



Universidad Dr. José Matías Delgado

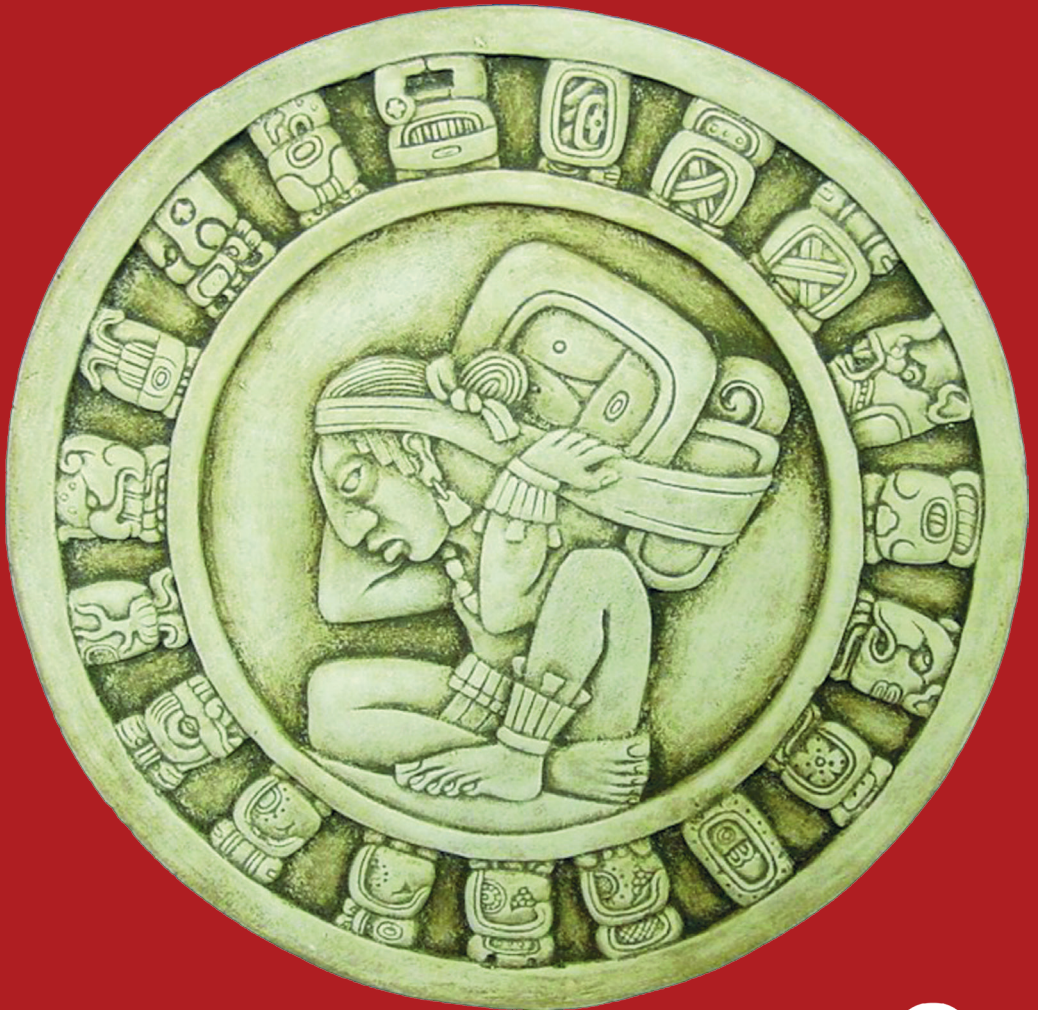
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Instituto de Investigación Jurídica

ISSN:2305-3909

ANUARIO 2011

Diciembre - Número 5



Certificado N° SC 2754-1



Comisión de la Acreditación de la
Calidad de la Educación Superior
UNIVERSIDAD "DR. JOSÉ MATÍAS
DELGADO" (UJMD)
ACREDITADA
2008-2013



IIJ

Universidad Dr. José Matías Delgado

Dr. David Escobar Galindo
Rector

Dr. José Enrique Sorto Campbell
Vicerrector

Dr. Fernando B. Castellanos
Vicerrector Académico

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Dr. José Enrique Sorto Campbell
Decano

Instituto de Investigación Jurídica

Dr. René Fortín Magaña
Director

Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Subdirector

ANUARIO

Año 5 - Número 5 - Diciembre 2011

Revista anual editada por el Instituto de Investigación Jurídica
de la Universidad Dr. José Matías Delgado

ANUARIO

Año 5 - Número 5 - Diciembre 2011

Director Editorial: Dr. René Fortín Magaña
Coordinación de la edición: Lcda. Iris Hernández Díaz
Corrección de estilo y gramatical: Lic. Gerardo Márquez
Impresión: Talleres Gráficos, UCA

Esta edición y sus características son propiedad de la

**Universidad Dr. José Matías Delgado,
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Instituto de Investigación Jurídica.**

Calle el Pedregal y Av. Finca el Espino, Campus II (Ed. Nte. 2do Nivel)
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador, Centroamérica.

Teléfono: (503) 2278- 1011 ext. 233

Telefax: (503) 2278- 1011 ext. 249

E-mail: investigacionjuridica@ujmd.edu.sv

<http://ijj.ujmd.edu.sv>

El contenido de los artículos es responsabilidad de cada autor.

Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido, por cualquier medio,
sin la autorización escrita de la Universidad o en su caso de cada autor.

Hecho el depósito que manda la ley

Derechos Reservados

ISSN: **2305-3909**

Impreso en El Salvador.

CONTENIDO

I. Editorial	7
II. Artículos	
Inconstitucionalidad por Omisión Pedro Antonio Enríquez Soto.....	11
Omisiones Parciales del Legislador y Sentencias Aditivas Giovanni A. Figueroa Mejía.....	53
Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia Jorge Carpizo.....	93
Reelección del titular del Poder Ejecutivo en las Américas René Fortín Magaña	175
Democracia y Derechos Humanos José Zalaquett	199
Los Partidos Políticos Andrés Stambouli.....	227

**La Cooperación Internacional para la Promoción
y Defensa de la Democracia**

Pedro Nikken 237

III. Jurisprudencia

Resolución de Corte Plena a Querrela Presentada
al Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional
Española por Crímenes del Lesa Humanidad y
Terrorismo en Contra de Militares Salvadoreños. 267

Sentencia de Hábeas Corpus 295-2011 392

Resolución de Corte Plena 403

Voto razonado de la Magistrada doctora
Mirna Antonieta Perla Jiménez 415

I

Editorial

EDITORIAL

El presente número del Anuario del Instituto de Investigación Jurídica es portador de una cuidadosa selección de artículos de gran actualidad en materia constitucional y en otros campos en que la innovación jurídica constituye una tendencia sobresaliente. Tanto la calidad de los trabajos incluidos como el prestigio de sus autores contribuirán sin duda a ampliar el conocimiento de sus lectores en particular catedráticos, estudiantes y profesionales dedicados al estudio y análisis de las respectivas materias, particularmente el derecho constitucional. Sin duda hace falta una mayor capacidad crítica en el estudio de nuestra legislación constitucional ante las múltiples controversias que se suscitan entre los órganos supremos del Estado, controversias que algunos estiman como fuentes potenciales de una crisis institucional.

Es usual que un editorial de este género sea una presentación comentada de los distintos temas y autores que el índice contiene y su propósito sea despertar el interés por el contenido de cada uno de los artículos incluidos.

Sin embargo en esta oportunidad hemos considerado hacer una excepción en tanto entre los trabajos incluidos sobresale por su importancia, extensión y profundidad el denominado “Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad en Democracia”, obra del ilustre constitucionalista mejicano Dr. Jorge Carpizo. En efecto, existen dos poderosos motivos como fuente de esta decisión: el primero la calidad, oportunidad y utilidad del trabajo; pero más importante aun ha sido el fallecimiento del Dr.

Carpizo durante el período de preparación del anuario, circunstancia que convierte sus documentos en un verdadero testamento jurídico político de impresionante valor en la solución de la problemática de inseguridad y violencia que aqueja a su país.

El Dr. Carpizo, fue uno de los constitucionalistas más sobresalientes de Méjico y de América Latina. Al momento de su deceso era el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional tanto por sus múltiples escritos en materia constitucional como por los honrosos cargos que desempeñó en el gobierno Federal y en la Universidad Nacional Autónoma de su país.

Jorge Carpizo doctor en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); investigador Emérito adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.; Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigaciones, Presidente Iberoamericano de Derecho Constitucional. Publicó 20 libros entre los que destacan “La Constitución Mejicana de 1917”, “El Presidencialismo Mejicano”. Ha sido catedrático en las Universidades de la UNAM, profesor en los estudios de posgrado de la Universidad Complutense de Madrid, Titular de la Cátedra de Estudios Mejicanos de la Universidad de Amberes y Categoría Especial de profesor de la Universidad de La Habana.

En la presentación hecha por el Dr. Carpizo comienza por afirmar: “La UNAM procura estar cada día más cerca de la nación y ayudar a la solución de sus problemas”.

Por tal razón, con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, desde la Universidad se decidió convocar un foro de discusión sobre Seguridad y Justicia en Democracia que se celebró del 6 al 10 de junio de 2011 en el cual

se dio la participación de 88 especialistas en 18 mesas redondas en la que se discutieron ampliamente los temas. Los participantes fueron expertos nacionales e internacionales. De la relatoría de esta conferencia internacional sintetizamos las principales líneas del debate lo que se convirtió en la exposición de un panorama general de los problemas aludidos y de las propuestas realizadas.

El Dr. Carpizo fue escogido para elaborar el documento focal del congreso y su contenido es de una riqueza extraordinaria. En primer lugar es un diagnóstico de las causas socioculturales e históricas que caracterizan a la sociedad mejicana, los múltiples desajustes de orden político y económico y en consecuencia la necesidad de aplicar un conjunto de medidas correctivas en el terreno jurídico institucional a efecto de lograr no solamente mayor seguridad y justicia sino una sociedad más democrática.

A ese fin, el documento concluye proponiendo más de 70 medidas concretas a realizar por parte de la Instituciones públicas, la academia, la sociedad civil, la empresa privada, los medios de comunicación, etc.

La calidad, diversidad y conveniencia de las propuestas constituye un catálogo y una guía inapreciable. Para la formulación de una estrategia bien diseñada se recomienda su lectura a quienes deben participar en las actividades propias del diseño y ejecución de un plan estratégico cuya necesidad y urgencia para enfrentar nuestra problemática sin duda es apremiante.

II

Artículos

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Pedro Antonio Enríquez Soto*

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al objeto de estudio. III. Breve referencia histórica. IV. Inconstitucionalidad por omisión, concepto y naturaleza jurídica. V. Réplica a la inconstitucionalidad por omisión. VI. Inconstitucionalidad por omisión en México. a) Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, y Quintana Roo. b) El Poder Judicial Federal ante la omisión legislativa VII. Conclusión.

13

I. INTRODUCCIÓN

El célebre jurista austríaco Hans Kelsen, sostuvo que “la violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución sea por acción, sea por omisión”¹. No obstante la afirmación anterior, el control constitucional en el mundo

* Doctor en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Magistrado de la Sala Constitucional-Electoral del Poder Judicial de Nayarit. Profesor de Tiempo Completo de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit. Profesor con reconocimiento de perfil PROMEP. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel C, otorgado por CONACYT.

