondiente al delito cometido, aumentada en una cuarta parte.” Con base en dicho parámetro, respecto de este delito, los jueces optamos por imponer a los acusados: HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTINEZ, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA, la pena de VEINTE AÑOS DE PRISION AUMENTADA EN UNA CUARTA PARTE, que hacen un total de VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES. A.2) Por el delito de VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA. Los artículos 173 y 174 del Código Penal, vigente al momento que ocurrieron los hechos y siendo la ley más favorable para los sentenciados, de conformidad con el artículo 02 del código penal, estipula para éste delito, la pena de Ocho a Veinte años de prisión. Con base en tal parámetro, los jueces decidimos imponer a: HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTINEZ, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA, la pena de OCHO AÑOS DE PRISION INCONMUTABLES. A.3) Por el delito de DESAPARICIÓN FORZADA. El artículo 201 ter del Código penal estipula para éste delito, la pena de Veinticinco a cuarenta años de prisión. Con base en tal parámetro, los jueces decidimos imponer a: HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCIA, la pena de VEINTICINCO AÑO DE PRISION INCONMUTABLES. -----

B) DE LA PELIGROSIDAD DE LOS PROCESADOS: En lo relativo a la mayor o menor peligrosidad de los culpables, el Tribunal no hace pronunciamiento alguno ya que en el Estado Constitucional de Derecho, el ius puniendi solo reprime acciones u omisiones que infrinjan el ordenamiento legal de conformidad con el principio de legalidad, que además está contenido en el artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala y reiterados fallos de la Corte

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

Interamericana de Derechos Humanos como en los casos de Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes. -----

...

D) DE LOS ANTECEDENTES DE LAS VÍCTIMAS: Durante el debate quedó demostrado que la víctima MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN, quien era una persona menor de edad de catorce años de edad, que se encontraba estudiando el tercer grado del nivel de Básico en el Instituto Guatemalteco Israelí, siendo el hijo de menor del matrimonio Molina Theissen; la víctima EMMA THEISSEN ALVAREZ DE MOLINA, quien es madre del desaparecido Marco Antonio, y de víctima Emma Guadalupe, ambos de apellidos Molina Theissen, que ha sufrido daño psicológico a raíz de los hechos vividos por sus dos hijos antes citados quien manifestó ser maestra de educación primaria, teniendo que haber renunciado a sus labores y abandonar el país junto a su esposo por su seguridad. La víctima: EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN era una activista de la Juventud Patriótica del Trabajo y anteriormente había participado en una asociación estudiantil a nivel medio, por lo que participaba en manifestaciones públicas contrarias al gobierno de turno, por lo que las autoridades la tenían considerada como una insurgente y enemigo interno del Estado de Guatemala, y por esa condición sufrió los hechos objeto de éste proceso, debiendo abandonar el país. -----

E) DEL MÓVIL DEL DELITO: E.1) Del delito de DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD. El propósito en este delito fue realizar actos crueles e inhumanos en personas consideradas enemigos internos, por el hecho de ser activistas en partidos políticos, considerados comunistas, eso con la finalidad de erradicar este tipo de ideologías sin importar que se tuviera que menoscabar la dignidad humana, la vida y la libertad de las personas. E.2) Del delito de VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA. El móvil de éste delito consistía en utilizar la violación como un arma de guerra, como una forma de tortura y como un método de quebrantar la voluntad de las mujeres en cautiverio, con la finalidad de obtener la información que fuera útil para la inteligencia militar. E.3) Del delito de DESAPARICIÓN FORZADA. La realización de este delito tenía por objeto ejercer violencia psicológica en contra de la familia de las víctimas, fomentar el terror en la sociedad para evitar que se pudieran manifestar en contra del gobierno. -----

F) DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES: El tribunal no hace pronunciamiento en cuanto a circunstancias atenuantes en ninguno de los delitos; y en cuanto a circunstancias agravantes en el Delito de Delitos contra los deberes de Humanidad, se ha considerado que los encontrados responsables penalmente son miembros del Ejército de Guatemala, que dentro de sus funciones estaba mantener el orden público, lo que a rigor del artículo

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

28 del Código Penal existe una agravación especial de aplicación relativa por lo que se debe aumentar la pena en una cuarta parte. En cuanto al delito de Violación con agravación de la pena, la misma está agravada por el hecho de que en la ejecución del delito participaron más de dos personas y se produjo grave daño a la víctima. Y en el delito de Desaparición forzada este tribunal no encontró agravante alguna -----

G) DE LA EXTENSIÓN E INTENSIDAD DEL DAÑO OCASIONADO: G.1) Del delito de DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD: En este delito el daño es extenso porque se afectó la dignidad e integridad física de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN y se le ocasionó un daño irreversible, el cual requiere un tratamiento psicológico de por vida. G.2) Del delito de VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA: El daño que se causa en este tipo de delitos a la libertad sexual, al haber colocado en un estado de vulnerabilidad a EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN, que al momento de sufrir los hechos fue afectada moral y psicológicamente, ocasionándole un daño irreversible a la vez que se violentaron humanos como mujer y se le impidió gozar de un ambiente libre de violencia y siendo objeto de discriminación por el hecho de ser mujer. G.3) Del delito de DESAPARICIÓN FORZADA: En este delito el daño permanente en donde se vio afectada a EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN de forma psicológica al sentirse responsable de la desaparición forzada de su hermano y por el hecho de vivir en continua incertidumbre de no saber que ocurrió y el paradero de su hermano hasta la fecha. En cuanto a EMMA THEISSEN ALVAREZ DE MOLINA sufrió daño psicológico por los hechos sufridos por sus dos hijos Emma Guadalupe y Marco Antonio, ambos de apellidos Molina Theissen, quien también sufre una angustia permanente e incertidumbre por no saber del paradero de su hijo. También se ve afectada la sociedad guatemalteca quien al momento de ocurrir los hechos los mismos provocaban terror, inseguridad en los habitantes del territorio de Guatemala. -----

VII) DE LA REPARACIÓN DIGNA: El artículo 124 del Código Procesal Penal preceptúa el derecho a la reparación digna que tiene la víctima cuando esté determinada en proceso penal, en ese sentido comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva y en su caso la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito. En este caso, en audiencia de reparación digna el Tribunal determina: que tomando en cuenta y conforme los artículos 1, 2, 12, 14, 17, 155, 203, 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en congruencia con que los jueces pueden tomar la decisión al hacer una interpretación contextual del ordenamiento jurídico, el

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

artículo 112 del Código Penal establece específicamente que las personas responsables penalmente son responsables civilmente, también el artículo 124 del Código Procesal Penal que especifica los elementos de la reparación digna que consisten en verificar y tomar en cuenta todos los elementos que contribuyan a una reparación, a una reintegración en cuanto a la víctima específicamente que hubiere sufrido de algún hecho delictivo. También se tiene que considerar el artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que indica que cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado en ejercicio de su cargo infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La reparación digna debe comprender medidas de restitución, rehabilitación compensación, satisfacción y medias de no repetición, tomando como base estándares internacionales en materia de reparación; aspectos que se deberán observarse al momento de hacer el pronunciamiento de la reparación digna. Al concederse la palabra a los querellantes, quienes hicieron las solicitudes correspondientes en representación de las víctimas MARCO ANTONIO MOLINA THEISEN, EMMA THEISEN ALVAREZ DE MOLINA y EMMA GUADALUPE MOLINA THEISEN. El Ministerio Público, argumentó lo que consideró pertinente, así como el Tercero civilmente demandado Procuraduría General de la Nación, a través de su representante se manifestó sobre las peticiones realizadas por los querellantes. Así como los abogados defensores de los penados se manifestaron en cuanto a los extremos vertidos por los abogados de las víctimas. por lo que el tribunal por UNANIMIDAD, RESUELVE: condenar al estado de Guatemala para que a través de sus organismos, ministerios y demás entidades autónomas o descentralizadas, dar el estricto cumplimiento de lo ordenado en la sentencia relatada y la presente resolución, bajo los apercibimientos legales correspondientes con lo que a continuación se ordena y dispone: I ... Quedaron notificados en audiencia. (Las exposiciones, argumentos, consideraciones quedaron en el acta correspondiente y lo resuelto en la parte resolutive de esta sentencia). -----

...

X) PARTE RESOLUTIVA: El tribunal con fundamento en lo considerado, leyes invocadas y los artículos 1º, 2º, 12, 13, 14, 15, 17, 21, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 33, 34, 35, 44, 46, 47, 51, 149, 152, 153, 154, 155, 156, 203, 204 y 264 de la Constitución Política de la República de Guatemala; en concatenación con el contenido de los controles de convencionalidad y de complementariedad; que implican la observancia de los estándares internacionales reconocidos para su observancia en todo proceso penal; postulados consagrados en: Derecho Internacional de los Derechos Humanos con preceptivas como: La Declaración

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1945; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; La Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969, acordes con contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de diciembre de 1966, mismos que imperan en perenne garantía de derechos básicos para todos. En concurrencia con La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; con derivaciones en el Protocolo de Estambul de agosto de 1999 y La Convención Sobre la Eliminación de Todas la Formas de Discriminación Contra la Mujer; adyacentes a La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas; La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); y La Convención Sobre los Derechos del Niño; los artículos: 1, 9, 10, 20, 36, 41, 50, 65, del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 5, 7, 11, 11bis, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 24, 37, 40, 43, 48, 70, 71, 72, 92, 107, 108, 150, 160, 161, 162, 166, 169, 177, 181, 182, 186, 201, 202, 207, 211, 219, 220, 225, 226, 249, 298, 332 bis, 342, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 362, 364, 366, 368, 369, 370, 372, 375, 376, 377, 378, 380, 382, 383, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 392, 395, 396, 397, 511 del Código Procesal Penal; 141, 142, 143 de la Ley del Organismo Judicial. Al resolver, POR UNANIMIDAD DECLARA: I- Que los acusados: HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA, son responsables como AUTORES DE DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD, en agravio de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN. II- Por tal delito se impone a cada acusado la pena VEINTE AÑOS DE PRISIÓN que, aumentados en una cuarta parte, suman VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES. III- Que los acusados: HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, FRANCISCO LUIS GORDILLO MARTÍNEZ, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA, son responsables como AUTORES del delito de: VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA, en agravio de EMMA GUADALUPE MOLINA THEISSEN. IV- Por tal delito se impone a cada acusado la pena de OCHO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES. V- Que los acusados: HUGO RAMIRO ZALDAÑA ROJAS, MANUEL ANTONIO CALLEJAS CALLEJAS y MANUEL BENEDICTO LUCAS GARCÍA; son responsables como AUTORES del delito de DESAPARICIÓN FORZADA en agravio de MARCO ANTONIO MOLINA THEISSEN. VI- Por tal delito se impone a cada acusado la pena de VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN INCONMUTABLES. VII- Se absuelve al acusado EDILBERTO LETONA LINARES de los delitos de: DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE HUMANIDAD Y VIOLACIÓN CON AGRAVACIÓN DE LA PENA, dejándosele libre de todo cargo respecto de estos delitos

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

por lo considerado, ordenándose su inmediata libertad. VIII- Estando los condenados guardando prisión, se les deja en la misma situación jurídica en la que se encuentran, hasta que el fallo alcance firmeza. IX- Los condenados cumplirán la pena impuesta en el centro de reclusión que el Juez de Ejecución decida, con abono de la prisión efectivamente padecida. X- Se suspende a los condenados en el ejercicio de sus derechos políticos por el tiempo que dure la condena. XI- Se exime a los condenados del pago de las costas procesales, por su situación económica. XII- Se ordena la destrucción de la evidencia material mientras no exista investigación pendiente, debiendo el Ministerio Público verificar tal extremo. XIII- Se ordena al Ministerio Público continuar la investigación en contra de quienes pudieran resultar responsables del delito de Desaparición forzada en agravio de Marco Antonio Molina Theissen, con base en el carácter de continuidad e imprescriptibilidad de este crimen, y demás delitos para lo que haya lugar. XIV- Cuando el presente fallo alcance firmeza, remítase al juez de ejecución correspondiente, para las anotaciones e inscripciones respectivas. XV- Se condena al Estado de Guatemala, para que, a través de sus organismos, ministerios y entidades descentralizadas y autónomas, dé estricto cumplimiento, bajo los apercibimientos legales correspondientes, a las medidas reparadoras integrales y transformadoras siguientes: i) Sin lugar a lo solicitado, debido a que, el tribunal advierte que en la parte resolutive en el numeral XIII ya se ordenó la continuación de la investigación respecto de los crímenes de que fueron víctimas Emma Guadalupe Molina Theissen y la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen, en los términos manifestados por los querellantes. ii) No ha lugar a lo solicitado debido a que, el Ministerio Público tiene la obligación conforme los artículos 251 de la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y Ley Orgánica del Ministerio Público, para darle participación a las víctimas y mantenerlas informadas de todas las acciones que emprenda el ente encargado de la persecución penal. iii) En cuanto al Registro Nacional de Víctimas de desaparición forzada, el tribunal ordena al Organismo Legislativo, con base a sus facultades y atribuciones y el deber de garantizar la dignidad de las personas y la certeza jurídica, el derecho a la libertad, a la vida; así como por ser parte del Estado de Guatemala, obligado a reparar a víctimas, para que en el plazo razonable legisle la creación de un Registro Nacional de Víctimas de desaparición forzada, debiéndose notificar a dicho Organismo del Estado, para los efectos consiguientes. iv) En cuanto a la Ley de muerte presunta, el tribunal advierte y ordena al Estado de Guatemala, cumplir en el plazo razonable con las restituciones en reparación digna, integral y transformadora decididas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estén pendientes de cumplimiento, existiendo la obligación por parte de la Procuraduría General de la Nación, como representante del Estado

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

de Guatemala, a diligenciar y promover en las instancias correspondientes su efectivo cumplimiento; aunado a ello, corresponde a la Procuraduría General de la Nación las funciones de asesoría y consultoría de los Órganos y entidades estatales, respecto de determinadas decisiones y en congruencia con la iniciativa de ley que le corresponde al Organismo Ejecutivo. v) En cuanto a las medidas de protección a la integridad personal, éste tribunal ordena al Procurador de los Derechos Humanos atender cualquier solicitud de sujetos procesales dentro del presente caso, así como a cualquier persona o institución relacionada al mismo, que requieran medidas cautelares proceda a su inmediato trámite ante las instancias correspondientes, vi) En cuanto a la Comisión de búsqueda de personas desaparecidas, en cumplimiento a su mandato constitucional, específicamente en cuanto a garantizar la integridad de las personas, la vida, y libertad, así como la obligación de dar certeza jurídica, este Tribunal Ordena al Organismo Legislativo proceda a aprobar, a la brevedad posible, la iniciativa de ley 3590 a través de los mecanismos y disposiciones establecidas para el ejercicio parlamentario. vii) En cuanto a las medidas de no repetición, por formar parte de la política pública del Estado de Guatemala a través de los respectivos ministerios, no ha lugar a lo solicitado. viii) En cuanto a las medidas de satisfacción, no ha lugar, en virtud de que ya están contenidos en los Acuerdos de Paz Firme y Duradera, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis y en las políticas públicas del Estado de Guatemala. ix) a) No a lugar a lo solicitado respecto de la satisfacción en virtud de no encontrarse claras y precisas. b) Se declara sin lugar a lo solicitado respecto de la búsqueda de personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según deseo explícito o presunto de la víctima o de las prácticas culturales de su familia y comunidad. c) En cuanto a una declaración oficial o decisión judicial, que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ellas, el tribunal declara sin lugar dicha solicitud, toda vez que de conformidad con el análisis realizado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la sentencia relatada por éste tribunal contemplan la reparación respecto de la restitución de la dignidad de las víctimas. d) Se declara sin lugar, una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, a éste respecto también aparece el reconocimiento de privación, traslado, ocultamiento, de Marco Antonio Molina Theissen, la aceptación de responsabilidad estatal ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En cuanto a tales crímenes imputados ya aparece en la sentencia relatada de condena en el presente caso. e) De la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones, no ha lugar,

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

en virtud de que con la emisión de la sentencia de éste tribunal se tiene por resuelto o sancionado en ese sentido. f) Sin lugar respecto de las conmemoraciones y homenajes a las víctimas, tómesese en cuenta en la forma que más adelante se indica. g) En cuanto a la inclusión de exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza y las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles, se declara sin lugar, debiéndose tomar en cuenta los términos precisos que más adelante aparecen. x) a) Sin lugar las medidas de satisfacción, en cuanto a que el Ministerio de Educación incluya en los programas de Estudio y libros de texto lo relacionado al caso Molina Theissen haciendo énfasis en cuanto a la utilización masiva y sistemática de la desaparición forzada por parte de fuerzas de seguridad estatales durante el conflicto armado interno. b) Se ordena a la Universidad de San Carlos de Guatemala a través de las siguientes unidades: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Humanidades, Escuela de Ciencias Políticas y Escuela de Ciencias de la Comunicación; presididos por el Decano de la Facultad correspondiente o quien los represente, a efecto de elaborar un documental escrito y audiovisual para darlo a conocer a la población guatemalteca a través de cualquier medio de comunicación, debiéndose oficiar y notificar a las entidades mencionadas, como corresponde, quienes deberán informar en un plazo razonable del cumplimiento de lo ordenado. c) se declara sin lugar la petición de que se ordene al Ministerio de Educación y Cultura que la sentencia de éste caso sea traducida a los veinticuatro idiomas mayenses. En su lugar el tribunal ordena a la Secretaría de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, para la traducción de la sentencia en el idioma mayense predominante en los departamentos de Guatemala y Quetzaltenango, traducciones que se deberán incorporar a la brevedad posible en la presente carpeta judicial y estarán disponibles para la población en general en congruencia con lo estipulado en la Ley de Libre Acceso a la Información. d) Sin lugar a la solicitud de que se ordene al Ministerio de Educación garantizar el abordaje de la temática de la niñez incluyendo contenido que conduzcan a que los niños conozcan sus derechos humanos, agregando el derecho de niñez y no ser víctima de ningún tipo de violencia y se les eduque sobre los mecanismos para proteger sus derechos; e) Sin lugar la petición de ordenar al Ministerio de Educación incorpore e incluya el currículum educativo nacional correspondiente sobre la eliminación del discurso de odio y se promueva la educación en derechos humanos. La negación se hace en virtud de que dentro de las políticas de educación pública ya existen contenidos relacionados a éstos aspectos, específicamente el derecho de la niñez y a los derechos humanos contemplado en la convención sobre los Derechos del Niño, Ley de Protección Integral de niñez y adolescencia y demás normativas que

SENTENCIA CONDENATORIA POR DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA...

contemplan tales aspectos. xi) En cuanto a la beca Marco Antonio Molina Theissen, se ordena al Ministerio de Educación que dentro del programa de Becas existentes incluya o adopte a la brevedad posible una beca con el nombre de Marco Antonio Molina Theissen en los distintos niveles existentes. xii) Se declara sin lugar las siguientes solicitudes: a) en cuanto a crear el premio Emma Guadalupe Molina Theissen; b) designar al campo de Marte con el nombre de Parque de la Memoria Histórica Marco Antonio Molina Theissen. c) Otorgar el premio Emma Molina Theissen para la mejor tesis de graduación que estudie el fenómeno de la violencia sexual contra mujeres. En su lugar este tribunal ordena al Ministerio de la Defensa Nacional crear una condecoración denominada Molina Theissen para oficiales y demás miembros del Ejército quienes hubieren realizado labores humanitarias o se hayan destacado en la observancia de los derechos humanos debiéndose notificar al respecto. xiii) Se ordena al Ministerio de Gobernación, establezca dentro de su presupuesto el otorgamiento de una recompensa económica, para las personas que proporcionen información verídica de lugares donde hubieren cementerios clandestinos, respecto del conflicto armado interno. xiv) Se ordena al Presidente de la República declare el seis de octubre como Día Nacional de la Niñez Desaparecida dirigido a preservar y conmemorar la memoria histórica de los niños y niñas víctimas de desaparición forzada. xv) se declara sin lugar la solicitud de dar baja deshonrosa a los condenados, Manuel Benedicto Lucas García, Manuel Antonio Callejas Callejas, Hugo Ramiro Zaldaña Rojas y Francisco Luis Gordillo Martínez. por la imposibilidad de su realización en los términos solicitados por los querellantes. xvi) Sin lugar a la solicitud de la creación de convertir en museo en conmemoración de la víctima de desaparición forzada y tortura. En su lugar se ordena al Ministerio de Cultura y Deportes, en coordinación con la Municipalidad de Quetzaltenango, erijan un monumento conmemorativo denominado Emma Guadalupe Molina Theissen, en memoria de lo padecido por la víctima en dichas instalaciones, conocidas como Antigua Brigada y/o Zona Militar General Manuel Lisandro Barillas de Quetzaltenango. xvii) Se declara sin lugar la solicitud de que en todas las zonas o instalaciones militares se reserve un espacio físico para la preservación en memoria de las víctimas de desaparición forzada y se facilite a los familiares de las víctimas de la posibilidad de plantar un árbol en dicho espacio. xviii) Sin lugar a la solicitud de que los condenados solidariamente restituyan al Estado de Guatemala los montos de la reparación pecuniaria que fueron establecidos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos y pagados por el Estado de Guatemala, puesto que la petición de la reparación solicitada por los querellantes, en cuanto a que el Estado de Guatemala repita contra los sancionados dentro del presente caso, corresponde a un derecho que le asiste al Estado de

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL...

Guatemala, de conformidad con la normativa constitucional y ordinaria aplicable, con la aclaración que la reparación, tratada ante el sistema interamericano de derechos humanos responde a una responsabilidad estatal; en tanto que, lo dilucidado dentro de la presente carpeta corresponde a una responsabilidad penal individual, no habiéndose realizado la petición de manera específica y concreta. XVI- Notifíquese. -----

MAGISTER PABLO XITUMUL DE PAZ

Juez Presidente

ABOGADO ELVIS DAVID HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Juez Vocal

MAGISTER EVA MARINA RECINOS VÁSQUEZ

Jueza Vocal

ABOGADA. MILSSY CRISTINA AGUIRRE SANDOVAL

Secretaria

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA A LA NO DEVOLUCIÓN CUANDO SU VIDA, INTEGRIDAD Y/O LIBERTAD ESTÉN EN RIESGO, SIN IMPORTAR SU ESTATUTO LEGAL O CONDICIÓN MIGRATORIA

Síntesis: La Unidad Judicial Norte 1 de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Guayaquil, el 27 de marzo de 2018 resolvió una acción de habeas corpus interpuesta por la defensoría pública en favor de un grupo de personas de nacionalidad camerunesa, a fin de que se les permitiera el ingreso al territorio ecuatoriano. Los ciudadanos de Camerún se encontraban detenidos desde el día 15 de marzo del 2018 en la zona de tránsito internacional del Aeropuerto Internacional José Joaquín de Olmedo de la ciudad de Guayaquil, quienes, a su vez, habían presentado una solicitud de refugio.

La Procuraduría General del Estado argumentó que no procedía la acción de habeas corpus pues la privación de la libertad había sido realizada conforme a derecho, puesto que los ciudadanos no acreditaron en forma debida la calidad con la que pretendían ingresar al país y mientras estuvieron detenidos tuvieron acceso a internet, fueron alimentados y pudieron contactarse con abogados de la defensoría pública y defensoría del pueblo.

En la sentencia se hizo un control de convencionalidad en el cual se destacó la figura del habeas corpus como se encuentra establecida en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, complementado con la Opinión Consultiva 8/87 de la Corte Interamericana y el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, resaltando que el habeas corpus exige la presentación del detenido a un juez, a fin de verificar la legalidad de la privación de la libertad que lo afecta.

En ese sentido, el Tribunal reconoció que en el caso concreto los ciudadanos de nacionalidad camerunesa no fueron presentados ante el operador judicial e incluso fueron devueltos a su último puerto de embarque. Asimismo, la decisión señaló que el derecho al habeas corpus fue vulnerado porque “*algunas de las peticiones fueron ignoradas o rechazadas tardíamente, así como porque la autoridad competente para conocerlas había sido el alcalde*”.

Asimismo, el Tribunal tomó en cuenta el artículo 22 de la Convención Americana que contempla el derecho de circulación y de residencia y recordó que la Corte Interamericana en el *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA...

cional de Bolivia estableció que cualquier procedimiento relacionado con la expulsión de un extranjero debe ser individual para evaluar las particularidades de cada persona sin incurrir en tratos discriminatorios. Lo anterior con el fin de verificar si existe un riesgo al ser devuelto a su país de origen o lugar de su residencia habitual.

Aunado a lo anterior, dichos procedimientos deben cumplir con una serie de garantías mínimas, siendo algunas de ellas a ser informados de los motivos de la expulsión, a la debida notificación de la decisión de expulsión, a someter el caso de revisión ante la autoridad competente, a la asistencia letrada, a contar con traductor o interprete y al respeto de las normas que garantizan la intervención consular. De igual forma, el fallo reiteró lo señalado por la Corte Interamericana al concluir que el principio de no devolución también aplica a cualquier persona extranjera cuando su vida, integridad o libertad están en riesgo y no sólo a refugiados o asilados.

En consecuencia, el Tribunal aceptó la acción constitucional de habeas corpus y declaró la vulneración de los derechos a la vida, integridad física, principio de no devolución, a la libertad, debido proceso, principio de legalidad y al derecho de solicitar refugio.

UNIDAD JUDICIAL NORTE 1 DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ
Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL,
PROVINCIA DEL GUAYAS

ECUADOR

ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

NO. PROCESO: 09209-2018-01248

SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2018

VISTOS:

PROPOSICION DE LA ACCION CONSTITUCIONAL DE HABEAS
CORPUS.- AB. TYRONE CASTAÑEDA HIDALGO propone acción
constitucional de *habeas corpus* en contra MINISTERIO DE INTE-
RIOR DE LA UNIDAD DE CONTROL MIGRATORIO DEL AERO-
PUERTO INTERNACIONAL JOSE JOAQUIN DE OLMEDO.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

COMPETENCIA:

...

PROCEDIMIENTO:

...

ANTECEDENTES

La parte accionante AB. TYRONE CASTAÑEDA HIDALGO en calidad de defen-
sor público de los señores MOKON ELVIS MULUH, TEPET RENE MBAH, NGOH
PRINCELY TAMANJI, NJEIKEEH SYLVIE ENGWARI, MBAH ROSE MARY EFON,

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA...

de nacionalidad Camerunesa, a fin de que se permita el ingreso al territorio ecuatoriano, pues se encuentran detenidos desde el 15 de marzo del 2018, en la zona de tránsito internacional del Aeropuerto Internacional Jose Joaquín de Olmedo de la ciudad de Guayaquil, a órdenes de la autoridad de control migratorio de Ecuador. Expresa además que dichos extranjeros presentaron en fecha 15 de marzo del 2018 ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, la solicitud de Refugio, indica que esto violenta la Constitución el Art. 41, esto es el principio de No devolución al país de origen por esas razón y como lo expresa la ley de garantías jurisdiccionales en el art pertinente numeral 5 que determina que una vez que una persona extranjera que se encuentre en peligro su vida en su país se plantea una acción jurisdiccional solicitando que se le permita la libre movilidad por el país hasta que su situación administrativa de la condición de refugiado sea resuelta, indica que esto constituye en una ilegalidad en la detención de los accionados, violentando sus derechos humanos como la vida e integridad personal. Presenta documentación de los extranjeros de nacionalidad Camerunesa, presentaron su petición de refugio en fecha 15 de marzo del 2018, a las 16h15.

La parte accionada quien comparece a la Audiencia: señala "...Ab Walter Villacreses Vera , funcionario del Ministerio de Interior de la unidad de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional Jose Joaquin de Olmedo , de esta ciudad de Guayaquil, mediante boleta de fecha 22 de marzo de 2018 hemos sido notificados y en cuanto esto expongo: Los 5 ciudadanos de nacionalidad camerunesa arribaron al territorio ecuatoriano el 13 de Marzo de 2018 en la aerolínea Avianca vuelo 7391 procedente de Lima aproximadamente a las 13h07 y mientras estuvieron en la sala de Pre-embarque a la espera de que la aerolínea confirme de que posean un tiquete pagado de regreso y proceda a la reservas de vuelo para poder regresar a su puerto anterior asa como lo señala la ley en su art 137 numeral 11 según la ley de movilidad humana , se encontraban con buena salud , la aerolínea se encargaba de sus alimentos , supervisados a diario por migración teniendo facilidad para comunicarse por vía telefónica e internet , han tenido la facilidad y apertura de constatar a la defensoría pública, el ministerio de relaciones exteriores tenía de los cinco inadmitidos, mas no hemos recibido notificación alguna de que hayan presentado alguna solicitud y también han recibido capacitación de los señores de ACNUR. La ley Organica de Movilidad Humana en Art. 131, establece Ingreso de las personas extranjeras.- Las personas extranjeras pueden ingresar al Ecuador previa presentación de un documento de viaje que acredite su identidad. Asimismo, el agente de control migratorio deberá verificar la condición migratoria invocada por la persona extranjera al momento de su presentación en el punto de control migratorio oficial. La autoridad de control migratorio establecerá los pro-

UNIDAD JUDICIAL NORTE 1 DE FAMILIA...

cedimientos para el ingreso de las personas extranjeras, de conformidad con esta Ley y su reglamento. Dichos procedimientos no serán discriminatorios en ningún caso. asimismo el art 136 manifiesta Inadmisión: La inadmisión es la facultad que tiene el Estado ecuatoriano para negar el ingreso de una persona extranjera en función de una acción u omisión cometida por ésta y art 137 determina las cláusula de inadmisión en su numeral 5 Carezca de visa vigente en los casos que ésta sea requerida de acuerdo con la política migratoria ecuatoriana o no justifique su condición migratoria y se nos encarga en la misma ley que La autoridad de control migratorio será la encargada de determinar justificadamente los numerales descritos en este artículo, así como de llevar a cabo el procedimiento de inadmisión contemplado en esta Ley , y seguidamente , que Las empresas de transporte de manera inmediata asumirán el traslado de las personas inadmitidas a su país de origen o su último puerto de embarque , En los casos de las causas 4 y 5, y ellos están en el 5 determina que sin necesidad de procedimiento administrativo, se dispondrá de forma inmediata la salida de la persona inadmitida ,la que podrá retornar al país una vez que haya subsanado la causal de inadmisión. La unidad de Control Migratorio del Aeropuerto J.J de Olmedo de esta ciudad de Guayaquil , realizo 2 entrevistas en idioma ingles y realizo la revisión de documentos pero sucede que los señores de nacionalidad camerunense , se presentaron en el counter y a los analistas de control migratorio les manifestaron que el motivo de su viaje era para estudiar español y que arribaban cada uno por separado , se realizaron las respectivas constataciones y al momento de hacerlo manifestaron que vienen a estudiar inglés por 30 días y al momento de consultar con la escuela donde deberían estudiar , esta no se encontraba constituida como empresa sino como persona natural. Vale también recalcar que todos los pasajeros presentan documentación notariada con una numeración consecutiva realizada en la notaria 34 del cantón Quito y aparte de eso también se le realizo más preguntas y no quisieron colaborar con mayor información de la requerida y necesario para poder cumplir con su condición migratoria. Por los motivos antes expuestos se constata que los pasajeros no cumplen con la condición migratoria por lo que no les permite el ingreso al Ecuador mas no en calidad de detenidos como los señores de defensoría pública lo señala , en ningún momento nuestra unidad de control migratorio procede a darles ningún tipo de maltrato psicológico ni físico, como así lo quiere hacer notar a la defensoría pública, dejando expresa constancia que dentro de las funciones de nuestra competencia no está el de detener a ningún pasajero de cualquier nacionalidad. Por lo antes expuesto en todas sus partes y por ser improcedente al interponer la presente Acción de Habeas Corpus por cuanto de ninguna manera se ha violentado contra la vida , la integridad física y otros derechos y también debo de manifestar que libre y voluntaria-

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA...

mente los señores que arribaron el 13 de marzo, el 20 de marzo en el vuelo 7399 de Guayaquil-Lima regresaron 2 pasajeros , el 21 de Marzo en el vuelo 2380 de Guayaquil-Bogotá regresaron 3 pasajeros más libre y voluntariamente sin ninguna presión alguna” La Procuraduría General del Estado expresa Comparezco a esta audiencia a nombre y representación del abogado Francisco Falquez Cobos como delegada de la procuraduría. Señora jueza considero oportuno indicarle conforma lo que determina el art 89 de la Constitución de la Republica es requisito indispensable que exista una privación de libertad y aquí hemos dicho que en ningún momento ha habido privación de libertad que sea arbitraria ilegítima e ilegal ya que las autoridades de migración cumpliendo en estricto derecho a lo que determina la Ley Orgánica de Movilidad Humana prohibieron el ingreso de los ciudadanos cameruneses , ya que dichos ciudadanos no acreditaron en debida forma la calidad con la que pretendían ingresar a nuestro país y como ha dicho mi compañero del ministerio , ellos siempre tuvieron comida , internet y pudieron contactarse con los abogados de la defensoría pública y defensoría del pueblo , entonces en ningún momento se ha visto que se los ha maltratado más bien se le ha querido ayudar y darle la mano como país amigo , por lo tanto pido a ustedes se deseché esta acción por ser improcedente y asimismo pido termino para ratificación de gestiones.

...

PROBLEMAS JURIDICOS

1.- Esta Operadora de Justicia plantea como problema jurídico si la situación de los ciudadanos extranjeros MOKON ELVIS MULUH, TEPET RENE MBAH, NGOH PRINCELY TAMANJI, NJEIKEEH SYLVIE ENGWARI, MBAH ROSE MARY EFON, es ilegal o ilegítima o arbitraria y si se encuentra en los parámetros del Art. 43.5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

3.- Si la situación de detención o custodia de los ciudadanos extranjeros constituye violación de sus derechos humanos y fundamentales. El debido proceso es una garantía y derecho que los ciudadan@s tenemos, entendiéndose como un límite a la actividad estatal, siendo un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos , a decir de la Corte Interamericana este derecho implica por un lado un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama, por otro lado abarca un ámbito de protección material que implica que el estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido.

UNIDAD JUDICIAL NORTE 1 DE FAMILIA...

...

El habeas corpus tiene por objeto tutelar la libertad física, corporal o de locomoción. Así, la privación de la libertad personal solo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previsto en la Constitución o la ley. De no aplicarse aquello, estaremos frente a una medida de carácter ilegal, ilegítima o arbitraria que se encuentra prohibida tanto a escala nacional e internacional.

En el caso que nos ocupa, a los extranjeros de nacionalidad Camerunesa se les negó el ingreso al País, sin considerar las solicitudes de refugio, pues ha manifestado en audiencia pública el Abogado Walter Villacreses Vera que no les han hecho conocer al Ministerio del Interior de dicha petición, sin embargo se observa de las pruebas aportada por la parte accionante, que dichas peticiones tienen el sello de Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana recibido en fecha 15 de marzo del 2018 a las 16h15, sin conocer las respuestas de estas peticiones.

ANÁLISIS DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

Los accionantes ha comparecido a la Justicia Constitucional, bajo los principios de inmediación, concentración, publicidad, oralidad a través de un recurso sencillo y rápido el accionante va a conocer una respuesta a su acción, ha concurrido ante un Juez independiente e imparcial, que toma decisiones basados en las disposiciones del derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución esto es hacer un ejercicio de control de convencionalidad, esto en cumplimiento al principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga).

Artículo 25.- Protección Judicial

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

Y

Artículo 7.- Derecho a la Libertad Personal.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA...

amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

El inciso 7.6 del Pacto de San José de Costa Rica tiene pocas reglas procedimentales del hábeas corpus. Entre ellas se menciona las siguientes, complementadas con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

a) El recurso puede interponerse por el propio afectado en su libertad, “o por otra persona”. En el caso sub judice es otra persona quien presenta, el Ab. Tyrone Castañeda Hidalgo, en calidad de Defensor Público, con autorización legal, dada por los ciudadanos extranjeros MOKON ELVIS MULUH, TEPET RENE MBAH, NGOH PRINCELY TAMANJI, NJEIKEEH SYLVIE ENGWARI, MBAH ROSE MARY EFON, y que obran a fojas 69, 70, 71, 72 y 73 de los autos.

b) El hábeas corpus exige la presentación del detenido al juez del caso, a fin de verificar la legalidad de la privación de la libertad que lo afecta. En este caso la parte accionada no cumplió con este mandato legal, los ciudadanos de nacionalidad camenuresa no fueron presentados ante esta juzgadora y más aún han sido devueltos a su último puerto de embarque.

c) El juez del hábeas corpus debe decidirlo “sin demora”. Con razón, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado que un plazo de catorce meses y medio es al respecto sumamente excesivo y violatorio del Pacto de San José. En el presente caso se ha decidido al finalizar la Audiencia.

d) El hábeas corpus debe ser eficaz: no basta que esté enunciado formalmente, sino que tiene que ser realmente operativo, en el presente caso se ha dado el tratamiento respectivo con decisión final sobre el mismo. El derecho a hábeas corpus también fue vulnerado porque algunas de las peticiones fueron ignoradas o rechazadas tardíamente, así como porque la autoridad competente para conocerlas había sido el alcalde. Sobre este último aspecto, la CIDH recalcó: “...La revisión de la legalidad de una detención implica la constatación no solamente formal, sino sustancial, de que esa detención es adecuada al sistema jurídico y que no se encuentra en violación a ningún derecho del detenido. Que esa constatación se lleve a cabo por un Juez, rodea el procedimiento de determinadas garantías, que no se ven debidamente protegidas si la resolución está en manos de una autoridad administrativa, que no necesariamente tiene la formación jurídica adecuada, pero que en ningún caso puede tener la facultad de ejercer la función jurisdiccional...”

Los tratados internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano una vez que han cumplido con el procedimiento previsto tanto en el Derecho

UNIDAD JUDICIAL NORTE 1 DE FAMILIA...