¹ Citado por ETO CRUZ, Gerardo. “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. IJ UNAM. México 2002. pp. 166.

se centró específicamente en la defensa de la Constitución respecto de las normas de rango inferior, a través de la acción de inconstitucionalidad, cometidas en *vía de acción* por el órgano legislativo al crear normas jurídicas contrarias al texto constitucional.

La inconstitucionalidad por omisión es uno de los temas más ingratos y erizados de controversias en los predios de la teoría constitucional y, en especial, del derecho procesal constitucional. El artesanal teórico en este campo de batalla provoca más de una argumentación polémica de calibre desigual, bien sea por quienes asumen el reconocimiento del fenómeno y tratan de encontrar el mecanismo de solución (*posición a favor*) o de aquellos que niegan su existencia (*posición en contra*). Con todo, más allá de estas posturas, el tema que sigue motivando reflexiones es el de encontrar los antídotos o los mecanismos idóneos para conjurar este mal endémico y generalizado en los Estados constitucionales contemporáneos: afirmar la eficacia plena de las normas constitucionales.²

Mas que pretender alimentar un debate, a mi juicio ocioso, entre las posiciones a favor o en contra de la existencia de inconstitucionalidad por omisión; lo evidente es que la norma jurídica, cualesquiera que ésta sea, puede ser violentada por una conducta imputable a una persona, sea por acción o por omisión; la Constitución no escapa a esa posibilidad. Partiendo de esta premisa resulta lógico que existan mecanismos de control para evitar violaciones por la vía de omisión, al texto constitucional, el propio Kelsen sostuvo que una Constitución a la que le falta la garantía de su propia defensa, técnicamente no es una Constitución.

A pesar de la tradición constitucional de establecer solo mecanismos de control para sancionar o evitar violaciones constitucionales por vía de acción mediante normas jurídicas contrarias a la Constitución, el neoconstitucionalismo³ de finales del siglo XX y

² Ídem pp. 165.

³ Sobre neoconstitucionalismo se recomienda la obra "Neoconstitucionalismo(s)", edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. México 2003.

seguramente del presente siglo, ha vuelto los ojos a una vía distinta de posible vulneración de la norma suprema, la inconstitucionalidad por omisión.

El incumplimiento por parte de los poderes del Estado de aquellas acciones necesarias para la efectiva vigencia de los derechos consagrados por la Constitución constituye una patología del orden jurídico que reclama pronta respuesta.⁴

El carácter supremo de la Constitución, por sí solo no garantiza la vigencia y supremacía constitucional; el poder público, léase poder legislativo, ejecutivo y judicial, en el ejercicio de sus atribuciones pueden violentar o trastocar el orden constitucional, al ejecutar actos u omisiones contrarios a la norma constituyente. De ahí que la propia Constitución establezca mecanismos de auto-control con la finalidad de preservar la voluntad popular del estado expresada a través de la carta magna.

El presente estudio procura abordar un análisis teórico de la inconstitucionalidad por omisión, partiendo de su antecedente histórico en el mundo, su conceptualización del objeto de estudio, la naturaleza jurídica y las formas procesales que la doctrina aporta para ejercitar esta acción, desde luego confrontar las posiciones antagónicas que niegan la existencia de este instrumento de control constitucional, son parte de éste análisis. Específicamente el presente trabajo pretende analizar el caso mexicano, con la aparición por vez primera de esta institución curiosamente no en el derecho federal, sino en la legislación local de la entidad federativa de Veracruz, figura que ha sido emulada por cuatro estados más del país, pero con características distintas entre sí; asimismo examinar para el caso federal, como ha resuelto el problema de inconstitucionalidad por omisión el Poder Judicial de la Federación.

⁴ SAGÜES, María Sofía. "Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión". *Derecho Procesal Constitucional*. Ferrer MacGregor, Eduardo coordinador. Tomo III, Porrúa, México 2002, pp. 2500.

Sirva entonces las presentes líneas para aproximar el estudio de una de las figuras de control constitucional que sin duda están llamadas a ponerse en la palestra del neoconstitucionalismo del siglo XXI en el mundo y en el que la democracia mexicana no puede escapar de ello.

II. APROXIMACIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO

La concepción de la Constitución como verdadera norma jurídica suprema lleva a la necesidad de que el proyecto que diseña para la comunidad de referencia deba ser objeto del oportuno desarrollo y cumplimiento en aras a su efectiva realización.⁵ Para que la Constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, y que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la Constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.⁶

El jurista italiano Ricardo Guastini,⁷ al plantear su tesis sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico, establece siete

⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. "La omisión legislativa en la Constitución del estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto". *Justicia Constitucional Local*. Ferrer mac-Gregor, Eduardo y Vega Hernández Rodolfo coordinadores. Ed. FUNDAp. México 2003. pp. 145.

⁶ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Ed. Ediar, Buenos Aires 1995, pp. 19-20.

⁷ GUASTINI, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico." *Neoconstitucionalismo* op. cit.

condiciones o requisitos que debe contener un ordenamiento para ser considerado como “impregnado por las normas constitucionales”. 1. Una Constitución rígida. 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución. 3. La fuerza vinculante de la Constitución. 4. La sobreinterpretación de la Constitución. 5. La aplicación directa de las normas constitucionales. 6. la interpretación conforme de las leyes. y 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

El primer requisito citado *supra*, implica que la rigidez constitucional debe materializarse en una Constitución escrita y protegida contra la legislación ordinaria. Así pues, cuando una Constitución rígida está en vigor, es menester distinguir dos niveles jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de revisión constitucional).⁸ Es evidente que la legislación ordinaria se encuentra subordinada a la legislación constitucional en razón del principio de supremacía constitucional, cuya característica corresponde a todo estado constitucional de derecho.

La segunda condición prevista por Guastini, tiene su fundamento en la garantía jurisdiccional de la Constitución. No podría darse la rigidez constitucional y menos aún la supremacía, si la norma constitucional no contempla instrumentos que aseguren su vigencia y superioridad respecto del ordenamiento jurídico ordinario; el estado constitucional garantiza el carácter supremo mediante controles diversos que permiten afianzar la supremacía constitucional.

Pueden identificarse dos modelos de control constitucional en el mundo con características bien definidas⁹:

- a) El modelo Estadounidense: control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*. Este instrumento de control, es ejercido por cada juez en el ámbito de su competencia jurisdiccional. La ley inconstitucional entra en vigor y se aplica mientras no haya sido declarada inconstitucional.

⁸ Ídem. pp. 51.

⁹ Ídem.

La decisión de inconstitucionalidad no produce efectos generales sino solo para las partes que integran la decisión constitucional.

- b) Modelo Francés: control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*, este control lo ejerce de forma concentrada un Tribunal Constitucional *ex profeso* para ello; mediante este sistema se impide la entrada en vigor de la ley inconstitucional, sin embargo éste tipo de control no siempre asegura una total conformidad de las leyes con la Constitución, porque los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden predecirse antes de su entrada en vigor, sino que se requiere que la misma se aplique a casos concretos para determinar sus efectos.

La tercera condición referida a la fuerza vinculante de la Constitución, tiene en gran medida una relación íntima con el problema de inconstitucionalidad por omisión. La Constitución es una norma cuyo contenido no podría agotar en totalidad todas y cada una de las relaciones jurídicas susceptibles de generarse; el texto supremo del estado es una obra finita. Las constituciones no son más que un manifiesto político cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales –carentes de cualquier efecto inmediato- sino sólo las normas que se recogen por las leyes.¹⁰

El constituyente originario, al momento de culminar su obra, crea con la Constitución un conjunto de instituciones investidas de atribuciones y competencias que tienen a su cargo el ejercicio de la función estatal. Como norma esquemática, debido a su supremacía y a su fundamentalidad, la Constitución no puede explicitar una serie de contenidos materialmente constitucionales, reduciéndose

¹⁰ *Ibidem* pp. 53.

a determinar las bases sobre las cuales los órganos constituidos habrán de producir una reglamentación concreta y específica.¹¹

Las constituciones, además de definir el catálogo de derechos fundamentales del gobernado y la estructura orgánica del estado, establecen principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata, sino que requieren de una actividad del legislador ordinario para que dichos principios se materialicen a casos concretos; por otra parte las constituciones también señalan mandatos programáticos, que de la misma forma no son de aplicación directa, puesto que su objetivización depende de la realización de leyes ordinarias, que de forma exclusiva corresponde desarrollar los poderes constituidos en ejercicio de las facultades que la propia Constitución les confiere.

Precisamente es mediante la actividad ordinaria del legislador y de los demás órganos del estado, a quienes la Constitución les encomienda materializar sus principios generales, por conducto de las leyes ordinarias, para bajar la aplicación constitucional a los casos concretos y generar de tal forma la fuerza vinculante de la Constitución.

Omitir este mandato constitucional por parte de los poderes constituidos da lugar a una inconstitucionalidad por omisión.

La cuarta condición referida por Guastini, sobre la sobreinterpretación de la Constitución tiene que ver con la forma en que es interpretada la norma constitucional. Según el autor en cita, toda Constitución es susceptible de ser interpretada de dos formas: una interpretación literal (o restrictiva) y una interpretación extensiva. En el primer caso, se fundaría en la siguiente premisa “Ninguna Constitución resulta completa”¹², cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social,

¹¹ ASTUDILLO REYES, César I. “Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas”, IJ-UNAM. México 2004, pp. 87.

¹² GUASTINI, Ricardo, op cit. pp 54.

por consiguiente queda una amplia parte que no encuentra regulación constitucional. Tomando este modelo, el legislador tiene una amplia libertad de disponer en uno u otro sentido o simplemente no disponer nada, lo que lleva a una extensa discrecionalidad legislativa que se sustrae a cualquier control jurisdiccional, por la carencia de parámetros.

Tratándose de una interpretación extensiva, que es el modelo propuesto por Guastini, “la Constitución puede ser interpretada –o, más bien, sobreinterpretada- de manera tal que se le extraigan innumerables norma implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”.¹³ De tal suerte que con éste método, no existirá norma que escape a la legitimidad constitucional, la sobreinterpretación es una condición de constitucionalización.

La quinta condición de constitucionalización propuesta por el italiano Guastini, se refiere a la aplicación directa de las normas constitucionales. La tradición al respecto ha sido en el sentido de que los jueces no deben aplicar más que la ley, la Constitución no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido “concretizada” por leyes. Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas- puedan producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia.¹⁴

La interpretación conforme de las leyes, constituye la sexta condición de constitucionalización; ésta tiene que ver con la técnica de interpretación de la ley, respecto a la Constitución. La interpretación conforme es, aquella que adecua, armoniza la ley con la

¹³ Ídem.

¹⁴ Ibídem pp 55.

Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución.¹⁵

Por último, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas forma la séptima condición de constitucionalización, propuesta por Guastini, según el autor esta influencia no es fácil de precisar, pero se puede resumir en dos posiciones: en el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces y la postura de los órganos constitucionales y los actores políticos. En el primer caso la polémica estriba en la postura que los jueces deben asumir entre respetar la discrecionalidad política del legislador o discutir las decisiones legislativas. En el segundo caso, las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política, para justificar sus acciones y decisiones.¹⁶

En suma la rigidez y supremacía constitucional aparejada de la fuerza vinculante de la Constitución imponen a los poderes constituidos, por un lado, el mandato de hacer normas jurídicas conforme al texto constitucional y por otra parte generar la aplicación de la Constitución por medio de normas ordinarias que objetivicen los principios generales y programáticos contenidos en las normas constitucionales. No hacerlo así deviene una inconstitucionalidad ya sea por acción (tratándose de normas contrarias a la Constitución) o por omisión (cuando al órgano del estado se le impone el deber de crear determinada norma jurídica para hacer efectivo un mandato constitucional y éste no lo hace).