Internacional como en el derecho interno, debiendo considerarse lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, cuando reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El artículo 9 de la Constitución, establece: igualdad de derechos de ecuatorianos y extranjeros, esto implica que cualquier persona extranjera tiene derecho a que las autoridades ecuatorianas apliquen la norma vigente, respecto a la pretensión que tengan frente a las autoridades ecuatorianas. La condición de Refugiado está contenida en la Convención América de 1951, es la piedra angular del derecho de los refugiados, garantizados por el principio de no devolución, consagrado de la siguiente forma “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

En efecto, expulsar a una persona del territorio del Estado sin verificar si esa medida puede colocarla en situación de riesgo implica violar el principio de no devolución, pero no necesariamente el derecho de buscar y recibir refugio (por ejemplo, porque el expulsado nunca pidió asilo y/o refugio, porque lo pidió y su solicitud fue correctamente rechazada, ect).

El anuario de Derechos Humanos N° 11, 2015, pp 87 refiere, la expulsión es el acto jurídico por el cual un Estado obliga a una persona o grupo de personas que no son nacionales suyos a abandonar su territorio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, concordante con el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, establece en el caso de extranjeros que se encuentran en territorio nacional un contenido mínimo de derechos, en caso de que se den situaciones como la de los hechos materia del presente caso: el derecho a ser informado de los motivos de la expulsión, derecho a la debida notificación de la decisión de expulsión ; derecho a someter el caso de revisión ante la autoridad competente, derecho a la asistencia letrada; derecho a contar con traductor o interprete; derecho al respeto de las normas que garantizan la intervención consular. Sólo se podrá expulsar a un extranjero en cumplimiento de una decisión adoptada por la ley.

En este caso. Las normas aplicables frente a solicitud de refugiados deben regirse a través de la Constitución y Ley de Movilidad Humana, el sistema de Derechos Internacional de los Refugiados que les asiste a las personas que solicitan refugio en un país que haya firmado y ratificado la Convención de Ginebra de 1951, resaltándose lo que manda el artículo 424 de la Constitución de la República, esto es, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA...

o acto del poder público los derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

La “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados procedentes de Alemania”, de 10 de febrero de 1938, recoge la prohibición de devolución de refugiados en los siguientes términos: “1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

La comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre la situación de los solicitante de asilo en Canadá, ha calificado la obligación de respetar el principio de no devolución como “la obligación suprema de los Estados” con respecto a los refugiados y solicitante de asilo. La CIDH establece “ que el derecho a buscar asilo y las garantías correspondiente (...) constituyen, en si mismas, un medio para salvaguardar los derechos fundamentales a la libertad, la integridad, y la vida, consagradas en la Declaración America de Derechos Humanos El artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984: “Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

...

En el presente caso se ha demostrado que los señores MOKON ELVIS MULUH, TEPET RENE MBAH, NGOH PRINCELY TAMANJI, NJEIKEEH SYLVIE ENGWARI, MBAH ROSE MARY EFON, de nacionalidad Camerunesa, presentaron en fecha 15 de marzo del 2018 ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, la solicitud de Refugio. Se llega a la conclusión de que en la detención o custodia de los ciudadanos extranjeros MOKON ELVIS MULUH, TEPET RENE MBAH, NGOH PRINCELY TAMANJI, NJEIKEEH SYLVIE ENGWARI, MBAH ROSE MARY EFON, por parte del personal de Control Migratorio del Aeropuerto Jose Joaquin de Olmedo de Guayaquil, se han cometido ilegalidades, arbitrariedades o ilegitimidades, ya que no ha garantizado lo establecido en la Ley de movilidad Humana y el reglamento de la Ley de Movilidad Humana respecto de la petición de refugio, vulnerándose además el principio de no devolución.

Que se ha vulnerado el Principio de no devolución, consagrado en el artículo 41 de la Constitución de la Republica de Ecuador, el derecho a la Vida, derecho a la Integridad física ya que al embarcar a las personas hacia su país de origen cuando el proceso de determinación de la condición de refugiado estaba activo (petición realizada en idioma ingles el 15 de marzo del 2018) y sin

UNIDAD JUDICIAL NORTE 1 DE FAMILIA...

una decisión firme (doble conforme). El principio de no devolución se ancla directamente al derecho a la vida e integridad física, en tanto justamente lo que está alegando la persona que solicita protección internacional (refugio) es que su vida, libertad o seguridad se encuentran amenazadas en su país de origen. Que se ha vulnerado el derecho a la libertad, desde el momento en que las personas solicitaron protección internacional las autoridades de migración debían remitirlas inmediatamente a la Dirección de Protección Internacional (art.100 LOMH) sin embargo no lo hicieron y las mantuvieron privadas de la libertad en las instalaciones del Aeropuerto Internacional Jose Joaquín de Olmedo, es importante recordar que la ley orgánica de movilidad humana en su artículo 145 numeral dos establece que las medidas tendientes a limitar la libertad personal no están permitidas.

...

Que se ha vulnerado el Principio de legalidad, Derecho a solicitar refugio (CRE art. 41): En el caso sub examine es importante partir del análisis de la violación al principio de no devolución contenido en el artículo 41 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, las personas que se encontraban en el aeropuerto internacional Jose Joaquín de Olmedo arribaron a territorio nacional el 13 de Marzo del 2018 siendo inadmitidas por las autoridades de migración, una vez que manifestaron su necesidad de protección internacional las autoridades de migración debían inmediatamente poner en conocimiento de la Dirección De protección Internacional con la finalidad de que se dé inicio al proceso de determinación de la condición de refugiado, sin embargo las autoridades de migración no lo hicieron de forma arbitraria, sosteniendo el criterio que en un principio las personas intentaron ingresar como estudiantes y que se realizaron las respectivas constataciones y al momento de hacerlo la escuela donde deberían estudiar, no se encontraba constituida como empresa, sino como persona natural y al haberles negado el ingreso optaron por solicitar la protección internacional (refugio), que tenían conocimiento de los cinco inadmitidos, mas no hemos recibido notificación alguna de que hayan presentado alguna solicitud (expresiones del Ab. Walter Villacreses Vera en audiencia), motivo por el cual no debían ser considerados como refugiados y por lo tanto no se debía notificar a la institución rectora de la materia.

Esta situación vulnera el principio de legalidad contenido en la Constitución de la Republica debido a que es la misma Ley Orgánica de Movilidad Humana la que establece que en su artículo 100 inciso segundo la obligación que tiene todo servidor publica de referir inmediatamente a la autoridad correspondiente a las personas que hubieran solicitado protección internacional, situación que en el presente caso no ocurrió, vulnerando de esta forma el prin-

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA...

principio de legalidad, respecto del derecho a solicitar refugio, resaltándose que la Ley faculta al solicitante a realizar esta petición de manera verbal o escrita. En definitiva, un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías mínimas parrafo 158:

i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:

a. la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra;

b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;

ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y

iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

En relación con lo anterior, la Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen” (es decir, en su territorio de origen o en un tercer Estado), en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el corpus juris internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien

UNIDAD JUDICIAL NORTE 1 DE FAMILIA...

a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

En consecuencia, dada la especial regulación del derecho a buscar y recibir asilo, y en relación con las garantías mínimas del debido proceso que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio (supra párrs. 132 a 136), en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, en procedimientos que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana deben ser analizados en relación con las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de dicho instrumento, según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso.

...

Con fundamento en lo señalado en los Artículos 89, 167 y 172 de la Constitución de la República del Ecuador, sobre la potestad de administrar Justicia Constitucional y el apego de este Juzgador a lo señalado en la Carta Magna e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA” ACEPTA la acción constitucional de Habeas Corpus presentada por el señor AB. TYRONE CASTAÑEDA HIDALGO en favor de los señores MOKON ELVIS MULUH, TEPET RENE MBAH, NGOH PRINCELY TAMANJI, NJEIKEEH SYLVIE ENGWARI, MBAH ROSE MARY EFON, de nacionalidad Camerunesa y declara la existencia de la vulneración de los derechos a la vida, a la integridad física, principio de no devolución, derecho a la libertad, derecho al debido proceso a la recurrir la decisión y garantía de la motivación, principio de legalidad, derecho a solicitar refugio, como se ha explicado en el apartado correspondiente.

REPARACIÓN

Esta sentencia constituye la verdad procesal, en tal sentido para la justicia-ble forma parte de la reparación integral; se establece:

1.- El derecho de No Repetición, situación que debe ser observada por la institución correspondiente (Ministerio del Interior).

2.- Que se establezca en el término de 3 meses, un protocolo para que entre las Instituciones que detalla la Ley de Movilidad Humana y su reglamento se pueda garantizar el derecho que tienen los ciudadanos extranjeros conforme a la normativa vigente en territorio ecuatoriano y tratados internacionales.

DERECHO DE CUALQUIER PERSONA EXTRANJERA...

3.- Que en el término de 1 mes, se presente a este despacho una planificación de programas de capacitación a todos los funcionarios que están Inmersos en la Dirección Nacional de Inmigración o que tengan que ver con el trato diario de los extranjeros en los puertos fronterizos o aeropuertos, para lo cual podrán acudir a la Defensoría del Pueblo y ACNUR.

4.- Los representantes de las Instituciones serán los responsables de aplicación de las medidas establecidas en los numerales 1, 2 y 3 de esta sentencia.

5.- En conformidad al Art. 21 de la Ley de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para el cumplimiento efectivo de esta sentencia ofíciase a la Defensoría del Pueblo, a quien se dispone realice el seguimiento respectivo. De conformidad a lo dispuesto en el art. 25 numeral 1 de la Ley de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de ejecutoriarse la presente sentencia, se remitirá por secretaría copias certificadas a la Corte Constitucional. Notifíquese en las casillas y correos electrónicos señalados. Hágase saber.-

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO ORIGINADO POR EL CONTEXTO DE VIOLENCIA GENERADO POR GRUPOS DELICTIVOS Y FALTA DE DEBIDA DILIGENCIA EN EL DEBER DE PROTECCIÓN

Síntesis: La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, el 13 de julio de 2018, resolvió un recurso de amparo promovido por seis demandantes, miembros de un grupo familiar de 33 personas divididos en 8 núcleos familiares, la mayoría residentes en terrenos vecinos de Delgado, departamento de San Salvador, donde eran acosados por la Mara 18.

De acuerdo con los hechos del caso y declaraciones de los demandantes, las pandillas les amenazaron de muerte, irrumpieron en sus viviendas, cometieron violaciones sexuales a mujeres adultas y niñas, entre otros delitos. Por lo anterior se vieron obligados a desplazarse de su residencia habitual hacia el Municipio de Berlín, donde también fueron víctimas de acoso policial y del homicidio de la madre de uno de los demandantes.

En la sentencia, el Tribunal estableció que la migración se origina por diversas causas y a su vez puede ser voluntaria o forzada. En ese sentido, el Tribunal distinguió dentro la clasificación de la migración forzada al desplazamiento interno, que consiste en un tipo de movilidad humana generalmente masiva, producida por motivos de gran complejidad que obligan a las personas a instalarse en otros lugares con mejores condiciones de seguridad y protección, pero sin cruzar los límites fronterizos de su Estado de origen.

Los demandantes alegaron que eran víctimas de un fenómeno de desplazamiento forzado a causa de la violencia sistemática generada por grupos delictivos, que afectaba en mayor medida a personas con una condición socioeconómica baja. Asimismo, afirmaron que la situación se volvió aún más grave debido a que el Estado no llevó a cabo una correcta protección a las víctimas y una prevención de dicho fenómeno.

Derivado de lo anterior, el Tribunal reconoció la grave crisis de violencia e inseguridad generada por grupos de crimen organizado que ejercían control territorial sobre distintas zonas geográficas, la no intervención oportuna del Estado que facilitó la expansión de dichas organizaciones delictivas, los ata-

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

ques sistemáticos e intensos que afectaron a las zonas vulnerables del país, causando terror a la población y obligándoles a abandonar sus hogares en búsqueda de seguridad y protección.

Por lo tanto, el Tribunal tomó en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se pronuncia sobre el fenómeno del desplazamiento forzado que ocurre en varios Estados de la región. Específicamente, hizo referencia al *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, donde se estableció que el artículo 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho de circulación y de residencia, también protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado.

Lo anterior debido a que dicho fenómeno pone en riesgo una gran cantidad de derechos humanos que coloca a los desplazados internos en una situación de especial vulnerabilidad e indefensión, siendo una condición *de facto* de desprotección que obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo.

Además, el Tribunal recordó lo establecido por la Corte Interamericana en los *Casos Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia*, *Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* y *Masacres de Ituango vs. Colombia*, respecto de las obligaciones que tienen los Estados de investigar y sancionar a los responsables de los desplazamientos internos, de proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro de las personas desplazadas a su lugar de residencia habitual, o bien, asegurar su reasentamiento voluntario en otra parte del país.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal declaró con lugar el amparo solicitado y ordenó como medidas de reparación, dirigidas a la Policía Nacional y a la Fiscalía General de la República, que se realizaran investigaciones exhaustivas, diligentes y concluyentes con el fin de esclarecer los delitos de los cuales habrían sido víctimas los peticionarios y se llevaran a cabo los juicios y sanciones correspondientes de forma independiente e imparcial.

Adicionalmente, se ordenó a distintos poderes y órganos estatales que reconocieran a los demandantes como víctimas de desplazamiento interno, implementaran políticas públicas orientadas a prevenir dicho fenómeno, brindaran medidas de protección a quienes ya tienen *de facto* la condición de desplazados y, además, se les garantizara la posibilidad y condiciones necesarias para regresar a su lugar de residencia habitual.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EL SALVADOR

AMPARO

411-2017

SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 2018

El presente proceso de amparo ha sido promovido por quienes en la presente sentencia, por motivos de confidencialidad y de seguridad en atención al art. 10 letra a) de la Ley Especial para la Protección de Víctimas y Testigos (LEPVT), serán identificados únicamente como Demandantes 1, 2, 3, 4, 5 y 6, representados en este proceso por medio de sus apoderados, en contra del jefe de la División Central de Investigaciones, del jefe de la División Antiextorsiones, del jefe de la Subdelegación de Berlín, todos ellos de la Policía Nacional Civil (PNC), del jefe de la Unidad de Vida e Integridad Física de la Oficina Fiscal de Mejicanos, del titular del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP), de la Asamblea Legislativa, de la Comisión Coordinadora y de la titular de la Unidad Técnica Ejecutiva (UTE) del Sector de Justicia, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad material, a la protección familiar, a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional, a la propiedad y a la libertad de circulación, reconocidos en los arts. 2, inc. 1º, 5 incs. 1º y 2º y 32 de la Cn.

...

ANALIZADO EL PROCESO Y CONSIDERANDO

I. 1. A. Los demandantes manifestaron que conforman un grupo familiar de 33 personas divididos en 8 núcleos familiares que, en su mayoría, residían en terrenos vecinos de Delgado, departamento de San Salvador, donde eran acosados por la Mara 18 debido a que 2 miembros de la familia son militares. Relataron que el 15-IV-2016, en horas de la noche, el esposo de la Demandante 1 y otra persona de esa familia fueron interceptados a 2 cuadras de su casa

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

por 3 miembros de dicha pandilla que estaban armados, quienes “los obligaron a desnudarse y los golpearon exigiéndoles que les dijeran quien de sus familiares era soldados”, los amenazaron con matarlos y les advirtieron que tenían solamente 24 horas para desalojar su casa, pues de lo contrario la ametrallarían, hechos que afirmaron no haber denunciado por temor a represalias. Posteriormente se registró un segundo ataque a ese grupo familiar el 23-VI-2016, cuando el hijo de la Demandante 1, al salir de la escuela, fue interceptado por un hombre, quien “le dijo que se lo iba a llevar”; sin embargo, el menor gritó y ello, aunado a que había más personas alrededor, provocó que su agresor se fuera.

Uno de los núcleos familiares está integrado por los Demandantes 5 y 6, junto a sus 3 hijos menores de edad, quienes fueron víctimas de un hecho grave ocurrido la noche del 11-X-2016, cuando 4 sujetos —que presumen eran pandilleros— irrumpieron en su vivienda, vestidos de negro y con el rostro cubierto. Estos sujetos sacaron al Demandante 6 de la vivienda para insultarlo, acusarlo de colaborar con la PNC, amenazarlo con matar a su familia y golpearlo de forma reiterada, pero este logró escapar y buscó auxilio en la PNC. Mientras eso ocurría otros dos sujetos insultaron y violaron a la Demandante 5 y a su hija —una niña de 12 años—. Posteriormente amenazaron con matarlas pero no lo hicieron porque un grupo de agentes de la PNC llegó al lugar y los agresores huyeron de la vivienda.

Otro de los demandantes también fue víctima, junto a sus hijos menores de edad, de ataques directos de esos grupos criminales. Durante la noche del 16-X-2016 llegaron a su casa 5 individuos desconocidos que se identificaron como miembros de la Pandilla 18, quienes le manifestaron que ya sabían que tenía 2 hermanos militares y que eso le costaría caro a su familia, pues “la pandilla había ordenado matarlos a todos”, a menos que les entregaran la cantidad de \$5.000.00 en una semana; de lo contrario, les pasaría lo mismo que a la familia de los Demandantes 5 y 6.

Estos hechos conminaron a todos los miembros de los 8 núcleos familiares —abuelos, padres e hijos— a desplazarse de sus residencias hacia el Municipio de Berlín, departamento de Usulután.

B. Sin embargo, en ese lugar se vieron obligados a desplazarse nuevamente por motivos de seguridad, en este caso por haber sido víctimas de acoso policial y del homicidio de la madre del Demandante 2. Concretamente, señalaron que durante la noche del 17-XII-2016, mientras se realizaba un baile cerca de la residencia en la que habitaba parte de la familia, irrumpieron al lugar miembros de la PNC para realizar un cateo, aparentemente en búsqueda de pandilleros. Se produjeron disparos y uno de ellos lesionó a la madre del Demandante 2, quien falleció. Sobre este hecho aseveraron que testigos señalaron como

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

responsables a miembros de la PNC. Lo anterior motivó que el grupo familiar se desplazara nuevamente en búsqueda de seguridad.

C. Los peticionarios interpusieron denuncias sobre los hechos descritos en los siguientes términos: (i) con fecha 12-X-2016 los Demandantes 5 y 6 presentaron una denuncia ante la Unidad de Vida e Integridad Física de la Oficina Fiscal de Mejicanos por los hechos del 11-X-2016; (ii) el 17-X-2016 la Demandante 1 y su esposo interpusieron una denuncia ante la División Antiextorsiones de la PNC por los hechos del 16-X-2016; y (iii) con fecha 17-XII-2016 el Demandante 2 denunció y emitió una declaración ante la Subdelegación Policial de Berlín por el homicidio de su madre. *Sin embargo, hasta la fecha esos hechos no han sido investigados por las autoridades competentes.*

D. Los actores también señalaron que, a pesar del riesgo que existe para su grupo familiar, las autoridades que conocieron de esos hechos en el contexto de las investigaciones de los delitos denunciados se limitaron a asignar claves a las víctimas para evitar que estas fueran identificadas por sus nombres; sin embargo, no solicitaron a su favor —ante la UTE— medidas extraordinarias de protección, como su incorporación en un albergue para garantizar su seguridad. Por consiguiente, consideran que los jefes de la División Central de Investigaciones, de la División Antiextorsiones, de la Subdelegación Policial de Berlín, todos de la PNC, y el de la Unidad de Vida e Integridad Física de la Oficina Fiscal de Mejicanos vulneraron sus derechos al no activar a su favor las medidas de protección ordinarias y extraordinarias previstas en la LEPVT.

E. Finalmente, sostuvieron que el agravio que les fue causado por las autoridades policiales y fiscales se acentúa —en su calidad de desplazados internos— en virtud de la omisión —que atribuyen, de manera conjunta, al titular del MJSP, a la Asamblea Legislativa, a la Comisión Coordinadora y a la titular de la UTE del Sector de Justicia— de elaborar y promover leyes, normativa reglamentaria, políticas, programas y protocolos de actuación para garantizar la protección de las víctimas de desplazamiento forzado. A su juicio, las referidas autoridades han incumplido el mandato de diseñar e implementar ese tipo de normas y políticas que reconozcan su calidad de desplazados —junto al resto de personas que se encuentran en iguales condiciones— y les garanticen la asistencia humanitaria y la protección que su condición requiere.

F. Con base en lo expuesto, estimaron vulnerados sus derechos a la seguridad personal, a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional, al trabajo, a la salud, a la vivienda y a la libertad de tránsito.

...

...

II. El orden con el que se estructurará esta resolución es el siguiente: en primer lugar, se determinará el objeto de la controversia (III); en segundo lu-

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

gar, se hará una breve exposición sobre las funciones del Estado, el contenido de los derechos fundamentales que se arguyen vulnerados y la idoneidad del proceso de amparo para tutelar derechos de personas y colectivos en situación de vulnerabilidad (IV); en tercer lugar, se desarrollarán algunas nociones generales sobre el fenómeno migratorio y el desplazamiento forzado, el contexto en el que se enmarcan los hechos alegados y las obligaciones que la Constitución y el Derecho Internacional imponen al Estado frente a las víctimas de desplazamiento forzado (v); en cuarto lugar, sobre la base de los argumentos de las partes, la prueba aportada al proceso y las consideraciones jurídicas y fácticas realizadas por este Tribunal, se analizará el caso sometido a conocimiento (VI); y finalmente, se determinará el efecto del fallo (VII).

III. 1. A. En la Sentencia de fecha 4-I-1994, Amp. 4-M-93, se afirmó que la protección que el amparo brinda a los derechos fundamentales impide desconocer que distintos sujetos o agrupaciones de naturaleza privada son capaces de oponerse al poder del Estado y de amenazar o atacar al individuo en sus derechos fundamentales.

El proceso de amparo no es, por regla general —salvo los supuestos excepcionales señalados en la Sentencia de fecha 4-III-2011, Amp. 934-2007—, el mecanismo inmediato al que deben acudir las personas para requerir la tutela de sus derechos fundamentales cuando estos les han sido vulnerados por otros particulares, ya que, en principio, deben requerir la protección de la jurisdicción ordinaria o de las autoridades no jurisdiccionales mediante la aplicación de la ley. De ahí que este Tribunal se encuentre facultado para controlar actos —y en algunos supuestos omisiones— de autoridades públicas cuando estas han brindado una protección deficiente o nula a los derechos fundamentales en esos supuestos (Sentencia de fecha 13-XII-2017, Amp. 532-2015).

...

Los actores reclaman contra dos tipos de omisiones que consideran han vulnerado sus derechos fundamentales: (i) la primera atribuida a autoridades policiales y fiscales, en virtud de no haber desarrollado investigaciones exhaustivas y concluyentes sobre los hechos que denunciaron; y (ii) la segunda de índole legislativa y creación e implementación de políticas públicas que, si bien constituye un tema abstracto, les causa un agravio directo y concreto, pues tienen de facto la calidad de desplazados, aun cuando el Estado no reconoce la magnitud del fenómeno de desplazamiento forzado a raíz de la violencia. Estas vulneraciones se mantienen hasta la fecha —es decir, se trata de una vulneración continuada de derechos fundamentales—, pues la situación de inseguridad no les permite garantizar el retorno a sus residencias.

C. En definitiva, *los hechos del caso se refieren a graves afectaciones a derechos fundamentales que, en principio, fueron causadas directamente por grupos delictivos —y, por consi-*

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

guiente, estos hechos entran en el ámbito de conocimiento y aplicación de la legislación penal y procesal penal—, pero los actores atribuyen a las autoridades demandadas vulneraciones a sus derechos en virtud de las omisiones de investigar los hechos denunciados, de brindarles protección frente a los grupos de sujetos que conforman estructuras criminales ampliamente reconocidas por las instituciones del Estado y, sobre todo, de crear los mecanismos necesarios para brindar dicha protección de forma generalizada y sistemática a las personas que son víctimas de desplazamiento forzado.

2. Acotado lo anterior, el objeto de la controversia puesta en conocimiento de este Tribunal consiste en determinar: (i) por una parte, si la omisión atribuida a los jefes de la División Central de Investigaciones, de la División Antiextorsiones, de la Subdelegación de Berlín, todos de la PNC, y de la Unidad de Vida e Integridad Física de la Oficina Fiscal de Mejicanos, de investigar las denuncias efectuadas en fechas 12-X-2016, 17-X-2016 y 17-XII-2016 por algunos de los actores en relación con los hechos acontecidos el 11-X-2016, el 16-X-2016 y la muerte de la madre del Demandante 2, respectivamente, así como de ordenar las medidas de protección necesarias a favor de los pretenses que les permitieran circular libremente hacia y en el entorno de sus residencias, vulneró los derechos fundamentales a la seguridad material, a la protección de la familia, a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional, a las libertades de circulación y de residencia, y a la propiedad de los demandantes; y (ii) por otra parte, si la omisión del titular del MJSP, de la Asamblea Legislativa, de la Comisión Coordinadora y de la titular de la UTE del Sector de Justicia de emitir, elaborar y promover leyes secundarias, normativa reglamentaria, políticas, programas y protocolos de actuación para garantizar la protección de las víctimas de desplazamiento forzado interno, vulneró los referidos derechos fundamentales de los pretenses y del resto de personas que se encuentran en igualdad de condiciones como víctimas de desplazamiento forzado.

...

2. A. En la Sentencia de fecha 5-II-2014, Amp. 665-2010, se afirmó que de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se configura el *deber genérico de protección* de estos. Así, del significado y funciones de estos derechos dentro del orden constitucional, se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida por el Estado. Por consiguiente, este tiene tanto la prohibición de lesionar la esfera individual protegida por los derechos fundamentales como la *obligación de contribuir a la efectividad de tales derechos*. En efecto, según ha sido caracterizada por la jurisprudencia constitucional, la justicia, como concepto omnicompreensivo, exige garantizar a todos los individuos una cuota igual de libertad (Sentencia de fecha 23-III-2001, Inc. 8-97). En ese sentido, *los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos*

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

y son la fuente de obligaciones para el Estado, principalmente en las tareas de prevención, promoción, protección y reparación de los daños ocasionados.

Este *deber de protección* que el Estado tiene frente a los particulares opera también respecto de las intromisiones ilegítimas a sus derechos fundamentales por otros particulares y se verifica mediante la interpretación y aplicación de la ley para resolver conflictos de derechos (Sentencia de fecha 24-IX-2010, Inc. 91-2007), pero su contenido va más allá de las decisiones judiciales. En efecto, en la Sentencia de fecha 12-XI-2010, Inc. 40-2009, se afirmó que el art. 2 de la Cn. consagra el *derecho a la protección en la conservación y defensa* de los derechos reconocidos en favor de toda persona, el cual es correlativo al aludido deber de protección.

B. La *conservación* de los derechos que reconoce la Constitución es, en efecto, una forma de protección que implica *el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean vulnerados, limitados o, en última instancia, extraídos inconstitucionalmente de la esfera jurídica de cada persona*. Esta primera modalidad de protección incorpora un derecho a que el Estado impida razonablemente las posibles vulneraciones a los demás derechos materiales. Esta *conservación* no solo se logra mediante la vía jurisdiccional, sino también por medio de vías administrativas o “no jurisdiccionales”, como las *acciones estatales “previsionales” encaminadas a evitar o prevenir posibles infracciones a derechos constitucionales* (Sentencia de Inc. 40-2009).

Así, por ejemplo, *en el contexto de violencia estructural que afecte a un amplio sector del territorio, estas medidas deben estar enfocadas en la prevención del delito y de afectaciones a derechos como la seguridad material, la integridad física, la libertad de circulación, la libertad de residencia, propiedad privada y la protección de la familia particularmente a las mujeres y la niñez, provenientes de sujetos que se arrogan competencias propias del Estado, como el control del territorio.*

...

3. Este tribunal ha señalado que el *derecho a la seguridad* (art. 2 inc. 1º de la Cn.) tiene dos dimensiones: como seguridad material y como seguridad jurídica. En su primera dimensión equivale a un derecho a la tranquilidad de poder disfrutar sin riesgos, sobresaltos ni temores los bienes muebles o inmuebles que cada uno posee, o de que el Estado tomará las medidas pertinentes y preventivas para no sufrir ningún daño o perturbación en la persona (Sentencia de fecha 7-IX-2001, Inc. 15-98). Ese criterio fue retomado en la Sentencia de fecha 26-VIII-2011, Amp. 253-2009, en la cual se afirmó que el derecho a la seguridad material implica el *derecho de estar libre o exento de todo peligro, daño o riesgo que ilegítimamente amenace los derechos*.

Posteriormente, en la Sentencia de fecha 28-IV-2015, Amp. 787-2012, se sostuvo que el derecho a la seguridad material posee dos facetas: una *colectiva*

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

y otra *individual*. La primera se refiere al *derecho de los miembros de la sociedad en su conjunto a ser protegidos frente a aquellas circunstancias que ponen en riesgo bienes jurídicos colectivos importantes*, como por ejemplo el patrimonio público, el espacio público, la salud y el medio ambiente. La segunda, en cambio, está referida al *derecho de las personas de recibir protección adecuada de las autoridades cuando estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar estos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad*.

Para que las prestaciones necesarias en cada situación concreta sean exigibles al Estado, es preciso probar los hechos que apuntan a la existencia de un *riesgo extraordinario o extremo*. Así, será necesario demostrar: (i) que el riesgo respecto del cual se pide protección ante las autoridades administrativas o judiciales competentes reúne todas o la mayoría de las características antes apuntadas; y (ii) *la situación de vulnerabilidad o especial exposición al riesgo en que se encuentran la persona o el colectivo afectados*.

4. A. En la Sentencia de fecha 20-IX-2017, Amp. 623-2015, se indicó que el *derecho a la protección familiar* es aquel en virtud del cual el Estado debe asegurar a todas las personas el disfrute de una convivencia digna con su núcleo familiar, independientemente de la forma que este adopte, y *eliminar toda forma de obstrucción arbitraria a este derecho por parte de cualquier entidad pública o privada*. Dicho derecho se encuentra reconocido en el art. 32 inc. 1° de la Cn., el cual establece que la familia es la base fundamental de la sociedad y *tendrá la protección del Estado*, imponiendo a este último la obligación de *dictar la legislación necesaria y crear los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico*.

La obligación del Estado de proteger a la familia proviene de la fundamentalidad que la Constitución le reconoce a dicha institución. Ese carácter fundamental tiene su origen en la composición de la familia, en el sentido de que, si la persona humana es el origen y el fin de la actividad del estado (art. 1 inc.1° de la Cn.), entonces una agrupación de personas unidas por rasgos biológicos y afectivos que se establecen de forma permanente en una sociedad merece una especial protección.

...

Es por las funciones sociales y jurídicas que cumple la familia dentro de la sociedad que *requiere de una protección reforzada del Estado*, mediante *instrumentos jurídicos, políticas públicas y, en general, de su propio actuar*. Lo anterior implica, por una parte, un deber de abstención o de no injerencia del Estado y, por otro, *la existencia de obligaciones positivas o prestacionales de realizar todo lo que se encuentre al alcance de este para fomentar la protección familiar y la conservación de la familia como base fundamental de la sociedad*.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

6. A. En las Sentencias de fechas 5-IV-2005 y 25-IX-2013, Amps. 107-2009 y 545-2010, se caracterizó el *derecho a la libertad de circulación* (art. 5 de la Cn.) como la facultad de toda persona de moverse libremente en el espacio, sin más limitaciones que aquellas impuestas por las condiciones del medio en el que pretende actuar. Por ello, las notas características de este derecho son la acción de movilizarse del sujeto, el ámbito físico en el que pretende desplazarse y la inexistencia de obstáculos que dificulten su tránsito de un sitio a otro.

Así, *se estará en presencia de una vulneración del derecho a la libertad de circulación cuando se dificulte o impida de manera injustificada a una persona el libre desplazamiento de un sitio a otro*. En estos supuestos, a diferencia de los que se deben tipificar como vulneraciones del derecho a la libertad personal, no ocurre una reclusión, encierro o apartamiento físico del individuo.

B. Asimismo, *la libertad de elegir residencia y domicilio y de permanecer en el que sea elegido* es otra manifestación que se desprende del contenido del art. 5 inc. 2º de la Cn. De acuerdo con esta facultad las personas pueden escoger su residencia y su domicilio, cambiarlos cuando así lo decidan y mantenerlos si fuese esa su voluntad. En consecuencia, ninguna persona puede ser obligada a elegir donde establecerse ni a abandonar el lugar que fijen como su residencia, excepto por mandato judicial en los supuestos previstos en la ley.

Y es que el arraigo en un espacio geográfico determinado obedece a una necesidad de índole antropológica, que obliga a las personas a establecer un punto fijo en sus vidas cotidianas que les ofrezca seguridad frente a la intemperie y que consideren su hogar. Ese punto fijo en las vidas de las personas es la residencia y por la importancia que reviste para el desarrollo de los proyectos de vida de estas el ordenamiento jurídico le otorga una protección especial mediante el reconocimiento del referido derecho fundamental.

7. El *derecho a la propiedad* (art. 2 inc. 1º de la Cn.) faculta a una persona a: (i) usar libremente los bienes, que implica la potestad del propietario de servirse de la cosa y aprovechar los servicios que rinda; (ii) gozar libremente de los bienes, que se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que deriven de su explotación, y (iii) disponer libremente de los bienes, que se traduce en actos de enajenación respecto a la titularidad del bien.

...

V. 1. A. La migración es un fenómeno multicausal que ha acompañado a la humanidad en su devenir histórico. La escasez de recursos naturales, la búsqueda de oportunidades de mejora económica y la reunificación familiar han sido, entre muchos otros, factores que históricamente han motivado al ser humano a migrar. En relación con el objeto de este proceso, es necesario distinguir entre dos tipos de migración: (i) en atención al elemento volitivo,

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

la migración es voluntaria o forzada; y (ii) en razón del ámbito geográfico, la que se produce en el ámbito interno del Estado y la internacional.

En atención al elemento volitivo, la complejidad del fenómeno impide categorizar de manera cerrada los flujos migratorios, en especial cuando, si bien existe el ánimo de migrar, este también puede estar motivado por factores externos al sujeto. No obstante, es posible identificar en este tipo de migración ciertas situaciones claras:

...

b. La migración forzada, que se caracteriza por el abandono del lugar de residencia, propiedades y círculo familiar —en sentido extenso— y social inmediato en busca de seguridad y protección, cuando estas no pueden ser garantizadas en el entorno espacial inmediato. Se trata de un fenómeno complejo que tiene origen en causas de gravedad notoria que conminan a la persona a abandonar su lugar de residencia, incluso de manera abrupta, por el temor de sufrir daños irreversibles.

En este tipo de migración se distingue entre dos figuras que, aun cuando no son las únicas manifestaciones del fenómeno, requieren de un tratamiento especial debido a la gravedad de sus causas y a su impacto en la vida del migrante: *(i) el desplazamiento interno o forzado*, que consiste en un tipo de movilidad humana generalmente masiva —progresiva o dispersa— que *se produce por motivos de gran complejidad que conminan a las personas a abandonar sus lugares de residencia por otros donde puedan encontrar mejores condiciones de seguridad y protección, pero sin cruzar los límites fronterizos de ese Estado; y (ii) el refugio*, que ocurre cuando una persona es perseguida en su país de origen, entre otros, por motivos ideológicos, religiosos, raciales y culturales y lo abandona para llegar a otro en el que pueda resguardar su vida, integridad y seguridad.

B. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) cataloga como desplazados internos a “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” —*itálicas suplidas*—.

...el Derecho Internacional, así como la doctrina y la jurisprudencia internacional y comparada, han sido enfáticos en señalar que las causas del desplazamiento forzado son múltiples, entre ellas: *(i) desastres naturales; (ii) situaciones de violencia generalizada que producen un grave riesgo para la vida y la integridad de las personas que viven en comunidades afectadas por enfrentamientos armados o que están sometidas al control territorial de grupos al margen de la ley; y (iii) proyectos de*

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

desarrollo de amplio alcance como los que tienen lugar en el ámbito de las industrias extractivas, que pueden dar lugar al desplazamiento de poblaciones particularmente vulnerables —*n. gr.*, comunidades indígenas u otros colectivos que se caracterizan por su dependencia y vinculación material y espiritual con la tierra—.

2. *A. a.* En el caso concreto, los pretenses afirman ser víctimas de un fenómeno de desplazamiento forzado a causa de la violencia e inseguridad generadas por grupos al margen de la ley. Los actores se refieren a dicho fenómeno como una situación de violencia sistemática que afecta a grupos de personas vulnerables debido a sus condiciones socioeconómicas, la cual es atribuible a las pandillas, pero también al Estado por la inobservancia de su deber de protección de la población afectada. Inclusive, señalan la negativa de las autoridades de reconocer el desplazamiento interno como una situación que afecta a un alto porcentaje de la población y de ubicarlo en el contexto de la violencia estructural y sistemática que tiene lugar en distintos sectores del territorio.

...

B. En anteriores oportunidades —*n. gr.*, en las Sentencias de fechas 23-I-2017, HC 145-2015, y 13-VII-2016, Inc. 44-2013— este Tribunal se ha referido a la utilidad del análisis de contexto en los casos de vulneraciones sistemáticas a derechos fundamentales. También, algunos tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Penal Internacional (*Caso del Fiscal C. Germain Katanga*) han acudido, en supuestos de especial complejidad, al contexto.