Si uno de los órganos estatales la Constitución le confiere la instrucción de desarrollar uno de sus preceptos y no lo hace, su inactividad violenta a la propia norma, pone en entredicho su supremacía y detiene el desdoblamiento normativo que debe despen-

¹⁵ *Ibidem* pp 57

¹⁶ *Ídem*.

derse de ella, produciendo un vacío legal que se traduce en un ataque a la seguridad jurídica de los individuos.¹⁷

Así, la inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando por mandato constitucional se impone el deber jurídico al órgano del estado que corresponda, de accionar en determinada materia que exige la Constitución; se trata de un deber jurídico impuesto por mandato constitucional, no de un derecho subjetivo otorgado a favor de la autoridad; no debe entonces, confundirse este mandato que implica un deber, con las facultades ordinarias que por naturaleza propia se les confiere a los órganos del estado, por la Constitución. En este sentido, hay que señalar que la Constitución puede infringirse tanto por acción como por omisión, por lo que ninguno de estos fenómenos debe ser indiferente a la técnica jurídica, que tiene que ofrecer mecanismos para enfrentarse a tales vulneraciones.¹⁸

III. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

La acción de inconstitucionalidad por omisión tiene su origen en la Constitución yugoslava de 1974, artículo 377 (no vigente)¹⁹. Posteriormente en la Constitución de Portugal de 1976, a raíz de la reforma de 1982, artículo 283²⁰. Este instrumento de tutela constitu-

¹⁷ ASTUDILLO REYES, César I, op. Cit. Pp. 87

¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit. pp 165.

¹⁹ "Art. 377: Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY".

²⁰ "Artículo 283: 1. A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de los derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales. 2. Cuando el tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente."

cional es introducido en América latina en 1988 en la Constitución brasileña y un año más tarde en la Constitución de Costa Rica. Asimismo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 336.²¹

Por otra parte, países como Austria, Estados Unidos, España, Alemania e Italia, han aportado a través de la jurisprudencia, importantes propuestas, generalmente sobre la base de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas.²²

En el caso mexicano, la acción de inconstitucionalidad por omisión es introducida por vez primera como institución del derecho constitucional local, particularmente en la Constitución del estado de Veracruz,²³ cabe apuntar que es precisamente esta entidad federativa la punta de lanza en México para hablar de una justicia constitucional local. Esta acción iniciada por los veracruzanos es al mismo tiempo seguida por otras entidades del estado mexicano; así el estado de Coahuila el 20 de marzo de 2001, publicó las reformas a la Constitución local en la que estableció mecanismos de control constitucional del ámbito estatal, sin embargo no se contempló como medio de control la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Ese mismo año de 2001, pero el día 18 de mayo, fue publicada la reforma a la Constitución Política del Estado de Tlaxcala, que al igual que las anteriores introdujo formas de garantizar la

²¹ Art. 336: "Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado de forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección."

²² MIRANDA, Jorge. "Manual de Derecho Constitucional", citado por SAGÜES, María Sofía. Op. Cit. pp. 2508.

²³ El 3 de febrero de 2000, fue publicada en la Gaceta Oficial del estado de Veracruz, la reforma constitucional, lo que muchos autores dada la gran cantidad de reformas constitucionales sufridas por la constitución de este estado, han afirmado que se trata auténticamente de una nueva constitución veracruzana

supremacía constitucional local, y en el artículo 81, incorporó las “acciones contra la omisión legislativa”.

Un año más tarde el 6 de noviembre de 2002, se publicó la reforma constitucional en el estado de Chiapas, incorporando a su legislación la jurisdicción constitucional como medio de control constitucional, y particularmente la acción por omisión legislativa en el artículo 56 fracción III, de la Constitución de ese estado.

El 28 de noviembre de 2003, fecha en que fue publicada la reforma constitucional a la Constitución de Quintana Roo, siguiendo la tónica veracruzana, se establecieron mecanismos de control constitucional y dentro de ellas la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Por su parte, en Nayarit se publicó el 15 de diciembre de 2009, la reforma constitucional que incorporó instrumentos de tutela jurisdiccional para la Constitución Nayarita, incorporando entre otras, la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Las características específicas del contenido de estas acciones de inconstitucionalidad por omisión, en cada una de las entidades federativas anteriores, serán abordadas más adelante. Es importante destacar que éste instrumento de control constitucional en México, rompió con la costumbre de las legislaciones locales de imitar las figuras jurídicas creadas por el derecho federal, es decir, éstas regularmente nacen en el derecho federal y luego son adoptadas por las legislaciones locales como propias. En el presente caso, la acción de inconstitucionalidad por omisión, tiene su origen en el derecho local veracruzano; si bien es cierto las bases de la justicia constitucional en México las encontramos a raíz de las reformas al Poder Judicial de la Federación publicadas el 31 de diciembre de 1994, en la que se otorgó facultades de control constitucional concentrado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al crearse la acción de inconstitucionalidad contra leyes y definirse las reglas de las acciones de controversia constitucional,

suscitadas entre los distintos órganos del estado mexicano. Sin embargo el constituyente permanente olvidó que las violaciones a la Constitución, también pueden darse a través de la omisión, dejando así desprotegida a la carta fundamental mexicana por no establecer un mecanismo de control para éste caso.

Ese es precisamente el mérito de los veracruzanos y su Constitución, atreverse a crear nuevos instrumentos tendentes a garantizar la tutela constitucional, atrevimiento que sin duda alguna en los próximos años será imitado por las demás entidades federativas y por el propio estado mexicano.

El concepto de Constitución, como lo ha anotado Mauricio Fioravanti, “solo es comprensible si se parte del dato de que ella, aparte de su fuerte carga política que ostenta, es precisamente una norma jurídica, como lo han puesto en evidencia el pensamiento continental europeo, a través de los tribunales constitucionales.”²⁴

IV. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

a) Concepto

El concepto de omisión inconstitucional es una cuestión en la que hay posiciones diversas tanto en el terreno del derecho positivo como en el campo de los estudios doctrinales.²⁵ La doctrina en torno a la acción de inconstitucionalidad ha esbozado diversas conceptualizaciones, algunas apuntan en el sentido de solo considerar que esta acción deriva de una negación o pasividad exclusivamente del órgano legislativo, mientras, algunos más sostienen que la inconstitucionalidad por omisión no emana únicamente de la conducta inactiva del legislador, sino por el contrario puede generarse por

²⁴ Citado por ETO CRUZ, Gerardo, op. Cit. pp. 171.

²⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. Op.cit. pp. 149

cualquier órgano del estado, a quien la Constitución le ha encomendado expedir una norma jurídica para hacer efectivo un principio constitucional. En tal sentido se apuntan algunos criterios de diversos autores en torno a la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Gomes Canothilo, estima que las omisiones inconstitucionales derivan del no-cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas en sentido estricto, o sea del no-cumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a adaptar medidas legislativas concretizadoras de la Constitución. Una omisión legislativa inconstitucional también se verifica cuando el legislador no cumple las ordenes de legislar consagradas en preceptos constitucionales.²⁶ Por su parte Francisco Fernández Segado, sostiene que la omisión legislativa inconstitucional “es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos”²⁷

Jorge Miranda, apunta que la omisión se verifica siempre que, una norma reguladora, de cierta relación o situación, ha mandado regular cierto acto o cierta actividad en las condiciones que establece el destinatario no lo hace; no lo hace en los términos exigidos; no lo hace en tiempo útil, y a ese comportamiento se le siguen consecuencias más o menos adecuadas.²⁸ Coincidente con lo anterior Fernández Rodríguez, afirma que opera la inconstitucionalidad por omisión legislativa “cuando la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación.”²⁹

²⁶ Citado por IBAGÓN, Mónica Liliana “Control jurisdiccional de omisiones legislativas”, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, op. Cit. pp. 313.

²⁷ Ídem.

²⁸ Íbidem, pp. 314.

²⁹ Op. Cit. pp. 150.

Gómez Puente, en su obra dedicada a la inactividad del legislador, afirmó que la “omisión... no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo normativamente determinado. Se requeriría así la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa.³⁰ Eto Cruz, por su parte sostiene “la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático en la que la inercia del legislador, no da encarnadura a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros, por la simple inercia u ocio legislativo.³¹

Néstor Pedro Sagües³², apunta en un sentido más amplio de la expresión, sin circunscribirse solo en la omisión legislativa, “la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del estado no ejecuta un deber constitucional. Ese encargo constitucional puede ser expreso o tácito. Y sigue apuntando: “En rigor de verdad, también pude incurrir en inconstitucionalidad por omisión un particular, si la Constitución le asigna un deber. Lo que ocurre es que careciendo habitualmente los particulares de facultades legisferantes, no podrían incurrir en inconstitucionalidad omisiva en la producción de normas generales.

Es de advertirse de los apuntes anteriores, que la doctrina se inclina más por la existencia de una omisión legislativa, descartando la posibilidad de darse la inconstitucionalidad por omisión en su forma general; sin embargo dicha apreciación resulta equivocada, la omisión constitucional puede generarse por la inactividad de los órganos del estado (con independencia del poder legislativo), cuales-

³⁰ Citado por IBAGÓN, Mónica Liliana, op. Cit. pp 314.

³¹ Op. Cit. pp 174.

³² “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión” *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, op. Cit. pp. 605.

quiera que éste sea, a quien la Constitución le ha impuesto el deber jurídico de realizar una norma jurídica para hacer efectivos los principios generales o las normas programáticas de carácter constitucional. Dicha inactividad del órgano provoca una violación constitucional y hace nugatorio el ejercicio del mandato constitucional, derivada de la inacción de la autoridad ordinaria. Cuando la norma infraconstitucional no es creada impide la aplicación de la Constitución, ello implica una omisión constitucional en sentido propio.

b) Naturaleza Jurídica

En principio, la inconstitucionalidad por omisión deriva de una conducta omisiva por parte de la autoridad a quien se le ordena una conducta de hacer; consistente en la creación de determinada norma jurídica para aplicar la Constitución a casos particulares. Ahora, la conducta omisa del órgano estatal debe ser reclamada ante el órgano que ejerce el control de la Constitución, en vía de acción, para que éste en ejercicio de la facultad vigilante de la vigencia y supremacía constitucional conmine a la autoridad omisiva a crear la disposición jurídica ordenada por la cláusula constitucional.

De ahí que, la inconstitucionalidad por omisión inicia con un no hacer y se reclama mediante un hacer (acción procesal), ante el órgano de control constitucional.

No toda actitud pasiva u omisa de un órgano estatal reviste el carácter de omisión inconstitucional susceptible de suplirse mediante el control propiciado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un mandato constitucional, ya que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar.³³

³³ SAGÜES, María Sofía. Op.cit. pp 2509.

El deber de accionar, como lo anotó Néstor Pedro Sagües,³⁴ puede ser expreso o tácito. Será expreso o explícito, cuando se remite expresamente el futuro accionar del órgano y será tácito o implícito, cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige o reclama la tarea del legislador o de reglamentación posterior.

Por otra parte la omisión puede ser total o parcial. En el primer caso aparece cuando las inacciones –ausencia total del reglamentación- de los órganos legislativos o reglamentarios ante un mandato constitucional concreto. Tratándose de la omisión parcial o relativa, la doctrina, como Cappelletti, Fernández Segado, Bazán, entre otros autores, considera que también nos encontramos ante una “omisión inconstitucional” en los casos de las “omisiones parciales o relativas”, es decir, “cuando existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución.”³⁵

c) Ejercicio de la acción:

En el presente apartado se hará un análisis doctrinal sobre los aspectos procesales para el ejercicio de la acción de inconstitucional por omisión.