En el presente caso, tanto los demandantes como los *amici curiae* describieron el contexto en el que se enmarcan los hechos alegados por los primeros y las autoridades demandadas han tenido la oportunidad de controvertir esas afirmaciones; con lo cual se cumplen los presupuestos para analizar los hechos planteados en la demanda a la luz del contexto alegado. *En consecuencia, se debe determinar si los hechos narrados por los actores se insertan en la situación de violencia estructural y sistemática que han descrito.*

a. Al respecto, ante este Tribunal se han presentado cuatro demandas de amparo, actualmente en trámite, en las que se alegan hechos similares a los del presente proceso. Asimismo, en la Sentencia de fecha 24-VIII-2015, Inc. 22-2007, se estableció que las organizaciones criminales antes mencionadas realizan de manera sistemática, planificada y organizada, entre otros: *(i) atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad de la población y de las autoridades civiles, militares, policiales y penitenciarias; (ii) menoscabos a la propiedad mediante la ejecución de delitos de extorsión a personas naturales y jurídicas; (iii) vulneraciones del derecho a residir en cualquier lugar del territorio, obligando a las personas a abandonar sus residencias mediante amenazas; (iv) vulneraciones del derecho a la*

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

educación al provocar la deserción de estudiantes debido al temor a ser víctima de aquellas organizaciones; *(v) atentados al libre tránsito* en la medida en que hay zonas específicas donde ciertas personas no pueden circular por el riesgo de sufrir atentados a su vida o integridad; *(vi) modificaciones a la distribución territorial establecida por el Tribunal Supremo Electoral* para el voto residencial; *(vii) paralización del transporte público de pasajeros y atentados a la vida del personal de los servicios de transporte público*; y *(viii) obstaculización de las actividades económicas y laborales de amplios sectores de la población*.

b. En las Memorias del XXX Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, publicadas por el ACNUR en 2015, se señaló que “la región se enfrenta a situaciones nuevas que están teniendo un impacto humanitario en la población y que, en algunos casos, conducen al desplazamiento forzado. En el Triángulo Norte de Centroamérica [...] los actos del crimen organizado transnacional están provocando el desplazamiento forzado de ciudadanos de estos países, afectando especialmente a las mujeres, adolescentes y menores no acompañados”.

En ese mismo documento se indicó que el Triángulo Norte de Centroamérica “cuenta con uno de los índices más altos de violencia del mundo a causa de las acciones del crimen organizado transnacional. Aunque el impacto más visible de la violencia es la tasa de homicidios, *hay otros indicadores que demuestran las graves consecuencias humanitarias* como el número de heridos, el reclutamiento y asesinato de niños, niñas y adolescentes, la extorsión, los secuestros, los problemas de acceso a la salud y a la educación, la creciente violencia sexual y por motivos de género, así como el alto costo social y económico y *el desplazamiento forzado de personas tanto al interior de los países como transfronterizo*”—*itálicas suplidas*—.

En el apartado “Nuevas tendencias de desplazamiento forzado en Mesoamérica” de las citadas memorias (párr. 10), se indicó que a finales de 2013 se registraron más de 18.500 refugiados provenientes del Triángulo Norte de Centroamérica, que las solicitudes de refugio se incrementaron considerablemente de 2009 a 2013 y que la segunda causa de la migración de esas personas era la violencia.

Además, en su informe de 2016 —publicado en 2017— sobre las tendencias globales del desplazamiento forzado, entre otras cuestiones, el ACNUR señaló que: *(i)* las solicitudes de asilo de salvadoreños “casi se duplicaron, de 18.900 el año anterior a 33.600 en 2016, por lo que El Salvador pasó a ser el primer país de origen” de solicitantes de asilo en los Estados Unidos de América, pero a nivel global las solicitudes de asilo de salvadoreños habían llegado a 42.900; y *(ii)* la cantidad de refugiados salvadoreños en otros países también era alarmante, con un número aproximado de 19.614, de los cuales 1.181 eran

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

atendidos por el ACNUR, y un total de solicitudes de asilo pendientes de 62.167.

En definitiva, ambos informes coinciden en que, *además del desplazamiento interno a causa de la violencia, se está experimentando un fenómeno de migración internacional que se refleja en el considerable aumento de las solicitudes de refugio y de asilo de salvadoreños a otros Estados.*

...

d. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe temático “Movilidad humana. Estándares interamericanos”, señaló que “[l]a violencia del crimen organizado es una de las principales causas de migración forzada, tanto a nivel interno como internacional, generando graves violaciones a los derechos humanos en países como Colombia, México y países de Centroamérica, en particular los países del llamado Triángulo del Norte: El Salvador, Guatemala y Honduras” —párr. 45—.

Sobre la vulnerabilidad de los desplazados sostuvo que “a diferencia de los refugiados, que cruzan fronteras y pueden acceder a protección internacional, las personas desplazadas internamente se encuentran bajo la jurisdicción del Estado del que son nacionales o residentes habituales. Los refugiados, al ser sujetos de protección internacional cuentan con un estatuto especial, el cual les brinda mayor protección y visibilidad. Por el contrario, en el caso los desplazados internos, la obligación de darles protección corresponde a su propio Estado, el cual en muchas ocasiones ha sido el responsable del desplazamiento forzado de estas personas, lo cual favorece la vulnerabilidad e invisibilidad de dichas personas” —párr. 59 y 60—.

...

C. a. El Estado, como respuesta al fenómeno de la violencia, ha emitido legislación para prohibir las pandillas y otras organizaciones del crimen organizado. Este proceso inició con la adopción de políticas de “mano dura” y la Ley Antimaras —sobre la cual se pronunció este Tribunal en la Sentencia de fecha 1-IV-2004, Inc. 52-2003— y continuó con la emisión de otros instrumentos jurídicos como la Ley Especial contra Actos de Terrorismo —este Tribunal también se pronunció sobre ella en la citada Sentencia de fecha 24-VIII-2015, Inc. 22-2007—, la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja y, finalmente, la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, la cual establece en su art. 1 que “[s]on ilegales y quedan proscritas las llamadas pandillas o maras, tales como las autodenominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Pandilla 18, Mara Máquina, Mara Mao Mao, y las agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales tales como la autodenominada Sombra Negra; por lo que se prohíbe la existencia, legalización, financiamiento y apoyo de las mismas”.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

El Estado ha enfocado su actuación en la represión del delito y de las organizaciones criminales, *no en la prevención y el control del fenómeno ni en los derechos de las víctimas de las pandillas, particularmente de los desplazados internos.*

...

c. La Constitución separa las funciones de seguridad pública y de defensa nacional y las atribuye a distintos órganos, la PNC y la Fuerza Armada, respectivamente —sobre lo cual se pronunció esta Sala en la Sentencia de fecha 17-V-2013, Inc. 4-2012—, pero los altos índices de violencia han dado lugar desde hace algunos años a que la Fuerza Armada colabore con la PNC en tareas de seguridad, con base en el art. 212 del Cn., “para el mantenimiento de la paz interna”, lo cual se ha justificado, además, en la calificación de dichas organizaciones criminales como “terroristas”. Esta medida fue aprobada por el Decreto Ejecutivo n° 60, del 28-IX-2009, publicado en el Diario Oficial n° 188, Tomo 385, del 9-X-2009, pero, si bien se trataría en principio de una cuestión temporal, ha sido prorrogada en distintas ocasiones (la última se extiende hasta el 31-XII-2018).

Este Tribunal se ha pronunciado sobre algunos graves señalamientos a miembros de esas corporaciones en las Sentencias de fechas 13-I-2017 y 7-III-2018, HC 40-2015 y HC 406-2015, concretamente sobre la desaparición forzada de jóvenes en el contexto de operativos de “combate” a las pandillas, por lo que *existen indicios fundados de que los cuerpos de seguridad y de defensa nacional, en ocasiones, también actúan fuera de la ley.*

Asimismo, se aprobaron medidas extraordinarias para los centros penitenciarios mediante el Decreto Legislativo n° 321, del 1-XI-2016, pues —como se indicó en los Considerandos de ese decreto— dichos centros funcionan como sitios para planificar y dirigir delitos; sin embargo, a pesar de calificarse como “extraordinarias”, dichas medidas han sido prorrogadas hasta la actualidad.

D. a. Con base en la información antes relacionada, se concluye que: (i) El Salvador sufre una grave crisis de violencia e inseguridad generada principalmente por grupos de crimen organizado, concretamente las pandillas o maras, que ejercen control territorial sobre distintas zonas geográficas del país y sus habitantes; (ii) la no intervención oportuna del Estado, por un lado, facilitó la expansión de dichas organizaciones delictivas en el territorio y el crecimiento del número de sus miembros y, por otro, permitió que fortalecieran su capacidad para delinquir y ocasionar un alto porcentaje de los crímenes que ocurren en el país, entre ellos homicidios, extorsiones, amenazas, violaciones y otros graves atentados a bienes jurídicos relevantes como la vida, la integridad física, la libertad sexual y la propiedad; (iii) sus ataques son sistemáticos y con tendencia a incrementar progresivamente su intensidad, que se presentan de manera *recurrente* en ciertas zonas vulnerables del país, causan terror a la pobla-

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

ción que, ante la amenaza de sufrir daños irreparables, abandonan sus hogares en búsqueda de seguridad y protección; *(iv) existe un fenómeno de migración forzada de personas, tanto en el ámbito interno del territorio del Estado —desplazamiento forzado— como en el internacional —utilizando el asilo, el refugio y la migración irregular—, que tiene origen en el contexto de violencia e inseguridad que afecta gravemente a distintas zonas geográficas del país; y (v) a diferencia de los refugiados que han sido acogidos en otros países por escapar del fenómeno de la violencia y han accedido a la protección internacional que les permite iniciar planes de crecimiento y de desarrollo en sus lugares de destino, los desplazados internos se encuentran en una situación de vulnerabilidad más intensa, pues la obligación de darles protección corresponde al Estado, el cual en muchas ocasiones ha sido responsable, directa o indirectamente, del desplazamiento forzado de estas personas.*

b. También se concluye que *las instituciones del Estado encargadas de la política de seguridad tienen conocimiento del fenómeno de migración forzada de personas por la violencia de las pandillas, pero omiten categorizarlo y reconocer sus dimensiones.*

...

c. A pesar de la minimización del problema del desplazamiento forzado por parte de la mayoría de instituciones estatales, el contexto de violencia e inseguridad que afecta al país ha sido reconocido por el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana y de Convivencia en el Plan El Salvador Seguro —cuya ejecución compete primordialmente al MJSP—, el cual ha concluido que “[l]a sociedad salvadoreña se encuentra afectada por elevados niveles de violencia, criminalidad y miedo que restringen la libertad de las personas, afectando su calidad de vida y la convivencia armónica, limitando sus opciones de desarrollo humano y erosionando el Estado de Derecho y la democracia. *Los históricos niveles de exclusión y vulnerabilidad social, los patrones culturales que toleran, normalizan y reproducen la violencia, la debilidad institucional que provoca impunidad, la ausencia de una visión compartida sobre cómo enfrentar esta problemática junto con la dispersión de iniciativas han estimulado el establecimiento, la complejidad y la reproducción de las expresiones criminales y violentas en nuestra sociedad*” —*italicas suplidas*—.

3. A. En la Sentencia de fecha 1-IV-2004, Inc. 52-2003, se sostuvo que, si bien los tratados internacionales no tienen el mismo rango de la Constitución en el sistema de fuentes, la disposición constitucional que consagra su valor jurídico y posición en ese sistema —art. 144 inc. 2º de la Cn.— no puede ser desatendida por el tribunal encargado de la defensa de la Constitución. De ahí que esa disposición, conectada con la concepción personalista del Estado —art. 1 y Preámbulo de la Cn.—, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no solo determina la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que permite proponer una apertura normativa hacia ellos.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

B. a. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), la Corte IDH se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia —a partir de la interpretación de disposiciones de la CADH— sobre el fenómeno del desplazamiento forzado ocurrido en otros Estados del área —Colombia, Surinam y Guatemala— y en El Salvador durante el conflicto armado de la década de los ochentas —Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Sentencia de fecha 25-X-2012, párrs. 122 a 127— y sobre las afectaciones a derechos humanos que tienen lugar en el contexto de la migración —Opinión Consultiva OC-18/03: *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, de 17-IX-2003 y Opinión Consultiva OC-21/14: *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de fecha 19-VIII-2014—.

Por ejemplo, en el Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, Sentencia de fecha 1-VII-2006, el tribunal se pronunció sobre el desplazamiento colectivo de civiles en el municipio de Ituango, Colombia, motivada por graves hechos —entre ellos una masacre— perpetrados por grupos paramilitares o de “autodefensa”. Asimismo, en el Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Sentencia de fecha 25-V-2010, también abordó el desplazamiento de la población indígena maya durante el conflicto interno guatemalteco, en el que no solo participaron autoridades estatales sino también grupos paramilitares y las “Patrullas de Autodefensa Civil”.

En este último caso, la Corte IDH señaló que “[e]l artículo 22.1 de la Convención reconoce el derecho de circulación y de residencia. En este sentido, la Corte ha establecido en otros casos que *este artículo también protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte*” —párr. 139, itálicas suplidas—. Además, sostuvo que “en razón de la complejidad del fenómeno del desplazamiento interno y de la amplia gama de derechos humanos que afecta o se ponen en riesgo, y en atención a las circunstancias de especial vulnerabilidad e indefensión en que generalmente se encuentran los desplazados, su situación puede ser entendida como una condición *de facto* de desprotección. Esta situación, conforme a la Convención Americana, obliga a los Estados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso *vis-à-vis* las actuaciones y prácticas de terceros particulares” —párr. 141—.

Agregó que “*el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo, por ejemplo cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias, para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales*” —párr. 142, itálicas suplidas—.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

Finalmente, se pronunció sobre las obligaciones a cargo de los Estados respecto de la investigación y sanción de los responsables y de *proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país*. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración” —párr. 149, itálicas suplidas—.

b. Esos criterios han sido retomados por la Corte IDH en otros pronunciamientos sobre la misma temática: Caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Caso de las *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Caso de las *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Caso *Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala* y Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*; sentencias de fechas 15-VI-2005, 4-IX-2012, 15-IX-2005, 20-XI-2013, 28-VIII-2014 y 31-I-2006, respectivamente.

Además, están en consonancia con los estándares de protección que algunas áreas especializadas del Derecho Internacional —como el DIDH, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR)— confieren a los migrantes que han huido de sus residencias en virtud de situaciones que trascienden su capacidad de decisión.

C. En relación con los desplazados internos no existe un tratado especializado que se centre exclusivamente en su protección —lo cual no excluye la aplicación, incluso de forma analógica, de tratados del DIDH y del DIH—. No obstante, sí existen normas declarativas que son plenamente aplicables, por ejemplo las declaraciones de principios y compromisos adoptados en conferencias internacionales que son útiles para interpretar y para complementar los tratados. Por ejemplo, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, citados anteriormente, definen dos ámbitos principales en los que deben intervenir los Estados en beneficio de la población desplazada: (i) el reconocimiento de ciertos derechos; y (ii) la asistencia humanitaria y su protección.

a. En el primer ámbito los referidos principios enfatizan en el deber de garantizar a los desplazados internos, en igualdad de condiciones, los mismos derechos que el Derecho interno y el internacional reconocen a su favor, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión o convicciones, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, descendencia o cualquier otro criterio similar.

b. Las obligaciones de asistencia humanitaria y de protección están consignadas en los principios 2, 6 y siguientes. El principio 2 establece: “1. Las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción. 2. Los desplazados internos tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de esas autoridades. No serán perseguidos ni castigados por formular esa solicitud”. El principio 6 reconoce expresamente a toda persona el “derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual”. Con relación a la asistencia humanitaria, el principio 7 señala el deber de asegurar a los desplazados condiciones de seguridad, alimentación, salud e higiene.

Asimismo, conceden una especial protección a ciertos grupos que podrían encontrarse en una situación de vulnerabilidad acentuada, por ejemplo *los niños y las mujeres*, pero también establecen la obligación de los Estados de “tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella —principio 9—. Finalmente, con relación a la asistencia humanitaria para garantizar a los desplazados una vida digna, el principio 18.2 refiere la necesidad de que se les proporcionen alimentos indispensables y agua potable, cobijo y alojamiento básicos, vestido adecuado y servicios médicos y de saneamiento indispensables.

D. Cabe señalar también, de manera ilustrativa, que en el ámbito del Derecho comparado un pronunciamiento paradigmático sobre la protección de los desplazados internos es la Sentencia de fecha 22-I-2004, T-025, pronunciada por la Corte Constitucional de Colombia, en la cual el citado tribunal señaló que “[e]xisten ciertos *derechos mínimos* de la población desplazada que deben ser satisfechos *en cualquier circunstancia* por las autoridades [...], puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación”. Asimismo, indicó que en razón de “la multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados”, estos tienen un “derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado”, que “*debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades*” —*itálicas suplidas*—.

Tanto el aludido tribunal constitucional como la Corte IDH coinciden en que la condición de desplazado viene dada por el “mero hecho de haberse visto compelido a abandonar el lugar de residencia habitual” —Caso de las *Masacres de Ituango*, párr. 214—.

...

E. En consecuencia, *los hechos antes descritos y lo expuesto en el Considerando IV.2 de esta sentencia como análisis del contexto en que estos acontecieron, permiten inferir que los peticionarios y los integrantes de su grupo familiar han sido víctimas de desplazamiento forzado, en un primer momento, como consecuencia del acoso y de graves atentados*

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

que pandilleros del Barrio 18 efectuaron en su contra y, en un segundo momento, por un hecho de violencia no investigado ni esclarecido que involucró a agentes de la PNC y provocó el fallecimiento de la madre del Demandante 2.

2. Corresponde en este apartado analizar las omisiones imputadas a los jefes de la División Central de Investigaciones, de la División Antiextorsiones, de la Subdelegación de Berlín, todos de la PNC, y de la Unidad de Vida e Integridad Física de la Oficina Fiscal de Mejicanos de investigar las denuncias efectuadas por algunos de los actores en fechas 12-X-2016, 17-X-2016 y 17-XII-2016, así como de ordenar las medidas de protección necesarias para que estos pudieran circular libremente hacia y en el entorno de sus viviendas.

A. a. En cuanto a la denuncia formulada por los Demandantes 5 y 6 en la Oficina Fiscal de Mejicanos en fecha 12-X-2016, en relación con los hechos acontecidos en su vivienda el 11-X-2016, se advierte que inicialmente las autoridades policiales y fiscales correspondientes actuaron de forma diligente, pues en el expediente fiscal se refiere que hubo capturas en flagrancia y que se realizaron actos urgentes de comprobación como inspección en la vivienda, recolección de evidencias, práctica de entrevistas a las víctimas y a los agentes captores, reconocimiento de sangre, genitales y sanidad en el Instituto de Medicina Legal de la CSJ. Asimismo, consta que se requirió oportunamente la autorización del secuestro de las evidencias recolectadas y que el juez Segundo de Menores de San Salvador ordenó medidas cautelares y el reconocimiento en fila de los menores capturados.

b. Sin embargo, luego de ser informado por un investigador de la PNC sobre la intención de las víctimas de abandonar el país, el Departamento Penal Juvenil de la Oficina Fiscal de Mejicanos decidió no continuar con el proceso penal respectivo, sin que previamente haya intentado comunicarse con las víctimas para ofrecerles medidas de protección o, al menos, para requerir como prueba anticipada su declaración ante una autoridad judicial, con base en las disposiciones de la legislación procesal aplicable al caso.

Por el contrario, se advierte que la decisión de no continuar con el proceso penal respectivo fue adoptada aun cuando en el expediente constaban: *(i)* las entrevistas realizadas a las tres víctimas y a los agentes captores; y *(ii)* los resultados del reconocimiento de personas, de los reconocimientos médicos forenses de lesiones, genitales y sanidad practicados a las víctimas, del análisis serológico a una de las víctimas y del análisis químico de evidencias recolectadas en la vivienda de aquellas. Lo anterior se constata con la resolución emitida por la agente fiscal encargada del caso, en la cual concluyó que, “no obstante se cuenta con indicios, recolectados en la investigación”, no era posible “fundamentar una [...] acusación en contra de los menores, ya que no contamos con la voluntad de las víctimas para poder continuar con el presente proceso”.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

c. En ese sentido, resulta injustificado que, con la sola comunicación realizada por medio de una llamada telefónica entre un investigador de la PNC y una de las víctimas, se haya decidido no continuar con el proceso penal respectivo, sobre todo si se toma en cuenta que: (i) los delitos investigados eran de acción pública, por lo que no requerían de la autorización de las víctimas para continuar con el proceso; (ii) una de las víctimas de violación fue una niña de 12 años, por lo que la investigación del delito debía realizarse con mayor diligencia; y (iii) la agente fiscal asignada al caso conocía que existían indicios suficientes —incluso prueba técnica— de que dos de las víctimas habían sido objeto de violación y otra de lesiones.

En relación con el hecho de que una niña haya sido víctima del delito de violación, es preciso señalar que la Corte IDH, en el Caso V.R.P. y V.P.C. vs. Nicaragua, Sentencia de fecha 8-III-2018, afirmó que “la violación es causa de severos daños físicos y psicológicos, que se intensifican cuando la víctima es una niña” —párr. 313—. De ahí que la negligencia en la investigación penal “frente a casos individuales de violencia contra la mujer propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra la mujer puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia” —párr. 291—.

Aunado a ello, no se ha acreditado que se hayan adoptado medidas de protección para que las víctimas no fueran expuestas frente a sus agresores, que el reconocimiento respectivo se realizara en condiciones que resguardaran su identidad y que se haya informado a aquellas la posibilidad de solicitar resguardo en un albergue mientras se tramitara el proceso penal correspondiente, por lo que se les negó la posibilidad de recibir la protección que les confiere la LEPVT.

d. Ahora bien, en la audiencia probatoria la jefa de la Unidad de Vida de la Oficina Fiscal de Mejicanos señaló que carecía de legitimación pasiva porque la investigación fue asignada a la Unidad de Delitos Relativos a la Niñez, Adolescencia y Mujer en su Relación Familiar y, además, en el transcurso de este proceso se ha comprobado que el caso fue asignado posteriormente al Departamento Penal Juvenil de la FGR, *por lo que resulta procedente sobreseer a la referida autoridad por la vulneración constitucional que los actores le atribuyeron*.

No obstante, del contenido de la prueba aportada al proceso se deduce, por una parte, la gravedad de los hechos denunciados por los demandantes ante la FGR —tanto por el tipo de delitos de que se trata como por la situación

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

de vulnerabilidad en que se encontraban las víctimas de ellos— y, por otro, que en el desarrollo de la investigación intervinieron distintas autoridades de esa institución, a pesar de lo cual no se continuó con la investigación de los referidos hechos, aun contando con elementos de convicción suficientes para ello y que los delitos en cuestión eran de acción pública, por lo que no se requería la anuencia de las víctimas para requerir su enjuiciamiento.

En virtud de ello, *con el objeto de no dejar impune la transgresión constitucional antes advertida y en atención a las circunstancias particulares del caso, resulta procedente ordenar al titular de la FGR, a quien constitucionalmente le corresponde la conducción de esa institución y la investigación y el ejercicio de la acción penal, que deduzca las responsabilidades administrativas derivadas de la falta de diligencia y, en caso de ser posible, promover la vía de reparación de los derechos fundamentales de las víctimas.*

B. Con relación a la denuncia efectuada por el Demandante 1 el 17-X-2016 en la División Antiextorsiones de la PNC por los hechos acontecidos el 16-X-2016 que denotaban la probable existencia del delito de extorsión, se advierte que en el transcurso de este proceso de amparo no se acreditó que las autoridades policiales respectivas hayan realizado las investigaciones para determinar la responsabilidad penal de los delincuentes, pues el jefe de la referida División se limitó a afirmar que no había contado con la colaboración de la víctima.

...

C. Finalmente, respecto del hecho denunciado por el Demandante 2, ocurrido en el municipio de Berlín, no se tiene certeza de si este fue responsabilidad de policías o de pandilleros. Únicamente se tiene por establecido que ocurrió en el contexto de un operativo de búsqueda de pandilleros y que, producto de un disparo, la madre del denunciante falleció, lo cual motivó un segundo desplazamiento de los peticionarios y sus núcleos familiares.

...

D. En consecuencia, *se concluye que las omisiones en que incurrieron las referidas autoridades policiales de realizar investigaciones exhaustivas, diligentes y concluyentes sobre los hechos denunciados por los peticionarios, así como de brindarles las medidas de protección necesarias para resguardar su integridad física y evitar que tuviesen que abandonar sus hogares, vulneraron los derechos a la protección en la defensa jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos, a la seguridad material —por el riesgo inminente de sufrir ataques de pandilleros o de policías—, a la protección de la familia, a las libertades de circulación y de residencia, y a la propiedad de los actores, ya que producto de la falta de diligencia de las autoridades mencionadas fueron víctimas de desplazamiento interno en dos ocasiones. Por consiguiente, resulta procedente declarar que ha lugar el amparo requerido con relación a este punto de la pretensión planteada.*

3. Corresponde en este apartado examinar la omisión atribuida al titular del MJSP, a la Asamblea Legislativa, a la Comisión Coordinadora y a la titular

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

de la UTE del Sector de Justicia de emitir, elaborar y promover leyes secundarias, normativa reglamentaria, políticas, programas y protocolos de actuación para garantizar la protección de las víctimas de desplazamiento forzado interno.

...

D. a. La Asamblea Legislativa aprobó reformas al Código Penal para prevenir en su art. 152-A el delito de limitación ilegal a la libertad de circulación —Decreto Legislativo n° 432, de 27-VII-2016, publicado en el Diario Oficial n° 146, Tomo 412, del 11-VIII-2016—. El tipo penal descrito en el inc. 1° de la citada disposición establece: “El que, mediante violencia, intimidación o amenaza sobre las personas o los bienes, impida a otro circular libremente, ingresar, permanecer o salir de cualquier lugar del territorio de la República, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años”. El inc. 3° contiene una regulación aún más específica que tipifica como delito las acciones violentas que dan lugar al desplazamiento forzado: “*Cuando la violencia, intimidación o amenaza sobre las personas o los bienes se realizaren para obligar a otro a abandonar su lugar de domicilio, residencia, trabajo, estudios o de realización de cualquier actividad lícita, se impondrá la pena de ocho a doce años de prisión*”—*italicas suplidas*—.

b. En la Sentencia de fecha 17-VII-2015, Inc. 62-2012, se precisó que el *estatuto procesal de la víctima* comprende los derechos a la *información, asistencia, protección, reparación y participación* en las diferentes fases del procedimiento penal, incluida la de ejecución de la condena. El *derecho a la protección* implica que la víctima está facultada para solicitar y recibir aquellas medidas de protección reconocidas en el ordenamiento procesal penal —art. 106 del C.Pr.Pn.— y en los regímenes de protección vigentes —*v. gr.* la LEPVT—. En consecuencia, las diferentes instancias que componen el sistema de justicia penal están obligadas a brindarle seguridad tanto a ella como a su grupo familiar aun cuando se abstenga de colaborar con el trámite procesal.

c. Si bien la víctima del desplazamiento forzado es considerada sujeto pasivo del delito en el tipo penal previsto en el art. 152-A inc. 3° del Código Penal, ello es insuficiente para reconocerle y garantizarle la calidad de sujeto de derechos que su propia calidad de víctima requiere en el contexto de la investigación y del proceso penal. Además, como víctima de un fenómeno de violencia estructural y sistemática, requiere de medidas reforzadas de protección a su favor.

A esta conclusión llega este Tribunal al analizar la legislación referida a las víctimas, particularmente la LEPVT. Su ámbito de aplicación es anacrónica restringida y deficiente, siendo su objeto principal el otorgamiento de *medidas temporales* de protección a quienes participan como testigos o víctimas en la investigación de un delito o en el proceso judicial. En definitiva, el enfoque de la legislación de la materia

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

y su aplicación por las autoridades públicas competentes tiene una naturaleza instrumental: la de la víctima como un medio u objeto que coadyuva a la investigación del delito y al procesamiento de los responsables.

De ahí que, a la luz del contexto actual de violencia estructural y sistemática, las personas directamente afectadas por el fenómeno que optan por desplazarse, pero que por temor a sufrir ataques directos no denuncian los delitos de los que han sido víctimas —lo cual no les hace perder esa calidad— no pueden acogerse a las medidas de protección ordinarias y extraordinarias o de asistencia que la ley contempla. Además, la aplicación de dichas medidas no es automática, sino que requiere de un procedimiento en el que se determina la procedencia o no de ellas. De ahí que no toda persona que ha sido víctima de violencia podría acogerse al programa especial de protección de víctimas y testigos por el mero hecho de tener de facto la calidad de desplazado interno.

Si bien las víctimas deben colaborar con la investigación del delito, en el contexto actual de violencia, inseguridad e impunidad, muchas de ellas optan por guardar silencio y se colocan en un nivel de indefensión acentuado. Por ello, *es un deber de las autoridades garantizar su protección para que participen voluntariamente en el proceso penal. Además, es necesario que el Estado les provea medidas reforzadas de protección que trasciendan la visión reduccionista que caracteriza a la legislación penal y que tomen en cuenta su calidad de desplazados internos a causa de la violencia.*

d. Este reconocimiento de la víctima, particularmente en el contexto descrito, como sujeto de derechos, y no como un mero objeto de regulación o instrumento en la investigación del delito, debe ir aparejada de medidas prestacionales —de protección y de asistencia humanitaria— que les garanticen un mínimo de condiciones para una existencia digna mientras se desarrollan las condiciones necesarias para el retorno a sus hogares o su reubicación en otro lugar. Este enfoque también requiere de medidas para evitar que haya nuevas víctimas del fenómeno y para garantizar a quienes ya tienen calidad de desplazado la posibilidad de retorno a sus residencias, pero ello solo será posible previa recuperación de la soberanía territorial en las comunidades dominadas por las pandillas.

e. i. Se advierte que la Asamblea Legislativa no ha llevado a cabo, en el ejercicio de la atribución que le confiere el art. 131 ord. 5° de la Cn., una actualización de la legislación sobre víctimas que sea acorde con la realidad presente, específicamente, en el sentido de brindar a las víctimas de desplazamiento forzado la protección necesaria para resguardar sus vidas y otros bienes jurídicos igualmente relevantes. Incluso, la Asamblea Legislativa reconoció —por medio de uno de sus apoderados— en la audiencia probatoria que no existía legislación que reconociera el fenómeno del desplazamiento forzado y que abordara sus causas estructurales o las soluciones que requería.

ii. Por otro lado, las autoridades competentes para intervenir en los procesos de discusión, diseño e implementación de la política pública de seguridad —el MJSP— y de las políticas concretas y protocolos de actuación orientados a

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

la protección de las víctimas —el MJSP y el resto de instituciones que conforman la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia— han omitido cumplir el mandato que les atribuye la Ley Orgánica de la referida comisión y la LEPVT de diseñar políticas especiales y reforzadas para la protección de las víctimas, particularmente las de desplazamiento forzado, a la luz del contexto actual de violencia al que se ha hecho referencia.

Es preciso reconocer los esfuerzos que dichas instituciones han desarrollado para fortalecer sus ámbitos de acción: convenios institucionales para proporcionar alimento y medios de trabajo a las víctimas que permanecen en los albergues; medidas de protección ordinarias, extraordinarias y de asistencia a un alto porcentaje de víctimas que colaboran con la investigación del delito; capacitaciones y revisión de la legislación penal y procesal penal, entre otros. Sin embargo, aquellas manifestaron en sus informes que uno de los impedimentos para ampliar el programa de protección de víctimas y testigos es la insuficiencia del presupuesto que se les asigna anualmente.

...

iii. En lo que atañe a la política de seguridad a cargo del MJSP, si bien dicha institución es la encargada de implementar el Plan El Salvador Seguro, en cuyo eje n° 4 se describen las líneas generales de la protección a víctimas, es renuente a incluir en la categoría de “víctimas” a los desplazados internos. La referida institución, en su informe sobre “movilidad humana”, dictamina un porcentaje mínimo de personas desplazadas por la violencia que el fenómeno de desplazamiento forzado, distinto al que señalan otras instituciones como la PDDH y la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos de Naciones Unidas.

Si bien el MJSP ha elaborado un anteproyecto de Ley Especial para la Atención, Protección y Reparación Integral a Víctimas del Delito y Violencia, cuyo objeto es más amplio que el de la LEPVT y define a la víctima con una perspectiva amplia, tampoco contiene un enfoque integral de las víctimas de desplazamiento forzado ni ha sido presentado aún a la Asamblea Legislativa para su discusión.

E. Con base en lo expuesto, se concluye que *el incumplimiento de las atribuciones antes descritas por la Asamblea Legislativa, por el MJSP, por la Comisión Coordinadora y por la titular de la UTE del Sector de Justicia, motivado por la falta de reconocimiento del fenómeno del desplazamiento forzado y de las dimensiones de la violencia que afecta a los territorios controlados por las pandillas, vulnera a las víctimas de este fenómeno —entre las cuales se encuentran los demandantes— los derechos a la protección en la conservación jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos, a la seguridad material, a la protección de la familia, a las libertades de circulación y de residencia y a la propiedad. Por consiguiente,*

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

es procedente declarar que ha lugar el amparo requerido por los pretensores en contra de las autoridades antes mencionadas.

VII. Determinadas las transgresiones constitucionales derivadas, por una parte, de la falta de investigación de los hechos denunciados por los peticionarios ante autoridades policiales y, por otra parte, de las omisiones de la Asamblea Legislativa, del MJSP, de la Comisión Coordinadora y de la UTE del Sector de Justicia de revisar y actualizar la normativa sobre víctimas y diseñar e implementar políticas para la protección y la atención humanitaria de los desplazados, corresponde establecer el efecto de esta decisión.

1. El art. 35 inc. 1º de la L.Pr.Cn. establece que el efecto material de la sentencia de amparo consiste en ordenarle a la autoridad demandada que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional. Pero, cuando dicho efecto ya no sea posible, la sentencia de amparo será meramente *declarativa*, quedándole expedita al amparado la promoción de un proceso en contra del funcionario personalmente responsable.

En efecto, de acuerdo con el art. 245 de la Cn., los funcionarios públicos que, como consecuencia de una actuación u omisión dolosa o culposa, hayan vulnerado derechos constitucionales deberán responder, con su patrimonio y de manera personal, de los daños materiales y/o morales ocasionados. En todo caso, en la Sentencia de 15-II-2013, Amp. 51-2011, se aclaró que, aun cuando en una sentencia estimatoria el efecto material sea posible, el amparo siempre tendrá expedita la incoación del respectivo proceso de daños en contra del funcionario personalmente responsable, en aplicación directa del art. 245 de la Cn.

2. A. En el presente caso, en cuanto a la vulneración de los derechos a la protección en la defensa jurisdiccional y no jurisdiccional, el efecto reparador se concretará en *ordenar al Director de la PNC y al titular de la FGR, como máximas autoridades de esas instituciones, que realicen investigaciones exhaustivas, diligentes y concluyentes, con el fin de esclarecer los delitos de los cuales supuestamente fueron víctimas los peticionarios cuando residían en el municipio de Delgado y en el municipio de Berlín. Si determinan que existen suficientes indicios sobre los delitos que señalan los actores, deberán ejercer de inmediato la acción penal, a fin de que oportunamente se realice un juicio inmediato, independiente e imparcial en el que se sancione a los autores intelectuales y materiales de los mismos.*

B. a. No se debe perder de vista que los desplazamientos forzados de población provocados por la coacción de las pandillas ocasionan el desarraigo de contingentes de personas y, por consiguiente, la imposibilidad de que estas puedan vivir en paz, en libertad y con seguridad en sus lugares de residencia. Resulta claro que estos hechos socavan la función del Estado de garantizar la libertad de residencia, la seguridad material y la convivencia pacífica de la

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

población asentada en su territorio y que existen agrupaciones delictivas que ejercen coacciones ilegítimas a una escala masiva que erosiona de igual forma el monopolio de la violencia física ejercido por el Estado.

Estos desplazamientos internos se llevan a cabo en espacios urbanos y rurales controlados por las pandillas, en los que no se advierte la presencia del Estado. No solo cabe destacar la ausencia de la fuerza pública en dichos territorios, sino también la de las instituciones públicas encargadas de ejecutar las políticas sociales que podrían coadyuvar a reconstituir los tejidos sociales desgarrados por la violencia. El vacío que en los territorios controlados por las pandillas ha dejado la deficiente presencia de las diversas instituciones del Estado ha sido ocupado por las agrupaciones delictivas que, con estos desplazamientos, confirman que la ausencia de poderes públicos da lugar a que los más fuertes impongan su voluntad a los más débiles.

b. En el presente proceso se comprobó que los demandantes forman parte de un colectivo de personas que, ante la nula o deficiente protección por parte de las autoridades públicas, se vieron forzadas a desplazarse a causa de la violencia sistemática generada principalmente por las pandillas. Por ello, se estimó la pretensión planteada por aquellos en relación con la vulneración de sus derechos fundamentales a la protección en la conservación jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos, a la seguridad material, a la protección de la familia, a las libertades de circulación y de residencia, y a la propiedad.

Las omisiones de las autoridades competentes de adecuar el ordenamiento jurídico al contexto descrito en este pronunciamiento y de diseñar la política de seguridad y protocolos de actuación para la protección de las víctimas de la violencia coadyuvaron a que su situación de indefensión y de vulnerabilidad se prolongara en el tiempo y a que sus derechos continuaran siendo transgredidos por grupos criminales que *de facto* controlan el territorio de sus comunidades.

Estas omisiones derivaron de la persistencia de las autoridades del Estado con competencia en materia de seguridad pública en minimizar el fenómeno de desplazamiento forzado, del no reconocimiento de los desplazados como víctimas de una situación de violencia sistemática y estructural y de la denegatoria a estos sujetos de sus derechos a una protección reforzada y a la asistencia humanitaria necesaria para disfrutar de condiciones de vida mínimas para una existencia digna. Lo anterior afecta a la totalidad de personas desplazadas por el fenómeno de la violencia.

Ello habilita a este Tribunal, como guardián de la Constitución, a emitir un pronunciamiento que trascienda el efecto *inter partes* con el objeto de remediar una situación generalizada que afecta de manera directa los derechos fundamentales.