1. Supuestos que actualizan la inconstitucionalidad por omisión

La omisión inconstitucional puede darse en dos vertientes:

- a) Por mora: cuando la Constitución fija un plazo determinado al legislador o cualquier otro órgano, para que expida

³⁴ Op. Cit. pp. 605.

³⁵ SAGÜES, María Sofía. Op.cit. pp 2513.

determinada norma jurídica y no lo hace, sobreviene la inconstitucionalidad por omisión en razón de la mora. El caso más frecuente de ésta es el ocio legislativo en sancionar las leyes reglamentarias de la Constitución, o de “desarrollo constitucional”, en cuanto la organización de los poderes públicos, o para ejecutar las cláusulas “programáticas”, de la Constitución, que a menudo requieren normas regulatorias o instrumentadoras para tornarse efectivas.³⁶

- b) Cuando la Constitución no señala plazo para que la autoridad ordinaria cree la norma jurídica; en tal circunstancia pueden advertirse dos corrientes distintas para tratar de identificar en que momento puede ocurrir la inconstitucionalidad por omisión:
- I. Un sector de la doctrina se inclina por la facultad discrecional para la autoridad obligada a crear la norma, en estos casos se estima que el constituyente confía al órgano creador de la norma el establecimiento del plazo de acuerdo a su criterio discrecional, por lo que no podría darse por configurada una omisión inconstitucional.³⁷ Esta imprecisión emanada de la propia Constitución, al no fijar un plazo cierto y determinado al órgano accionante de crear la norma jurídica, deja en un estado de inseguridad jurídica, puesto que será difícil determinar en que momento aparece la inconstitucionalidad por omisión.
 - II. La otra circunstancia, ante la no fijación del plazo en que debe ser creada la norma, puede ser resulta de acuerdo a otro sector de la doctrina, tomando como criterio el factor “necesidad” de expedir la norma jurídica ordenada por la Constitución. Autores como

³⁶ SAGÜES, Néstor Pedro, op. Cit. pp. 606.

³⁷ SAGÜES, María Sofía. Op.cit. pp 2511.

Miranda, Fernández Rodríguez e incluso el propio Gomes Canothilo,³⁸ coinciden en el sentido de que la inconstitucionalidad por omisión se traduce en una valoración razonable del tiempo en el que debe ser elaborada la norma, puesto que ninguna omisión puede describirse en abstracto. Esta circunstancia da origen a la principal causa de inconstitucionalidad por omisión, ante una situación de inconstitucionalidad imperfecta; de ahí la necesidad de mediar entre la trascendencia de la mediación legislativa, en conexión con el elemento temporal. Esto es, habrá que realizar un juicio axiológico que pueda interconectar entre la necesidad social o jurídica de crear la norma ordenada por la Constitución, con el tiempo en que ésta debe ser creada.

Determinar el lapso de tiempo en que aparece o pueda aparecer la inconstitucionalidad por omisión en este caso, será condicionado por las circunstancias particulares que circundan al caso específico, para ello habrá que regirse bajo criterios de razonabilidad, para tratar de establecer en que momento sobreviene la inconstitucionalidad por omisión.

2. Titulares de la acción

La acción de inconstitucionalidad, como garantía constitucional misma, tutela un interés colectivo que es precisamente hacer posible que los órganos constitucionales cumplan con editar la ley en cuestión.³⁹ Si bien el agravio no necesariamente tiene que ser directo, estamos pues ante un importante presupuesto de esta singular garantía constitucional: un interés constitucional de hacer

³⁸ *Ibidem*, pp. 2512.

³⁹ ETO CRUZ, Gerardo. *Op. Cit.* pp 182.

posible que en un sistema jurídico se concluya con lo que lo que genéticamente dispuso la obra del Poder Constituyente originario.⁴⁰

El asunto relativo a la legitimación activa para denunciar la inconstitucionalidad por omisión, es tema no homogéneo en la legislación que prevé este mecanismo de control constitucional. Regularmente la legislación atribuye tal legitimación activa a determinados órganos del propio estado, para que ejerciten la acción; sin embargo una corriente importante de la doctrina como Fernández Segado, sostiene que “cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento, y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona,... debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones”⁴¹

Considero que la mejor forma de garantizar la supremacía constitucional, es darle, -además de los órganos del estado-, acción a los gobernados para que denuncien ante el órgano de justicia constitucional, las posibles violaciones constitucionales que resientan en su esfera jurídica no solo por acción, sino en el caso también de violaciones por omisión.

3. Sujetos pasivos

En el apartado correspondiente al concepto de la acción de inconstitucionalidad por omisión, se dejó claro que una importante corriente de la doctrina se inclina en el sentido de considerar solo como sujeto pasivo de esta violación constitucional, a los poderes legislativos ordinarios, sin embargo como también se dijo, tal apreciación es falsa, puesto que no solamente el Poder Legislativo puede incurrir en omisión inconstitucional, sino puede ser al mismo tiempo

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Citado por SAGÜES, María Sofía, op. Cit. pp. 2515.

sujetos pasivos tanto el Poder Ejecutivo como el Judicial, cuando la propia Constitución atribuye a dichos órganos facultades reglamentarias derivadas de la propia norma constitucional; incluso en algunos sistemas jurídicos, como en el caso de México, la actividad creadora de normas jurídicas, además de los poderes del estado, se encomienda también a otros órganos, como puede ser el Municipio; cuya institución en nuestro país el artículo 115 constitucional le confiere facultades reglamentarias.

Si la Constitución impone un accionar determinado a un órgano cualquiera, y éste incumple el mandato, se verifica un supuesto de “inconstitucionalidad por omisión”, frente a que deberá arbitrarse el control pertinente, dentro del cual el órgano omitente resultará legitimado pasivo.⁴²

En tal sentido, puede afirmarse que la inconstitucionalidad por omisión no es exclusiva del órgano legislativo, sino todos aquellos órganos a quienes la Constitución les ha delegado un deber de crear una norma jurídica secundaria para hacer efectivo algún mandato constitucional.

4. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad por omisión

Los efectos que se producen al emitir la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión pueden ser de diversa índole, a continuación se expresan algunos que la doctrina ha identificado como consecuencias que devienen a la declaratoria de inconstitucionalidad.

Efecto notificador o de recomendación. Consiste en que el órgano de control constitucional al identificar la omisión, hace del

⁴² *Ibíd.* pp. 2517.

conocimiento del órgano omitente tal omisión y le recomienda acatar el mandato ordenado en la Constitución. Este efecto resulta poco eficaz por no ser vinculante para el órgano omisivo.

- a) Efecto anoticiador vinculante o de conminante. En este caso, además de hacer del conocimiento de la omisión al órgano pasivo, se le otorga un plazo para que subsane la omisión.
- b) Efecto supletorio o de cobertura. Se produce cuando no obstante de haberse dado un plazo al órgano omisivo para subsanar la inconstitucionalidad, éste no cumple, entonces el órgano contralor de la constitucionalidad, suple la omisión, dictando las bases o reglas para objetivizar el mandato constitucional, mientras se expide la norma correspondiente.⁴³
- c) Efecto de indemnizatorio o de resarcimiento. Esta es la solución más audaz⁴⁴, efectiva y sin duda razonable. En tal caso cuando el órgano contralor no puede suplir la omisión, ésta circunstancia se ve como un efecto subsidiario, al transgredir derechos de particulares derivado de la omisión, en tal consideración el órgano de control constitucional, impone al órgano omitente, el deber de indemnizar o resarcir al agraviado por el perjuicio causado por la omisión. Autores como Néstor Sagües y Bidart Campos,

⁴³ Tal es el caso de la Constitución del estado de Veracruz, que faculta al Tribunal Superior de Justicia, para que asuma funciones de naturaleza legislativa, dictando disposiciones generales para hacer efectivo el mandato constitucional, en tanto es expedida la norma por el Poder Legislativo. Este efecto ha sido fuertemente criticado por algunas corrientes de opinión, en el sentido, de que, con tal facultad concedida al órgano controlador, se violenta el principio de división de poderes, dada la invasión por supletoriedad concedida a éste para los casos de incumplimiento renuente del órgano omiso. Líneas abajo se abordará el análisis de éstas opiniones que se oponen a la existencia de mecanismos de control constitucional por omisión.

⁴⁴ SAGÜES, Néstor Pedro, op. Cit. pp.611.

se muestran a favor de este tipo de soluciones para los casos en que “la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales que presenten desarrollo a las cláusulas constitucionales sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones.”⁴⁵

V. RÉPLICA A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Un importante sector de la doctrina viene afirmando la tesis de que en rigor, no existiría la aludida inconstitucionalidad por omisión; y que en todo caso, no es más que una creación de la teoría y que bien cabe ubicarlo o reconducirlo como una suerte de *inconstitucionalidad impropia*.⁴⁶ Dentro de éste contra-argumento se pueden identificar dos subcorrientes; una general que sostiene que la inconstitucionalidad por omisión representa una invasión en la esfera discrecional del órgano omiso, principalmente el legislativo⁴⁷, que afecta el principio de división de poderes; por otra parte, una segunda subcorriente, afirma que la omisión inconstitucional es una cuestión política que no puede ser encarada jurisdiccionalmente⁴⁸.

Dentro de la primer subcorriente, además hay quienes admiten la existencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión, siempre que los efectos de la declaratoria del órgano contralor, no supla la omisión dictando las normas, en tanto el omiso expide la norma conducente. Así, Fernández Rodríguez, sostiene, “Esta afirmación de la ruptura del equilibrio que supone la división de poderes se podría sostener si el órgano de justicia constitu-

⁴⁵ Citado por SAGÜES, María Sofía, op. Cit. pp.2521

⁴⁶ ETO CRUZ, Gerardo. Op. Cit. pp 176.

⁴⁷ Esta posición es asumida por Javier Pérez Royo, citado por ETO CRUZ, Gerardo. Op. Cit. pp 176.

⁴⁸ Postura de Alfonso da Silva, citado por ETO CRUZ, Gerardo. Op. Cit. pp 176.

cional resolviera estos casos a través de la emanación de normas de carácter provisional, duraderas hasta que el legislador dictara la disposición omitida. Ello daría lugar a que dicho órgano ultrapasaría sus funciones, pisando de esta manera las del legislador.”⁴⁹ Estas ideas son apoyadas por Lechner que opina que el tribunal constitucional no es un cuerpo legislativo y no es su tarea ponerse en lugar del legislador. Por su parte Schlaich, indica que el control de la omisión supone un ataque al principio de seguridad jurídica.⁵⁰

El temor a los abusos del órgano contralor no puede acarrear el consentimiento de la violación de normas constitucionales. Por el contrario, estos abusos deben encontrar superación desde otra perspectiva.⁵¹ Lejos de tratar de desacreditar la existencia de la acción de inconstitucionalidad por omisión como instrumento de control constitucional, resulta evidente que las violaciones al texto constitucional, como a cualquier otra norma se dan por acción o por omisión, y en tal sentido es plenamente justificable la existencia de éste mecanismo de control.

Fix-Zamudio es contundente al afirmar que: “... la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido; desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.”⁵²

⁴⁹ Op. Cit. pp 155.

⁵⁰ Citados, por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. Op. Cit. pp. 155.

⁵¹ SAGÜES, María Sofía, op. Cit. pp.2503.

⁵² Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano, 2ª ed, México, UNAM, 1998, pp. 24.

Inconstitucionalidad por omisión en México. a) Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Nayarit. b) El Poder Judicial Federal ante la omisión legislativa

Como se afirma la acción de inconstitucionalidad por omisión llega a México por conducto del constitucionalismo local, iniciado por el estado de Veracruz y seguido por tres entidades más del estado mexicano⁵³. El presente apartado tiene por objeto hacer de forma sucinta un análisis de las cinco legislaciones locales que establecen esta acción para identificar características, coincidencias y desacuerdos entre sí. Al mismo tiempo pretendo hacer un análisis sobre el papel que el Poder Judicial de la Federación ha jugado al respecto, dada ahora si que, la omisión constitucional en que incurrió el constituyente permanente en la reforma constitucional al Poder Judicial Federal de diciembre de 1994.

a) Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Nayarit

Sin pretender hacer un examen pormenorizado de lo que ocurre en cada una de estas legislaciones, pues no es el objeto fundamental del presente trabajo, si se procura establecer lo que sucede con la acción de inconstitucionalidad por omisión en éstas cinco legislaciones mexicanas.

1. El caso Veracruz

Esta acción se encuentra prevista en la Constitución veracruzana en los artículos 64 y 65, previniéndose al respecto que el Tribunal Superior de Justicia del estado, sea por conducto de la

⁵³ Cabe aclarar que además de las legislaciones aquí enunciadas, la Constitución de Coahuila, segundo estado que imitó inmediatamente a Veracruz, al introducir de la mismo forma, mecanismos de control constitucional local, sin embargo en esta legislación no se estableció la inconstitucionalidad por omisión, por esta razón no se incluye en el análisis.

Sala Constitucional (para sustanciar el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad por omisión) o bien en el pleno (para dictar la resolución que corresponda) corresponderá resolver sobre las acciones de inconstitucionalidad por omisión.

Una de las características de esta legislación es que la omisión inconstitucional solo es en materia legislativa, lo que circunscribe tal situación, exclusivamente como sujeto pasivo al Poder Legislativo; en contrapartida legítima de forma activa para promover la acción al Gobernador del estado y a un número determinado de ayuntamientos que debe ser cuando menos la tercera parte de ellos.

En cuanto a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión, resulta interesante lo que ocurre en Veracruz, puesto que se produce dos efectos; en primer término un *efecto anoticiador vinculante*, al darse un plazo⁵⁴ determinado al Congreso para que legisle en la materia omitida; en segundo lugar se produce un *efecto supletorio o de cobertura*, puesto que al no cumplirse la resolución emitida por el órgano controlador del estado, por parte del Poder Legislativo, de expedir la ley dentro del plazo indicado en la Constitución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.⁵⁵

2. El caso Tlaxcala

Contrario a lo que ocurre en Veracruz, en Tlaxcala la acción de inconstitucionalidad por omisión, procede no solamente contra el Poder Legislativo, sino en contra de cualquier órgano facultado para expedir normas jurídicas (léase Ejecutivo o ayuntamientos)⁵⁶, lo que

⁵⁴ El plazo está previsto en el párrafo final del artículo 65 de la Constitución de Veracruz, y comprende dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso.

⁵⁵ Ver artículo 65 de la Constitución de Veracruz

⁵⁶ Ver artículo 81 de la Constitución de Tlaxcala

constituye un auténtico medio de control. Por lo que se refiere a la legitimación activa, también se aportan novedades importantes, al conceder el derecho de acción a las autoridades estatales y municipales; y algo de suma relevante consagra el derecho de acción a los residentes del estado, situación que represente un avance considerable en el ámbito del control constitucional local; no obstante la deficiencia manifiesta de esta Constitución, en cuanto a la imprecisión terminológica con el uso de los conceptos “autoridades estatales y municipales”, dada la vaguedad de los mismos.

Por lo que ve a sus efectos, éstos son del carácter anoticiador vinculante, al darse un plazo de 3 meses al órgano omiso, para que expida la norma omitida, so pena de responsabilidad, para el caso de incumplimiento.

3. El caso Chiapas

El caso Chiapas es verdaderamente interesante, puesto que aporta elementos casi parecidos al de Veracruz, solo que una sola palabra hace cambiar completamente la naturaleza de esta facultad concedida al Poder Judicial local, en el artículo 56 fracción III.⁵⁷ Resulta que esa gran diferencia que muestra esta legislación con el resto de las que prevén la acción de inconstitucionalidad por omisión, es en el sentido de concretarse a imponer un mecanismo de control no para sancionar la omisión legislativa, sino para obligar al Poder Legislativo a que se pronuncie sobre una iniciativa de ley o decreto presentada a su conocimiento. Pareciera que por este medio se quiere combatir la pereza, somnolencia o comodidad legislativa, al imponérsele por esta vía un medio que lo obligue a

⁵⁷ Ver artículo 97 de la Ley de control constitucional para el estado de Chiapas que a la letra dice: “Procede la acción por omisión legislativa, cuando el Congreso no resuelva alguna iniciativa de ley o decreto en los términos que establezca la legislación respectiva y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política Local.”

pronunciarse en un sentido o en otro, cualquier iniciativa de ley presentada a su conocimiento. Esta previsión, sin duda desnaturaliza la acción de inconstitucionalidad por omisión, “pareciera que la instancia se introdujo con la intención de servir de acicate al proceso legislativo. Evidentemente con el objeto de que las iniciativas legislativas no se dejen archivadas en el olvido o congeladas como suele señalarse en el argot político, como ha sucedido en la tradición mexicana, básicamente cuando esas iniciativas provienen de la oposición al gobierno”.⁵⁸

Por lo que respecta a la legitimación, la parte activa corresponde al Gobernador del estado, a una tercera parte de los integrantes del Congreso o cuando menos una tercer parte de los ayuntamientos; la legitimación pasiva es obvio que corresponde de forma exclusiva al Congreso local.⁵⁹

Los efectos generados con la declaratoria de inconstitucionalidad, son anoticiadores vinculantes, al otorgarse un plazo de dos periodos de sesiones al Congreso para que se pronuncie en torno a la iniciativa de ley de la cual se omitió su trámite.

4. El caso Quintana Roo

En el año de 2003, Quintana Roo se puso a tono con el nuevo constitucionalismo local, al reformar su Constitución en la que se crearon mecanismos de justicia constitucional local; estableciéndose la acción por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución estatal. Tienen legitimación activa el Gobernador y los ayuntamientos. En cuanto a los efectos de la resolución, se adopta el sistema relativo al que el propio fallo determinará un plazo para

⁵⁸ ASTUDILLO REYES, César I. Op. Cit. pp. 250.

⁵⁹ Artículo 100 de la Ley de control constitucional para el estado de Chiapas.

que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente del Congreso se puede disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite⁶⁰.

5. Nayarit

El 15 de diciembre de 2009, se publicaron las reformas a la Constitución estatal mediante las cuales se incorporaron mecanismos de control constitucional. Entre ellas en Nayarit se estableció la inconstitucionalidad por omisión, como un instrumento mediante el cual se pueden denunciar violaciones constitucionales por la vía de omisión. El artículo 91 fracción III, dispone que la inconstitucionalidad por omisión podrá interponerse en contra de cualquier autoridad, a quien la Constitución o una ley, ordena expedir una norma de carácter general y con dicha omisión produce violaciones a la norma fundamental nayarita. Cabe destacar que los sujetos legitimados para instaurar este medio de control, corresponde a cualquier vecino del estado o autoridad. Es decir, existe una acción popular, como ocurre en Tlaxcala, convirtiendo a los ciudadanos en legítimos vigilantes de la constitucionalidad. En cuanto a los efectos de la resolución, al demostrarse la inconstitucionalidad por omisión, la Sala Constitucional-electoral, en la sentencia deberá fijar el plazo para que el órgano omiso cumpla con expedir la norma omitida, en cuyo caso, no podrá exceder de un año.

A manera de conclusión de este apartado se puede afirmar que la incorporación en el derecho constitucional local de la omisión inconstitucional, independientemente de las deficiencias que se

⁶⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Derecho Procesal Constitucional Local", Derecho Constitucional, coordinador CARBONELL, Miguel, IJ-UNAM, México 2004, pp. 479-480.

presentan en algunos casos, constituye un avance trascendente de la justicia constitucional de las entidades federativas.

b) *El Poder Judicial Federal ante la omisión legislativa*

Es un hecho conocido en el constitucionalismo mexicano la reforma de la Constitución Federal de diciembre de 1994, al Poder Judicial de la Federación, en dicha enmienda, se introdujo un tercer sistema de control constitucional.⁶¹ la acción de inconstitucionalidad como sistema de control abstracto y *erga omnes*; reduciéndose, por otra parte, sus facultades de amparo. De esta forma..., el sistema se ha inclinado desde un peculiar sistema de control difuso hacia un (también peculiar) sistema de control concentrado.⁶²

Como bien lo apunta Arminda Balbuena, el control constitucional ejercido antes de la reforma de 1994, se dio en concreto, mediante el juicio de amparo *Inter partes* (fórmula Otero)⁶³, partiendo de esta tradición garantista particular, y ante la omisión del constituyente de prever la acción de inconstitucionalidad por omisión, los tribunales federales, llámese los colegiados de circuito o la propia Suprema Corte de Justicia han evadido el tema del control constitucional, por vía de la omisión inconstitucional; al emitir jurisprudencia en distintos juicios de amparo, han sustentando un criterio retrógrado, escondido en aquel principio sacramental del amparo de la “relatividad de las sentencias”, cuyo contenido se sostiene en el

⁶¹ La Doctora Arminda Balbuena Cisneros, afirma lo anterior, en razón de que antes de la reforma de 1994, la Corte mexicana ya conocía de la constitucionalidad de las normas en juicios de amparo y de las controversias constitucionales, aunque éstas tuvieron antes de la reforma en mención una escasísima actuación, lo que viene a fortalecerse, precisamente con la citada reforma constitucional.

⁶² BALBUENA CISNEROS, Arminda. “Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México”, Universidad Autónoma de Guanajuato, Facultad de Derecho. México 2005. pp 362.

⁶³ Ídem.

argumento de que las sentencias de amparo solo se ocuparán de las partes en litigio y no tendrán efectos generales.

A continuación se transcriben algunos criterios jurisprudenciales sostenidos por el Poder Judicial de la Federación:

"No. Registro: 197,222

Tesis aislada

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Diciembre de 1997

Tesis: P. CLXVIII/97

Página: 180

LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. (sic).

Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, **es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare**, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que

no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado.

44

Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXVIII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete".

"No. Registro: 182,383

Tesis aislada

Materia(s):Administrativa

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIX, Enero de 2004

Tesis: IV.2o.A.56 A

Página: 1549

LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DE LA LEGISLATURA ESTATAL DE APROBAR Y EXPEDIR CUOTAS Y TARIFAS APLICABLES AL IMPUESTO PREDIAL PARA EL EJERCICIO FISCAL DOS

MIL DOS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL. (sic).