C. En consecuencia, es procedente ordenar a la Asamblea Legislativa, al titular del MJSP, a la Comisión Coordinadora y a la titular de la UTE que, conjuntamente con los demás órganos y entidades del Estado, cumplan con las

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

siguientes obligaciones: *(i) reconocer a las personas referidas la calidad de víctimas de dicho fenómeno y de sujetos de derechos y categorizarlos normativamente, para lo cual es necesaria la revisión de la legislación especial orientada a la protección de víctimas y testigos; (ii) diseñar e implementar políticas públicas y protocolos de actuación orientados a prevenir el desplazamiento forzado de los habitantes del país, por lo que es urgente que se adopten medidas para recobrar el control territorial de las zonas dominadas por las pandillas y evitar futuros desplazamientos y la continuidad de las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales; y (iii) brindar medidas de protección a quienes ya tienen de hecho la condición de desplazados y, además, garantizarles la posibilidad de retorno a sus residencias.*

D. Las anteriores medidas de protección requieren de una optimización de los recursos por parte de las dependencias del Estado que participan en el proceso de prevención y atención del fenómeno de violencia. La presencia del Estado, orientado a la realización de la persona humana y sus fines, y la recuperación del control territorial en las comunidades afectadas por la criminalidad organizada deben ir acompañadas de medidas de prevención y control de dicho fenómeno. Además, se debe fortalecer a las instituciones encargadas de la seguridad pública y de la investigación del delito. *Estas medidas deben ser ejecutadas con carácter urgente debido a la situación de riesgo en la que se encuentran las víctimas de la violencia y de desplazamiento forzado.*

Por ello, debe ordenarse también al Presidente de la República que: *(i) coordine con los titulares de las distintas dependencias que integran el Órgano Ejecutivo (justicia y seguridad pública, PNC, educación, salud, hacienda e inclusión social, entre otras) la realización de las acciones necesarias para prevenir y controlar el fenómeno de la violencia, mediante, por un lado, la formulación y ejecución de las políticas sociales que eviten la marginación de sectores vulnerables en la sociedad y, por otro, la implementación de acciones orientadas a recobrar progresivamente y de forma permanente los territorios bajo control de las pandillas; y (ii) incluya la atención a las víctimas de desplazamiento forzado por la violencia como una prioridad en la elaboración del presupuesto general del Estado.*

E. Para garantizar a las víctimas de la violencia y del desplazamiento forzado una reparación progresiva de las afectaciones causadas a sus derechos es indispensable reconocer que en El Salvador existe un fenómeno de desplazamiento forzado de personas que tiene origen en el contexto de violencia e inseguridad que afecta gravemente a colectivos vulnerables de distintas zonas geográficas del país controladas por las pandillas y en las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, entre otros, causadas por la criminalidad organizada, principalmente por los referidos grupos delictivos; por lo que así se hará constar en el fallo de esta sentencia.

Esta Sala dará seguimiento al cumplimiento de la presente sentencia por medio de informes periódicos y audiencias, entre otros.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

3. Finalmente, en atención a los arts. 245 de la Cn. y 35 inc. 1° de la L.Pr. Cn., *los actores de estos procesos tienen expedida la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales resultantes de las vulneraciones de derechos constitucionales declarada en esta sentencia directamente en contra de las personas responsables de estas.*

POR TANTO: con base en las razones expuestas y lo prescrito en los arts. 2, 5, 32 y 245 de la Cn., así como en los arts. 31 n° 3, 32, 33, 34 y 35 de la L.Pr. Cn., a nombre de la República, esta Sala FALLA: (a) *Declárase que en El Salvador existe un fenómeno de desplazamiento forzado de personas que tiene origen en el contexto de violencia e inseguridad que afecta gravemente a colectivos vulnerables de distintas zonas geográficas del país controladas por las pandillas y en las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, entre otros, causadas por la criminalidad organizada, principalmente por los referidos grupos delictivos, lo cual constituye un estado de cosas inconstitucionales;* (b) *Sobreséese en el presente amparo a la jefa de la Unidad de Vida de la Oficina Fiscal de Mejicanos, por la falta de legitimación pasiva en relación con la vulneración constitucional que le fue atribuida por los peticionarios; no obstante, el titular de la FGR deberá deducir las responsabilidades administrativas derivadas de la falta de diligencia y, en caso de ser posible, promover la vía de reparación de los derechos fundamentales de las víctimas;* (c) *Declárase que ha lugar el amparo solicitado por los Demandantes 1, 2, 3, 4, 5 y 6 contra el jefe de la División Central de Investigaciones, el jefe de la División Antiextorsiones, el jefe de la Subdelegación de Berlín, departamento de Usulután, todos ellos de la PNC, por la vulneración de sus derechos a la protección en la defensa jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos, a la seguridad material, a la protección familiar, a las libertades de circulación y de residencia, y a la propiedad;* (d) *Declárase que ha lugar el amparo solicitado por los referidos demandantes en contra de la Asamblea Legislativa, el Ministro de Justicia y Seguridad Pública, la Comisión Coordinadora y la directora de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia por la vulneración de sus derechos a la protección en la conservación jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos, a la seguridad material, a la protección familiar, a las libertades de circulación y de residencia, y a la propiedad;* (e) *Ordénase al Director de la PNC y al titular de la FGR, como máximas autoridades de esas instituciones, que realicende manera inmediata investigaciones exhaustivas, diligentes y concluyentes, con el fin de esclarecer los delitos de los cuales supuestamente fueron víctimas los peticionarios cuando residían en los municipios de Delgado y de Berlín;* (f) *Ordénase a la Asamblea Legislativa, al Ministro de Justicia y Seguridad Pública, a la Comisión Coordinadora y a la titular de la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia que en el plazo de seis meses cumplan con lo siguiente: (i) reconocer a las víctimas de la violencia y del desplazamiento forzado dicha calidad, como sujetos*

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

de derechos, y categorizarlos normativamente, para lo cual se deberá revisar y emitir la legislación especial orientada a la protección de víctimas y testigos; (ii) diseñar e implementar políticas públicas y protocolos de actuación orientados a prevenir el desplazamiento forzado de los habitantes del país, por lo que deberán promover y adoptar —en el marco de sus competencias— medidas para recobrar el control territorial de las zonas dominadas por las pandillas y evitar futuros desplazamientos y la continuidad de las afectaciones sistemáticas a derechos fundamentales; (iii) brindar medidas de protección a quienes ya tienen *de facto* la condición de desplazados y, además, garantizarles la posibilidad de retorno a sus residencias; y (iv) celebrar los convenios de cooperación a nivel nacional e internacional para asegurar la protección de víctimas y testigos. El anterior tratamiento deberá otorgarse independientemente si los casos están judicializados; (g) *Ordénase al Presidente de la República* que dé cumplimiento a lo siguiente: (i) *coordine con los titulares de las distintas dependencias que integran el Órgano Ejecutivo (justicia y seguridad pública, PNC, educación, salud, hacienda e inclusión social, entre otras) la realización de las acciones necesarias para prevenir y controlar el fenómeno de la violencia, mediante, por un lado, la formulación y ejecución de las políticas sociales que eviten la marginación de sectores vulnerables en la sociedad y, por otro, la implementación de acciones orientadas a recobrar progresivamente y de forma permanente los territorios bajo control de las pandillas; y (ii) incluya la atención a las víctimas de desplazamiento forzado por la violencia como una prioridad en la elaboración del presupuesto general del Estado; (h) Queda expedita a los Demandantes 1, 2, 3, 4, 5 y 6 la promoción de un proceso por los daños materiales y/o morales que les han sido ocasionados, directamente en contra de las personas responsables de las vulneraciones constitucionales constatadas en esta sentencia; (i) *Extiéndanse* a los abogados Sergio Ernesto Chicas Mejía, como apoderado de la Asamblea Legislativa, María Cristina Martínez y Carlos Alfredo Valiente, como apoderados de la PNC, y German Oliverio Rivera Hernández, como apoderado de la Comisión Coordinadora y de la UTE del Sector de Justicia las copias de los documentos y medios de almacenamiento requeridos, a costa de los peticionarios, quienes deberán guardar la debida confidencialidad sobre su contenido, en virtud de la reserva ordenada en este proceso; y (j) *Notifíquese*.*

EL DERECHO A LA VERDAD Y EL COMBATE A LA IMPUNIDAD COMO LÍMITE A LA CONCESIÓN DEL DERECHO DE GRACIA

Sinopsis: La Sala Penal Nacional de Perú, el día 9 de febrero de 2018, hizo lugar al pedido por la parte civil referente a la no aplicación del Derecho de Gracia otorgado al condenado Alberto Fujimori Fujimori mediante Resolución Suprema 281-2017 JUS, de 24 de diciembre de 2017, en tanto que su defensa solicitó al Tribunal declarar la extinción de la acción penal por efecto de la misma resolución. La Sala Penal Nacional de Perú resolvió declarar carente de efectos jurídicos la resolución referida, por lo que no se concedió el derecho de gracia por razones humanitarias al señor Alberto Fujimori Fujimori y, consecuentemente, se desechó la pretensión de la defensa.

Para sustentar su decisión, la Sala desarrolló la cuestión del derecho de gracia desde dos aspectos: el primero relacionado con los límites formales de este derecho y el segundo relacionado con los requisitos materiales para su configuración. En ese sentido, la Sala señaló que la facultad de otorgar la gracia es de carácter público y discrecional, limitada por el artículo 120 de la Constitución de Perú que prevé las siguientes condiciones: i) que se trate de procesados, no de condenados; ii) que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria, y iii) que cuente con refrendo ministerial.

La Sala consideró que en el caso concreto no se cumplía la primera condición, pues a la luz del principio de unidad de la Constitución, el derecho de gracia sólo puede justificarse cuando se trata de procesados que se encuentran en la cárcel sin una condena y en situaciones inhumanas que atenten contra su dignidad. De igual manera, la Sala evidenció que no se cumplía la segunda condición, debido a que la instrucción se había llevado a cabo dentro de los plazos y límites legales.

Por otra parte, la Sala realizó un control de constitucionalidad y determinó que el derecho de gracia concedido a Fujimori vulneró el debido proceso por las razones anteriormente mencionadas y en especial el derecho a la motivación, ya que no se justificó la necesidad imperante de dicho privilegio.

En ese sentido, la Sala tomó en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana para fijar los límites materiales del derecho de gracia. Por un lado, la

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

Sala utilizó los estándares del *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs Perú*, los cuales establecen que el derecho a la verdad tiene una naturaleza amplia cuya vulneración puede afectar otros derechos, por lo tanto, la nación tiene el derecho a conocer la verdad sobre los hechos relacionados con la violencia estatal y no estatal.

Adicionalmente, la Sala reconoció que era deber del Estado peruano erradicar la impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos, eliminando los obstáculos legales y *de facto* que obstaculizaran el inicio o seguimiento de un proceso judicial. Por lo tanto, el haber concedido el derecho de gracia sin haber cumplido con los límites y condiciones constitucionales, constituyó un obstáculo que daba origen a la impunidad.

Asimismo, la Sala estableció que, de conformidad con lo señalado por la Corte Interamericana en el *Caso Durand y Ugarte vs Perú*, el Estado tiene el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de derechos humanos, reparar a las víctimas, e impedir la impunidad. De igual forma, siguiendo la línea jurisprudencial del *Caso Barrios Altos vs. Perú* y el *Caso La Cantuta vs. Perú*, la Sala señaló que son inadmisibles las disposiciones de amnistía o exclusión de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

En consecuencia, la Sala reconoció que mantener el derecho de gracia en el caso concreto era una medida regresiva injustificada, por lo tanto, declaró carente de efectos jurídicos para el presente caso la Resolución Suprema No. 281-2007-JUS que concedía dicho derecho por razones humanitarias a Alberto Fujimori Fujimori.

SALA PENAL NACIONAL

PERÚ

INCIDENTE

EXPEDIENTE N°00649 – 2011 -0 – 5001 – JR –PE-03

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2018

AUTOS Y VISTOS.- Interviniendo como ponente la señora Juez Superior Miluska Giovanna Cano López; es materia de pronunciamiento la incidencia originada en razón a los pedidos formulados por la Parte Civil consistente en la solicitud de no aplicación al presente caso del Derecho de Gracia otorgado al procesado Alberto Fujimori Fujimori mediante Resolución Suprema N°. 281-2017 JUS de fecha 24 de Diciembre de 2017; y por otro lado, el pedido de la defensa del mencionado procesado, que solicita al Tribunal declare la extinción de la acción penal por efecto de la misma resolución y en consecuencia se disponga el archivamiento de la presente causa en lo que respecta a su patrocinado; oídos los informes orales de la partes solicitantes quienes hicieron uso del derecho de contradicción, así como teniéndose presente lo alegado en el acto de la Vista de la Causa por el Señor Representante de la Procuraduría Pública Ad hoc del Estado y por el Señor Representante del Ministerio Público, quienes bajo los principios que inspiran el debido proceso han hecho uso de la palabra presentando oportunamente los fundamentos que corresponden a cada parte; Y

CONSIDERANDO:

Primero: antecedentes procesales:

1.1. En mérito a la Denuncia Penal N° 10-20101 se inició proceso judicial el cinco de junio de 2012 dictándose Auto de Procesamiento² comprendiéndose a Vladimiro Montesinos Torres y otros, por Delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud – Homicidio Calificado – Asesinato, en agravio de Jhon Gil-

² ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

ber Calderón Ríos, César Olímpio Rodríguez Esquivel, Toribio Joaquín Ortíz Aponte, Pedro Damián Agüero Rivera, Nieves Ernesto Arias Velásquez y Felandro Castillo Manrique, asimismo *el aquo* dispuso reservar provisionalmente la fecha y hora de la declaración instructiva, señalamiento de bienes libres, y actuaciones procesales en cuanto a los imputados Alberto Fujimori Fujimori y Wilmer Yarlequé Ordinola, hasta las resultas del requerimiento de ampliación de extradición activa a solicitarse a las autoridades competentes de la República de Chile y de los Estados Unidos de América respectivamente.

1.2. Por resolución de fecha 17/12/2012³ el Señor Juez del Tercer Juzgado Penal Nacional declaró COMPLEJA LA CAUSA PENAL, en atención al número de procesados, cantidad de medios de pruebas por actuar y las gestiones de carácter procesal a tramitar fuera del país; entre estas la formulación del pedido de extradición contra los imputados Alberto Fujimori Fujimori y Wilmer Yarleque Ordinola.

1.3. Mediante auto de fecha veintitrés de setiembre del dos mil trece⁴, el Tercer Juzgado Penal Nacional aclara el auto de procesamiento de fecha 05 de junio del 2012 en el cual se abrió proceso penal contra Vladimiro Montesinos Torres y otros, como presuntos autores mediatos del Delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud en la modalidad de Homicidio Calificado – Asesinato, en agravio de Jhon Gilber Calderón Ríos y otros; señalándose que aun respondiendo los hechos imputados al tipo penal de Homicidio Calificado tipificado en el artículo 108° inciso 3) del Código Penal, por su especial naturaleza (los hechos se habrían ejecutado como parte de un plan sistemático preestablecido por autoridades políticas y militares oficiales) constituirían hechos de LESA HUMANIDAD.

1.4. Por Resolución N° 73 de fecha 16/01/2015⁵ emitida por el Colegiado “B” de la Sala Penal Nacional, se RESOLVIO ACUMULAR la causa penal N° 56-2013- 05001-SP-PE-01 (Caso la Cantuta), al proceso número 649-2011-5001-JR – PE-03 (Caso Pativilca-cabeza de proceso) y se remitan ambos procesos acumulados a la Fiscalía Superior Penal Nacional a fin de que formule dictamen único.

1.5. Por Dictamen Fiscal N° 81-2017-3° FSPN de fecha 03 de julio de 2017, la Tercera Fiscalía Superior Penal Nacional formula acusación⁶, (ambos casos acumulados en el presente proceso: conocidos como “Caso Caraqueño Pativilca” Expediente N° 649-2011 y “Caso la Cantuta” Expediente N° 56-2013), incriminando a los procesados ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI, VLADIMIRO MONTESINOS TORRES, JULIO ROLANDO SALAZAR MONROE, NICOLÁS

3 ...

4 ...

5 ...

6 ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

DE BARI HERMOZA RÍOS, JUAN NOLBERTO RIVERO LAZO y FEDERICO AUGUSTO NAVARRO PÉREZ (autores mediatos), así como a los procesados SANTIAGO ENRIQUE MARTÍN RIVAS, CARLOS ELISEO PICHILINGUE GUEVARA, JULIO CHUQUI AGUIRRE, JESÚS ANTONIO SOSA SAAVEDRA, WILMER YARLEQUE ORDINOLA, HAYDEE MAGDA TERRAZAS ARROYO, NELSÓN ROGELIO CARBAJAL GARCÍA, FERNANDO LECCA ESQUEN, CÉSAR HÉCTOR ALVARADO SALINAS, CARLOS LUIS CABALLERO ZEGARRA BALLÓN, JULIO CÉSAR SALAZAR CORREA, JUAN ORESTES EPIFANIO VARGAS OCHOCHOQUE, PEDRO MANUEL SANTILLAN GALDOS, GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE, JOSÉ CONCEPCIÓN ALARCÓN GONZALES, ÁNGEL ARTURO PINO DÍAZ y VÍCTOR MANUEL HINOJOZA SOPLA (Coautores), y de igual forma al procesado ALBERTO PINTO CÁRDENAS (cómplice primario) la comisión del Delito de Homicidio Calificado (Asesinato); en agravio de Jhon Gilber Calderón Ríos, César Olímpio Rodríguez Esquivel, Toribio Joaquín Ortíz Aponte, Pedro Damián Agüero Rivera, Nieves Ernesto Arias Velásquez y Felandro Castillo Manrique y en caso de los procesados VLADIMIRO MONTESINOS TORRES, NICOLÁS DE BARI HERMOZA RÍOS, JUAN NOLBERTO RIVERO LAZO y FEDERICO AUGUSTO NAVARRO PÉREZ (autores mediatos), así como los procesados SANTIAGO ENRIQUE MARTÍN RIVAS, CARLOS ELISEO PICHILINGUE GUEVARA, JESÚS ANTONIO SOSA SAAVEDRA, JULIO CHUQUI AGUIRRE, NELSON ROGELIO CARBAJAL GARCÍA y PEDRO MANUEL SANTILLÁN GALDÓS (coautores) y también de los procesados JOSÉ ADOLFO VELARDE ASTETE y LUIS AUGUSTO PÉREZ DOCUMET (cómplices primarios) se imputa, además, la comisión del DELITO CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUDHOMICIDIO CALIFICADO Y DELITO CONTRA LA HUMANIDAD - DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS, entre otros, en agravio de Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclito Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa.

Segundo: fundamentos de las partes

...

QUINTO: DE LA IMPUTACIÓN PENAL EN CONTRA DEL PROCESADO ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI EN EL CASO DENOMINADO "CARAQUEÑO" – "PATIVILCA":

En el presente caso se le imputa a Alberto Fujimori que en su calidad de primer mandatario del país reestructuró el Sistema de Defensa Nacional priorizando el rol del Sistema de Inteligencia, específicamente el Servicio de In-

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

teligencia Nacional -al amparo de las facultades legislativas sobre pacificación nacional (obtenidas mediante la Ley N° 25327 de fecha 17 de junio de 1991), expidiendo las nuevas leyes de Defensa Nacional y del Sistema de Inteligencia Nacional (Decreto Legislativo N° 743 y 746, respectivamente) con las cuales se colocaba al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN, organismo que proporcionaba al Presidente de la República la inteligencia requerida para el planteamiento de la Defensa Nacional) como la máxima autoridad dentro de Sistema de Inteligencia Nacional (SINA).

De esta forma se dio el marco normativo por medio del cual el Jefe del SIN podía utilizar el “*canal de inteligencia*” y así disponer a la DINTE la realización de “*Operaciones Especiales de Inteligencia*” (OEI) que tuvieran como propósito la eliminación de presuntos elementos terroristas. Siendo una de estas “*operaciones especiales de inteligencia*” la ejecutada por el Destacamento Colina el 29 de enero de 1992 en la Pampa San José y Caraqueño del distrito de Pativilca (Barranca), consistente en el asesinato de los pobladores Jhon Gilber Calderón Ríos, César Olimpio Rodríguez Esquivel, Toribio Joaquin Ortiz Aponte, Pedro Damián Agüero Rivera, Nieves Ernesto Ariás Velásquez y Felandro Castillo Manrique.

En el marco de incriminación según tesis fiscal, además se señala que Alberto Fujimori Fujimori estructuró y ejecutó una estrategia político militar paralela a la que pregonaba públicamente, cuyo objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio del aparato de poder organizado que formó, realizando una política de terror y de represión clandestina mediante la cual se llevó a cabo procedimientos paralelos e ilegales a la justicia peruana para enfrentar a quienes se consideraba vinculados a las organizaciones terroristas o eran sospechosos de ser militantes de estas⁸.

La calificación típica de las conductas atribuidas y el título de imputación en relación a la persona de Alberto Fujimori es como presunto autor mediato del delito Contra la Vida, El Cuerpo y La Salud- Homicidio Calificado-Asesinato, en agravio de Jhon Gilber Calderón Ríos y otras cinco personas, según lo prescrito en el artículo 108° inc. 3 del Código Penal de 1991; así como presunto autor del delito contra la Tranquilidad Pública – Delitos Contra la Paz Pública- Asociación Ilícita, en agravio del Estado Peruano, según lo prescrito en el artículo 317° del Código Penal de 1991, tipos penales vigentes en la fecha de los hechos.

Es importante resaltar que en su momento los delitos imputados a los denunciados, entre otros a la persona de Alberto Fujimori Fujimori, fueron considerados que se encontraban dentro de un contexto de Violación de De-

⁸ ...

rechos Humanos, en consecuencia se señaló que dichos delitos tenían naturaleza de imprescriptibles, reconociéndose la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano, en relación a las obligaciones del Perú en materia de derechos humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional.⁹

Sexto: analisis del petitorio

De la exposición y debate de los pedidos formulados tanto por la Parte Civil como por la Defensa del procesado Alberto Fujimori, se tiene que los puntos a dilucidar a fin de determinar si la Resolución Suprema que otorga Derecho de Gracia al justiciable surte o no efectos en el presente caso, están en relación con dos tipos de análisis: el primero relacionado a los límites formales del derecho de gracia y el segundo en relación a los límites o exigencias materiales para su configuración.

...

6.1.1. Las gracias presidenciales y el derecho de gracia en la Constitución de 1993:

Nuestra Carta Fundamental, en el artículo 118°, inciso 21, consagra la potestad del Presidente de la República para conceder indultos, derechos de gracia y conmutación de la pena, a la vez que establece algunas condiciones para su concesión.

Las gracias presidenciales en nuestro país constituyen una expresión de las potestades presidenciales, sin embargo se encuentran sujetas a diversas normas y criterios jurisprudenciales (tanto nacionales como internacionales), los mismos que son vinculantes y regulan su ejercicio.

De esta afirmación se derivan dos consecuencias: la primera, la concesión de toda gracia presidencial debe seguir el procedimiento previamente establecido; la segunda, debe contar con una motivación válida y suficiente.

De acuerdo a nuestra Constitución y normas de desarrollo vigentes, existen en nuestro país cuatro tipos de gracias presidenciales: 1.-El indulto común, entendido como el perdón de la pena a los sentenciados por delitos que no cuenten con impedimento legal; 2.- el derecho de gracia, dirigido a los privados de libertad no sentenciados con grave exceso de carcelería; 3.-La conmutación de la pena, en virtud de la cual se reduce el monto de la condena

⁹ ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

impuesta; 4.-Las gracias fundadas en razones humanitarias, que constituyen el tema central bajo análisis .

La facultad de otorgar estas gracias presidenciales sin embargo, no sería nunca más concebida con carácter privativo, como en sus orígenes, sino que en la actualidad se trata de una facultad de carácter público y discrecional, que se encuentra limitada e informada por la Constitución Política, tal como se desprende de la lectura de su artículo 45º, en el cual se obliga a todos los órganos del Estado a actuar de conformidad con el orden legal y constitucional.¹⁸

6.2. *Análisis de los límites formales del derecho de gracia:*

El derecho de gracia a procesados, específicamente como una de las modalidades o formas de gracia presidencial, conforme hemos definido, se encuentra contemplada en el artículo 118º inciso 21 de la Constitución, que prescribe lo siguiente: “Corresponde al Presidente de la República (...) ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

Por tanto estando al tenor de la norma constitucional, los requisitos exigidos de manera expresa- límites formales- son los siguientes: 1) Que se trate de procesados, no de condenados; 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; 3) que cuente con refrendo ministerial (artículo 120º de la Constitución). En el presente caso consideramos que el primer y segundo punto son los que generan controversia jurídica por las razones que se exponen a continuación.

6.2.1. *Valoración del primer requisito formal: que se trate de procesados (reos libres o reos en cárcel):*

Como se puede advertir la norma no distingue entre procesados reos en cárcel o reos libres, refiriéndose en términos generales a quienes se encuentren como procesados.

Uno de los temas que fueron planteados en el debate, fue el hecho que el procesado Alberto Fujimori no se encuentra en la presente causa con mandato de detención o lo que es lo mismo (en virtud de la vigencia de las medidas restrictivas personales del Código Procesal Penal del 2004), no tiene mandato jurisdiccional de prisión preventiva.

¹⁸ ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

Por lo que el primer tema en definir es si la norma constitucional y las demás normas que la desarrollan, se refieren a todos los procesados o solo a reos o procesados en cárcel.

...

...si bien expresamente el artículo 118 inc. 21 de la Carta Fundamental no contempla la exigencia de que la persona beneficiada con el derecho de gracia sea un procesado en cárcel, dicho articulado no debe interpretarse de manera taxativa o aislada, pues, en la Constitución como veremos más adelante se establecen otros principios y derechos que exigen que la concreción de la facultad presidencial de otorgar el derecho de Gracia, se dé armónicamente con estos, de lo que resulta que se otorgue de manera excepcional.

Es por ello que entendemos que el carácter excepcional del derecho de gracia presidencial solo puede encontrar justificación en la medida que se trate de procesados en cárcel sin condena en situaciones inhumanas que atenten contra su dignidad y ante lo cual la administración de justicia no ha demostrado eficiencia, circunstancias que deben evaluarse teniendo en cuenta la gravedad del hecho (delito), a fin de no afectar otros valores o bienes de la sociedad.

...

Queda claro para el Colegiado que el procesado Fujimori se encuentra con comparecencia simple, en la presente causa, esa era su situación jurídica al momento de emitirse la Resolución Suprema en cuestión y esa es actualmente su condición, por lo que si bien se encuentra sometido al presente proceso, no viene sufriendo restricciones a su libertad derivadas del mismo, asimismo las alegadas restricciones que señala la defensa por efecto de su obligación a comparecer ante el juez o Sala correspondiente, debieron ser analizadas al momento de la dación del derecho de Gracia por parte del Poder Ejecutivo, por otro lado, existen mecanismos legales procesales, que regulan el caso de una persona sujeta a un proceso penal, que se encuentra padeciendo de una enfermedad, tal es el caso de los artículos 267° y 268° del Código de Procedimientos Penales, situación que también se encuentra prevista en el Código Procesal Penal de 2004, en el inciso 2 del artículo 368°, se señala que cuando por razones de enfermedad sea imposible la concurrencia del encausado a la sala de audiencia, el juzgamiento podrá realizarse en todo o en parte en el lugar donde este se encuentre, siempre que su estado de salud y las condiciones lo permitan. Es decir, a través del proceso judicial, la situación especial de enfermedad puede ser atendida satisfactoriamente, sin afectar otros bienes jurídicos o derechos fundamentales.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

6.2.2. *Valoración del segundo requisito formal: que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria*

La Constitución en su artículo 118° inciso 21 no establece un plazo específico o un tiempo determinado de duración del proceso o de la instrucción, sino que señala un margen temporal que de ser superado, habilita la concesión del derecho de gracia, plazo que debe ser analizado y verificado en cada caso concreto.

Para determinar específicamente dicho plazo por tanto, debemos remitirnos a la estructura del proceso penal, y a los plazos que establece la normatividad procesal penal, así tenemos que de conformidad con el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales, existen dos etapas del proceso penal : a) la instrucción o el periodo de investigación judicial; y b) el juicio. Mientras que en el nuevo Código Procesal Penal se establece: a) la investigación preparatoria, y b) el juzgamiento.

...

El procesado Alberto Fujimori Fujimori, se encontraba recluido en el centro Penitenciario Barbadillo, pero no por mandato expreso de alguna disposición jurisdiccional de la presente causa, sino, en virtud de haber sido procesado y condenado en los casos Barrios Altos- La Cantuta,, el secuestro del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Dyer, y por casos de corrupción (usurpación de funciones, peculado, “Diarios Chicha”). Es decir, la privación de libertad que padecía no tenía relación alguna con el presente proceso, como ya se ha señalado.

...

De lo cual se puede colegir que otorgada la ampliación de extradición recién el 5 de junio de 2017 por la Corte Suprema de Justicia de Chile al acceder a la petición de ampliación de extradición solicitada por el Gobierno del Perú en relación a los delitos de Homicidio Calificado (asesinato) y Asociación Ilícita para Delinquir por el presente caso denominado Pativilca, es a partir de esa fecha que surgen los efectos jurídico procesales, pues si bien es cierto el proceso penal se inicia formalmente en sede nacional en junio del año 2012, la extradición concedida por otros hechos, no surtía efectos jurídicos con relación al ex presidente Alberto Fujimori pues se requería la previa autorización o ampliación por la Corte Suprema de Chile, de ahí que la Tercera Fiscalía Superior Penal Nacional presentara su acusación en contra de Alberto Fujimori por el caso Pativilca en julio de 2017, luego de la autorización de la justicia chilena. Es de apreciarse además que la demora en la tramitación de la causa y la apertura de instrucción formal contra Fujimori no surtió efectos jurídicos no por

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

incompetencia o dilación de los Tribunales peruanos sino exclusivamente porque fue el propio imputado que se sustrajo a la jurisdicción interna del Perú, acogién dose a la protección de la institución de la extradición.

De este modo, aún no se ha cumplido el plazo para el ejercicio del derecho de gracia que exige el artículo 118°, inciso 21 de la Constitución. Por tanto, consideramos que no se cumpliría uno de los requisitos formales indispensables para el ejercicio de tal derecho.

6.3. *Control de constitucionalidad:*

6.3.1. *Garantías del debido proceso en un estado constitucional y democrático de derecho:*

...

La Defensa del procesado Fujimori sostuvo sobre el particular que la Constitución Política del Estado en el artículo 118° apartado 21 otorga facultades discrecionales al Presidente de la República, y entre otros la posibilidad de indultar, otorgar derecho de gracia y de conmutar penas, y que esa facultad discrecional tiene que estar regida por una lógica de procedimiento sobre todo cuando se trata de gracias comunes, es decir; indulto común o gracia común, pero cuando se trata del indulto humanitario o gracia humanitaria, no rige tal lógica, pues lo que se relleva es el carácter humanitario de este derecho, por lo que siendo un acto discrecional y a la vez un acto político, no requiere de mayor motivación, sin embargo, tal argumento no es de recojo por el tribunal, en primer lugar por qué en un Estado Constitucional de Derecho no existen zonas aisladas de poder, que no puedan estar sujetas a control, tal como lo ha señalado el máximo intérprete de la Constitución, y en segundo lugar por que cuando la doctrina se refiere a “los actos políticos” o “actos de direccionalidad política” (*political questions*), hace alusión a aquellos actos en los cuales el Estado actúan en términos de oportunidad, o en palabras de la propia defensa del procesado Fujimori “en lo político se mide la conveniencia, no la justicia, en lo jurídico se mide lo justo no lo conveniente”, y estos actos de política pública o de administración de la hacienda pública son considerados por la doctrina como actos donde el Presidente tiene plena libertad para definir que materias debieran ser consideradas de interés público. De acuerdo con lo antes señalado, nos encontramos en un escenario donde si podría impugnarse en sede judicial aquellas acciones basadas en facultades que se encuentran taxativamente reguladas, lo cual impediría generar la posibilidad de un ejercicio ilimitado del poder por parte del Estado.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

En otros términos, se consagra la tesis de la inexistencia de zonas exentas de control constitucional, cual islas normativas ajenas a evaluación por parte de la Norma Fundamental, en los casos que se produzca cualquier tipo de acto que constituya una injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ya sea que lo haya emitido un funcionario público- así sea el de la más alta investidura- o un agente privado, sus actos siempre estarán sujetos a control constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha emitido reiterada jurisprudencia.²⁹

Adicionalmente, sobre el derecho de gracia a procesados, es importante destacar la jurisprudencia recaída en el Expediente N° 4053-2007, respecto a la Resolución Suprema N° 097-2006-JUS del 12 de junio de 2006, que concedió el derecho de gracia al procesado Alfredo Jalilie Awapara. En principio, el supremo intérprete de la Constitución, partiendo de la premisa de que la Constitución es una norma jurídica (esto es, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder-público o privado- y a la sociedad en su conjunto), sustenta que los actos de todos los poderes públicos y de los particulares están sujetos al control jurisdiccional, y, entre ellos, la potestad presidencial de conceder el derecho de gracia a procesados.

Sostiene que “no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impide ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales”. La gracia presidencial será materia de control jurisdiccional en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional. Considera que la resolución suprema que conceda la gracia presidencial debe estar debidamente motivada a efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado.

...

En lo concerniente al derecho de gracia, la doctrina señala que este no constituye un derecho, requiere el cumplimiento de una serie de requisitos para que, en caso de que el Poder Ejecutivo lo considere conveniente, sea otorgado³¹. Por ello, los magistrados integrantes de este Superior Colegiado suscribimos lo consolidado por el Tribunal Constitucional en el caso Jalilie Awapara, en el extremo que resalta la sujeción a límites formales y materiales³².

El Tribunal Constitucional ha sentado las bases en cuanto a la motivación que se debe cumplir respecto al perdón de una conducta cuando se trate de violaciones a un derecho fundamental –en este caso, se refirió respecto al indulto o conmutación, al señalar:

29 ...

31 ...

32 ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

“(...) mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón”³³.

6.3.1.1. Sobre la exigencia de motivación de un acto o resolución como garantía constitucional

El derecho a la motivación es una garantía constitucional que debe ser respetada en todo Estado Democrático y Constitucional de Derecho, consiste en dar certeza y seguridad a todo administrado de que las sentencias o disposiciones estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.³⁴

...

El Tribunal Constitucional en diferentes sentencias ha señalado que, “El Estado Constitucional de Derecho supone, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.”³⁷ Esto supone el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y el control constitucional que se debe realizar de todas las instituciones, incluso en la aplicación del derecho de gracia.

...

Finalmente, con todo lo antes desarrollado tenemos que, los actos o disposiciones que antes eran considerados como cuestiones políticas no justiciables vienen cediendo paulatinamente a las exigencias propias de limitación y racionalización del ejercicio del poder público; por tanto todo acto discrecional está sujeto a control constitucional.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho de motivación señalando que: *todo acto administrativo que provenga de una*

33 ...

34 ...

37 ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

potestad discrecional amparada en leyes resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión; de modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no solo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.³⁹

Por lo tanto, y en conformidad con lo manifestado por nuestro Supremo intérprete constitucional, el derecho a la motivación es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será contraria a la constitución inconstitucional.

...

Respecto a la alegación de la parte civil que la gracia presidencial no fue motivada, la defensa argumentó que la motivación de la resolución a efecto de especificar a qué expediente o proceso se aplicaba la misma, no correspondía porque existe un solo proceso en trámite, que es el presente, como en el caso del indulto que guarda relación con el cumplimiento de pena, por un solo caso que es el caso Barrios Altos y La Cantuta; señaló que el tema de la motivación no es un fin en sí mismo, como un derecho fundamental de carácter procesal siempre es instrumental, y es instrumental en función al derecho a la defensa, que en un proceso como este de indulto y gracia presidencial, la contraparte a la que debe garantizarse el derecho a la defensa es el favorecido, a menos que se sostenga que la víctima tiene un derecho de punir, y eso es imposible e inconstitucional, porque el único que tiene derecho de punir es el Estado, tiene derecho de castigar cuando se lesiona bienes jurídicos, pero también tiene derecho de perdonar cuando suceden supuestos específicos como en el presente caso, consistente en el hecho de correr riesgo o peligro la vida de una persona en las condiciones carcelarias en las cuales se encontraba, considerando su edad y el padecer de graves problemas de salud, que están debidamente justificados; sostuvo que además se debe considerar la información médica que sostiene que el señor Fujimori padece patologías y la más grave es la fibrilación auricular que podría llevarlo a una muerte súbita en muy poco tiempo si permanecía en el penal donde estaba internado.

³⁹ ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

En razón de estas alegaciones de las partes, es menester efectuar el análisis de la valoración o motivación que se desprende de la propia Resolución Suprema a saber:

En cuanto a la fecha, esta tiene como fecha de emisión 24 de diciembre de 2017, el mismo día del informe de la Comisión de Gracias Presidenciales (Expediente N° 00235-2017-JUS/CGP) con la recomendación de favorable, empero no se especifica las razones por las cuales la comisión propone la gracia presidencial.

En los considerandos normativos se señala el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; el inciso 1 del artículo 2° y el artículo 7° de la Constitución Política del Perú que consagran el derecho a la vida, a la integridad personal y a la protección de la salud, como derechos fundamentales de la persona humana; los incisos 8 y 21 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú facultan al Presidente de la República a dictar resoluciones, conceder indultos, conmutar penas y ejercer el derecho de gracia. De lo cual se aprecia que luego de hacer una enunciación, no fundamenta cuales serian las cuestiones de hecho que justifican la aplicación de cada dispositivo o norma, solo hace referencia a que es una potestad o facultad del Presidente, así señala: “Que, el indulto es la potestad del Presidente de la República para adoptar la renuncia al ejercicio del poder punitivo del Estado respecto de los condenados, pudiendo otorgarse por razones humanitarias”.

...

Si bien en la resolución se señala los padecimientos médicos que sufre el solicitante del derecho, así se indica que el Acta de junta Médica Penitenciaria, de fecha 17 de diciembre de 2017, ampliada con fecha 19 de diciembre de 2017 que como diagnóstico del interno se tiene: fibrilación auricular paroxística con riesgo moderado de tromboembolismo, hipertensión arterial crónica con crisis hipertensivas a repetición que han merecido atención de emergencia y evacuación, cardiopatía hipertensiva de grado leve – moderado, insuficiencia mitral, hipotiroidismo sub clínico, cáncer de lengua tipo carcinoma epidermoide medianamente invasivo intervenido quirúrgicamente hasta en seis oportunidades con riesgo de recidiva, trastorno depresivo en tratamiento farmacológico, hipertrofia benigna prostática grado II, insuficiencia periférica vascular y hernia lumbar de núcleo pulposo L2 – L3; por lo que, por el estado actual del paciente, dicha Junta Médica recomienda el indulto por razones humanitarias, sin embargo no se explica por lo menos meridianamente el tipo de enfermedades que padece el interno y su relación con las condiciones penitenciarias.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

Tampoco se hace mayor argumentación sobre qué elementos se tuvieron en consideración y cuales comprenderían en el caso en concreto cada uno de estos supuestos a saber:

1.- Padecer de una enfermedad no terminal grave (si bien señala cuál es, no señala porque se considera no terminal y porque es grave).

2.- Que se encuentre en etapa avanzada (dar razones justificativas porque se considera que se encuentra en dicha etapa), el porqué es considerada progresiva, cuales son los supuestos para considerarla degenerativa e incurable;

3.- Cuales son las condiciones carcelarias que puedan colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad y que estas estén en relación con el padecimiento de salud del interno. (Lo cual, sin embargo se esboza de manera muy somera).

...

Sin embargo nos llama poderosamente la atención que no se haya solicitado información a este órgano jurisdiccional acerca de la tramitación de la presente causa y de su estado, así como en la propia Resolución Suprema no se hace mención a qué tipo de delitos afectaría el derecho de gracia, y el porqué correspondería el corte de secuela del presente proceso pese a tratarse de delitos que fueron considerados en su momento violaciones a los derechos humanos y de carácter imprescriptibles⁴⁰, así como tampoco se toma en cuenta que posteriormente los cargos de imputación fueron ampliados por el representante del Ministerio Público al sostener que se trataría de un crimen de Lesa Humanidad.

Tampoco se verifica del tenor de la Resolución, que se haya tenido en cuenta recomendaciones u opiniones de instituciones públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos humanos, teniéndose en cuenta que incluso la Defensoría del Pueblo emitió Informe señalando entre otros aspectos “que la participación de las víctimas o sus familiares en el trámite de una gracia presidencial no implica siempre una frontal oposición a la concesión de la misma. En el presente caso han manifestado públicamente y en reuniones sostenidas, que por respeto a la dignidad humana no se opondrían a un indulto humanitario en cuyo proceso se haya demostrado fehacientemente que el beneficiado padece de graves enfermedades que se ven perjudicadas por su reclusión”⁴¹.

La defensa ha sostenido que la norma no exige la participación de la víctima o sus representantes, pues, ella no persigue la pena; sin embargo consideramos que desde los principios que inspiran la propia norma Constitucional,

40 ...

41 ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

habida cuenta de la importancia y naturaleza de un proceso penal que versa sobre delitos que constituyen violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, y en atención incluso a la norma reglamentaria que desarrolla el derecho de las gracias presidenciales, se debió tener en cuenta a las instituciones u organismos que defienden los derechos humanos en nuestro país y en especial a las que representan a las víctimas del caso.

...

Consideramos por tanto que a fin de cumplir con el estándar de motivación exigido en el otorgamiento de Derecho de gracia, se debe consignar el proceso penal en el que se aplica, pues ello va en relación directa con los requisitos formales exigidos en la norma constitucional, esto es si es procesado, si se encuentra en cárcel, y si ha excedido el plazo en el proceso específico para su concesión, si no se motiva de que proceso se trata, no se estaría cumpliendo con el estándar mínimo de motivación, y ello no solo en relación a cuando empezó el proceso, sino en cuanto a la duración del mismo, lo que guarda relación con la motivación del plazo razonable del proceso, que no se puede medir en términos de plazos legales sino que existen parámetros de razonabilidad que se deben tomar en cuenta, situación que no se evidencia haberse meritado en la Resolución Suprema cuestionada.

El derecho al plazo razonable del proceso, es una manifestación implícita del derecho fundamental al debido proceso, así lo ha señalado el tribunal Constitucional es diversos pronunciamientos⁴², por lo cual además, es menester preguntarnos si constitucionalmente es suficiente para que la atribución del derecho de gracia pueda ser ejercida, que se verifique un plazo determinado, lo cual a juicio de este Tribunal consideramos que no, pues se debería dar razones que sostengan que se ha vulnerado el derecho al plazo razonable del proceso en el caso bajo análisis; debido a que dicho plazo está en relación al tipo de proceso penal, debiéndose evaluar factores tales como a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales, tal como lo ha señalado igualmente el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes 2047-2009-PHC/TC, fundamento 4; 3509- 2009-PHC/TC, fundamento 20; 5377-2009-PHC/TC, fundamento 6; entre otras; y porque, como todo derecho fundamental, carece de un contenido absoluto, encontrándose en permanente tensión con otros derechos fundamentales, tales como el derecho fundamental a la verdad y la tutela jurisdiccional efectiva, derechos que limitan materialmente el derecho de gracia, como analizaremos enseguida.

⁴² ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

Así en el caso que nos ocupa, se debió señalar las razones justificativas por la especial naturaleza de los delitos objeto de proceso penal, contra el solicitante, ello en atención- como veremos al efectuar el control de convencionalidad- a razón de las exigencias de estándares internacionales de protección de derechos humanos.

...

Por consiguiente, concluimos que la Resolución Suprema N°. 281-2017-JUS adolece de falta de motivación, debido a que la decisión de otorgar la gracia presidencial no sustenta con el estándar requerido los motivos razonables y suficientes por los cuales fue concedida, ni fundamenta el cumplimiento de las exigencias que la Constitución establece para su ejercicio.

6.3.2 *Análisis del cumplimiento de los límites materiales del derecho de gracia*

Del artículo 118° de la Constitución Política que reconoce la potestad presidencial de ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados, también se desprenden otras facultades entre ellas, una de primer orden, es la contenida precisamente en su inciso 1 que establece la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y los Tratados, leyes y demás disposiciones legales.

Es por esta obligación que las decisiones del Presidente de la República en el ejercicio de sus facultades, no deben contradecir otra norma que se encuentre igualmente determinada. En ese sentido, como ya hemos afirmado, uno de los principios de interpretación constitucional, es el llamado Principio de Unidad de Constitución que plantea la relación e interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución, lo que obliga a no aceptar en modo alguno la interpretación “insular” de una norma, sino que hace imperativa una actividad hermenéutica con el conjunto del texto.

...

Los límites materiales son también determinados en la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de gracia como facultad presidencial “en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139°, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44° de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales”.⁴⁶

⁴⁶ ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

De conformidad con el artículo 44° del texto constitucional, son deberes primordiales del Estado, entre otros, “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia”. Adicionalmente, ha señalado el máximo intérprete de la Constitución que el derecho de gracia, “en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado”⁴⁷

Es por esta razón, que la potestad que posee el presidente de la República de conceder el derecho de gracia a procesados guarda relación directa con la potestad del estado de perseguir y sancionar un ilícito penal, la que está vinculada no solo a los derechos de los procesados, sino también a otros deberes y principios, como es la tutela judicial efectiva, entre otros.

6.3.2.1. *El derecho a la verdad- naturaleza y elementos que la conforman*

El derecho a la verdad, si bien no es un derecho explícitamente reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993, sí se debe considerar como un derecho autónomo, pues se encuentra amparado en ella en virtud del artículo 3°, el cual es una cláusula abierta de derechos constitucionales y prescribe que: *“la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”*. Así, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente⁴⁸.

El derecho a la verdad, es entendido como una obligación estatal y como un derecho y garantía de las víctimas y sus familiares, por lo que frente a supuestos en los que la ley impida la condena o el inicio de procesos a los responsables de violaciones de derechos humanos, estos derechos se mantienen.

47 ...

48 ...

49 ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

Esto brinda al Derecho a la verdad autonomía respecto de derechos como el acceso a la justicia o tutela jurisdiccional efectiva⁴⁹.

El origen y desarrollo del derecho a la verdad partió de la reflexión de problemáticas determinadas: los estados de excepción, la reparación de víctimas, la impunidad, las violaciones masivas a los derechos humanos, entre otras. Así también, el punto de partida de su desarrollo se remonta a los casos de desapariciones forzadas de personas; sin embargo, como en el Caso Barrios Altos vs. Perú –el cual no trata sobre desaparición forzada- ya no solo se reconoce en dichos supuestos, sino de modo amplio⁵⁰.

Resulta importante comprender que el derecho a la verdad no es solamente un derecho derivado de las obligaciones internacionales que tiene el Perú respecto a los tratados que ha suscrito en materia de derechos humanos, sino también, en conformidad con el artículo 44° de la Constitución misma, el cual establece la obligación estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (Subrayado es nuestro)

Elementos del derecho a la verdad

Partiendo de la base de las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido este derecho por ejemplo en el expediente N° 2488-2002- HC/TC, caso Gerardo Villegas Namuche; en el Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú, la Corte sostuvo este criterio, en el fundamento jurídico 243, en los siguientes términos: *“toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones (...)”* (subrayado es nuestro)_

Con anterioridad, la Corte también señaló en el Caso Santa Bárbara vs. Perú⁵² que, *“si bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso. ... en el caso del Perú, el Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido que “el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso*

⁴⁹ ...

⁵⁰ Op. Cit. pp. 90 -91.

⁵² Sentencia del 1 De Septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Ver http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_299_esp.pdf.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

en [el] texto constitucional, es un derecho plenamente protegido [...]”. Asimismo, ha señalado que “[l]a Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. (...) El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable”.⁵³

Como se ha expuesto, entonces, el derecho a la verdad comprende una dimensión individual, concerniente a los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dejó claro en el caso Baldeón García vs. Perú, que este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer⁵⁴; y la dimensión colectiva, la cual es competencia de la sociedad.

...

Por ello, el Tribunal Constitucional al destacar la relevancia de este derecho sostuvo: “es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales”⁵⁵.

6.3.3. Derecho a la tutela judicial efectiva y su relación con la lucha contra la impunidad

El derecho a la verdad guarda estrecha relación con otros derechos fundamentales y en especial con la garantía derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho se encuentra expresamente reconocido en el artículo 139º inciso 3 de nuestra Constitución y “cobra especial relevancia ante casos de violaciones de los derechos humanos, dada su naturaleza de medio de protección de los derechos y de contradictor de la impunidad⁵⁶. Como ha enfatizado el Tribunal Constitucional, en virtud de este derecho corresponde al estado el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones de derechos humanos (como las ejecuciones extrajudiciales) y, si es necesario, se debe adoptar medidas para evitar la impunidad. Habiendo considerado que:

⁵³ Ver también Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El salvador, sentencia de 25 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf.

⁵⁴ Caso Baldeón García vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006 (fondo, reparaciones y costas), en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf.

⁵⁵ ...

⁵⁶ ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

“La aplicación de estas normas del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia”⁵⁷.

El Tribunal Constitucional también ha señalado que las graves violaciones de derechos humanos, como la ejecución extrajudicial, no deben quedar impunes. De este modo, este derecho implica para los Estados eliminar todos los obstáculos legales y de facto que impidan el inicio y/o seguimiento de procesos judiciales que tengan relación con graves violaciones de derechos humanos.

En el caso Más de 5,000 ciudadanos contra Congreso de la República, El Tribunal Constitucional estableció que el indulto no es aplicable a las personas que han sido condenadas por crímenes de lesa humanidad. El Tribunal afirmó que: “De hecho, existen ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de violación de la dignidad del ser humano, que, en abstracto, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita. Es así que la Corte Interamericana ha señalado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 41. El Tribunal Constitucional ha interpretado que esto excluye la posibilidad de adoptar tales medidas ante un acto que constituya un crimen de lesa humanidad.

...

Es en base a la verificación de la afectación de otros derechos que no han sido tomados en cuenta para la emisión de una disposición como la que es materia de análisis, que concluimos que en el presente caso, la aplicación de la gracia presidencial en los términos que fue otorgada, tiene directa vinculación a la afectación del derecho a la verdad y a la tutela judicial efectiva; la primera como hemos señalado tiene además una dimensión colectiva, en ese sentido, cabe recordar, que el país vivió una etapa de su historia republicana sumergido en una lucha generada por las organizaciones terroristas o subversivas que fue

57 ...

enfrentada por nuestras Fuerzas del orden, etapa en que se produjeron violaciones a los derechos humanos por parte de ambos grupos, lo cual fue denominado por la Comisión de La Verdad como “Conflicto Armado interno”, que surgió desde la década de los 80. Por lo que es principalmente en el sentido de esta dimensión colectiva que el estado debe asumir el compromiso de investigar y juzgar estos crímenes, así como evitar eximentes de responsabilidad, actuando todos los medios posibles para llegar a la verdad de los hechos, a fin de que este fenómeno nunca más se vuelva a repetir en nuestro país, en todo caso, de considerar en la ponderación de derechos, de mayor preeminencia el derecho a la libertad o a la no afectación de la integridad física y salud del procesado favorecido con el beneficio o derecho, frente al derecho a las víctimas y al de la sociedad en su conjunto, consideramos que debió fundamentar ello, en la resolución suprema cuestionada.

...

Septimo: control de constitucionalidad y control de convencionalidad

Una temática de especial relevancia lo constituye el debate sostenido por las partes en el sentido de si es o no posible que el juez ordinario, como en nuestro caso, se niegue a aplicar el derecho de gracia concedido por el Presidente de la República, o lo que es lo mismo en términos declarativos, señalar que no surte efectos jurídicos la disposición que lo otorga en un caso en concreto.

Al respecto, es importante señalar que la función jurisdiccional se ejerce como una potestad también de rango constitucional, así el artículo 138 de la Constitución establece: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma, de rango inferior”.

...

Dicho esto, resulta evidente, que por mandato constitucional un órgano jurisdiccional ordinario, como el que conformamos, en claro respeto a las normas y principios constitucionales puede y debe efectuar un control de Constitucionalidad de la norma o disposición emanada por otro poder público, cualquiera fuera su rango, así como un control de convencionalidad, esto es, verificar que sea acorde con los estándares internacionales y la normativa internacional, que forman parte de sistema jurídico al cual estamos obligados.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

El Tribunal Constitucional ha emitido algunas sentencias referidas a la facultad de control en sede jurisdiccional, cabe mencionar dos casos específicos, el primero relacionado al derecho de gracia a procesados, esto es el Exp. N° 4053-2007, cuya sentencia se pronunció respecto a la Resolución Suprema N°. 097-2006-JUS, del 12 de junio de 2006, que concedió el derecho de gracia al procesado Alfredo Jalilie Awapara, y en donde el supremo intérprete de la Constitución, fundamenta que los actos de todos los poderes públicos y de los particulares están sujetos al control jurisdiccional, y entre ellos, la potestad presidencial de conceder el derecho de gracia a procesados.

Así sostuvo: “no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impide ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales”. La gracia presidencial será materia de control jurisdiccional en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional”

El segundo caso que también es de relevar por este Colegiado, es la declaración de nulidad del indulto otorgado por razones humanitarias mediante la Resolución Suprema N° 285- 2009-JUS, mediante la cual se concedió indulto a José Enrique Crousillat López Torres por razones humanitarias. Sin embargo, aquel indulto fue dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 25 de enero de 2011 (Exp. N° 03660-2010- PHC/TC, Lima)⁵⁸; al erificarse que las autoridades encargadas de tramitar el pedido de indulto habían ocultado información sobre el real estado de salud del reo José Enrique Crousillat, se declaró entonces que el indulto adolecía de vicios, por lo que procedía su anulación.

...

Así, en base a los principios que forjan un verdadero Estado Democrático de Derecho y la independencia de los poderes del Estado, que el Tribunal Constitucional señaló que los órganos jurisdiccionales tienen tal facultad de control.

...

Todos estos parámetros los hemos desarrollado en los fundamentos anteriores, afirmándonos en las normas constitucionales y en lo establecido como doctrina jurisprudencial por su máximo intérprete, sin embargo, tal como ya hemos esbozado, debemos hacer un control adicional de cara a las obligaciones internacionales emanadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues el proceso penal, que está bajo nuestra competencia es uno cuya temática trata de violaciones a los derechos humanos, es por ello que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución

⁵⁸ ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

Política del Estado y Artículo 55⁶⁰, de la misma norma fundamental, procederemos a realizar el control de convencionalidad en sede nacional⁶¹, dicho control no es otra cosa, que ejercer la competencia que tiene un juez interno para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos 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.

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, como lo mencionan los juristas Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego: “El control de convencionalidad (...) es un principio que no está incluido en ninguno de los tratados que en materia de derechos humanos rige nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero es indudable que se desprende de él. En efecto, aceptar la competencia contencioso de la Corte, reconocer que esta tiene facultades jurisdiccionales, que emite sentencias que son obligatorias para los Estados que son parte del Sistema y que no obliguen o no se apliquen internamente, es un sinsentido.”⁶²

7.1 Rango jerárquico de los tratados de dd.Hh.

En el ordenamiento interno:

...

...al realizar una interpretación sistemática de las normas constitucionales, consideramos que es a través del artículo tercero y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Fundamental, que se produce la llamada “constitucionalización” de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, siendo por ende vinculantes para el estado peruano⁶⁵. Así también, señala la autora, pues no es solo el rango constitucional lo que determina la obligatoriedad de estos tratados, sino también, el principio de derecho internacional que establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, “*pacta sunt servanda*”⁶⁶. En el mismo sentido, el artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto al derecho interno y la observancia de los tratados, “*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)*”

⁶⁰ ...

⁶² ...

⁶⁶ ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

La aplicación de la normativa internacional y sobre todo la de los tratados y Convenciones del Derecho de los Derechos Humanos surgen a consecuencia del desarrollo del concepto de soberanía del estado. En el clásico concepto de la soberanía absoluta⁶⁷ “los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no injerencia, en el cual el estado soberano no podía admitir intromisiones, estaba excluida la posibilidad de un mandato sobre los estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran estos que someterse a un gobierno supranacional o incluso mundial”⁶⁸. El poder soberano era único e impenetrable: (integridad territorial, auto-organización interna y no intervención)⁶⁹.

...

El principio de progresividad de derechos humanos implica el gradual progreso para lograr su pleno cumplimiento, es decir, que para el cumplimiento de ciertos derechos se requiera la toma de medidas a corto, mediano y largo plazo, pero procediendo lo más expedita y eficazmente posible. (...). Este principio se relaciona de forma estrecha con la prohibición de retrocesos o marchas atrás injustificadas a los niveles de cumplimiento alcanzados, la “no regresividad” en la protección y garantía de derechos humanos⁷¹.

Esto nos recuerda que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el principio de progresividad del sistema, tal como afirma el profesor argentino Germán José Bidart Campos, determina que los derechos humanos están siempre en un proceso de constante evolución, desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, habiéndose ampliado paulatinamente en sus contenidos y garantías⁷².

El reconocimiento de este derecho, implica el respeto y garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, gran parte de ellos inderogables. “De este modo, los derechos humanos han permitido dar una nueva dimensión a los principios generales del derecho internacional, que han contribuido a la consolidación de las nociones de *ius cogens* y de obligaciones internacionales *erga omnes* en el derecho internacional contemporáneo”⁷³; obligaciones *erga omnes* que obligan a los Estados que ratifican los tratados que reconocen los derechos humanos. No obstante,” el consentimiento de los Estados no tiene un papel tan decisivo, ya que existen obligaciones que les vinculan jurídica-

⁶⁸ ...

⁶⁹ ...

⁷¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, pp. 11-12. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>.

⁷² <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>- visto el 08 de febrero de 2018.

⁷³ ...

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

mente al margen de su voluntad, e incluso contra su voluntad; porque existen principios y reglas de rango superior; de *ius cogens*, que por ello no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los Estados”⁷⁴.

En consecuencia los estados están sometidos (tanto a su Constitución, leyes, actos administrativos, sentencias judiciales, etc.) pero adicionalmente a un conjunto de normas supranacionales, siendo estas, las normas internacionales que reconocen los derechos humanos que se incorporan en el derecho interno de un estado.

Acerca de la cuestionada soberanía, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sostenido lo siguiente: “[...] la Corte debe recordar que el Perú suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, aceptó las obligaciones convencionales consagradas en esta relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir que el Perú, al igual que los demás Estados Parte en la Convención, aceptó esta precisamente en el ejercicio de su soberanía”⁷⁵.

“Una vez contraídas estas últimas [las obligaciones internacionales], los Estados ya no pueden invocar la soberanía -en todo caso inadecuada-, en su acepción absoluta, en el plano de las relaciones internacionales [...]”⁷⁶.

En conclusión, “[...] el derecho internacional ha penetrado progresivamente en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones entre el Estado y las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado”⁷⁷, por la ascendencia jerárquica de otros principios y valores, entre los cuales se hallan, la protección de los derechos humanos, el derecho de injerencia humanitaria, la persecución y castigo de los crímenes internacionales y el principio de la jurisdicción universal.

7.2. *La aplicación de la normativa internacional del derecho de los derechos humanos - aplicación de los parámetros y confrontación con la resolución suprema que otorga derecho de gracia*

En el Perú, al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, se sigue el sistema de recepción automática, pues únicamente se requiere de la aprobación legislativa, esto es la ratificación por el Congreso de la República

⁷⁴ ...

⁷⁵ Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros contra Perú”, sent., (excepciones preliminares), 4 septiembre 1998, párrafo 101.

⁷⁶ ...

⁷⁷ ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

de los Tratados. Esta primera distinción resulta fundamental, debido a la aplicación directa de las normas y obligaciones internacionales de los derechos humanos en el ámbito interno. Como bien lo ha señalado el profesor FIX-ZAMUDIO, al advertir que los tratados internacionales, constituyen normas internas de fuente internacional, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico⁷⁸.

Esto implica que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen eficacia directa en los territorios de los Estados miembros que los hayan adoptado. En este sentido, la Convención Americana constituye derecho interno para los Estados parte.

De igual manera, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana constituyen normas (individuales y generales) que derivan de la Convención Americana, de donde se desprende que gozan de la misma eficacia directa que se le atribuye a aquélla.

Con relación al Control de Convencionalidad y la prohibición de figuras excluyentes de responsabilidad que busquen impedir la persecución penal o el cumplimiento de una sentencia condenatoria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en su oportunidad en el marco de la sentencia emitida el 12 de septiembre de 2005 por el caso Soler Gutiérrez Vs. Colombia, en donde señala lo siguiente:

Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participan en casos de violaciones al derecho humanos⁷⁹. Por otra parte, el Estado deberá de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria⁸⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sendas resoluciones en los casos contenciosos sometidos a su jurisdicción, ha reiterado la obligación que tienen los Estados en cuanto a la lucha contra la impunidad. Así, en su primer pronunciamiento sobre el fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras del 29 de julio de 1988, la Corte sentó las bases de esta obligación al señalar que los Estados deben prevenir, investigar

⁷⁸ ...

⁷⁹ Cfr. Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 263; Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 51; y Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 113.

⁸⁰ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 9, párr. 206; Caso Huilca Tecse. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 108; y Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 7, párr. 172.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁸¹.

En este sentido, continuó desarrollando estas obligaciones al decir que: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”⁸².

Posteriormente, en el Caso Durand y Ugarte vs. Perú la Corte se pronunció de la misma manera al señalar la obligación del Estado de investigar los hechos que produjeron las violaciones⁸³. No obstante, sin desmerecer sus anteriores pronunciamientos, es en el Caso Barrios Altos vs. Perú en donde la Corte fija su criterio de razonamiento –el cual ha sido la línea de argumentación en sus sucesivos pronunciamientos tal como lo resalta el Juez A.A. Cañado Trindade⁸⁴- al declarar que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁵.

En adición a ello, el Juez Diego García Ramírez siguiendo esta misma línea, ha referido a que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores - así como de otros participantes

⁸¹ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), FJ. N.º 166. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

⁸² Ídem, FJ. N.º 174. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

⁸³ Caso Durand Y Ugarte Vs. Perú Sentencia de 16 de agosto de 2000 (Fondo).

⁸⁴ Voto razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf / Voto razonado del Juez A.A. Cañado Trindade, Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf.

⁸⁵ Caso Barrios Altos Vs. Perú sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). FJ. N.º 43 En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales. Es así que debe proveerse a la segura y eficaz sanción nacional e internacional de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del Derecho humanitario⁸⁶.

Como señalamos, este argumento ha sido reiterado en los casos posteriores, ejemplo de ello, la sentencia en el Caso Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile del 26 de setiembre de 2006⁸⁷; sentencia en el caso La Cantuta Vs. Perú del 29 de noviembre de 2006⁸⁸, sentencia en el Caso Gelman Vs. Uruguay del 24 de febrero de 2011⁸⁹, Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador del 31 de agosto de 2011⁹⁰; Caso Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador del 25 de octubre de 2012⁹¹; y, Tarazona Arrieta Y Otros Vs. Perú del 15 de octubre de 2014⁹². Por lo tanto –como se aprecia– es en el Caso Barrios Altos Vs. Perú en donde la Corte marca un hito en cuanto a las obligaciones estatales y la prohibición de excluyentes o eximentes de responsabilidad en los casos de violaciones a los derechos humanos.

Teniendo en consideración lo anteriormente dicho, debe enfatizarse que, como fue señalado por la Corte Interamericana en sus sentencias de los casos Barrios Altos y La Cantuta, “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas,

⁸⁶ Voto concurrente del Juez Diego García Ramírez. Fj. N° 13. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

⁸⁷ Ver fundamentos jurídicos N° 112 y 2 del voto razonado del Juez CANÇADO TRINDADE. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

⁸⁸ Ver fundamento 26 al 27 del Voto razonado del Juez A.A. CANÇADO TRINDADE, Caso La Cantuta Vs. Perú Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf.

⁸⁹ Ver fundamento jurídico N° 225. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

⁹⁰ Ver fundamento jurídico N° 185, literal d). En: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf.

⁹¹ Véase fundamento jurídico N° 283. En: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf.

⁹² Ver fundamento jurídico N° 155. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_286_esp.pdf.

todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹³.

Ello ha sido reiterado por la Corte Interamericana en sentencias posteriores que reflejan, una sólida línea jurisprudencial en el sentido de considerar inadmisibles figuras que impidan la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos⁹⁴. Como se puede advertir, este es el caso del derecho de gracia concedido al ex presidente Alberto Fujimori, el cual, debido a la vulneración de los principios antes referidos podría ser considerado una forma de impunidad, lo cual se encuentra proscrito en el ordenamiento internacional.

7.3 La obligación de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos y los crímenes de derecho internacional en el derecho convencional

La obligación de investigar y sancionar la comisión de crímenes de derecho internacional es de antigua data. En el plano convencional se encuentran algunos ejemplos, entre ellos tenemos:

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio establece: “Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”.⁹⁵

La Convención contra la Tortura y otros Tratados o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes dispone que los Estados partes velarán por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal y que cuenta su gravedad.⁹⁶

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75parr.41 Corte IDH Caso La Cantuta vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.parr. 152.

⁹⁴ ...

⁹⁵ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948), 78 UNTS 277, artículo V. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951.

⁹⁶ Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas CRUELES, Inhumanos o Degradantes (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), Artículo 4 (2), 1464 UNTS 85.Entrada en vigor: 26 de junio de 1987.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

Por otro lado, el Perú se adhirió al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁹⁷, que reprime la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, en el que se establece el carácter complementario de ese Tribunal, imponiendo a los Estados parte el deber de ejercitar en primer término su propia competencia penal. En el Preámbulo el Estatuto establece que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y asimismo afirma que los Estados se hayan decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.⁹⁸

...

En todos estos convenios y tratados que reprimen conductas atentatorias contra los derechos humanos, se establece la obligación estatal de prevenir, investigar, determinar responsabilidades y sancionar a quienes resulten culpables de dichos crímenes.

7.4. Otros estándares internacionales relativos a la obligación de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos

Entre otros estándares internacionales relativos a la obligación que tienen los Estados de reprimir, investigar y sancionar estos delitos, se encuentran, se encuentran documentos de la ONU, como los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de la Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias en los cuales se afirma que los Estados prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y que velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos¹⁰².

...

Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas a Obtener Reparaciones disponen puntualmente que:

“En los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a

⁹⁷ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue ratificado por el Perú o el 10 de noviembre de 2001.

⁹⁸ ...

¹⁰² Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas (adoptada en Belén do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994), Art. III. Entrada en vigor: 28 de marzo de 1996.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas”¹⁰⁴.

De lo antes expuesto, puede concluirse razonablemente que el derecho internacional impone a los Estados no sólo la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y los crímenes de derecho internacional, sino también la obligación de sancionar a las personas que sean halladas responsables de tales ilícitos de conformidad con la gravedad o seriedad del crimen, con el fin de evitar la impunidad y prevenir actos similares en el futuro.

7.5. *La prohibición del derecho de gracia en la jurisprudencia de mecanismos internacionales de derechos humanos y en el derecho comparado*

...

...se evidencia que el derecho internacional de los Derechos Humanos impone a los estados una clara obligación de investigar de manera independiente e imparcial las violaciones de derechos humanos y los crímenes de derecho internacional. El derecho internacional además exige de los Estados que las personas que sean halladas responsables de tales delitos o crímenes sean sancionadas de conformidad a la gravedad o seriedad del crimen, con la finalidad de evitar la impunidad y prevenir que actos de similar naturaleza puedan cometerse en el futuro.

...

Ahora bien, cabe mencionar que sobre el particular las partes en el debate sostuvieron en forma coincidente, que pese a la naturaleza alegada por el Ministerio Público de los delitos comprendidos en la presente causa, esto es, de imputar que tienen carácter de lesa humanidad, si resulta posible atender este tipo de gracia presidencial por razones humanitarias (derecho de gracia humanitario), la parte civil alegó que a la luz del derecho internacional de los derechos humanos solo es posible otorgarlo cuando se trate de enfermedades terminales, esto es, en condiciones en que el solicitante del derecho se encuentre en grave afectación a su salud que peligre de manera inminente su vida, mientras que la defensa sustentó que incluso a nivel de cortes de justicia internacional (llamase Tribunales de Nuremberg y Tokio), se habían producido la concesión de libertades a condenados por estos graves crímenes, por lo que no se negó que incluso a la luz de los derechos reconocidos por el *ius cogens* se prohiba perse, un derecho de morir con dignidad, tal como impone

104 ...

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

el principio pro homine que inspira el derecho internacional de los derechos humanos.

Este Superior Tribunal, al valorar este aspecto suscribe lo manifestado por el juez CAÑADO TRINDADE, en su voto razonado en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, respecto a la búsqueda del perdón, cuando señala que: “Al reconocimiento del deber de memoria y de su necesidad, parece sumarse igualmente, en nuestros días, la concientización de la importancia de la búsqueda del perdón por la perpetración de las graves violaciones de los derechos humanos. (...)”

En efecto, si miramos con atención al mundo que nos circunda, en él encontraremos manifestaciones de la conciencia humana universal en reconocimiento inequívoco de la relevancia de la búsqueda del perdón”, en conformidad con lo dicho, el referido juez citó, entre otros, las manifestaciones del perdón en el continente americano.¹¹⁶ No obstante ello, el perdón no debe ser utilizado para encubrir acciones de impunidad, definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en el caso referido- como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana¹¹⁷.

Si bien, el derecho de gracia es una causal de extinción de la acción penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, reiteradas veces, que los tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participan en casos de violaciones a derechos humanos, como lo hemos señalado. Por otra parte, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, el indulto, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de una sentencia condenatoria.¹¹⁸ El caso que nos avoca trata sobre graves violaciones a los derechos humanos, por lo tanto, y en respeto a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano no puede adoptar medidas que impidan la persecución penal, sin una base sólida de motivación y razonabilidad.

Es importante referir en última instancia que la Corte Interamericana no cuenta con pronunciamiento alguno respecto a la concesión de *indultos o derecho de gracia por razones humanitarias* en casos de graves violaciones a los derechos

¹¹⁶ Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia de 12 de setiembre de 2005, FJ. 19-21, voto razonado del Juez Cañado Trindade. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf.

¹¹⁷ Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia de 12 de setiembre de 2005, FJ. N° 95.

¹¹⁸ Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia de 12 de setiembre de 2005, FJ. 97.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

humanos o de lesa humanidad, por lo que pese a ser un tema aún en debate en dicho ámbito, consideramos que siendo el fundamento de los derechos humanos “la dignidad humana”, nada impide que el derecho de gracia -como anticipo de liberación a un reo en particular-pueda ser otorgado, siempre y cuando no medie arbitrariedad (...) –relativas al indulto-, la concesión debe ser una decisión motivada y fundada en ciertos criterios y estándares establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. “Esto significa que se debe evaluar no solamente si el condenado tiene una enfermedad terminal que ponga en riesgo su vida, sino también ciertas condiciones que deben darse para entregar beneficios a condenados por violaciones a los derechos humanos. En el caso de enfermedad, debe considerarse si el centro penitenciario cuenta con servicios médicos adecuados o si la atención médica puede ser brindada sin significar que se deba liberar a la persona”¹¹⁹.

Cabe recordar, que la Corte Interamericana calificó los hechos ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta como “graves violaciones de derechos humanos” y “crímenes de lesa humanidad” respectivamente. Es por ello que mediante resolución de supervisión de cumplimiento del caso Barrios Altos de septiembre de 2012, la Corte consideró contradictoria con su fallo la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia que en julio de 2012 declaró que las ejecuciones extrajudiciales ocurridas por el caso Barrios Altos no constituyeron delito de lesa humanidad. Al respecto, señaló que dicha Ejecutoria Suprema “entra en contradicción con lo resuelto anteriormente por la misma Corte Suprema de Justicia en el juzgamiento de otro de los involucrados en los hechos del caso, así como con otras decisiones nacionales, en cuanto a la calificación de los actos como crímenes de lesa humanidad según el derecho internacional”¹²⁰.

A partir de lo anterior, consideramos que en el presente caso, la gracia presidencial otorgada mediante Resolución Suprema N° 281-20017- JUS de fecha 24 de Diciembre de 2017, resulta incompatible con los deberes de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, siendo además una medida que como hemos analizado colisiona claramente con derechos fundamentales amparados en nuestra Constitución, y que se encuentran protegidos adicionalmente por tratados de derechos humanos, que ostentan rango constitucional en nuestro ordenamiento interno, y que careciendo de una debida motivación, en relación a todos los estándares normativos y jurisprudenciales referidos, no surte efectos, en la presente causa penal.

119 ...

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Barrios Altos vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la CIDD de 7 de septiembre de 2012. Parr.48.

DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FENÓMENO DE DESPLAZAMIENTO...

Por último, este tribunal considera que en base al mandato emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de fondo, reparaciones y costas de fecha 29 de noviembre de 2006, en el Caso la Cantuta, (en el cual, si bien ya fue sentenciado la persona de Alberto Fujimori Fujimori, existen otros imputados cuya situación jurídica no ha sido resuelta por la justicia peruana), proceso que ha sido acumulado al caso Pativilca, es menester dar cumplimiento efectivo y dentro de un plazo razonable a la disposición de este organismo supra nacional a cuya competencia contenciosa estamos adheridos, que establece:

“El Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios, para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos en perjuicio de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana, en los términos del párrafo 224 de la Sentencia. Con el propósito de juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de las violaciones cometidas, el Estado debe continuar adoptando todas las medidas necesarias, de carácter judicial y diplomático, y proseguir impulsando las solicitudes de extradición que correspondan, bajo las normas internas o de derecho internacional pertinentes, en los términos de los párrafos 224 a 228 de la Sentencia”.¹²¹

Por estas consideraciones los magistrados que conformamos el Colegiado “B” de la Sala Penal Nacional, en ejercicio de la potestad de administrar justicia, cumpliendo con el control constitucional y convencional de las normas, y en garantía a los principios que rigen el Estado Constitucional y Democrático de Derecho en nuestro país.

RESOLVEMOS:

1.- Declarar: Que carece de efectos jurídicos para el presente caso la Resolución Suprema No. 281-2007-JUS de fecha 24 de Diciembre de 2017 que concede entre otros Derecho de Gracia por Razones Humanitarias al procesado Alberto Fujimori Fujimori.

2.- Declarar: Fundado el pedido de la parte civil de no aplicación del derecho de gracia a favor del mencionado procesado en el presente proceso penal.

¹²¹ Sentencia Corte IDH Caso La Cantuta Vs. Perú, fundamento 254 inciso 9.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA...

3.- Declarar: Infundado el pedido formulado por la defensa del mencionado encausado de exclusión o corte de secuela de juicio y de archivamiento definitivo del presente proceso penal a favor de su patrocinado.

3.-Mandamos: Que debe continuarse con el trámite de la presente causa, con las garantías que por ley correspondan. Notificándose a los sujetos procesales debidamente.-

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO POR ADECUACIÓN DE LA IDENTIDAD SEXO-GENÉRICA

Sinopsis: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 17 de octubre de 2018, resolvió el amparo en revisión 1317/2017, contra la negativa a dar trámite a una solicitud formulada ante el Registro Civil de un Municipio del Estado de Veracruz para que se modificara el acta de nacimiento de la persona solicitante, con motivo de una reasignación sexogenérica (adecuación tanto del nombre como el dato relativo al género).