Respecto de la omisión atribuida al Congreso del Estado de Nuevo León de dar cumplimiento al mandato constitucional de aprobar y expedir las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, **en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare,** lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría obligar al Congreso Local a emitir disposiciones generales, abstractas y permanentes en las que se contuvieran cuotas y tarifas, así como tablas de valores unitarios de suelo y construcciones, y que sirvan de base para el cobro del impuesto predial, lo cual vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con las normas emitidas, lo que resultaría apartado del principio de relatividad enunciado. Lo anterior, sin perjuicio de que el órgano de control constitucional atienda los conceptos de violación

que combatan la constitucionalidad de las disposiciones reclamadas que contienen la mecánica del impuesto predial, precisamente por el indicado vicio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 85/2003. Inmobiliaria Residencial Campestre Hípico, S.A. de C.V. 20 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Nelda Gabriela González García.

Amparo en revisión 210/2003. Olga Canavati viuda de Tafich. 26 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Nelda Gabriela González García.

Amparo en revisión 247/2003. Nora Patricia Albuerne de González y coags. 26 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Nelda Gabriela González García.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, página 180, tesis P. CLXVIII/97, de rubro: "LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL." (sic)

"No. Registro: 183,935

Tesis aislada

Materia(s): Penal, Común

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Julio de 2003

Tesis: II.2o.P.74 P

Página: 1024

AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS INTERNACIONALES.

47

La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados, pero es obvio que tal cuestión, aun en el supuesto de constituir alguna clase de incumplimiento (lo que aquí no se prejuzga, por cierto), resulta totalmente ajena a la materia aquí planteada, pues hoy por hoy, **el amparo en México no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma.**

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 136/2002. 13 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez." (sic)

"No. Registro: 192,864

Tesis aislada

Materia(s):Constitucional, Común

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Noviembre de 1999

Tesis: P. LXXX/99

Página: 40

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y AGRAVIOS EXPRESADOS EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. (sic)

Cuando en la demanda de amparo directo o en los agravios expresados en la revisión interpuesta en dicho juicio constitucional, **se impugna la omisión de una legislatura**, ya sea local o federal, de expedir determinada codificación u ordenamiento, la imposibilidad jurídica de analizar tales cuestionamientos deriva de que conforme al principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, establecido en los artículos 107, fracción II, constitucional, y 76 de la Ley de Amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, **dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión**, esto es, a legislar, porque esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que, por definición, constituye una regla de

carácter general, abstracta e impersonal, la que vincularía no sólo al recurrente y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, apartándose del enunciado principio.

Amparo directo en revisión 2632/98. Jorge Villalobos Torres. 24 de agosto de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: José Carlos Rodríguez Navarro.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXX/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve." (sic)

Como se advierte de lo anterior el Poder Judicial Federal le ha dado la vuelta al asunto relativo a la inconstitucionalidad por omisión, apoyado como se decía por el principio de relatividad de las sentencias de amparo; sin embargo llama particularmente la atención la resolución de la Suprema Corte de Justicia dictada en la controversia 46/2002, presentada por el Municipio de San Pedro Garza García, contra el Congreso del Estado de Nuevo León, derivadas de las reformas de 1999 al artículo 115 constitucional que obligó a las legislaturas estatales a adecuar la legislación a la citada reforma, en este caso la Corte ordenó al Congreso de Nuevo León que adecue sus disposiciones legales en materia municipal.⁶⁴

⁶⁴ "El Pleno de la **Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)** analizó hoy, por primera vez, la omisión de un órgano legislativo de cumplir con el mandato expreso de legislar, y ordenó al Congreso del Estado de Nuevo León que adecue sus disposiciones legales en materia municipal, a las reformas al artículo 115 constitucional, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1999. al resolver la controversia constitucional 46/2002 presentada por el municipio de San Pedro Garza García, el Alto Tribunal del país consideró procedente y fun-

Con esta determinación cambia el paradigma cerrado del órgano supremo de control de la Constitución en el país, se está marcando una nueva era en la justicia constitucional federal, lo que ya ocurre en la legislación local. Así, la Corte mexicana se pone a tono con el neoconstitucionalismo europeo, que en voz de Ricardo Guastini⁶⁵, establece como una de las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento jurídico la *sobreinterpretación constitucional*⁶⁶. Solo esperaremos un futuro cercano, en el que la omisión inconstitucional en el derecho sea una realidad, tal vez no devenida del constituyente permanente sino de las facultades de *sobreinterpretación constitucional*, que en adelante asuma la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VII. CONCLUSIÓN

El tema de la inconstitucionalidad por omisión ha sido históricamente una suerte de *political question*, o de cuestión no justiciable. El silencio o la mora legislativa fueron reputados asuntos

dada, toda vez que el decreto de reformas al artículo 115 constitucional de la Carta Fundamental señaló la obligación de los estados para que a más tardar en un año a partir de la entrada en vigor de dicha reforma, adecuaran sus constituciones y leyes, plazo que feneció el 21 de marzo de 2001. Si bien el estado de Nuevo León reformó su Constitución Política dentro del plazo establecido a fin de adecuarla a las reformas de la Constitución Federal, no lo hizo con las leyes municipales. Por tanto, determinó el Pleno de Ministros, el Congreso del Estado de Nuevo León transgrede el marco constitucional que para el ámbito municipal estableció el órgano reformador de la Constitución, esto es, contraviene por sí lo dispuesto en el artículo 115 constitucional, así como el artículo segundo transitorio del decreto por el cual fue reformado, que establecía el plazo para llevar a cabo las adecuaciones legales en los estados. **En este sentido, ordenó al Congreso local de Nuevo León que en su próximo periodo de sesiones dediquen sus esfuerzos para cumplir con el mandato del poder reformador, que obliga a los estados a adecuar sus constituciones y leyes a lo dispuesto por el decreto, a más tardar en el año posterior a su entrada en vigor.” (sic).**

⁶⁵ Op. Cit. pp 53.

⁶⁶ Para abundar con respecto a la sobreinterpretación de la Constitución ver el apartado II, del presente trabajo.

reservados a la discreción y voluntad de quien debía dictar la norma faltante, y sobre lo cual no debía expedirse la justicia.⁶⁷

A guisa de conclusión se puede afirmar que la acción de inconstitucionalidad por omisión está llamada a convertirse en el presente siglo, en todos los estados que se precien de ser estados constitucionales, en un mecanismo de control constitucional, por lo que la justicia constitucional y la doctrina no pueden postergar su importancia trascendente en el neoconstitucionalismo.

En el caso mexicano, la jurisdicción constitucional local ha dado muestras ya, de estar a la vanguardia de esta nuevo instrumento de control, incluso antes de que lo haga la propia Constitución Federal; no obstante ello parece ser que las condiciones políticas, sociales y seguramente la influencia de la justicia constitucional en el mundo han influido en el alto tribunal del país, -la Suprema Corte de Justicia de la Nación,- a cambiar su tradición de interpretación literal y facultades expresas, para pasar a la sobreinterpretación constitucional, la controversia constitucional 46/2002, entre el municipio de San Pedro Garza García y el estado de Nuevo León, resolución que se ha dado cuenta de ella en el presente trabajo.

⁶⁷ SAGÜES, Néstor Pedro. Op. Cit. pp 618.

OMISIONES PARCIALES DEL LEGISLADOR Y SENTENCIAS ADITIVAS*

Giovanni A. Figueroa Mejía**

Sumario: I. Introducción: las omisiones parciales del legislador y su posible corrección. II. Sentencias aditivas. II.1. Concepto general y características esenciales. II.2. Funcionamiento y supuestos concretos de las sentencias aditivas. II.2.1. Sentencias aditivas que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma implícita de exclusión de un determinado supuesto. II.2.2. Sentencias aditivas que se limitan a adicionar una disciplina que debería estar incluida: aditivas producto de una interpretación extensiva o analógica. II.2.3. Sentencias parcialmente estimatorias con relación al texto, pero de efectos materialmente aditivos. II.3. Omisiones legislativas y sentencias aditivas en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana. II.3.1. Supuestos en los que se aplican las sentencias aditivas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano. II.3.2. Efectos de las sentencias aditivas recaídas en la acción abstracta de inconstitucionalidad mexicana.

* Este artículo ha sido originalmente publicado en las Memorias del Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C., 16 de marzo de 2011.

** Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador y Profesor de la Universidad Autónoma de Nayarit (México). Coordinador de las Maestrías en Derecho Constitucional y Administrativo, Amparo, Derecho Civil y Mercantil, Derecho penal y Derecho Procesal Constitucional en la Unidad Académica de Derecho de la UAN. Director de la Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Nayarit.

I. INTRODUCCIÓN: LAS OMISIONES PARCIALES DEL LEGISLADOR Y SU POSIBLE CORRECCIÓN

Se ha dicho que las llamadas sentencias aditivas recaen o descansan sobre *omisiones parciales* del legislador.¹ En este tipo de omisiones parciales (aunque también se les ha catalogado como omisiones de tipo relativo) existe un silencio en el texto de la ley que se considera contrario a la Constitución, o en otras palabras, existiendo una ley la misma regula de manera incompleta o defectuosa, desde un punto de vista constitucional, el conjunto de supuestos a los que ha de aplicarse.² La conceptualización de la omisión como

¹ Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA COMPOAMOR, Alfonso, “El Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 23, núm. 69, septiembre-diciembre 2003, p. 174.

² La diferencia entre omisiones inconstitucionales absolutas (que son aquellas en las que falta todo desarrollo normativo de un precepto constitucional) y relativas (que como hemos dicho son aquellas en las que el legislador regula una normativa de forma incompleta) es una cuestión en las que hay diversas posiciones tanto en el ámbito del derecho positivo como en el campo de los estudios doctrinales. En relación con este tema Cfr. WESSEL, W., “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, DVBl, cuaderno 6, 15-III-1952, quien es considerado el pionero en el estudio de la omisión legislativa, citado y comentado, entre muchos otros, por AHUMADA RUIZ, M^a Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 8, enero-abril, 1991, p. 172, y por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general; Derecho Comparado; el caso español*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 114-115; y más recientemente por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La búsqueda de nuevos cauces de salvaguarda de la constitución: La inconstitucionalidad por omisión”, en *La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 596-597. En Italia el estudio de las omisiones del legislador y su posible control tiene su antecedente más remoto en el trabajo de BRANCA, Giuseppe, “L’illegittimità parziale nelle sentenze della Corte Costituzionale”, en MARANINI, Giuseppe (Edit.), *La giustizia costituzionale*, Valechi Editore, Florencia, 1966, *passim*. Sin embargo, es MORTATI, Costantino, “Appunti per un studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Foro Italiano*, 1970, pp. 154 y 156, quien consagra en este estudio el análisis de los remedios jurisdiccionales contra los comportamientos omissivos del legislador. En España véase, en especial, a GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad*

norma “negativa” encontrará un amplio eco en la doctrina, la cual parte del supuesto de que el Tribunal Constitucional, al controlar la omisión, actúa en realidad sobre una implícita norma impeditiva.³

Por otra parte, se ha sostenido que con la omisión relativa se hace referencia a vulneraciones que implican una actuación positiva del legislador, contraria al principio de igualdad.⁴ Dicha vulneración al principio de igualdad surge cuando el legislador introduce una normativa que genera una situación o trato discriminatorio.⁵

del legislador: una realidad susceptible de control, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 25-26; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, La inconstitucionalidad por omisión, McGraw-Hill, Madrid, 1997, en especial pp. 41-58; así como el trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio antes citado.

³ En ese sentido puede verse LAVAGNA, Carlo, “Sulle sentenze ‘additive’ della Corte costituzionale”, en *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 145 y ss; DUNI, Giovanni, “L’oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa”, en *Scritti in Onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1977, pp. 567; LANZILLO, Rafaella, “Poteri creativi della Corte costituzionale nei giudizi incidentali sulla validità delle leggi”, en *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 675.