En la demanda fueron materia de impugnación las normas en que se sustentó la negativa a dar trámite a tal solicitud de reasignación sexogenérica y que disponen que ese tipo de procedimientos deben sustanciarse ante el Poder Judicial de ese Estado a través de un procedimiento en el cual se dé publicidad a la solicitud e intervención a terceros.

Al respecto, la Primera Sala precisó que el cambio de nombre y, en general, la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que éstos sean conformes a la identidad de género auto-percibida, constituye un derecho protegido tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como por la Constitución, pues la adecuación de la identidad de género garantiza el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad, a la privacidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho al nombre.

Asimismo, se aludió el pronunciamiento de la Corte Interamericana en la *Opinión Consultiva OC-24/17 identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, en la cual se reconoció que la Convención Americana obliga a los Estados a establecer procedimientos de reconocimiento legal de género que sean eficaces, gratuitos y sencillos, basados en la decisión libre y autónoma de cada persona. En ese sentido, el Tribunal Interamericano señaló que obligar a las personas transgénero a presentar argumentos que justifiquen un cambio de los marcadores de género ante un juez, constituiría una “limitación excesiva” de sus derechos.

Por lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte concedió el amparo respecto de la sección del artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz, debido a que implica una discriminación indirecta y vulnera el artículo

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

1 de la Constitución al no permitir que la adecuación de la identidad de género se realice vía administrativa.

En consecuencia, la protección constitucional se otorgó con el fin de que el encargado del Registro Civil diera trámite administrativo a la solicitud de adecuación de la identidad de género y dejara de aplicar las normas del procedimiento que no fueran compatibles con los requisitos convencionales mencionados.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MÉXICO

AMPARO EN REVISIÓN 1317/2017

SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 2018

MINISTRA PONENTE: NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ

SECRETARIA DE ESTUDIO Y CUENTA: MARÍA CRISTINA MARTÍN
ESCOBAR

SECRETARIO AUXILIAR: MELESIO RAMOS MARTÍNEZ

Ciudad de México. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la sesión de diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS los autos para dictar sentencia en el amparo en revisión
*****.

R E S U L T A N D O:

PRIMERO. Juicio de amparo indirecto *****. Mediante escrito de veintitrés de abril de dos mil quince, presentado ante la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito del Séptimo Circuito,...

...

C O N S I D E R A N D O:

...

CUARTO. Antecedentes. Para una mejor comprensión del caso, enseguida se narran los antecedentes más relevantes:

- Mediante ocurso de veintitrés de abril de dos mil quince, ***** promovió juicio de amparo indirecto contra el acto atribuido al encar-

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

gado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, y otras autoridades adscritas a esa oficina registral, consistente en la omisión de dar contestación en breve término a su petición hecha el ocho de enero de dos mil quince. En esa petición, dijo la parte quejosa, solicitó que se modificara su acta de nacimiento con motivo de una reasignación sexogenérica; esto es, se cambiara el dato relativo al sexo para asentar, en vez de “masculino”, el relativo a “femenino”; asimismo, se modificara el nombre originalmente asentado que es el de ***** por el de ***** (sic). La parte quejosa explicó que tal solicitud la formuló en atención a que es una persona transexual que encuentra en el sexo femenino la realización plena de sus aspiraciones.¹

- De la demanda de amparo correspondió conocer al Juez Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz, quien la radicó con el número ***** de su índice.²
- El veintidós de mayo de dos mil quince, el oficial Encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, rindió su informe justificado y en respuesta a la solicitud de modificación de acta de nacimiento hecha por ***** manifestó que *“toda vez que la rectificación solicitada se trata de un cambio para la realización de sus aspiraciones —del solicitante— y no de un error registrado en la partida de nacimiento correspondiente, el quejoso la deberá tramitar ante la autoridad judicial en turno”*. La autoridad responsable también precisó que la parte quejosa debía apearse a lo señalado en el artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz, conforme al cual la rectificación o modificación de un acta del estado civil, no puede hacerse sino ante el Poder Judicial y en virtud de una sentencia de éste. Finalmente, la citada autoridad registral indicó que ***** debía sujetarse a lo establecido en los artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65 del Código Civil de la citada Entidad Federativa.
- El dieciséis de junio de dos mil quince, la referida parte quejosa amplió su demanda de amparo a fin de reclamar las normas generales consistentes en los artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 759, 760, 761, 762, 763 y 764 del Código Civil para el Estado de Veracruz. Al efecto, señaló como primer acto de aplicación la respuesta dada por el oficial encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, a su solicitud de modificación de acta de nacimiento.³

1 ...
2 ...
3 ...

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

- Como se indicó en los resultandos de esta sentencia, inicialmente la referida ampliación de demanda de amparo fue desechada por el Juez de Distrito; sin embargo, en sesión de siete de enero de dos mil dieciséis, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito resolvió el recurso de queja hecho valer por ***** contra el desechamiento de su ampliación de demanda y ese órgano colegiado determinó declarar fundado el recurso.⁴
- Consiguientemente, el veinticinco de enero de dos mil diecisiete, el Juez Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz tuvo por ampliada la demanda de amparo y solicitó el informe justificado a las autoridades señalas como responsables, a saber: Director General del Registro Civil; Oficial del Registro Civil; Departamento Central del Registro Civil; todos Manlio Fabio Altamirano, Veracruz; Congreso del Estado; Gobernador Constitucional; Director General del Registro Civil y Director de la Gaceta Oficial, todos del Estado de Veracruz.⁵
- Seguido el juicio de amparo en el resto de sus etapas, el Juez Sexto de Distrito en el Estado de Veracruz dictó sentencia el dieciocho de octubre de dos mil dieciséis en la que resolvió:
 - a. Sobreseer por cuanto hace a la Dirección General y Departamento Central, ambos del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz y Director de la Gaceta Oficial del Estado de Veracruz; asimismo, determinó sobreseer por cuanto hace al acto reclamado consistente en la omisión de dar respuesta a la solicitud formulada, atribuida al oficial encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz; y,
 - b. Negar el amparo y protección de la Justicia Federal en lo concerniente a las normas generales reclamadas y su acto de aplicación, atribuidos al oficial encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano; Congreso; Gobernador Constitucional; Director General del Registro Civil y Director de la Gaceta Oficial, todos de Estado de Veracruz.
- Las razones que invocó el Juez de Distrito para negar la protección constitucional solicitada, se hicieron consistir, en esencia:
 - En que contrario a lo alegado por la parte quejosa, los artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 759, 760, 761, 762, 763 y 764 del Código Civil para el Estado de Veracruz no vulneran los principios de igualdad,

4 ...

5 ...

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

seguridad jurídica, de no discriminación, a la dignidad humana ni otros derechos fundamentales como son derecho a la identidad, a la propia imagen, al nombre, a la integridad física, psíquica o al honor.

- Ello, refirió el Juez, en atención a que los preceptos impugnados sí contemplan la hipótesis relativa a la rectificación o modificación del acta de nacimiento, estableciendo expresamente que ello únicamente puede hacerse ante el Poder Judicial del Estado y no a través de un simple trámite administrativo.
 - En congruencia con esto último, al analizar el acto de aplicación resolvió que fue correcto que el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, estableciera que la vía administrativa no era la vía legal correspondiente para lograr la emisión de una acta de nacimiento de reasignación para la concordancia sexo-genérica, sino que ello debía solicitarlo ante autoridad judicial.
- En desacuerdo con esa sentencia dictada en el juicio de amparo 484/2015, la parte ahí quejosa interpuso recurso de revisión del cual conoció el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, quien resolvió enviar el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Este Alto Tribunal, como ya se indicó, asumió su competencia para conocer del asunto.

QUINTO. Cuestiones necesarias para resolver. En el caso, para mejor entendimiento del asunto, conviene puntualizar lo siguiente:

...

A partir de lo anterior, es claro que en la presente hipótesis se está ante un caso jurisdiccional que involucra la orientación sexual o la identidad de género, por lo que es necesario establecer determinados conceptos a fin de obtener una claro panorama sobre el tema, los cuales se retoman tanto del *Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en ese tipo de casos*, editado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación⁷ como de la *opinión consultiva OC-24/17* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸

- a. Sexo. Cuando se habla de “sexo” se hace referencia a los cuerpos sexuales de las personas; esto es, a las características biológicas (genéticas,

⁷ *Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que involucren la Orientación Sexual o la Identidad de Género*; 1ª Edición, 2014, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁸ Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

hormonales, anatómicas y fisiológicas) sobre cuya base una persona es clasificada como hombre o mujer al nacer.

- b. Sexo asignado al nacer. Esta idea trasciende el concepto de “sexo” como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas pero algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre.

En México, el sexo se asigna a las personas al nacer, incluyéndolo como un dato en el acta de nacimiento. La legislación civil mexicana incluye dos posibilidades: una persona puede ser clasificada como hombre o como mujer.

- c. Género. Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

Así, mientras que “sexo” se utiliza para hacer referencia al cuerpo sexuado y permite distinguir entre hombres, mujeres y personas intersex, “género” refiere al resto de atributos que, social, histórica, cultural y geográficamente, se le han asignado a los hombres y a las mujeres. “Género” se utiliza para referirse a las características que social y culturalmente se consideran identificadas como “masculinas” y “femeninas”.

- d. Identidad de género. La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar —o no— la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos.

En tal virtud, la identidad de género supone la manera en que la persona se asume a sí misma, es decir, si adoptará para sí una identidad más “masculina” o más “femenina” de acuerdo a los parámetros culturales imperantes en cada sociedad.

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

- e. Expresión de género. Se entiende como la manifestación externa del género de una persona a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.
- f. Transgénero o persona trans. Persona cuya identidad o expresión de género es diferente del sexo asignado al nacer. Las *personas trans* construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término *trans*, es un término global utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una *persona transgénero* o *trans* puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, entre otros.

En el aludido Protocolo esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que para referirse a las “*personas trans*” también se han usado, y se continúan utilizando, otras denominaciones, como “*travesti*”, “*transgénero*” y “*transexual*”. La diferencia entre ellas radica en el alcance de las modificaciones que realizan a sus cuerpos, comportamientos y atuendos en relación al género (para transitar del asignado al nacer a aquel con el que se identifican). Se utiliza el término “*trans*”, porque todas las posibilidades resultan jurídicamente protegidas.

- g. Persona cisgénero. Recientemente, se ha comenzado a utilizar el término “*cisgénero*” para las personas cuya identidad de género y sexo asignado al nacer son concordantes.
- h. Intersexualidad. Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

...

SÉPTIMO. Agravios del recurso de revisión. La parte recurrente, *****, expone como agravios los que se sintetizan enseguida.

En el agravio identificado como primero, se exponen los siguientes argumentos.

- Refiere que en el fallo impugnado el Juez de Distrito dejó de realizar un estudio congruente y exhaustivo de la validez constitucional de las normas generales reclamadas, particularmente por cuanto hace a la idoneidad de acudir a un proceso jurisdiccional para obtener un acta de nacimiento por reasignación sexogenérica.
- Al respecto, la parte recurrente abunda diciendo que aun cuando ciertamente en el Código Civil para el Estado de Veracruz se prevé un procedimiento jurisdiccional de rectificación o modificación de las actas del estado civil de las personas, dicho procedimiento no es idóneo, apto o conducente para la emisión de un acta de nacimiento de reasignación para la concordancia sexogenérica.
- Así, desde la perspectiva de la parte inconforme, el Juez de Distrito que resolvió el juicio de amparo ***** realizó una interpretación equivocada de los artículos 759, 761 y 762 de la norma sustantiva civil para el Estado de Veracruz, pues el procedimiento jurisdiccional ahí previsto no asegura la obtención de un acta de nacimiento por reasignación sexogenérica; ya que esas normas en todo caso regulan un procedimiento de rectificación o modificación de actas de nacimiento, pero no prevén un procedimiento específico para tal efecto (la reasignación sexogenérica). Por ende, dice la parte recurrente, en el caso se debe concluir que la vía idónea para la obtención de la reasignación sexogenérica en el acta de nacimiento es la realización de un trámite administrativo ante el Encargado del Registro Civil.
- Asimismo, indica que los procedimientos de rectificación o modificación de las actas de nacimiento y los procedimientos para la reasignación sexogenérica en las actas de nacimiento son diversos; tan es así, expone, que la legislación civil para la Ciudad de México sí prevé un procedimiento por reasignación para la concordancia sexogenérica.
- Atento lo anterior, la parte quejosa considera que los artículos 759, 761 y 762 de la norma sustantiva civil para el Estado de Veracruz, al no contemplar un procedimiento jurisdiccional que garantice el levantamiento de un acta de nacimiento por reasignación para la concordancia sexogenérica, establecen un trato discriminatorio indirecto; lo que redundaría en su inconstitucionalidad.

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

- Para apoyar sus argumentos, la parte recurrente cita diversos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³ en los cuales, refiere, se ha establecido que es deber del Estado garantizar la existencia formal de recursos adecuados y efectivos para alcanzar los fines perseguidos por los gobernados. Consiguientemente, la parte peticionaria de amparo insiste en alegar que ni de la interpretación gramatical ni de la interpretación auténtica de la norma, se puede arribar a la conclusión de que los artículos 759, 761 y 762 del Código Civil para el Estado de Veracruz prevén un procedimiento específico, claro e idóneo que permita la obtención de un acta de nacimiento con la reasignación sexogenérica que pretende.
- La parte recurrente también indica que el Juez de Distrito, al resolver el juicio de amparo, realizó un deficiente test de escrutinio estricto, ya que adverso a lo concluido en la sentencia de amparo impugnada, los artículos 759, 761 y 762 de la norma sustantiva civil para el Estado de Veracruz sí transgreden los derechos de igualdad y no discriminación, al excluir el supuesto relativo a la reasignación sexogenérica como causal para la sustanciación de un procedimiento jurisdiccional que tenga por efecto la expedición de un acta de nacimiento con la consecuente reasignación sexogenérica.

En el agravio identificado como segundo, se hacen valer las siguientes alegaciones.

- La parte recurrente expone que si bien es cierto existe una imposibilidad de que el legislador prevea en la ley todas las circunstancias, causas y efectos de las manifestaciones sociales, también lo es que el Código Civil para el Estado de Veracruz data del año 1932, por lo que ello evidencia que en él jamás se pretendió regular la emisión de un acta de nacimiento por reasignación sexogenérica, ya que esto último no implica una simple corrección de errores o un cambio de nombre, sino de la variación de un sexo y género con el que el solicitante no se identifica en la realidad.
- Asimismo, la parte disidente, en su segundo agravio, considera incorrecto que el Juez de Distrito haya efectuado una interpretación analógica, pues los procedimientos de modificación y rectificación de actas del estado civil de las personas no son análogos a los de reasignación sexogenérica, ya que son procedimientos con implicaciones distintas.

¹³ Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras; Caso Castañeda Gutman vs Estado Unidos Mexicanos; Caso López Álvarez vs Honduras.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

- Así, la parte inconforme insiste en señalar que los artículos 759, 761 y 762 del Código Civil para el Estado de Veracruz son inconstitucionales ya que excluyen, como causa de un procedimiento jurisdiccional que ordene la emisión de una nueva acta de nacimiento, el supuesto relativo a la reasignación sexogenérica.

En el agravio identificado como tercero, se exponen los siguientes motivos de inconformidad.

- Aduce la parte recurrente que el Juez indebidamente resolvió una cuestión de constitucionalidad con sustento en un aspecto de mera legalidad.
- Insiste de nueva cuenta en que conforme a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el recurso judicial debe ser idóneo para proveer lo necesario a fin de alcanzar el objetivo que persigue el justiciable.
- Refiere una vez más que el Juez de Distrito tenía la facultad para realizar el control concentrado de la constitucionalidad, por lo que debió advertir que el procedimiento jurisdiccional previsto en los artículos 759, 761 y 762 de la norma sustantiva civil para el Estado de Veracruz no es un procedimiento cierto, idóneo y efectivo que garantice la obtención de un acta de nacimiento por reasignación sexogenérica; de ahí que fue correcto que ante la inexistencia de un procedimiento jurisdiccional a través del cual pudiera alcanzar esa finalidad acudiera a la vía administrativa.
- La parte recurrente concluye sus argumentos de agravio diciendo que en los artículos cuya constitucionalidad controvierte se contiene una discriminación indirecta ya que tratándose de transexuales, es por demás adverso el contexto social al que se enfrentan, pues se encuentran en condiciones de desigualdad; por ende, dice, dado que la legislación civil para el Estado de Veracruz no prevé un procedimiento económicamente accesible, idóneo y eficaz que le permita obtener un acta de nacimiento por reasignación para la concordancia sexogenérica, dicha legislación es inconstitucional.

OCTAVO. Delimitación de la materia de estudio...

...

..., la materia del presente recurso de revisión se circunscribe al análisis de la determinación relativa a la negativa de amparo.

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

NOVENO. Estudio. Los agravios que hace valer la parte recurrente, ***** , son esencialmente fundados y suficientes para modificar el fallo impugnado.

- Estudio de los agravios relativos a que el Juez de Distrito debió concluir que son inconstitucionales los preceptos que obligan a la parte quejosa a sustanciar, ante autoridad jurisdiccional, el procedimiento relativo a la adecuación sexo-genérica del acta de nacimiento.

Desde la perspectiva de la parte inconforme, el Juez de Distrito que resolvió el juicio de amparo ***** realizó una interpretación equivocada de los artículos 759, 761 y 762 de la codificación sustantiva civil para el Estado de Veracruz, pues, refiere, esas normas en todo caso regulan un procedimiento de rectificación o modificación de actas de nacimiento, pero no prevén un procedimiento específico para la reasignación sexogenérica. Por ende, alega la parte recurrente, en el caso se debe concluir que la vía idónea para la obtención de la reasignación sexogenérica en el acta de nacimiento es la realización de un trámite administrativo ante el Encargado del Registro Civil.

Al respecto, indica que los procedimientos de rectificación o modificación de las actas de nacimiento y los procedimientos para la reasignación sexogenérica en las actas de nacimiento son diversos; tan es así, expone, que la legislación civil para la Ciudad de México sí prevé un procedimiento por reasignación para la concordancia sexogenérica.

...

Para apoyar sus argumentos, la parte inconforme cita diversos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ en los cuales, refiere, se ha establecido que es deber del Estado garantizar la existencia formal de recursos adecuados y efectivos para alcanzar los fines perseguidos por los gobernados. Consiguientemente, la parte peticionaria de amparo en su recurso insiste en alegar que ni de la interpretación gramatical ni de la interpretación auténtica de la norma, se puede arribar a la conclusión de que los artículos 759, 761 y 762 del Código Civil para el Estado de Veracruz prevén un procedimiento específico que permita la reasignación sexogenérica que pretende.

...

Los anteriores motivos de agravio son fundados en su causa de pedir, pues el artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz establece una distinción que se traduce en la existencia de dos trámites para la adecuación de datos esenciales del acta de nacimiento, los cuales deben substanciarse ante autoridades distintas (una jurisdiccional y otra administrativa); y tal distinción,

¹⁴ Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras; Caso Castañeda Gutman vs Estado Unidos Mexicanos; Caso López Álvarez vs Honduras.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

al carecer de razonabilidad, deriva en la existencia de una discriminación normativa directa.

El artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que interesa, estatuye:

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.(...)”

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

La mera lectura del precepto constitucional transcrito evidencia que nuestra Norma Fundamental reconoce que la dignidad humana es base y condición de todos los demás derechos.

Al respecto, este Alto Tribunal, en la tesis P. LXV/2009 ha sostenido que del derecho a la dignidad humana se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros:

- El derecho a la vida.
- A la integridad física y psíquica.
- Al honor
- A la privacidad.
- Al nombre.
- A la propia imagen.
- Al estado civil.
- El propio derecho a la dignidad personal.
- Al libre desarrollo de la personalidad.

Asimismo, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger la apariencia personal; la profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.¹⁵

15 ...

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

Consiguientemente, relacionado al libre desarrollo de la personalidad está el derecho a la identidad personal y, particularmente el derecho a la identidad de género, el cual supone la manera en que la persona se asume a sí misma.

En efecto, como se dijo antes, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la percibe, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar —o no— la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género.

Así, la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las *personas trans*, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación.

Sobre este punto, recientemente la Corte Interamericana ha referido que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁶

Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con una constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos.

Ahora bien, este Alto Tribunal, al resolver el Amparo Directo *****, ya ha dicho que tratándose de las personas transexuales que, por su condición, son objeto de rechazo y discriminación, el legislador debe implementar los mecanismos necesarios para el reconocimiento, tutela y garantía de sus derechos fundamentales, para lo cual es de suma relevancia que puedan adecuar su sexo psicológico al legal, lo que sólo se logra a través de la rectificación registral del nombre, el sexo y el género. De lo contrario, se negaría su derecho a la identidad personal y, de ahí, a su libre desarrollo como parte del derecho a la

¹⁶ ...

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

dignidad, a partir de los cuales se afirman frente a sí mismos y frente a los demás, aunado a la vulneración de su derecho a la intimidad y a la vida privada.¹⁷

Por lo tanto, el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectiva garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad.

Lo anterior se traduce en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros y otros documentos de identificación coincidan con las definiciones identitarias que tienen de ellas mismas y, en caso de que no exista tal correspondencia, debe existir la posibilidad de modificarlas.

Por ende, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha indicado que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias *“para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella define para sí”*, así como para que *“existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí.”*

Ello, en atención a que la falta de reconocimiento de la identidad de una persona transgénero puede configurar una injerencia en la vida privada. En este sentido, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, recomendó a los Estados expedir, a quienes los soliciten, documentos legales de identidad que reflejen el género preferido del titular; de igual manera, facilitar el reconocimiento legal del género preferido por las *personas trans* y disponer lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos.¹⁸

En este sentido, se precisó que la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal —del derecho a vivir como uno quiera—, lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás —derecho a vivir sin humillaciones— y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una existencia digna.

¹⁷ ...

¹⁸ Opinión consultiva OC-24/17, párrafo 113.

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

Así, la falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género puede a su vez obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales y por ende tener un impacto diferencial importante hacia las personas transgénero, las cuales suelen encontrarse en posición de vulnerabilidad.

De ahí que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7),¹⁹ el derecho a la privacidad (artículo 11.2),²⁰ el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3),²¹ y el derecho al nombre (artículo 18)²².

Atento lo anterior, como se dijo, el Estado debe garantizar a las personas que puedan ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esa misma identidad, sin verse obligadas a detentar otra identidad que no representa su individualidad, más aún cuando ello involucra una exposición continua al cuestionamiento social sobre esa misma identidad afectando así el ejercicio y goce efectivo de los derechos reconocidos por el derecho interno y el derecho internacional.

En suma, dado que cada persona tiene el derecho de definir de forma autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos que figuran en los registros oficiales –como son las actas de nacimiento–, y otros documentos de identidad, sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos, el Estado tiene la obligación de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.

A partir del contexto anterior, esta Primera Sala advierte que las normas cuya regularidad se controvierte, particularmente los artículos 759, 761 y 762 del Código Civil para el Estado de Veracruz, sí contemplan la posibilidad de que las personas acudan a un procedimiento o trámite que permite a la persona interesada obtener la adecuación o concordancia sexogenérica del acta de nacimiento, sin embargo, establecen que dicho trámite debe substanciarse ante autoridad formalmente jurisdiccional.

En efecto, los artículos 759, 760, 761 y 762 del Código Civil para el Estado de Veracruz, disponen:

“Artículo 759. La rectificación o modificación de un acta del estado civil, no puede hacerse sino ante el poder judicial y en virtud de sentencia de éste, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente

19 ...

20 ...

21 ...

22 ...

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

y el reconocimiento que voluntariamente haga un padre de su hijo, el cual se sujetará a las prescripciones de este código.

(...)

Artículo 760. Cuando la rectificación tienda a enmendar yerros o defectos mecanográficos, ortográficos, numéricos y otros meramente accidentales del acta asentada, el que tenga derecho a pedir su corrección podrá acudir ante el oficial Encargado del Registro Civil que corresponda, quien de acuerdo con los lineamientos que al respecto expida la Dirección General del Registro Civil acordará lo procedente. Si el acuerdo es negativo, el interesado deberá demandar la rectificación en juicio.

Artículo 761. Ha lugar a demandar la rectificación:

I. Por falsedad, cuando se alegue que el suceso registrado no pasó; y

II. Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otra circunstancia esencial del acto registrado.

Artículo 762. Pueden pedir la rectificación de un acta del estado civil:

I. las personas de cuyo estado se trata; (...)"

Los preceptos recién transcritos contienen varias normas de derecho, entendidas éstas –las normas– como enunciados (es decir, expresiones lingüísticas) que correlacionan casos con soluciones y que determinan si una acción está permitida, ordenada o prohibida.²³

Las normas que se desprenden de esos preceptos son las siguientes:

1. Las personas de cuyo estado se trata tienen legitimación para solicitar la rectificación de un acta del estado civil (entre ellas, el acta de nacimiento).
2. Por regla general, la persona legitimada podrá solicitar ante el Poder Judicial la rectificación o modificación de su acta de nacimiento, entre otros casos, *por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otra circunstancia esencial del acto registrado.*
3. Excepcionalmente, cuando la rectificación no sea sobre algún aspecto esencial, sino sólo sobre errores o defectos meramente accidentales, el que tenga derecho a pedir su corrección podrá acudir ante el oficial Encargado del Registro Civil que corresponda.
4. Excepcionalmente, la modificación de un acta del estado civil con motivo del reconocimiento de un hijo no debe solicitarse ante el Poder Judicial del Estado de Veracruz.

Por cuanto hace a la norma de derecho referida en segundo término (contenida en el artículo 761 de legislación civil para el Estado de Veracruz) es relevante destacar que ésta permite la enmienda de las actas del estado civil, entre

23 ...

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

ellas las actas de nacimiento, cuando se solicite variar: *a)* algún nombre; o, *b)* alguna otra circunstancia esencial del acto registrado.

Ahora bien, para conocer las circunstancias esenciales sobre el registro del acto jurídico consistente en el nacimiento de una persona, es menester acudir al contenido del artículo 684 del Código Civil para el Estado de Veracruz, pues es en ese numeral en donde se establece cuáles son los datos que deberá contener el acta de nacimiento.

Cierto, ese precepto indica lo siguiente:

“Artículo 684. El acta de nacimiento se extenderá con asistencia de dos testigos que pueden ser designados por las partes interesadas. Contendrá el día; la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan, sin que por motivo alguno puedan omitirse, y la razón de si se ha presentado vivo o muerto. Se tomará en el acta la impresión digital del presentado. (...)”

Del artículo anterior, se desprende que el acta de nacimiento es el documento que contiene aquellos datos relativos al acto del nacimiento, permitiendo identificar el día, hora y lugar de nacimiento de una persona, su sexo, el nombre o nombres propios y los apellidos paterno y materno que le corresponderán.

En este orden de ideas, de los artículos previamente reproducidos se obtiene que la legislación civil para el Estado de Veracruz, contiene normas permisivas que facultan a las personas cuyo nacimiento se registró en esa Entidad Federativa, a solicitar ante la autoridad jurisdiccional correspondiente la rectificación por enmienda de su acta de nacimiento, específicamente por cuanto hace al nombre u otro dato esencial, como lo es el sexo y la identidad de género la persona.

En este punto, debe destacarse que aun cuando las citadas normas no establecen cuál es la finalidad de permitir una rectificación por enmienda de las actas del estado civil (entre ellas de las actas de nacimiento), conforme a una interpretación teleológica es factible colegir que la *ratio* de éstas es la de adaptar el acta respectiva a la verdadera realidad social del individuo.

Bajo esa perspectiva, en los artículos 759, 761 y 762 del Código Civil para el Estado de Veracruz se prevé un procedimiento que permite la adecuación o concordancia sexogenérica del acta de nacimiento, pues ya se vio que a las personas registradas en dicho Estado sí les está permitido acudir a una vía formalmente jurisdiccional a solicitar la rectificación por enmienda de su acta de nacimiento, específicamente por cuanto hace al nombre u otro dato esencial, como lo es el sexo y la identidad de género de la persona.

Y el artículo 760 refiere sólo a la corrección de datos no esenciales como son yerros o defectos mecanográficos, ortográficos, numéricos y otros meramente accidentales del acta.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

No obstante lo anterior, el artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz prevé otro procedimiento que también tiene por objeto la adecuación de datos esenciales del acta de nacimiento pero cuya sustanciación no es ante una autoridad judicial sino ante el propio encargado del Registro Civil, que es una autoridad formalmente administrativa.

...

Ahora bien, atento el contenido del artículo 48 del Código Civil en cita, los hijos llevarán el nombre o nombres que les impongan quien o quienes los reconozcan, seguidos del primer apellido del padre y del primer apellido de la madre, si ambos los reconocen.²⁴

En tal virtud, basta atender a un argumento lógico para concluir que el reconocimiento de un hijo hecho con posterioridad a que fue elaborada el acta de nacimiento implicará la variación de un dato esencial de esa acta (la de nacimiento), a saber: el apellido de la persona cuyo nacimiento fue registrado.

Así, resulta claro que el artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz contiene una distinción que se traduce en la existencia de dos procedimientos (uno ante autoridad judicial y otro ante autoridad administrativa) que permiten la adecuación de datos esenciales del acta de nacimiento.

Por ende, de conformidad con los artículos 759 y 760 de la referida legislación local, por regla general cualquier cambio esencial del acta de nacimiento debe efectuarse ante autoridad judicial, y sólo cuando se trate de yerros o defectos mecanográficos, ortográficos, numéricos y otras inconsistencias meramente accidentales del acta, la corrección respectiva deberá pedirse ante el oficial Encargado del Registro Civil.

Sin embargo, el procedimiento de reconocimiento voluntario de un hijo, previsto en la parte final del mismo artículo 759, como se vio, conlleva el cambio de apellido o apellidos de la persona registrada, el cual es también un dato esencial del acta de nacimiento en términos del artículo 684 del Código Civil para el Estado de Veracruz antes referido.

En ese sentido, a pesar de que ambos procedimientos (de reconocimiento de hijo o de reasignación sexo-genérica) prevén supuestos de hecho equivalentes, pues ambos tiene por finalidad el cambio de un dato esencial del acta de nacimiento, con el consecuente efecto de que ese cambio se vea reflejado en el acta correspondiente, uno de esos procedimientos debe substanciarse ante autoridad formalmente jurisdiccional y el otro ante una autoridad formalmente administrativa; sin embargo, tal distinción respecto a la autoridad que debe conocer y substanciar la solicitud correspondiente carece de razonabilidad, pues no se advierte la existencia de un fundamento objetivo y razonable que

24 ...

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

permita darles a uno y otro supuesto un trato desigual por cuanto hace a la naturaleza formal de la autoridad que debe sustanciar el trámite correspondiente.

Sobre ese tópico, este Alto Tribunal ya ha referido que el derecho fundamental a la igualdad en su vertiente de igualdad formal o igualdad ante la ley, tutelado en el artículo 1 de la Constitución, comporta un mandato dirigido al legislador que ordena el igual tratamiento a todas las personas en la distribución de los derechos y obligaciones. Por ende, cuando el legislador establece una distinción que se traduce en la existencia de dos regímenes jurídicos, ésta debe ser razonable para considerarse constitucional.

De esta manera, existe discriminación normativa cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de forma desigual sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado,²⁵ como ocurre en el artículo impugnado (759), por lo que el mismo resulta inconstitucional.

Y en ese sentido, la discriminación normativa aquí destacada incide directamente en perjuicio de la parte quejosa, pues si bien es cierto para efectos de la adecuación de la identidad de género auto- percibida pueden substanciarse procedimientos ante autoridad formalmente jurisdiccional o bien ante una autoridad formalmente administrativa, lo cierto es que el procedimiento que mejor se ajusta para tal efecto es aquél que se substancia en una vía administrativa ante una autoridad de igual naturaleza; tal y como se demuestra a continuación.²⁶

— Naturaleza del procedimiento.

En efecto, conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el trámite o procedimiento tendente al reconocimiento de la identidad de género auto- percibida de una persona consistiría en un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, y en el cual el papel del Estado y de la sociedad debe consistir meramente en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutiva de la misma.

Es así como el referido procedimiento no puede bajo ningún concepto convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que solicita su reconocimiento.

Por tanto, la Corte Interamericana señala que los Estados tienen, en principio, la posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos

²⁵ ...

²⁶ Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

para un procedimiento de rectificación del nombre, y de ser el caso, de la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes.

Al respecto, la Corte Interamericana ha reconocido que el procedimiento más idóneo o que mejor se ajusta para tal efecto es el de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que un proceso de carácter jurisdiccional (formal y materialmente jurisdiccional) eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza.

Por ende, dijo, un trámite de carácter materialmente jurisdiccional (esto es, substanciado en forma de litigio) encaminado a obtener una autorización para que se pueda materializar efectivamente la expresión de un derecho de esas características representaría una limitación excesiva para el solicitante y no sería adecuado puesto que debe tratarse de un procedimiento materialmente administrativo, sea en sede judicial, o en sede administrativa.

En síntesis, la naturaleza de la autoridad que sustancia el trámite respectivo, en principio, no es un aspecto relevante para determinar la mayor o menor aptitud del procedimiento para la adecuación de la identidad de género, de manera que éste puede substanciarse ante una autoridad judicial o bien en sede administrativa; lo relevante es que el procedimiento respectivo tenga una naturaleza materialmente administrativa y, lo ideal, es que el procedimiento sea formal y materialmente administrativo, esto es, seguido ante una autoridad formalmente administrativa, en una vía de igual naturaleza, pues un trámite así implicaría menos formalidades y menos demoras que uno tramitado en sede jurisdiccional.

En este punto, conviene destacar que la opinión consultiva OC-24/17 emitida por la Corte Interamericana derivó del supuesto jurídico que se desprende de la legislación vigente en Costa Rica, conforme a la cual:

- a. La modificación registral de los asientos y en especial del nombre por la vía del recurso, sólo procede en sede administrativa en el caso de errores ortográficos o en la grafía.
- b. En casos de modificación total del asiento registral, las personas están obligadas a acudir a lo dispuesto en el artículo 54 del Código Civil, conforme al cual todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto.
- c. Aunado a lo anterior, al acudir a la jurisdicción voluntaria que se tramita ante un Tribunal, se debe oír al Ministerio Público; además de que el citado Tribunal deberá ordenar que se publique un edicto en el Diario Oficial concediendo un término de 15 días para presentar oposiciones.

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

Ante ese panorama jurídico, se solicitó que la Corte Interamericana emitiera su opinión sobre si las personas que deseen cambiar su nombre a partir de su identidad de género están o no obligadas a someterse al procedimiento jurisdiccional (jurisdicción voluntaria ante un Tribunal) contemplado en la legislación de Costa Rica; o si el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano.

Al respecto, la Corte Interamericana, opinó, lo siguiente:

“El artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, en su redacción actual, sería conforme a las disposiciones de la Convención Americana, únicamente si el mismo es interpretado, bien sea en sede judicial o reglamentado administrativamente, en el sentido que el procedimiento que esa norma establece pueda garantizar que las personas que deseen cambiar sus datos de identidad para que sean conformes a su identidad de género auto- percibida, sea un trámite materialmente administrativo, que cumpla con los siguientes aspectos:

a) debe estar enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida, b) debe estar basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes, c) debe ser confidencial. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género, d) debe ser expedito y en la medida de lo posible debe tender a la gratuidad, y e) no debe exigir la acreditación de intervenciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

En consecuencia, en virtud del control de convencionalidad, el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica debe ser interpretado de conformidad con los estándares previamente establecidos para que las personas que desean adecuar integralmente los registros y/o los documentos de identidad a su identidad de género auto-percibida puedan gozar efectivamente de ese derecho humano reconocido en los artículos 3, 7, 11.2, 13 y 18 de la Convención Americana.

El Estado de Costa Rica, con el propósito de garantizar de la manera más efectiva la protección de los derechos humanos, podrá expedir un reglamento mediante el cual incorpore los estándares antes mencionados al procedimiento de naturaleza materialmente administrativa, que puede proveer de forma paralela, de conformidad a lo señalado en los párrafos anteriores de la presente opinión.”²⁷

Lo anterior, pone en relieve que, en opinión de la Corte Interamericana, el procedimiento para la adecuación de la identidad de género auto-percibida puede substanciarse en sede jurisdiccional o en sede administrativa a condición de que en una u otra instancia tal procedimiento consista en un trámite de naturaleza materialmente administrativa que cumpla con los requisitos que al efecto señala la Corte Interamericana.

²⁷ Opinión Consultiva OC-24/17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 171.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

No obstante, la Corte Interamericana fue clara en el sentido de que con el propósito de garantizar de manera más efectiva la protección de los derechos humanos, preferentemente los Estados deben regular la existencia de procedimientos de naturaleza administrativa en sentido estricto.

Así, dado que el artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz prevé dos procedimientos (que de hecho son equivalentes) por cuanto hace al cambio de datos esenciales de las actas del registro civil (actas de nacimiento), pero ordena que uno y otro procedimiento se sustancien ante autoridad distinta (esto es, uno ante autoridad formalmente jurisdiccional y el otro ante una autoridad formalmente administrativa); y tal distinción carece de razonabilidad en los términos previamente explicados, esta Primera Sala arriba a la convicción de que, como lo alega la parte quejosa, la porción normativa contenida en la primera parte de ese precepto y que la obliga a substanciar un procedimiento para la adecuación de la identidad de género auto-percibida ante el Poder Judicial resulta inconstitucional y no le debe ser aplicada; sino que, en todo caso, le debe ser aplicada la última parte de dicho artículo (759) a fin de permitirle acudir a un procedimiento formal y materialmente administrativo ante el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, para obtener la adecuación de su identidad de género.