⁴ Cfr. MORTATI, Costantino, “Appunti per un studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Il Foro italiano*, Giuffrè, Milán, 1970, p. 928, quien considera que el silencio de la ley (omisión relativa) se refiere siempre a casos de violación del principio de igualdad, pues la ley sería aplicable a determinados casos y guardaría silencio en relación con otros sustancialmente similares. La relatividad axiológica de la igualdad es resaltada por TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier, “España”, en TORRES DEL MORAL, Antonio y TAJADURA TEJADA, Javier (Dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 230.

⁵ Según FERNÁNDEZ-MIRANDA COMPOAMOR, Alfonso, “El Estado Social”, *op. cit.*, p. 164, la no discriminación implica dos importantes alteraciones: a) la consideración de discriminatoria y, por tanto, de inconstitucional, de toda diferenciación constitucionalmente injustificada (irrazonable) y, b) no sólo la aceptación, sino la promoción y legitimación de diferencias en el tratamiento jurídico que descansa en situaciones relevantes de hecho distintas: el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. De esta forma el principio de igualdad adquiere un componente material que trasciende al mero contenido jurídico-formal. Por su parte, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, “Cláusulas de igualdad y autonomía política en la Constitución española de 1978”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (Dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas*

Sin embargo, hay que precisar que no es lo mismo discriminar que diferenciar, ya que la ley puede eventualmente introducir diferencias de trato que no supongan discriminación, es decir, que puedan ser justificadas.⁶ De ahí que el principio de igualdad que apela a lo esencial, a las posiciones fundamentales, a la igualdad mínima, sea un principio que presupone un cierto grado de diferenciación que tiene que sustentarse en una base objetiva y razonable.⁷ Algunas sentencias del Tribunal Constitucional español (SSTC 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265 de 2007) parecen ir en esa dirección. En ellas el Tribunal excluye la mera ausencia de permiso de residencia para privar a los extranjeros de determinados derechos, tales como el de asociación, sindicación, huelga, manifestación o educación. Según el TC, son posibles limitaciones del ejercicio de tales derechos por parte de los extranjeros cuando dichas restricciones sean justificadas –sean razonables–, cuando el ejercicio de los derechos esté asociado a la permanencia irregular del extranjero, pero esas limitaciones no pueden privar de su titularidad del derecho ni siquiera a

Verdú, tomo IV, IJJ-UNAM, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 2647 y ss., indica que en el caso español el principio de igualdad que consagra el artículo 139.1 de la Constitución española impone la obligación de dar un trato igual a todos los destinatarios de las normas y actos y una prohibición de discriminar a quienes, de entre dichos destinatarios, residan en otras partes del territorio estatal. Aunque dicha igualdad se refiere tanto a la aplicación de la ley (igualdad *ante* la ley) como a la determinación de su contenido (igualdad en la ley), en realidad la misma incide, sobre todo, en este último supuesto en base a su generalidad y vocación de permanencia.

⁶ En ese sentido véase CANOSA USERA, Raúl, "Igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Valencia, núm. 11, 1er semestre 2008, p. 54, quien expresa lo señalado en el texto al estudiar el derecho de igual protección de la ley y el derecho a igual protección contra toda discriminación y contra toda provocación a tal discriminación proclamados por la Declaración de 1948.

⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique, *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*, IVAP, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 34.

los extranjeros en situación irregular, menos aún a los que poseen permiso de residencia.⁸

Pero además del supuesto que acabamos de anotar, es imprescindible destacar que las omisiones relativas también se dan por otros motivos que derivan de omisiones o carencias de la disposición en relación con exigencias que emanan de otros preceptos constitucionales.⁹ Por ejemplo, cuando no se regulan todos los aspectos que la norma legal debía prever, cuando se reduce el ámbito de aplicación requerido, o bien, cuando se ocasiona una discriminación o arbitrariedad,¹⁰ de manera que no deben equipararse las omisiones legislativas relativas con la vulneración por omisión del principio de igualdad.¹¹ En consecuencia, dentro de las omisiones relativas es posible distinguir entre las que vulneran el principio de igualdad y las que suponen una deficiente regulación por la ausencia de una normativa completa.¹²

Para nuestros fines, y partiendo de las reflexiones precedentes, queremos concentrarnos en la idea de que la omisión relativa tiene una gran relevancia en el control de constitucionalidad que se puede realizar en torno a ella. Esto es así, si tenemos en cuenta que el problema principal de las omisiones relativas no está tanto en el comportamiento que tiene el legislador, sino en su control y posibilidades de corrección.¹³ Con respecto a esta idea es preciso

⁸ Raúl CANOSA USERA, "Igualdad y no discriminación...", *op. cit.*, pp. 51 y 52.

⁹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 174.

¹⁰ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador...*, *op. cit.*, p. 26.

¹¹ DELFINO, Felice, "Omissioni legislative e Corte costituzionale (delle sentenze costituzionali c. d. creative)", en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, t. II, Giuffrè, Milán, 1974, p. 917.

¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión...*, *op. cit.*, p. 116.

¹³ Así lo ha resaltado AHUMADA RUIZ, M^a Ángeles, "El control de constitucionalidad...", *op. cit.*, p. 173, cuando dice que el problema de las omisiones del legislador cobra interés en cuanto a su control y posibilidades de corrección, no bajo el aspecto de la perfección técnica en el desarrollo por el legislador de los principios

destacar que en las omisiones relativas el silencio de la ley es el motivo de la impugnación o, dicho de otro modo, el control de constitucionalidad, en este caso, se realiza sobre lo que no dice u omite decir un enunciado legal, no sobre lo que dice.¹⁴ Ello presupone realizar una interpretación de ese enunciado, que haya puesto de manifiesto la existencia, al lado de la norma explícita deducible de la literalidad del enunciado legal en cuestión y otra explícita en lo que justamente ese enunciado omite y que puede ser contraria a la Constitución.

Centrándonos por ahora en las omisiones relativas que vulneran el principio de igualdad, es oportuno pensar en aquellas normas cuya constitucionalidad se discute por contemplar determinados sujetos y excluir a otros. Así sucede, por ejemplo, en aquellos enunciados que otorgan sólo a las “viudas” el derecho de beneficiarse con la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, guardando silencio sobre los “viudos”;¹⁵ o bien, en aquellos términos que en sí mismos parecen resultar excluyentes de su “opuesto”, por ejemplo, la mención que se hace para que las “hijas y hermanas” perciban las llamadas prestaciones a favor de familiares, se considera excluyente de los “hijos y hermanos” (aunque no al revés).¹⁶ Es evidente

y normas constitucionales; y FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 81, Murcia, 1992, p. 67, quien ha señalado que con las omisiones relativas, a diferencia de las absolutas, se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa. Y es que el interés de este tema, en lo que concierne a su control y posibilidad de corrección, se incrementa, sobre todo, cuando se provoca la lesión o se impide el pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución.

¹⁴ GUTIÉRREZ ZARZA, María de los Ángeles, “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 3, 1995, p. 1036.

¹⁵ Este ejemplo lo tomamos de VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la Justicia Constitucional”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *En busca de la normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México, 2003, pp. 81-82.

¹⁶ Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, op. cit., p. 175; GUTIÉRREZ ZARZA, María de los Ángeles, “Las sentencias interpre-

que en los dos supuestos anteriores el motivo de impugnación será el silencio sobre los viudos, o sobre los hijos y hermanos, lo que puede ser calificado como un trato discriminatorio por razón de sexo contrario al principio de igualdad. Esto es, lo que se impugna a través del juicio de constitucionalidad no es la norma que reconoce la pensión a las viudas, o un derecho a favor de las hijas y hermanas, sino la norma implícita que excluye a los viudos o a los hijos y hermanos.

Para concluir este epígrafe, queremos reiterar que, precisamente, cualquiera de los supuestos que puedan surgir en torno a las omisiones relativas pueden ser subsanados a través de las sentencias aditivas, ya que, según dijimos, éstas declaran la inconstitucionalidad de la disposición impugnada en cuanto le falta “algo” para ser constitucional y al condicionar el mantenimiento de la disposición a su lectura conjunta con la norma que faltaba, el Tribunal Constitucional colma esa omisión por considerar que la norma expresada por el texto se entiende a partir de la sentencia como comprensiva también de ese “algo” que, inconstitucionalmente, no estaba previsto o que implícitamente era excluido.

II. SENTENCIAS ADITIVAS

Las sentencias aditivas son las que mejor representan el fenómeno más importante, cuantitativa y cualitativamente, en Italia.¹⁷

tativas...”, *op. cit.*, p. 1036. Sobre este supuesto volveremos más adelante cuando introduzcamos algunos ejemplos de sentencias aditivas que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma implícita de exclusión de un determinado supuesto.

¹⁷ El primer ejemplo italiano de sentencia aditiva es dado, probablemente, por la sentencia 24/1957; aunque algunas veces se cita, como precedente más lejano, la sentencia 168/63, que declaraba inconstitucional el artículo 11.1 de la Ley 195/58 del Consejo Superior de la Magistratura, en cuanto tan sólo preveía la petición del Ministro de Justicia para proceder a deliberar sobre magistrados, excluyendo indebidamente la iniciativa del propio Consejo Superior. El uso constante y continuado de este tipo de sentencias por parte de la Corte Constitucional italiana permite

De este país procede la mayoría de los estudios doctrinales dedicados a este tipo de sentencias, así como la variada terminología que se emplea para referirse a las mismas. Entre dicha terminología destaca la de “sentenze additive”, “sentenze aggiuntive”, “sentenze creative con contenuto aggiuntivo”, además la de “sentenze integrative”. En este estudio adoptamos el término *sentencia aditiva*¹⁸ para englobar a la terminología análoga a que hemos hecho alusión con

entenderlas como un hecho consumado difícilmente reversible, tanto que incluso la jurisdicción ordinaria ya la acepta y hasta la solicita en algunos casos dentro de la cuestión planteada a la Corte Constitucional (aunque la Corte niega la admisión de cuestiones que soliciten una decisión aditiva, cuando la solución solicitada no resulte la única vía practicable- en la lógica del sistema legislativo y constitucional- para eliminar una inconstitucionalidad efectiva). Hoy, entonces, la discusión ya no versa sobre la admisibilidad de este tipo de sentencias, sino sobre los límites dentro de los cuales puede ejercerse un poder de este tipo sin que la Corte se exceda en su función constitucional. Para profundizar sobre el argumento, *Cfr.* MODUGNO, Franco, “La Corte Costituzionale oggi”, en *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padua, 1985, p. 62; PIZZORUSSO, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’ del Tribunal Constitucional italiano”, en *El Tribunal Constitucional*, I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p.71; ANDRIOLI, Virgilio, “A proposito dei dispositivi atipici delle sentenze della Corte costituzionale”, en *Conversazioni dell’ Istituto di applicazione forense (anni 1962-1968)*, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Modena, Zanichelli, Bologna, 1970, p. 96; ELIA, Leopoldo, “Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale”, en AA. VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padua, 1985, p. 19; CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, 4ª ed., Giuffrè, Milán, 2004, pp. 243 y ss.