Consiguientemente, ante la inconstitucionalidad del precepto analizado, el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, deberá dar trámite a la solicitud formulada por la parte quejosa para obtener la adecuación sexogenérica del acta de nacimiento, para lo cual dicha autoridad deberá ceñirse a ciertos estándares.

...

- Características que debe revestir un procedimiento para la adecuación de la identidad de género auto-percibida, a fin de que éste sea considerado idóneo para tal efecto.

...

En ese sentido, los Estados cuentan con la posibilidad de establecer y decidir sobre el trámite o procedimiento más adecuado para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto-percibida.

Al respecto, la Corte Interamericana ha indicado que independientemente de su naturaleza formal (jurisdiccional o administrativa), esos procedimientos materialmente deben cumplir con los siguientes cinco requisitos:

- a. Deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida.

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

- b. Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes²⁸.
- c. Deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género.
- d. Deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad; y,
- e. No deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

A fin de verificar si en el caso el procedimiento previsto en la legislación de Veracruz y que ha de aplicar el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, cumple con estos cinco requisitos, conviene destacar brevemente las razones por las cuales la satisfacción de esos aspectos resulta relevante en cualquier procedimiento o trámite para la adecuación de la identidad de género auto-percibida.

a. Procedimiento enfocado a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida.

Además del nombre, el cual constituye sólo un elemento de la identidad, esos procedimientos deben estar enfocados en la adecuación integral de otros componentes de identidad para que ésta pueda ser conforme a la identidad de género auto-percibida de las personas interesadas. Por tanto, esos procedimientos deben permitir cambiar la inscripción del nombre; y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos.

En relación con este aspecto, en opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados deberán desplegar sus esfuerzos para que las personas interesadas en que se reconozca su identidad de género auto-percibida en los registros así como en los documentos de identidad, no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades.

Por tanto, es obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que

²⁸ Etiquetar a las personas como enfermas, en este caso por razón de su identidad de género.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género auto-percibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.²⁹

Sobre ese punto, esta Suprema Corte, al resolver el amparo directo ***** sostuvo que si no se permite una adecuación integral de la identidad de género mediante expedición de nuevos documentos de identidad, se obligaría a las *personas trans* a mostrar un documento con datos que revelarían su condición de transexual, sin el pleno reconocimiento de la persona que realmente es, generando una situación tortuosa en su vida cotidiana, lo que indudablemente afecta determinadamente su estado emocional o mental y, de ahí, su derecho a una salud integral.³⁰

Consiguientemente, un procedimiento para la adecuación de la identidad de género auto-percibida debe ser integral tanto en relación con los datos cuya adecuación se pide como en relación con los documentos en que se hace constar la identidad de la persona.

a. Procedimiento basado únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes.

La regulación y la implementación de esos procesos debe estar basada únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, esto es, deben descansar en el principio según el cual la identidad de género no se prueba.

Lo anterior resulta consistente con el hecho de que los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada del solicitante.

Por ende, los Estados deben respetar la integridad física y psíquica de las personas reconociendo legalmente la identidad de género auto-percibida sin que existan obstáculos, oposiciones por parte de terceros o requisitos abusivos que puedan constituir violaciones a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recomienda que

²⁹ Opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰ ...

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida, u otros requisitos que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba.

En ese sentido, los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que en su caso requiera alguna autoridad o legislación en este tipo de procedimientos tienen un carácter invasivo y ponen en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, pues descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología. Es así como ese tipo de requisitos o certificados médicos contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino por lo que no se deben de exigir.

En cuanto a los requisitos de certificados de buena conducta o policiales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos retomó lo concluido por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo ***** en el sentido de que si bien los mismos pueden buscar una finalidad legítima, la cual únicamente podría consistir en que las solicitudes de adecuación de los registros y de los documentos de identidad no tengan el propósito y/o el efecto de eludir la acción de la justicia, también se puede entender que ese requisito resulta en una restricción desproporcionada en la medida que se traslada de forma irrazonable al solicitante del procedimiento una obligación del Estado, que no es otra que la armonización de los registros en los cuales constan los datos de identidad de las personas.

Por tanto, la protección a terceros y al orden público se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, se afectaría de manera total el núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la vida privada y a la intimidad, del derecho a la identidad personal y sexual, del derecho a la salud, y, por consiguiente, de la dignidad de las personas y su derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Todo ello, en tanto que la plena identificación de su persona a partir de la adecuación de sus datos de identidad, conforme a su identidad de género auto-percibida, es lo que le permitirá proyectarse en todos los aspectos de su vida. De este modo se estaría reconociendo legalmente su existencia como el ser que realmente es.

...

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

a. *Los procedimientos respectivos deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género.*

La falta de reconocimiento del derecho a la identidad de género de las *personas trans* puede conllevar a violaciones de otros derechos humanos, por ejemplo, torturas o maltratos en centros de salud o de detención, violencia sexual, denegación del derecho de acceso a la salud, discriminación, exclusión y *bullying* en contextos de educación, discriminación en el acceso al empleo o en el seno de la actividad profesional, vivienda y acceso a la seguridad social.

En concordancia con lo anterior, la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación y a la postre puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

En ese sentido, tanto los procedimientos, como las rectificaciones realizadas a los registros y los documentos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, no deben ser de acceso público, ni tampoco deben figurar en el mismo documento de identidad.

Así, como lo indica la Corte Interamericana “*el ámbito de la vida privada se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública*” y “*comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público*”.³¹

Esto no significa que esa información no pueda ser accesible en caso de que la persona sea requerida por las autoridades competentes de conformidad con lo establecido por el derecho interno de cada Estado. En ese sentido, las autoridades controladoras de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información.

...

³¹ Opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 136.

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

b. *Los procedimientos de adecuación deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad*

Sobre ese punto, la Corte Interamericana ha indicado que el plazo razonable de duración de un procedimiento, sea este judicial o administrativo, se encuentra determinado, entre otros elementos, por la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.

Así, ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica de la persona, resultará necesario que el procedimiento se desarrolle con mayor prontitud a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

De acuerdo a lo señalado, el grado de afectación que puede tener este tipo de procedimientos de cambio de nombre y de adecuación a la identidad de género auto-percibida sobre las personas, es de tal magnitud que los mismos deben llevarse a cabo con la mayor celeridad posible.

Aunado a ello, esos trámites relacionados con procesos registrales deben ser gratuitos o por lo menos tender a ser lo menos gravosos posibles para las personas interesadas en los mismos, en particular si se encuentran en situación de pobreza y vulnerabilidad; lo anterior pues la existencia de requisitos pecuniarios para poder acceder a un derecho contenido en la Convención no deben volver nugatorio el ejercicio mismo de esos derechos.

c. *Los procedimientos o trámites no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales*

La identidad de género, no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo.

Lo anterior debe entenderse aún en las situaciones en las cuales la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que le fue asignada al momento de su nacimiento, o que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer.

Esto se debe al hecho de que, como se dijo en el considerando quinto de esta resolución en el cual se establecieron algunos conceptos básicos sobre el tema, las *personas trans* construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas.

En concordancia con lo anterior, el procedimiento de solicitud de cambio de nombre y adecuación de la imagen de la referencia al sexo o género, en los registros y documentos de identidad, no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esteri-

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

lizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, pues ello resulta contrario al derecho a la integridad personal contenido en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.³²

Así, el someter el reconocimiento de la identidad de género de una *persona trans* a una operación quirúrgica o a un tratamiento que no desea, implicaría condicionar el pleno ejercicio de varios derechos, entre ellos, a la vida privada (artículo 11.2 de la Convención), a escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia (artículo 7 de la Convención), y conllevaría a la renuncia del goce pleno y efectivo de su derecho a la integridad personal.

Lo anterior, pues la salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, abarca también la libertad de cada persona de controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias, tales como ser sometido a torturas o a tratamientos y experimentos médicos no consentidos. Además de que también podría constituir una vulneración al principio de igualdad y no discriminación contenido en los artículos 24 y 1.1 de la Convención puesto que las personas cisgénero no se verían enfrentadas a la necesidad de someterse a ese tipo de obstáculos y de menoscabo a su integridad personal para hacer efectivo su derecho a la identidad.

En este orden de ideas, el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, al dar trámite a la solicitud de adecuación sexogenérica del acta de nacimiento de la parte quejosa, deberá prescindir de la aplicación de las normas de la legislación del Estado de Veracruz que pudieran resultar incompatibles con los estándares arriba enunciados; ello a efecto de que el procedimiento administrativo que substancie cumpla a cabalidad con las pautas que señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos para esa clase de trámites.

Finalmente, cabe señalar que los artículos 676, 677 y 708, éstos tampoco deberán ser aplicados por el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, pues esos numerales, en lo que aquí interesa, contienen normas que no son acordes a los requisitos previamente referidos.

Esas normas contenidas en tales preceptos y que no se ajustan a los estándares requeridos son:

1. La que establece que la determinación que se emita en el procedimiento relativo dará lugar a la anotación en el acta correspondiente y en el apéndice respectivo; y,

32 ...

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

2. La que estatuye que las copias o testimonios que se expidan de las actas del registro civil contendrán una referencia de esas anotaciones.

La primera de esas normas de derecho, al establecer que la determinación que se emita en el procedimiento para la adecuación de la identidad de género auto-percibida sólo dará lugar a una anotación en el acta correspondiente es contraria al principio conforme al cual la adecuación a la identidad de género debe ser integral, mediante la expedición de nuevos documentos, no sólo mediante “anotaciones” en los ya existentes.

Ello, pues como se apuntó, si no se permite una adecuación integral de la identidad de género mediante expedición de nuevos documentos de identidad, se obligaría a las *personas trans* a mostrar un documento con datos que revelarían su condición de transexual, sin el pleno reconocimiento de la persona que realmente es, generando una situación tortuosa en su vida cotidiana, lo que indudablemente afecta determinadamente su estado emocional o mental y, de ahí, su derecho a una salud integral.

...

La segunda norma, la que estatuye que las copias o testimonios que se expidan de las actas del registro civil contendrán una referencia de las anotaciones hechas en las actas o testimonios, también resulta inconstitucional en virtud de que, según se precisó, los procedimientos deben ser confidenciales a fin de respetar el derecho humano a la privacidad (como parte del derecho a la dignidad) y eso implica también que los documentos de identidad no deben reflejar los cambios relativos a la identidad de género.

...

Esta Primera Sala no soslaya que la *ratio* de los artículos de que se habla es la protección a terceros y al orden público; pues el cambio de nombre u otro dato esencial de las actas del estado civil como lo es el sexo o el género no libera ni exime de las obligaciones o responsabilidades contraídas con la identidad anterior; sin embargo, ya se ha dicho que tal protección se debe garantizar por medio de distintos mecanismos legales que no impliquen, permitan o tengan como consecuencia el menoscabo, la lesión o el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas que solicitan la adecuación de la identidad de género.

...

Por ello si los artículos 676, 677 y 708 del Código Civil para el Estado de Veracruz no se ajustan a los cinco requisitos previamente comentados y cuya satisfacción se considera indispensable para concluir que un procedimiento para la adecuación de la identidad de género auto-percibida respeta el derecho a la dignidad humana tutelado en el artículo 1 de la Constitución, tales artículos no deben ser aplicados por el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

Altamirano, Veracruz, en tanto pueden dar lugar a una discriminación indirecta o por el resultado en los términos antes apuntados.

DÉCIMO. Efectos del fallo protector. De conformidad con el artículo 74, fracción V, de la Ley de Amparo y en congruencia con lo expuesto en el considerando anterior, lo procedente en la especie es conceder a la parte quejosa el amparo y protección de la Justicia Federal respecto de la porción normativa contenida en la primera parte del artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz y que obliga a la parte quejosa a substanciar un procedimiento para la adecuación de la identidad de género auto-percibida ante el Poder Judicial, de modo que dicho artículo (759) en todo caso le debe ser aplicado sólo en su última porción a fin de permitirle acudir a un procedimiento formal y materialmente administrativo ante el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz.

...

La protección constitucional que aquí se otorga se hace extensiva al acto de aplicación de las normas controvertidas (respuesta a la solicitud de adecuación del acta de nacimiento); por ende, el aludido encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, deberá dar trámite a la solicitud que le fue formulada el ocho de enero de dos mil quince por *****, a fin de adecuar su acta de nacimiento por cuanto hace a la identidad de género auto-percibida.

Al respecto, se precisa que para que el procedimiento administrativo que ha de seguirse ante el encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz, sea idóneo y cumpla a cabalidad con los estándares que señala tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para esa clase de trámites, dicha autoridad deberá prescindir de aplicar para ese procedimiento las normas contenidas en los artículos 676, 677 y 708 del Código Civil para el Estado de Veracruz o cualquiera otro precepto que resulte incompatible con los aludidos estándares.

Lo anterior, se traduce en que una vez que se concluya el procedimiento administrativo para la adecuación de la identidad de género auto-percibida deberá expedir una nueva acta de nacimiento que refleje los cambios pertinentes pero sin evidenciar la identidad anterior; y, por cuanto hace al acta de nacimiento primigenia ésta debe quedar reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial.

Ello, sin perjuicio de que para garantizar que la persona que solicita la adecuación de su identidad de género no evada obligaciones o responsabilidades contraídas con la identidad anterior, la autoridad que conoce de la solicitud (encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz), una vez efectuado el trámite, puede enviar oficios con la información correspondiente

RECTIFICACIÓN DE ACTA DE NACIMIENTO...

a la adecuación de la identidad (evidentemente en calidad de reservada) a las diversas Secretarías y organismos Federales o Estatales que, con motivo de los derechos y obligaciones contraídas por la persona que solicita el trámite, deban conocer del cambio de identidad, entre otras: Secretaría de Educación Pública, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Instituto Nacional Electoral, Procuradurías o Fiscalías, por mencionar algunas.

Atento lo anterior, deviene innecesario analizar los demás agravios hechos valer por la parte recurrente, pues no podría mejorar lo ya obtenido.

Por lo expuesto y fundado se resuelve:

PRIMERO. En la materia del recurso, se modifica la sentencia recurrida.

SEGUNDO. Se sobresee en el juicio de amparo por cuanto hace a la Dirección General y Departamento Central, ambos del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz y Director de la Gaceta Oficial del Estado de Veracruz; asimismo, se sobresee por cuanto hace al acto reclamado consistente en la omisión de dar respuesta a la solicitud formulada, atribuida al oficial encargado del Registro Civil de Manlio Fabio Altamirano, Veracruz.

TERCERO. La Justicia de la Unión ampara y protege a *****, en contra del artículo 759 del Código Civil para el Estado de Veracruz, y su acto de aplicación; así como en contra de la aplicación de los artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 676, 677, 708, 760, 761, 762, 763 y 764 del Código Civil para el Estado de Veracruz por las razones y para los efectos expuestos en los considerandos penúltimo y último de esta resolución.

Notifíquese; con testimonio de esta ejecutoria, devuélvanse los autos relativos al lugar de su origen y, en su oportunidad archívese el toca como asunto concluido.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz quien se reserva el derecho de formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández (Presidenta y Ponente) en contra del emitido por el Ministro Jorge Marioardo Rebolledo, quien se reserva el derecho para formular voto particular.

Firman la Ministra Presidenta de la Sala y Ponente con la Secretaria de Acuerdos, que autoriza y da fe.

PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA Y PONENTE
MINISTRA NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ

SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA
LIC. MARÍA DE LOS ÁNGELES GUTIÉRREZ GATICA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, MÉXICO

“En términos de lo previsto en los artículos 113 y 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y 110 y 113 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública; así como en el Acuerdo General 11/2017, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado el dieciocho de septiembre de dos mil diecisiete en el Diario Oficial de la Federación, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadra en esos supuestos normativos.”

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD EN ESTACIONES MIGRATORIAS, A CONTAR CON UN REPRESENTANTE LEGAL Y GARANTIZAR SU DEBIDO PROCESO

Síntesis: El Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, el 29 de junio de 2018, resolvió el amparo indirecto 357/2018 a efecto de proteger el derecho de las personas migrantes y refugiadas privadas de su libertad en estaciones migratorias a contar con un representante legal y garantizar su debido proceso.

La demanda se instauró contra un oficio expedido por el Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración, en el que se negó a una asociación civil de derechos humanos la autorización para ofrecer y brindar servicios de asesoría y representación legal a los migrantes que se encontraban en dichas estaciones.

En el estudio de fondo, el Juzgado analizó la obligación que tiene Estado de brindar una protección reforzada y efectiva a los migrantes en situación de vulnerabilidad. En este apartado, el Juzgado aludió a pronunciamientos de la Corte Interamericana en su *Opinión Consultiva OC-18/03 Condición Jurídica de Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la cual establece que los Estados no deben discriminar a las personas migrantes por su nacionalidad, incluso cuando estos se encuentren en una situación migratoria irregular.

De igual manera, se hizo referencia al *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, del cual se desprende el derecho de los migrantes privados de su libertad por su status migratorio a contar con la asistencia de un abogado y al *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, que señala el derecho de una persona extranjera antes de ser deportada o expulsada a tener acceso a un procedimiento individual que evalúe sus circunstancias personales, sin discriminación y con una serie de garantías mínimas.

Además, el Juzgado se refirió al derecho que tenía la asociación civil de defender los derechos humanos en el caso concreto. En ese sentido, se utilizó el criterio de la Corte Interamericana en el *Caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, el cual señala que la libertad de asociación garantiza la posibilidad de

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

que las asociaciones civiles creadas para un fin lícito tengan la posibilidad de realizar el objeto para el cual fueron creadas, por aquella suma de voluntades individuales.

Por lo anterior, se decidió dejar sin efectos la parte específica del oficio que contenía la negativa para que la asociación civil ofreciera sus servicios de asesoría y representación legal a los migrantes alojados en las estaciones migratorias y se ordenó a la autoridad responsable emitir un nuevo oficio con vigencia de un año, autorizando su ingreso a la estación para llevar a cabo dichos servicios.

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA EN LA CIUDAD DE MÉXICO

MÉXICO

JUICIO DE AMPARO: 357/2018

SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2018

El Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México, tiene vistos los autos para dictar sentencia en el juicio de amparo 357/2018 promovido por ** ***** ***** ** ***** * ***** ** *** ***** ***** ***** ***** **, por medio de su representante legal **** ***** ***** *****; y,

R E S U L T A N D O

PRIMERO. Presentación de la demanda. La parte quejosa solicitó el amparo y la protección de la Justicia Federal a través de su representante legal, quien acreditó su personalidad en este sumario en términos del artículo 11 de la Ley de Amparo¹, ya que su personalidad como representante legal de la quejosa ***** ***** ** *****

* ***** ** *** ***** ***** ***** ***** le fue reconocida por la autoridad responsable Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración al momento de emitir el acto reclamado el cual consta en copia certificada en el presente sumario (fojas 67 a 70).

En el escrito de la demanda de amparo presentado el dos de abril de dos mil dieciocho (foja 2) en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México y turnado a este órgano jurisdiccional el día tres de abril posterior (foja 2), la parte quejosa señaló como autoridad responsable y acto reclamado los siguientes:

¹ ...

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

IV. Autoridad Responsable:

1. [...] *Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria.*

V. Actos que se le atribuyen a la autoridad responsable:

Único: Resolución con número de oficio INM/DGCVM/DEM/o124/2018 de fecha 28 de febrero de 2018 y notificada el día 06 de marzo de la misma anualidad."

La asociación civil quejosa manifestó que los actos reclamados violan sus derechos fundamentales tutelados por los artículos 1º, 9, 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 8, 9, 16 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fojas 5 a 33).

...

C O N S I D E R A N D O

...

TERCERO. Hechos y pruebas relevantes. De conformidad con el artículo 74, fracción III, de la Ley de Amparo, de la valoración de las pruebas admitidas y desahogadas en el juicio, destacan los siguientes hechos:

1. Del objeto social de la parte quejosa. La asociación civil denominada ***** se constituyó en el día uno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (foja 47) con el objeto social de promover y defender los derechos humanos, mediante la realización de diversas actividades, entre otras: a) la atención jurídica de violaciones a derechos humanos, con especial atención de los casos paradigmáticos; b) la educación, investigación, análisis y difusión de los derechos humanos; c) la capacitación y enseñanza en derechos humanos a sujetos específicos, procurando que esta guarde relación con los casos paradigmáticos del litigio y/o la atención jurídica que brinda la propia Asociación; d) la promoción de la participación organizada de la población en las acciones públicas tendentes a asegurar la vigencia y ejercicio de sus derechos humanos; e) la influencia en todo el ciclo de políticas públicas, diseño, ejecución y evaluación a fin de propiciar que éstas se orienten a la realización y garantía de los derechos humanos.

...

2. Petición de ingreso a las estaciones migratorias. Mediante escrito de dos de febrero de dos mil dieciocho la asociación civil denominada ***** solicitó por medio de su representante a la Dirección General de Control y Verificación Migratoria, que se permitiera el ingreso de las personas que confor-

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

man el equipo de la citada sociedad civil —las cuales mencionó en su escrito de petición— a las estaciones migratorias ubicadas en la Ciudad de México, Tapachula, Chiapas y Tlaxcala, Tlaxcala a partir del mes de febrero de dos mil dieciocho al mes de diciembre de dos mil veinte, para efecto de realizar las siguientes actividades (Fojas 40 y 41; 59 y 60; y, 67 y 68):

“1. Ofrecer y brindar servicios de asesoría y representación legal a las personas extranjeras que se encuentren en la Estación Migratoria, sean o no solicitantes de la condición de refugiado y protección complementaria, para que en caso de que así lo requieran, reciban dichos servicios en términos de lo establecido por el artículo 70 de la Ley de Migración.

En ese sentido, se solicita autorización para que el equipo de la CMDPDH —señalado anteriormente— tenga contacto directo con la población de la estación migratoria: hombres, mujeres, población, transgénero y adolescentes no acompañados.

2. Talleres informativos. Se realizarán talleres informativos dirigidos a población migrante alojada: hombres, mujeres, población transgénero y adolescentes no acompañados. Estos talleres tienen como objetivo explicar a las personas alojadas el procedimiento administrativo migratorio, que derechos y obligaciones tienen, que es la condición de refugiado, que derechos tienen las personas refugiadas y cuál es el procedimiento para solicitar la condición de refugiado. Así como los derechos y obligaciones de las personas solicitantes de asilo y refugiados. Así como los derechos de todo extranjero dentro de su procedimiento administrativo migratorio y su alojamiento en estaciones migratorias.

Para que los extranjeros tengan fácil acceso a dicha información, se les hará entrega de folletos informativos referentes a los derechos mencionados.

3. Levantamiento de información. Durante la realización de talleres informativos y, siempre y cuando exista el consentimiento de la persona extranjera para ello, se aplicarán cuestionarios dirigidos a identificar patrones sistemáticos de violaciones a los derechos humanos durante el procedimiento administrativo migratorio, así como a monitorear las condiciones humanitarias, sanitarias y alimenticias de la estación migratoria.”

...

Para acreditar que la quejosa realizó la petición referida, en los términos expuestos, la misma ofreció copia simple de su escrito de petición con el respectivo acuse donde consta que la misma fue recibida por las autoridades migratorias.

...

3. Respuesta del Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración.

En respuesta a la solicitud de la parte quejosa, el Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración emitió el oficio No. ***** de veintiocho de febrero de dos mil dieciocho (foja 67).

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

En dicho oficio, el citado Director señaló que una vez analizados los requisitos de procedibilidad (foja 68) resultaba pertinente determinar lo que se señala en párrafos siguientes.

El Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración autorizó el ingreso del personal de la asociación civil denominada ***** a las estaciones migratorias ubicadas en la Ciudad de México, Tapachula, Chiapas y Tlaxcala, Tlaxcala en un horario de diez a catorce horas, desde el mes de marzo de dos mil dieciocho, al día uno de marzo de dos mil diecinueve, una vez por semana (foja 69).

Asimismo, autorizó la entrada de las personas que conforman el equipo de la asociación civil denominada ***** únicamente para realizar las actividades señaladas en los incisos 2 y 3, del considerando anterior, esto es brindar los citados talleres informativos en materia de derechos humanos de los migrantes y el levantamiento de información sobre posibles violaciones sistemáticas a los derechos humanos de los migrantes relacionadas con el procedimiento administrativo migratorio y las condiciones humanitarias, sanitarias y alimenticias de las estaciones migratorias (fojas 68 a 70).

No obstante, se negó a que el personal de la asociación civil denominada ***** se presentara a las citadas estaciones migratorias a ofrecer y brindar asesoría y representación legal a las personas extranjeras que se encontraran “alojados” en aquéllas, al amparo de la siguiente justificación:

“Al respecto, es de señalar que el artículo 19 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de aplicación supletoria a la materia migratoria dispone que la representación de personas físicas ante la Administración Pública Federal, se hará mediante carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante las propias autoridades o fedatario público, o declaración en comparecían personal del interesado; toda vez que es un acto personal de manifestación de voluntad del interesado, siendo entonces que sino no [sic] existe la designación del migrante extranjero y el reconocimiento de la autoridad migratoria en dicho procedimiento, no se les puede otorgar tal calidad.

Continuado con la hipótesis del artículo 70 de la Ley de Migración, este también dispone, que el Instituto podrá celebrar los convenios de colaboración que se requieran y establecerá facilidades para que las organizaciones de la sociedad civil ofrezcan servicio de asesoría y representación legal a los migrantes en situación migratoria irregular a quienes se les haya iniciado un procedimiento administrativo migratorio; siendo que en la actualidad no tiene celebrado instrumento legal alguno con organizaciones o instituciones, más aun tratándose de una facultad potestativa de la autoridad migratoria, que no implica obligatoriedad, ya

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

que repercutiría en la esfera jurídica de los extranjeros que cuentan con el derecho expreso de designar o remover a sus representantes legales, en cualquier etapa de los procedimientos administrativos.

Bajo estas consideraciones, no ha lugar a pronunciarse en sentido positivo respecto a estas actividades, ya que como se expresó, la representación es un acto de voluntad del extranjero; así como que no existe instrumento jurídico suscrito con organizaciones para efectos de representación de extranjeros.” (Foja 68).

...

CUARTO. Fijación del acto reclamado y de la autoridad responsable. Conforme al artículo 74, fracción I, de la Ley de Amparo, se precisa el acto reclamado y la autoridad responsable.

I. Acto reclamado: el oficio No. ***** de veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, a través del cual, por un lado, se autorizó, con una vigencia anual, una vez por semana en un horario de diez a catorce horas, el ingreso del personal de la asociación civil denominada ***** ** ***** * ***** ** ** ***** ***** ***** ***** a las estaciones migratorias ubicadas en la Ciudad de México, Tapachula, Chiapas y Tlaxcala, Tlaxcala para llevar a cabo las actividades consistentes en brindar talleres informativos en materia de derechos humanos de los migrantes y el levantamiento de información sobre posibles violaciones sistemáticas a los derechos humanos de los migrantes relacionadas con el procedimiento administrativo migratorio y las condiciones humanitarias, sanitarias y alimenticias de las estaciones migratorias; pero, por otro lado, se negó la autorización solicitada por la citada sociedad civil para ofrecer y brindar servicios de asesoría y representación legal a los migrantes que se encuentran en dichas estaciones migratorias.

II. Autoridad responsable: acto que se atribuye al Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración.

...

SÉPTIMO. Conceptos de violación. La asociación civil quejosa denominada ***** ** ***** * ***** ** ** ***** ***** ***** plantea diversos conceptos de violación señalados en su demanda de amparo, mismos que se sintetizan a continuación.

I. Primer concepto de violación: el acto reclamado viola su derecho humano a realizar su objeto social. La parte quejosa señala que el acto reclamado viola el derecho a la libre asociación al impedirle realizar su objeto social, la cual constituye una libertad básica esencial para la consolidación de una democracia, ya que la participación asociativa tiende a incrementar el sentimiento cívico de los ciudadanos al permitirles tomar incidir de modo colectivo y más directo en la toma de decisiones del Estado.

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

Señala que este derecho está reconocido en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, que la libertad de asociación incluye la potestad de alcanzar objetivos continuos y permanentes mediante la creación de un nuevo ente jurídico, así como la de realizar el fin común que es objeto de la sociedad, según lo dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ricardo Baena y otros Vs Panamá.

Aduce que la libertad de asociación tiene consigo una finalidad instrumental para que los integrantes de la sociedad alcancen determinados fines de modo colectivo, por lo que este derecho se limita si sí se reduce al grado de no poder ponerse en práctica.

...

De igual modo, alega que mediante una ausencia de fundamentación y motivación la autoridad le negó la oportunidad de realizar el objeto social referido de brindar asesoría y representación legal para la defensa de los derechos humanos.

Manifiesta que la autoridad responsable tergiversó la solicitud planteada con el fin de negarles la oportunidad de realizar su objeto social, al señalar que la representación legal de un migrante en los respectivos procedimientos constituye un acto de voluntad de modo que no se puede otorgar el carácter de representante legal a persona alguna si un migrante no lo ha autorizado. Ello así, pues la quejosa no solicitó que se le designara como representante legal de migrante alguno, sino sólo que se le permitiera ofrecer los servicios de representación legal, sin imponerse en la voluntad de los migrantes alojados.

En ese contexto, precisa que el artículo 70 de la Ley de Migración que faculta a las autoridades migratorias a celebrar convenios con asociaciones civiles para que se le otorgue asesoría a migrantes no excluye la posibilidad de que la quejosa pueda entrar a las estaciones migratorias, a través de su personal, para ofrecer sus servicios de brindar asesorías y representación legal a las personas migrantes.

...

II. Segundo concepto de violación: el acto reclamado viola del derecho fundamental a defender los derechos humanos. En segundo lugar, la quejosa señala que el acto reclamado viola su derecho a defender los derechos humanos.

En principio argumenta que los Estados deben de dotar a toda persona de los derechos humanos para la realización de las condiciones mínimas para vivir, tales como dignidad, justicia, libertad e igualdad, por lo que deben existir límites para que los poderes públicos no transgredan estos derechos y que para ello existen dos mecanismos para garantizar un derecho humano, por medio

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

de vías institucionales y no institucionales. Las primeras a cargo de los poderes públicos y la segunda por medio de actores no estatales.

...

III. Tercer concepto de violación: en el acto reclamado se interpreta indebidamente los artículos 19 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo y 70 de la Ley de Migración para limitar los derechos fundamentales de la quejosa.

Finalmente, la quejosa señala que la autoridad responsable utilizó los artículos 19 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo y 70 de la Ley de Migración bajo una indebida fundamentación y motivación para limitar su derecho a defender los derechos humanos.

Ello, porque la autoridad responsable dijo que la facultad de designar un abogado defensor es una facultad exclusiva de los migrantes, lo cual es cierto, pero no guarda relación con la solicitud de la quejosa, puesto que ofrecer servicios de asesoría y representación legal no implica desnaturalizar la voluntad de los migrantes, sino fortalecerla para que tomen decisiones informadas y con conocimiento de causa.

Máxime que conforme al artículo 224 del Reglamento la Ley Migratoria existe la previsión de mecanismos institucionales para que las organizaciones de la sociedad civil puedan llevar a cabo su objeto.

Finalmente dice que al amparo del artículo 70 de la Ley de Migración que prevé la facultad de la autoridad migratoria para celebrar convenios con organizaciones de la sociedad civil para brindar asesoría a migrantes, no implica que se pueda limitar el derecho de la asociación civil quejosa a realizar su objeto social bajo una modalidad distinta.

...

NOVENO. Estudio del fondo del asunto. Los conceptos de violación aducidos por la quejosa se analizan a continuación de forma conjunta en términos del artículo 76 de la Ley de Amparo, con el fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, de conformidad con la causa pedir de la parte quejosa y, en su caso, supliendo la deficiencia en el error de los preceptos violados⁴⁰.

...

1. *El Estado Mexicano como punto de tránsito y destino de los migrantes*

La interpretación de las normas de fuente nacional e internacional que tienen relación con el problema jurídico que nos ocupa no puede ser descon-

40 ...

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

textualizada del ámbito de aplicación que lo origina. Precisamente porque el derecho no es un sistema desvinculado de la realidad social, sino que ésta —la realidad social— es la que nutre al sistema jurídico con el fin de que el mismo tenga la capacidad de dar solución a los diversos problemas sociales que se plantean en la actualidad.

En este orden de ideas, cabe señalar que el Estado Mexicano constituye un punto de tránsito y destino de migrantes.

La posición geográfica de nuestro Estado explica al amplio flujo de población migrante irregular que transita por nuestro país. La vecindad de México con Estados Unidos de América y su cercanía con Canadá lo vuelve un punto obligado de tránsito de los migrantes indocumentados provenientes de Sur y Centroamérica quienes viajan el Estado Mexicano con el anhelo de conseguir empleo en aquellos países, o de reunirse con su familia ya asentada en los mismos y en general con la esperanza de mejorar sus condiciones de vida en aquellos destinos⁴¹.

En ese sentido, cabe señalar que no son únicamente las oportunidades económicas las que alientan a nuestros vecinos del sur a transitar por el Estado Mexicano.

El flujo de migrantes que transitan por México es un flujo migratorio mixto, entre el cual se encuentran migrantes económicos, pero también solicitantes de asilo, refugiados, migrantes ambientales, víctimas de trata de personas, niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias, entre otros. Ello se debe a la grave situación de violencia, criminalidad y desigualdad en diversos países vecinos, sobre todo de Centroamérica que ha detonado el abandono de los migrantes de su lugar de origen:

“Cuatro países centroamericanos se encuentran dentro de los países con mayores niveles de desigualdad en términos de ingreso a nivel mundial.

A su vez, la desigualdad en la región es uno de los principales factores generadores de violencia, tal como ha señalado la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante “la ONUDD” y por sus siglas en inglés “UNODC”) Aunado a lo anterior, los niveles de pobreza en Centroamérica ascienden al 40.4 %; en lo que respecta a Honduras, el 60 % de la población vive bajo la línea de pobreza nacional; mientras que el porcentaje de población que vive en condiciones de pobreza en Guatemala, Nicaragua y El Salvador es de 51, 46.2 y 37.8 %, respectivamente⁴²”

...

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. 2013. op. cit. p. 37.

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. 2013. op. cit. p. 38.

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

Finalmente, cabe señalar que actualmente México ya no es visto sólo como un país de tránsito por los migrantes, sino también de destino.

...

II. *Los migrantes en situación irregular en territorio Mexicano se ubican en un contexto de vulnerabilidad y en riesgo de incomunicación e indefensión en atención al alcance de los procedimientos migratorios sobre su esfera jurídica y a las características del aislamiento que de facto implica su alojamiento en las estaciones migratorias.*

...

Es un hecho notorio para este Juzgador que las restricciones a la libertad personal y de otros derechos, que son propiciadas por las autoridades migratorias en la esfera jurídica de los migrantes, en ocasiones, llegan al grado de impedir una comunicación efectiva de ellos con el exterior.

Así por ejemplo, en el diverso juicio de amparo ***** del conocimiento de este órgano jurisdiccional, las autoridades migratorias ubicadas en el aeropuerto de la Ciudad de México, antes de facilitar la labor de la autoridad actuarial de este órgano jurisdiccional para notificar la suspensión de plano en contra de la orden de deportación y/o cualquier forma de expulsión de migrantes del territorio nacional, propiciaron —sin prejuzgar sobre la intencionalidad o no de su acción— la incomunicación de los migrantes beneficiados por la medida cautelar en aquel juicio y, a su vez, la imposibilidad de notificar oportunamente la medida cautelar decretada a favor de los migrantes quejoso, lo que dio lugar al retorno de aquellos al país de origen mediante la vía administrativa del rechazo aéreo.

...

Si bien de conformidad con la Ley de Migración⁵² existe la posibilidad de que el procedimiento migratorio se lleve a cabo con la finalidad de regularizar la situación del migrante y no necesariamente para acordar su deportación o retorno asistido, lo cierto es que las estadísticas muestran que la mayoría de los extranjeros que son presentados ante el instituto nacional de migración por su situación migratoria irregular son devueltos a su país de origen por vía del retorno asistido o por la deportación:

...

... de 93,846 migrantes en situación irregular que fueron presentados antes el instituto nacional de migración, el 87.6% fue devuelto a su país de ori-

52 ...

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

gen por alguna de las vías de regreso, y sin saber, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Migración, cómo se resolvió la situación jurídica de los demás, y si tuvieron contacto o comunicación con representantes legales, asistencia consular y debido proceso legal.

Ahora bien, es cierto, el artículo 109 fracciones III y V de la Ley de Migración contempla a favor de los migrantes “alojados” en las estaciones migratorias los derechos a la asistencia consular y a la representación legal, y el diverso 107, fracción VIII, de la propia Ley de Migración señala que debe permitirse a representantes legales y consulares, acceder a las estaciones migratorias...

Sin embargo, la sola privación de la libertad de los migrantes “alojados” en las estaciones migratorias, implica por sí misma un riesgo de incomunicación, sobre todo en aquellos casos en donde lo que se pretende reclamar es la violación de aquellos derechos de representación legal, asistencia consular u cualquier otro que sea instrumental para lograr la comunicación de los migrantes “alojados” con el exterior.

Ello propicia un margen de incertidumbre en la garantía de esos derechos de los migrantes alojados, máxime que como se expone en este fallo, los migrantes alojados al interior de las estaciones migratorias, por regla general, carecen de redes de apoyo familiares o de alguna otra índole que faciliten la posibilidad de hacer efectivos sus derechos.

En otro orden de ideas, cabe precisar que los migrantes tienen la facultad de instar un procedimiento para regularizar su situación migratoria en el país y, aunado a ello, en términos del artículo 102 de la Ley de Migración, la posibilidad de cumplir con diversos requisitos para continuar dicho procedimiento en libertad y no “alojados” en la estación migratoria correspondiente; sin embargo, estos requisitos pueden constituirse como obstáculos gravosos dada su situación particular, pues se les exige, entre otros requisitos, que otorguen garantía pecuniaria a satisfacción de la autoridad y que presenten una solicitud con responsiva firmada por un ciudadano u organización social mexicana⁵⁴

Además del aspecto económico que se presume difícil de satisfacer por un migrante que viaja desplazado por cuestiones económicas o de criminalidad y violencia en su país de origen, puede ser aún más difícil para un migrante en situación irregular y sin redes de apoyo social en el territorio mexicano obtener la carta responsiva de un ciudadano u organización social mexicana que respalde que no se sustraerá del procedimiento migratorio...

En suma, aquellos migrantes “alojados” en las estaciones migratorias se encuentran en un contexto riesgo de incomunicación derivados de la propia

⁵⁴ ...

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

naturaleza de los procedimientos migratorios que implican una privación de la libertad personal sobre los migrantes, que incluso en algunos casos puede prorrogarse indefinidamente.

Ello, aunado a la falta de redes de apoyo familiares o de cualquier otra índole de los migrantes alojados en las estaciones migratorias, los coloca en una posición vulnerable y de indefensión, por los alcances de los procedimientos migratorios sobre su esfera jurídica y a las características del aislamiento que de facto implica su alojamiento en las estaciones migratorias.

III. *El Estado debe brindar una protección reforzada y efectiva a los migrantes en situación de vulnerabilidad respecto a las garantías que informan el debido proceso en los diversos procedimientos migratorios, incluido el derecho a ser asistido por un profesional del Derecho.*

El artículo 1º Constitucional consagra en sus párrafos primero y tercero el principio de universalidad de los derechos humanos...

Al amparo de dicho principio, los migrantes que se encuentran en situación irregular en nuestro país y que pueden ser objeto de los diversos procedimientos migratorios que pueden culminar o no con su salida del territorio nacional son titulares de los derechos humanos reconocidos a todas las personas. Es decir, de modo universal.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver la “Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, señaló que a partir de la interpretación de la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos de los individuos⁵⁵, así como del principio de igualdad⁵⁶, los Estados no deben tratar de forma discriminatoria a las personas migrantes por razón de su nacionalidad, incluso aun y cuando estos se encuentren en una situación migratoria irregular en el Estado de que se trate⁵⁷.

Si bien es posible hacer distinciones legítimas entre migrantes irregulares y regulares, así como de estos con respecto de nacionales, este trato diferen-

⁵⁵ ...

⁵⁶ Contenido, *inter alia*, en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁷ CIDH. “Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” párr. 118.

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

cial debe ser razonable, objetivo, proporcional, y no lesionar por sí mismo sus derechos humanos⁵⁸.

Por lo que refiere al derecho humano al debido proceso este Juez de Distrito estima que no existe razón alguna para dar un trato diferenciado que sea menos favorable a los migrantes que se encuentren en situación irregular en el Estado Mexicano con relación a otras personas nacionales dentro del Estado, considerando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que si bien “*los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, [estos] deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana.*”

Máxime que tratándose de personas migrantes, y sobre todo en situación irregular, las garantías que informan el debido proceso requieren una protección reforzada por parte del Estado a su favor dada su condición de vulnerabilidad.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que:

“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los nomigrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra⁵⁹.”

En sentido similar, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció implícitamente, al resolver el amparo indirecto en revisión 382/2015, que ante la falta de redes de apoyo en el territorio nacional de la población migrante en situación irregular se les debe brindar un trato razonable en razón de su condición para que estos puedan acceder a la defensa de sus derechos, incluso por interpósita persona⁶⁰.

Mutatis mutandi, este Juzgador reitera que la situación de vulnerabilidad de los derechos de la población migrante irregular suscitada por su propia condi-

⁵⁸ En ese sentido, al resolver la opinión consultiva de mérito la Corte Interamericana de forma ejemplificativa señaló que por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Véase: CIDH. “Opinión Consultiva OC-18/03” óp. cit. párr. 119.

⁵⁹ “Opinión Consultiva OC-18/03” óp. cit. párr. 112-113.

⁶⁰ ...

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

ción pero también por la regulación de los procedimientos migratorios que los ponen en clara desventaja al afrontar los mismos, por regla general, privados de su libertad y en riesgo de incomunicación, exige que exista una protección reforzada de su derecho al debido proceso en aquellos procedimientos migratorios de los que sean objeto y que directa o indirectamente puedan culminar con su salida del territorio nacional.

En este orden de ideas, el derecho a contar con un letrado en derecho que asegure la defensa de las personas que sean sujetos de la restricción a la libertad personal en materia migratoria es uno de los derechos humanos que integran las garantías del debido proceso.

Este derecho se prevé en el artículo 20, apartado B, inciso VIII, de la Constitución Federal y en el artículo 8, apartado 2, inciso e) de la Convención Americana sobre derechos humanos, y se reconoce expresamente a favor de aquellas personas imputadas en el proceso penal. Sin embargo, este derecho humano a partir de su previsión constitucional no merece una interpretación restrictiva por virtud de la cual se haga exclusivo a quienes están sujetos a un proceso penal.

...

..., la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido una interpretación amplia de este derecho a partir de su previsión convencional en el artículo 8, apartado 2, inciso e) de la Convención Americana de Derechos Humanos, al señalar que:

“En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso⁶².”

Por lo que toca a la población migrante en situación irregular, no cabe duda que la fuerte presunción sobre su desconocimiento de la legislación del Estado, la falta de redes de apoyo familiar en territorio nacional, y el hecho de que afronten el procedimiento migratorio, por regla general, privados de su libertad y en riesgo de incomunicación, hace imperante que el derecho a una defensa adecuada en aquellos procedimientos migratorios de los que sean sujetos sea garantizada por un profesional en derecho. Ello además de que deban

⁶² CoIDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos. (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 28.

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

garantizarse otros derechos humanos como, por ejemplo, el acceso a un intérprete en caso de ser necesario y el derecho de asistencia consular.

En el caso Vélez Loor vs. Panamá, originado con motivo de la expulsión del señor Vélez de aquél país con motivo de su situación migratoria irregular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó que en los procedimientos migratorios a los cuales se encuentren sujetos los migrantes privados de su libertad por su *status* migratorio debe garantizarse a éstos el acceso a un abogado profesional del Derecho, en virtud de que:

“[L]a importancia de la asistencia letrada en casos [...] en que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema legal del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. Así, el Tribunal estim[ó] que la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, inter alia, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”⁶³.

De igual modo, al resolver el caso Familia Pacheco Tíneo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, el citado Tribunal Interamericano destacó que todo procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, sin discriminación alguna y se observen diversas garantías mínimas, entre otras, la consistente en ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación, así como de sus derechos, tales como: a) la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra; y, b) la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere, entre otros.⁶⁴

...

⁶³ ...

⁶⁴ ...

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

De ahí que el derecho a la asistencia legal también debe garantizarse en aquellos procedimientos instados por los migrantes “irregulares” para lograr la regularización de su status migratorio y su permanencia en territorio nacional, máxime que es evidente que estos procedimientos constituyen un medio de defensa con el fin de evitar una eventual deportación así como para que, de ser el caso, sea restituida la libertad de los migrantes “alojados” en las estaciones migratorias.

En efecto, si la resolución de estos procedimientos tendientes a regular la situación migratoria es desfavorable para los migrantes, ello provocara su eventual deportación o, en su caso, que los propios migrantes, al no tener ya otra opción viable, soliciten el retorno asistido a su país de origen, muchas veces ante la imperiosa necesidad de que sea restituida su libertad personal que es restringida por su “alojo”.

Así las cosas, es patente el deber del Estado de otorgar el derecho de patrocinio jurídico a todo migrante en situación irregular que sea objeto de un procedimiento migratorio que directa o indirectamente pueda culminar con su expulsión del territorio nacional. Máxime que el legislador Federal, en todo tiempo del proceso legislativo de la Ley de Migración tuvo en cuenta que la política migratoria en los términos en que se asentó en la Ley de Migración, debe guiarse, entre otros, por el principio de congruencia *“de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior, en la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio, [pues] [d]e esta forma se respalda la fuerza moral en los reclamos que hace el país en foros internacionales y en el plano nacional y multilateral para favorecer la protección de los derechos de los mexicanos en el extranjero, independiente de su situación migratoria”⁶⁵.*

...

IV. ¿El acceso de la asociación civil a la estación migratoria para el ofrecimiento de servicios legales tiene por objeto condicionar la voluntad de los migrantes?

En el presente caso, por escrito de dos de febrero de dos mil dieciocho la asociación civil quejosa denominada ***** solicitó que se permitiera ingresar a las personas que conforman su equipo a las estaciones migratorias ubicadas en la Ciudad de México, Tapachula, Chiapas y Tlaxcala, Tlaxcala a partir del mes de febrero de dos mil dieciocho al mes de diciembre de dos mil veinte...

⁶⁵ ...

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

...

En ese contexto, la autoridad consideró que los derechos de los migrantes a designar un defensor jurídico de su elección, de conformidad con el artículo 19 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, operaban como un límite para que la asociación civil quejosa ofreciera sus servicios de asesoría y representación legal a los migrantes que se encontraran en las estaciones migratorias, porque al fin y al cabo, dijo la autoridad, es un acto de voluntad de los migrantes en los cuales no puede intervenir la autoridad migratoria y; además porque es una facultad de la autoridad celebrar convenios con organizaciones de la sociedad civil para permitir que estas ofrecieran servicio de asesoría y representación legal a los migrantes, sin que al momento existiera un convenio celebrado, *“ya que repercutiría en la esfera jurídica de los extranjeros que cuentan con el derecho expreso de designar o remover a sus representantes legales, en cualquier etapa de los procedimientos administrativos.”*

Como es evidente, la autoridad migratoria Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración impidió que mediante la solicitud elevada por la parte quejosa, los migrantes en situación irregular alojados en las estaciones migratorias tuvieran la posibilidad de ampliar su abanico de opciones para designar a un representante legal que les brindara la debida defensa en aquellos procedimientos de los cuales son objeto.

Bajo una incongruente apreciación de la petición de la asociación civil quejosa el Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración determinó que ante los derechos de los migrantes de designar a su representante legal así como a removerlo en cualquier etapa del procedimiento, no era el caso de autorizar a la quejosa para ofrecer y brindar sus servicios de asesoría y representación legal a los migrantes “alojados”.

Como lo expone la parte quejosa, la autoridad migratoria pasó por alto que la quejosa no solicitó que se le designara como representante legal del algún migrante en particular ni de todos los migrantes alojados en las estaciones migratorias, sino que únicamente solicitó que se le permitiera ofrecer y, en su caso, brindar a estos sus servicios de asesoría y representación legal.

De la apreciación de la solicitud de la quejosa elevada a la autoridad migratoria, ni siquiera es posible apreciar insinuación alguna de obtener el monopolio de la representación legal de los migrantes alojados en las estaciones migratorias ni de imponerse o subrogarse en la voluntad de aquellos, para efectos de ser nombrada indefectiblemente como su representante, sino solo la legítima pretensión de brindarles la posibilidad de obtener, a su elección,

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

defensa y patrocinio legal en los procedimientos migratorios de los cuales son sujetos, pero no en contra de su voluntad.

Así las cosas, el Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración resolvió la solicitud de ***** ***** ** ***** * ***** ** ***** ***** ***** ***** ***** de ofrecer y brindar sus servicios de representación legal al interior de las estaciones migratorias al amparo de un falso dilema, como si el autorizar a la quejosa para brindar sus servicios de asesoría y representación legal al interior de las estaciones migratorias implícitamente implicara lesionar el derecho de los migrantes a designar a su propio representante, cuando lo cierto es que la solicitud de la quejosa ni siquiera fue tendente a reducir el contenido y alcance de los derechos de aquellos.

...

Como se dijo, por un lado, existe la fuerte presunción de que los migrantes en situación irregular alojados en las estaciones migratorias carecen de recursos económicos y redes de apoyo en territorio nacional para designar un representante legal lo que evidentemente los convierte en un grupo vulnerable frente al poder del Estado en los procedimientos migratorios de los cuales son sujetos.

En este orden de ideas, se concluye que la respuesta a la solicitud elevada incurrió en una incongruente apreciación de la petición de la quejosa ya que la amparista de modo alguno solicitó el monopolio de la representación legal en perjuicio de la voluntad de los migrantes, sino únicamente brindarles una posibilidad de defensa ante su condición vulnerable y ante la falta de certeza que existe para garantizar este derecho en la legislación; y, frente a ello, la autoridad migratoria bajo una apreciación incongruente de tal solicitud hizo nugatorio a la asociación civil quejosa el derecho a ejercer su objeto social en relación a la defensa del colectivo de los migrantes a fin de tener acceso a un mayor abanico de opciones para acceder a la defensa y representación legal a la que tienen derecho en los procedimientos migratorios de los cuales sean sujetos.

V. *El Derecho fundamental a defender los derechos*

La falta de congruencia del acto reclamado lesionó los derechos de la amparista, pues no existía impedimento alguno para que la autoridad migratoria negara la autorización elevada por la sociedad civil quejosa para ofrecer y brindar sus servicios de asesoría y representación legal al interior de las estaciones migratorias, pues de conformidad con el derecho humano a defender los derechos humanos, así como de las diversas disposiciones jurídicas legales, reglamentarias y administrativas en materia de migración, la asociación civil

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

quejosa ***** ***** ** ***** * ***** ** ** ***** *****
***** ***** sí tiene el derecho a defender los derechos humanos de los
migrantes en el interior de las estaciones migratorias.

En la Constitución Federal no se encuentra la denominación expresa del derecho fundamental a defender los derechos; sin embargo, su reconocimiento es implícito en el orden constitucional y convencional.

El derecho a defender los derechos humanos y las posibilidades de su ejercicio individual o colectivo se derivan del reconocimiento expreso de otros derechos humanos fundamentales.

El eje rector del derecho fundamental a defender los derechos es el derecho humano a la libertad de oficio o profesión contemplada en el artículo 5° de la Constitución Federal, el cual señala que a ninguna persona podrá se le podrá impedir que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siempre y cuando sean lícitos.

Del derecho a la libertad de profesión que también protege la libertad de oficio nace la prerrogativa de dedicarse a la defensa de los derechos humanos, ya sea con la finalidad de obtener una remuneración económica como medio de subsistencia o por la mera satisfacción que esta actividad supone para la autorrealización de quienes la ejercen.

A partir del reconocimiento de la contribución social que los defensores de derecho humanos realizan para la sociedad y de las dificultades que supone el ejercicio de su labor, el 9 de diciembre de 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Sobre el Derecho y Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidas, mejor conocida como la “Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos”, misma que invocó la quejosa en su demanda de amparo.

Si bien dicha declaración no es un instrumento vinculante, como afirmó la amparista, tiene carácter orientador.

...

En el artículo 5 de la citada declaración se reconoce que para llevar a cabo la defensa de los derechos humanos es necesario a su vez, el ejercicio de otros derechos, como el derecho de reunión o manifestación pacíficas, el derecho de asociación, el derecho a la libertad de expresión así como el derecho de petición⁶⁸; por su parte, del artículo 6 de la “Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos” se advierte que el derecho fundamental a defender los derechos también implica el ejercicio de los derechos humanos de petición

68 ...

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

y de acceso a la información, así como de las libertades de expresión y de conciencia⁶⁹.

...

Bajo ese contexto, es posible afirmar que las actividades que se lleven a cabo con el propósito de defender los derechos humanos, a su vez se encuentran protegidas por las disposiciones constitucionales y convencionales que garantizan el ejercicio de aquellos otros derechos humanos fundamentales que componen el derecho a defender los derechos.

Hablar del derecho a defender los derechos humanos no es otra cosa sino reconocer que las personas tienen la posibilidad de decidir ejercer sus derechos humanos con fines altruistas: defender los derechos humanos de las demás personas.

Incluso el legislador Federal ha reconocido este derecho humano, al expedir la Ley Para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, cuyo objeto y fin es implementar y operar las Medidas de Prevención, Medidas Preventivas y Medidas Urgentes de Protección que garanticen la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas que se encuentren en situación de riesgo como consecuencia de la defensa o promoción de los derechos humanos, y del ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo. Es decir desarrollar garantías suficientes para la protección del derecho fundamental a defender los derechos, entre otros⁷⁰. Legislaciones similares se han adoptado al interior de algunas entidades federativas.

Considerando el contexto de vulnerabilidad de los migrantes este Juez de Distrito interpreta que el derecho a defender los derechos humanos de ese colectivo exige una tutela judicial reforzada y efectiva por parte del Estado Mexicano.

Si el Estado es responsable de garantizar las obligaciones genéricas de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos que se desprenden de una interpretación armónica del artículo 1º constitucional, 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es evidente que al tutelar los derechos humanos que se ejercen para el fin altruista de la promoción y defensa de los derechos el Estado no sólo garantiza los derechos humanos de los defensores de derechos, sino que con ello, también, se abona e incentiva el ejercicio de una labor que redundará en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos de las personas que son beneficiadas por la labor que los particulares realizan en torno a la promoción y defensa de los derechos humanos.

⁶⁹ ...

⁷⁰ ...

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

...

Es ese contexto, el respeto del derecho fundamental a defender los derechos exige una tutela reforzada y efectiva con el fin de evitar que agentes del Estado o particulares disuadan de forma ilegítima o impongan trabas excesivas para el ejercicio del derecho fundamental a defender los derechos. De modo contrario, no sólo se dejaría de tutelar el derecho fundamental a defender los derechos, sino también los derechos de otras personas que sean susceptibles de beneficiarse de la labor altruista de defensa y promoción de los derechos humanos.

Ahora bien, cuando diversas personas se asocian con fines de permanencia, en ejercicio de su libertad de asociación prevista en los artículo 9º constitucional, 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el fin de defender los derechos humanos, a través de la creación de una nueva persona jurídica con ese objeto social⁷¹, esta nueva persona creada por los asociados a su vez es titular del derecho fundamental a defender los derechos humanos.

... De modo que si el objeto societario de la persona moral se identifica con la defensa de los derechos humanos podrá adscribirse a esta la titularidad del derecho fundamental a defender los derechos humanos.

De igual modo cabe señalar que no es posible sostener una connotación restringida de la libertad de asociación que culmine cuando ciertas personas en su ejercicio forman una nueva persona jurídica titular de derechos propios, sino que la libertad de asociación también tutela que esta nueva persona moral tenga la posibilidad de realizar el objeto para el cual fue creada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el derecho de asociación consiste tanto en la facultad de construir una nueva organización así como la posibilidad de que este nuevo ente ponga en marcha sus actividades y programa de acción sin que existan intervenciones ilegítimas que limiten o entorpezcan ello.

Según cito la parte quejosa (foja 007) en el Caso Ricardo Baena y otros vs Panamá se reconoció que:

156. Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental

71 ...

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.

Mutatis mutandi, es posible sostener que la libertad de asociación también garantiza la posibilidad de que las asociaciones civiles creadas para un fin lícito tengan la posibilidad de realizar el objeto para el cual fueron creadas por aquella suma de voluntades individuales.

En este orden de ideas, toca decir que las personas jurídicas también son titulares de los derechos fundamentales de libertad de ideológica y de expresión, petición, acceso a la información y del mismo derecho de petición, los cuales pueden ejercerse con el fin de promocionar y defender los derechos humanos.

Ello es así, pues los anteriores derechos fundamentales señalados dada su naturaleza, son susceptibles de ser atribuidos a las personas morales, en el entendido de que el contenido y alcance de cada uno de los derechos referidos debe de acotarse según los actos lícitos que son susceptibles de realizarse por las diversas personas morales para la consecución de su objeto societario, a través de sus representantes o agentes.

...

En suma, derivado del derecho fundamental de libertad de asociación, así como de libertad de oficio y profesión y de los demás derechos fundamentales que son atribuibles a las personas morales en los términos expuestos, es posible concluir que las asociaciones civiles tienen derecho a realizar su objeto social, como lo puede ser la defensa de los derechos humanos y por ende son titulares del derecho fundamental a defender los derechos cuando hayan sido creadas para dicho fin.

Tal derecho le asiste a la parte quejosa pues como se dijo en el capítulo de antecedentes del presente fallo, fue constituida con el fin de realizar diversas actividades para la promoción y defensa de los derechos humanos.

VI. *Las asociaciones civiles tienen derecho a ingresar a las estaciones migratorias con fines de realizar labores humanitarias y de asistencia jurídica a migrantes relacionadas con su objeto social, en términos de la Ley de Migración, su Reglamento y del "ACUERDO por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración".*

Toca justificar porque las asociaciones civiles, al amparo de la Ley de Migración y disposiciones jurídicas en la materia, sí tienen el derecho a ingresar a las estaciones migratorias a realizar acciones relacionadas con su objeto social

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

a favor de la población migrante en presunta situación irregular y en el interior de las estaciones migratorias, de modo que a las asociaciones civiles les asiste el derecho a ofrecer a los migrantes servicios de asesoría y representación legal, siempre y cuando ello esté relacionado con su objeto societario.

...

En el marco de la Ley de Migración se reconoce que las estaciones migratorias son las instalaciones físicas que establece el Instituto Nacional de Migración para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación jurídica⁷³.

...

De los documentos que informan el proceso legislativo de la Ley de Migración no se advierte expresamente cuáles fueron las razones concretas por las que el legislador federal estableciera la obligación de las autoridades migratorias de facilitar el acceso a las organizaciones de la sociedad civil a las estaciones migratorias.

Lo cierto es que desde la exposición de motivos de la Ley de Migración, así como en el dictamen de la Cámara de Senadores de la citada legislación, se reconoció la labor humanitaria y de asistencia a los migrantes que realiza la sociedad civil organizada, razón por la cual el legislador mencionó durante el proceso legislativo que ante ello debería otorgarse a las asociaciones civiles, por ejemplo, la concesión relativa a que el Instituto Nacional de Migración tiene prohibido realizar visitas de verificación en los lugares pertenecientes a dichas agrupaciones de la sociedad civil⁷⁶. Ello, en los términos siguientes:

“Otro elementos fundamental de la iniciativa que hoy se presenta, es el reconocimiento a la labor humanitaria y de asistencia a los migrantes que realiza la sociedad civil organizada, por lo que se prohíbe expresamente que el Instituto realice visitas de verificación en estos lugares y se faculta a la Secretaría de Gobernación a celebrar convenios para coadyuvar con estas organizaciones en sus actos humanitarios en beneficio de los migrantes y con las autoridades de los tres órdenes de gobierno para establecer acciones de coordinación en materia de prevención, persecución y atención a los migrantes víctimas de delito. Con ello se refuerza la labor del Estado Mexicano para garantizar acciones conjuntas que eviten la impunidad y combatan a la delincuencia que afecta a los migrantes.”

Lo anterior, permite inferir que fue también el reconocimiento de la labor humanitaria que realizan las organizaciones de la sociedad civil en favor de los migrantes lo que llevó al legislador federal a establecer la prerrogativa de las asociaciones civiles de ingresar a las diversas estaciones migratorias con

⁷³ ...

⁷⁶ ...

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

la correlativa obligación de la autoridad de facilitar el acceso para tal efecto, precisamente con el fin de realizar tales fines, humanitarios y de asistencia a migrantes.

Ello, con independencia que las organizaciones de la sociedad civil se constituyan como una integración jurídica formal que dé lugar a una nueva persona jurídica, o bien que sólo se presenten como grupos colectivos organizados con fines de permanencia.

Dicho de otro modo, este Juzgador interpreta de forma sistemática y teológica los artículos 107, último párrafo y 76 de la Ley de Migración, en el sentido de que la política migratoria acogida por el legislador federal en la Ley Migratoria reconoce el altruismo social y permite su ejercicio incluso al interior de las estaciones migratorias por parte de los diversos integrantes de las asociaciones civiles como lo es la quejosa.

En tal contexto, las normas que faciliten el acceso de las personas o las asociaciones civiles a las estaciones migratorias deben ser interpretadas a la luz de su derecho fundamental a defender los derechos humanos, el cual se compone de la serie de derechos fundamentales que ya han sido precisados.

...

..., los requisitos necesarios para ingresar a las citadas estaciones, según el artículo 34 del citado “ACUERDO” son que las organizaciones de la sociedad civil presenten: a) una petición libre por escrito suscrita por el representante legal del organismo, en la que se señalen los nombres y diversos datos de los integrantes de las personas de la sociedad civil cuyo ingreso se solicita a la estación migratoria y en caso de que un miembro de la asociación civil sea extranjero habrá de acreditarse con el documento idóneo su situación migratoria en el país; b) la calendarización de las actividades que se pretenden realizar, las cuales deben estar relacionadas con el objeto social de la sociedad referido en el acta constitutiva, la cual deberá exhibirse para su cotejo⁷⁸.

Como ya se dijo, considerando el contexto de vulnerabilidad de los migrantes este Juez de Distrito interpreta que el derecho a defender los derechos humanos de ese colectivo exige una tutela judicial reforzada y efectiva por parte del Estado Mexicano.

En ese orden de ideas, este Juzgador encuentra que de la interpretación teológica y armónica de los artículos 5, 9 y 17 constitucionales, así como los diversos 107, último párrafo de la Ley de Migración, 224, fracción V, en relación con su último párrafo, del Reglamento de la Ley de Migración y 32, fracción V, y 34 del “ACUERDO por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional

78 ...

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

de Migración” se desprende que las organizaciones de la sociedad civil tienen derecho a ingresar a las estaciones migratorias para realizar actividades relacionadas con su objeto social a favor de los migrantes alojados, lo que incluye el derecho de las asociaciones civiles como la quejosa a ingresar a las estaciones migratorias a ofrecer asistencia jurídica a los migrantes allí alojados.

En tal contexto, por un lado, los migrantes en situación irregular en territorio Mexicano se ubican en un contexto de vulnerabilidad y en riesgo de incomunicación e indefensión en atención al alcance de los procedimientos migratorios sobre su esfera jurídica y a las características del aislamiento que de facto implica su alojamiento en las estaciones migratorias; y, por otro, las asociaciones civiles dedicadas en términos de su objeto social a la defensa de los derechos humanos tienen el derecho a ofrecer servicios de asesoría y representación legal a los migrantes al interior de las estaciones migratorias donde se encuentran “alojados”, a la luz de las normas citadas en el párrafo anterior.

Lo anterior, lleva indefectiblemente a concluir que el derecho a defender los derechos de los migrantes, para que sea efectivo y no ilusorio debe ejercerse en el contexto espacial en que los sujetos vulnerables se hayan en riesgo de incomunicación, es decir, al interior de las estaciones migratorias.

VII. El derecho fundamental a defender los Derechos Humanos de los Migrantes resulta afectado en su contenido esencial por el acto de autoridad que impide el acceso efectivo a las estaciones migratorias.

...

Como se adelantó, la respuesta a la solicitud elevada incurrió en una incongruente apreciación de la petición de la quejosa ya que la amparista de modo alguno solicitó el monopolio de la representación legal en perjuicio de la voluntad de los migrantes, sino únicamente brindarles una posibilidad de defensa ante su condición vulnerable y ante la falta de certeza que existe para garantizar este derecho en la legislación; y, frente a ello, la autoridad migratoria bajo una apreciación incongruente de la solicitud hizo nugatorio el derecho de la quejosa a defender los derechos humanos del colectivo de los migrantes a fin de tener acceso a un mayor abanico de opciones para acceder a la defensa y representación legal a la que tienen derecho en los procedimientos migratorios de los cuales sean sujetos.

Bajo dicha apreciación incongruente el Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración, también restringió la posibilidad de la quejosa de

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

defender en forma efectiva los derechos humanos de los migrantes al interior de las estaciones migratorias así como a realizar su objeto social al interior de las estaciones migratorias que lo es la propia defensa y promoción de los derechos humanos, sin fundamento alguno, pues la asociación civil quejosa tiene derecho a realizar dicha actividad, de conformidad con el derecho fundamental a defender los derechos del cual es titular y al amparo de los artículos 5, 9 y 17 constitucionales, así como del precepto 107, último párrafo de la Ley de Migración, artículo 224, fracción V, en relación con su último párrafo, del Reglamento de la Ley de Migración, y artículos 32, fracción V, y 34 del “ACUERDO por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración.

En ese sentido, el acto reclamado del Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración llegó al grado de afectar en su contenido esencial el derecho fundamental de la asociación civil quejosa a defender los derechos humanos de los migrantes en situación irregular alojados en las estaciones migratorias.

...

En este contexto, es evidente que si no se permite a la parte quejosa ingresar a las estaciones migratorias a ofrecer y brindar a favor de los migrantes sus servicios de asesoría y representación legal, se veda totalmente su posibilidad de defender los derechos humanos a favor de los migrantes alojados en las estaciones migratorias y su derecho a realizar su objeto social a favor de los migrantes en el interior de aquellas. En efecto, pues ante la restricción de la libertad de los migrantes alojados, no existe algún otro lugar ni alguna otra forma para que la asociación civil quejosa ofrezca sus servicios de asesoría y representación legal a dicho grupo vulnerable.

Así las cosas, el acto reclamado de la autoridad responsable Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración también fue contrario al deber de las autoridades migratorias que tuvieron y tienen de abstenerse a imponer cualquier traba ilegítima a la solicitud de la amparista, debido a que el respeto del derecho fundamental a defender los derechos exige una tutela reforzada con el fin de evitar que agentes del Estado disuadan de forma ilegítima el ejercicio de este derecho humano, ya que el actuar de forma contraria a lo que exige este derecho no sólo implica dejar de tutelar el derecho fundamental a defender los derechos, sino también los derechos de otras personas que sean susceptibles de beneficiarse de la labor altruista de defensa y promoción de los derechos humanos, como en el presente caso lo fueron los migrantes alojados al interior de las estaciones migratorias.

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

...

En virtud de todo lo anterior, se concluye que la autoridad migratoria Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración debió resolver de modo favorable la solicitud planteada y en todo caso para tutelar los derechos de los migrantes la única condición legítima que pudo haber impuesto la autoridad migratoria es que los servicios ofrecidos por la actual impetrante *****
***** * ***** * ***** * ***** * ***** * ***** * ***** * *****
se prestaran de forma gratuita, tal como lo exige el artículo 40 del “ACUERDO por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración”,...

Dicho precepto se presume constitucional al no ser objeto de la litis del presente juicio ni presentar vicio evidente de constitucionalidad que restrinja su invocación a este Juzgador Federal.

Lo anterior, en el entendido de que no es necesario restringir a la quejosa que ofrezca sus servicios de asesoría y representación legal a los migrantes si es omisa en señalar expresamente en su solicitud de tales servicios se ofrecerán de forma gratuita, ya que para garantizar el derecho de la población migrante al respecto basta establecer en la autorización respectiva que dichos servicios deben ofrecerse con la condición de gratuidad, ello de conformidad con una restricción estrictamente proporcional a los derechos de la amparista.

En virtud de todo lo antes expuesto, al demostrarse la inconstitucionalidad del acto reclamado lo procedente es conceder el amparo y protección de la justicia federal a la quejosa la quejosa ***** ***** * ***** * ***** * ***** * ***** * ***** * ***** para los efectos que se señalan en el siguiente considerando:

DÉCIMO. Efectos. Con el fin de restituir en el pleno goce de los derechos fundamentales a la parte quejosa ***** ***** * ***** * ***** * ***** * ***** * ***** * ***** se ordena a la autoridad responsable Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración a llevar a cabo los siguientes actos administrativos, una vez que esta sentencia quede firme:

I. Dejar sin efectos el acto reclamado, específicamente en la parte que contiene la negativa en el oficio No. ***** de veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, para que la quejosa ofrezca sus servicios de asesoría y representación legal a los migrantes alojados en las estaciones migratorias de la Ciudad de México, Tapachula, Chiapas y Tlaxcala, Tlaxcala a las que solicitó acceso.

II. En el entendido de que no se deberá dejar sin efectos el oficio No. ***** de veintiocho de febrero de dos mil dieciocho en

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

la parte en que se autorizó , con una vigencia anual, una vez por semana en un horario de diez a catorce horas, el ingreso del personal de la asociación civil denominada ***** ** ***** * ***** ** *** ***** ***** ***** ***** a las estaciones migratorias ubicadas en la Ciudad de México, Tapachula, Chiapas y Tlaxcala, Tlaxcala para llevar a cabo las actividades consistentes en brindar talleres informativos en materia de derechos humanos de los migrantes y el levantamiento de información sobre posibles violaciones sistemáticas a los derechos humanos de los migrantes relacionadas con el procedimiento administrativo migratorio y las condiciones humanitarias, sanitarias y alimenticias de las estaciones migratorias, pues dicha autorización contenida en el citado oficio no fue impugnada por la parte quejosa en el presente sumario, al ser favorable a sus intereses.

III. Hecho ello, la autoridad responsable Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración deberá de emitir un nuevo oficio en el que en atención a los lineamientos expuestos en esta ejecutoria autorice a la quejosa ***** ***** ** ***** * ***** ** *** ***** ***** ***** ***** a ingresar a las estaciones migratorias a las cuales solicitó acceso para ofrecer sus servicios de asesoría y representación legal a los migrantes alojados en las mismas, en el entendido de que deberá establecer la condición de que dicho servicio se ofrezca en condiciones de gratuidad, de conformidad con el artículo 40 del “ACUERDO por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración”.

IV. Dicha autorización deberá tener una vigencia anual, a partir de del día siguiente hábil a su expedición, toda vez que los efectos de la protección constitucional deben restablecer a la parte quejosa en el goce de sus derechos vulnerados como si la violación nunca hubiere existido, y en el presente caso la autorización que le fue negada a la amparista debe tener una vigencia anual a partir del día siguiente hábil a su expedición, en términos del artículo 35 del “ACUERDO por el que se emiten las normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración”, el cual establece:

“Artículo 35.- La Dirección General emitirá la respuesta correspondiente dentro de los quince días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de inscripción en el Directorio de Ingreso Autorizado a Estaciones Migratorias o a las Estancias Provisionales. En caso de no existir pronunciamiento transcurrido el plazo señalado, la solicitud se entenderá resuelta en sentido negativo.

Si la solicitud de inscripción es resuelta afirmativamente, la requirente podrá ingresar a las Estaciones Migratorias o Estancias Provisionales de que se trate, a realizar las ac-

DERECHO DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS...

tividades expresamente autorizadas y en las fechas y horarios que formalmente se precisen. Durante su ingreso y estancia deberán observar lo establecido en las presentes Normas y demás disposiciones jurídicas aplicables.

La autorización a que se refiere este artículo permitirá el ingreso y la realización de las actividades autorizadas en cualquiera de las Estaciones Migratorias o de las Estancias Provisionales en las que fue solicitado, en las fechas y horarios autorizados. Dicha autorización tendrá vigencia de un año calendario, contado a partir del día hábil siguiente a la fecha de autorización.”

Así las cosas, es necesario expedir la autorización en los términos citados con el fin de reestablecer a la quejosa en el pleno goce de sus derechos vulnerados.

V. Finalmente, la autoridad responsable Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración deberá de abstenerse de prohibir en lo futuro a la asociación civil quejosa ***** que ofrezca y brinde sus servicios de asesoría y representación legal al interior de las estaciones migratorias, siempre y cuando la citada asociación civil cumpla con todos los requisitos necesarios para ingresar a las estaciones migratorias en términos de la legislación y disposiciones jurídicas vigentes en materia de migración y no exista modificación a dichas normas que incluya prohibición expresa al respecto.

Lo anterior es así, pues el artículo 77, fracción II, de la Ley de Amparo señala que cuando el acto reclamado sea de carácter negativo — o implique una omisión— se deberá obligar a la responsable a respetar el derecho humano de que se trata y a cumplir con lo que el mismo exija⁷⁹.

De ahí que si en el presente caso, el acto reclamado fue un acto de positivo —emisión del oficio No. ***** — pero con efectos negativos de prohibir a la quejosa ofrecer sus servicios de asesoría y representación legal al interior de las estaciones migratorias, es el caso que para reparar a la quejosa en el pleno goce de los derechos violados debe estarse por analogía a lo dispuesto por el artículo 77, fracción II, de la Ley de Amparo, y ordenar a la responsable respetar los derechos violados de la amparista a defender los derechos humanos al interior de las estaciones migratorias, en los términos apuntados. Es decir, que deberá de abstenerse de prohibir en lo futuro a la asociación civil quejosa que ofrezca y brinde sus servicios de asesoría y representación legal al interior de las estaciones migratorias, siempre y cuando la citada asociación civil cumpla con todos los requisitos necesarios para ingresar a las estaciones migratorias en términos de la legislación y disposiciones jurídicas vigentes en materia de migración y no exista modificación a dichas normas que incluya prohibición expresa al respecto.

JUEZ OCTAVO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA...

Finalmente, cabe señalar que esta sentencia no impide a la autoridad responsable denominada Director de Estaciones Migratorias de la Dirección General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración ni a cualquier otra autoridad migratoria competente, que se otorgue autorización a otras asociaciones distintas de la sociedad civil quejosa, que soliciten ingresar al interior de las estaciones migratorias para ofrecer y, en su caso, brindar servicios de asesoría y representación legal a favor de los migrantes “alojados” en dichas instalaciones.

Por lo expuesto, fundado y con apoyo en los artículos 73, 74, 77, 119, 123, 124, 197 y 217 de la Ley de Amparo, se

R E S U E L V E:

ÚNICO. La Justicia de la Unión Ampara y Protege a la parte quejosa

***** contra el acto reclamado que se atribuye a la autoridad responsable Director General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración precisado en el considerando CUARTO de este fallo y para los efectos precisados en el diverso considerando DECIMO. Notifíquese; y personalmente a la parte quejosa. Realícense las anotaciones en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE)

Así, lo resolvió y firma Fernando Silva García, Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa la Ciudad de México, hasta hoy veintinueve de junio de dos mil dieciocho; quien actúa con Juan Carlos Elizalde Hernández, Secretario que autoriza.-

Doy fe.