¹⁸ Esta terminología ha sido originalmente empleada, si no me equivoco, por LAVAGNA, Carlo, “Sulle sentenze additive della Corte costituzionale”, en *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milán, 1960, p. 678. Posteriormente, el término es adoptado, entre otros, por CRISAFULLI, Vezio, “Le sentenze ‘interpretative’ della Corte costituzionale”, en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, Giuffrè, Milán, núm. 1, año XXI, marzo 1967, I., p. 2; CERRI, Augusto, “Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte costituzionale”, en *Giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1968; DUNI, Giovanni, “L’oggetto dei giudizi...”, *op. cit.*, pp. 333 y 343; SILVESTRI, Gaetano, “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, en AAVV, *Scritti Su La Giustizia Costituzionale Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padua, 1985, p. 1695; ELIA, Leopoldo, “Le sentenze additive...”, *op. cit.*, p. 302; D’ORAZIO, Giustino., “Le sentenze costituzionale additive tra esaltazione e contestazione”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, fasc. I, año XLII, 1992, pp. 62-63.

anterioridad. En España, la problemática que plantea este tipo de decisiones ha sido cuantitativamente mucho menor que en Italia, sobre todo, si tenemos en cuenta que no siempre puede ser precisa la calificación de una sentencia como aditiva en sentido estricto.¹⁹ Por lo demás, es oportuno mencionar que la importancia cuantitativa del fenómeno de las sentencias aditivas crece notablemente en base a los “efectos aditivos” apreciables en sentencias que un sector de la doctrina ha manifestado que no son estrictamente aditivas,²⁰ o en sentencias de este tipo recaídas ya no en recursos o en cuestiones de inconstitucionalidad, sino en conflictos de competencias o en amparos.

II.1. Concepto general y características esenciales

Las sentencias aditivas han sido comúnmente definidas como aquéllas en las que el Tribunal Constitucional, sin incidir en el texto de la disposición impugnada, declara la inconstitucionalidad de dicha disposición “en cuanto no prevé...”, o “en la parte en que no incluye...”, o “excluye...” “algo” para ser conforme con la Constitución, produciendo un efecto de ampliación o extensión de

¹⁹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, p. 169, señala que con relación a los procedimientos de inconstitucionalidad, se podría hablar de aproximadamente una decena de decisiones de este tipo en los primeros diecinueve años de funciones del Tribunal Constitucional. Las sentencias que señala son: las SSTC 29/1986, de 20 de febrero (recurso de inconstitucionalidad); 116/1987, de 7 de julio (cuestión de inconstitucionalidad); 48/1988, de 22 de marzo (recurso de inconstitucionalidad); 154/1989, de 5 de octubre (recurso de inconstitucionalidad); 142/1990, de 20 de septiembre (cuestión de inconstitucionalidad); 222/1992, de 11 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad); 3/1993, de 14 de enero (cuestión de inconstitucionalidad); 134/1996, de 22 de julio (recurso de inconstitucionalidad); 73/1997, de 11 de abril (recurso de inconstitucionalidad); 40/1998, de 19 de febrero (recurso de inconstitucionalidad).

²⁰ *Ibidem*, este autor parte de un concepto estricto de sentencias aditivas, de ahí que haga una diferenciación entre sentencias aditivas en sentido estricto y sentencias con efectos aditivos.

su contenido normativo. Esta definición puede servir para englobar a las sentencias aditivas estimatorias (que es el supuesto más frecuente).²¹ Pero como veremos, también es posible encontrar sentencias que, utilizando la fórmula de las sentencias interpretativas

²¹ Además de ser el supuesto más frecuente de sentencia aditiva, es también el único que la mayoría de la doctrina contempla al definir este tipo de sentencias. Así, a modo de ejemplo, CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5^a ed., Cedam, Padua, 1984, p. 403, señala que las sentencias aditivas son aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de lo “odessa” previsión de alguna cosa, que debería estar prevista por la ley; ZAGREBELSKY, Gustavo, Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 157; Id., “Processo costituzionale”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milán, 1987, p. 655, expresa que la Corte Constitucional con este tipo de sentencias declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada *nella parte in cui non prevede alcunché*; ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, traducción de Ignacio Torres Muro, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre 1996, p. 65, con las sentencias aditivas se hace referencia a aquel tipo de resolución con la que la Corte declara inconstitucional una cierta disposición, en tanto en cuanto deja de decir algo; MONTELLA, Mario, *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*, Maggioli, Rimini, 1992, p. 105, estas sentencias declaran la ilegitimidad constitucional de la “omessa previsione” de alguna cosa que debería haber estado prevista por la ley, y admiten un contenido normativo ulterior aun en presencia de un texto que sería idóneo de por sí mismo para producirla; MONTELEONE, Girolamo, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, Cedam, Padua, 1994, pp. 123-124, se entiende por *sentencias aditivas* aquellas con las que la Corte, examinada la constitucionalidad de una disposición legal, la considera ilegítima porque ella no prevé, o no consiente alguna cosa que, en términos de la Constitución, debería haber previsto o consentir; CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale, op. cit.*, pp. 241-242, puede suceder que una disposición sea censurada en cuanto “omite” prescribir alguna cosa; MALFATTI, Elena, PANIZZA, Saulle y ROMBOLI, Roberto *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2003, p. 136, con las sentencias aditivas se hace referencia a aquel tipo de pronunciamiento con el cual la Corte declara inconstitucional una cierta disposición, en cunato *omite* decir alguna cosa; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco *et. al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2^a ed., McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 74; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 266, señala que este tipo de sentencias declaran (aparentemente) la inconstitucionalidad de una disposición por no prever determinado supuesto indicado por el Tribunal en su decisión que, según el mismo, debería contemplar para ser conforme con la Constitución.

desestimatorias²² o incluso aquéllas que realizan una adición normativa aun cuando dicho efecto sea consecuencia de la nulidad o invalidez de una parte textual, son materialmente aditivas. Con esta última consideración, se hace necesario emplear un concepto más amplio que sirva para definir, dentro de este tipo de decisiones, a todas aquellas sentencias que produzcan el mismo efecto en la disposición cuestionada, con independencia de la formulación que se utilice. Por tanto, en este estudio entenderemos por sentencias aditivas aquéllas *que, sin afectar por lo regular al texto de la disposición impugnada, entienden que a la disposición impugnada le falta algo para ser completamente conforme con la Constitución, produciendo un efecto de ampliación o extensión en el contenido normativo de la misma, permitiendo de este modo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición.*

La definición anterior creemos que contempla aquellos elementos que son característicos de una sentencia aditiva:

1. No incidir sobre el texto de la disposición impugnada. Si hemos decidido incluir como característica de este tipo de sentencias el que las mismas no inciden en el texto de la disposición impugnada, es porque ésta se presenta como una característica (o supuesto) común, no sólo de las sentencias aditivas, sino también de todas las sentencias interpretativas en general. Sin embargo, no puede pasar inadvertido que existen algunos supuestos (que pueden quedar incluidos dentro de la tipología de las sentencias aditivas) en los que se declara la inconstitucionalidad parcial del texto, y como consecuencia de esa declaración de inconstitucionalidad, se produce, intencional-

²² En ese sentido puede verse a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, p. 166, quien indica que en ocasiones hay sentencias que empleando, en concreto, la fórmula de las sentencias interpretativas de estimación producen un efecto de ampliación sobre el contenido normativo de la disposición controlada.

mente, una adición en el contenido normativo de la disposición controlada.

2. Pronunciarse sobre un texto al que –según el Tribunal Constitucional– le falta “algo” para ser acorde con la Constitución, añadiéndoselo después (por vía interpretativa), con lo cual se produce el efecto aditivo propio de este tipo de decisiones.
3. En relación con lo anterior, destaca la característica que creemos esencial de este tipo de decisiones: el que con las mismas se produce un efecto de ampliación o extensión sobre el contenido normativo del precepto impugnado o en sus consecuencias jurídicas.²³ Esta característica es en la que, quizás, existe una mayor coincidencia en la doctrina a la hora de definir este tipo de decisiones.
4. La inconstitucionalidad recae en este tipo de sentencias en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma; o bien –en otros supuestos– dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal.²⁴ En este caso, el contenido normativo de la disposición se considera inconstitucional por defecto.

²³ Vid., entre otros, a LAVAGNA, Carlo, “Sulle sentenze additive...”, *op. cit.*, p. 669, quien indica que con estas sentencias la Corte determina un efecto normativo más amplio respecto de aquel que era imputable a la disposición hasta antes de la sentencia; D’ORAZIO, Giustino, “Le sentenze costituzionale additive tra esaltazione e contestazione”, en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, T. I, año XLII, 1992, pp. 62-63, dice que las sentencias aditivas incorporan un *quid novi* que no se limita a una operación hermenéutica ya consentida, sino que desliza una norma en un vacío de formulación.

²⁴ LANZILLO, Raffaella, “Poteri creativi della Corte Costituzionale...”, *op. cit.*, p. 30, en relación con esta característica ha dicho que las sentencias aditivas, en muchos casos, declaran precisamente ilegítimas normas expresadas sólo “en negativo”, es decir, por necesaria deducción “a contrario” de la disposición formal.

II.2. Funcionamiento y supuestos concretos de las sentencias aditivas

Después de haber concluido el estudio de las características generales que pueden derivar de las sentencias aditivas, es posible referirnos ya al funcionamiento y a los diversos supuestos que pueden incluirse dentro de este tipo de decisiones. Por ahora nos centraremos en el estudio de su funcionamiento y finalidad común: a la forma en la que se produce la ampliación o extensión en este tipo de decisiones. Para ello se hace imprescindible, aunque sea someramente, hacer alusión a las omisiones legislativas relativas. Este tipo de omisiones son el fundamento de las sentencias aditivas, puesto que este tipo de sentencias vienen a suponer “la adición (en una arriesgada, sorprendente y discutiblemente subrogatoria intervención normativo-positiva) de aquello que, siendo constitucionalmente debido, el legislador dejó de poner”;²⁵ en otros términos, vienen a poner fin a las omisiones del Poder Legislativo, incorporando un nuevo elemento o introduciendo una norma distinta a la aprobada por el legislador.²⁶

Para el análisis de los diversos supuestos que pueden encajar dentro de las sentencias aditivas, partiremos del concepto amplio que en este estudio dimos en torno a este tipo de modalidades sentenciadoras, es decir, incluiremos aquellos supuestos que producen el efecto de ampliar o extender el contenido normativo de la disposición sometida a control. Este efecto creemos puede producirse, a veces, en preceptos que implícitamente excluyen ese “algo” que debería incluir; otras veces, sin existir ninguna exclusión implícita, se interpreta adecuadamente el precepto impugnado considerando

²⁵ GARRORENA MORALES, Ángel, “La sentencia constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, núm. 11, otoño 1981, p. 17.

²⁶ ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2008, p. 382.

que se encuentra incluido en él aquello que no estaba expresamente previsto, sin que se tenga que realizar ninguna operación previa.²⁷ De modo que, en principio, a la misma solución se puede llegar afirmando que una ley es inconstitucional “en cuanto no incluye...”; o bien, que es constitucional “si se entiende que no excluye”.

Desde esta perspectiva, el estudio concreto de los diversos supuestos de sentencias aditivas lo haremos a través de las siguientes hipótesis: en primer lugar, contemplando las sentencias aditivas en las que, en un cierto contexto normativo, no contemplar significa excluir. En segundo lugar, contemplando las sentencias aditivas que realizan una interpretación extensiva o analógica.

II.2.1. Sentencias aditivas que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma implícita de exclusión de un determinado supuesto

Buena parte de las sentencias aditivas responden a una omisión que implica la exclusión de un determinado supuesto,²⁸

²⁷ Tratando de explicar estos dos supuestos, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Analogía ‘secundum constitutionem’”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, pp. 13 y ss.; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, p. 183 y ss., han afirmado que la diferencia entre estos dos supuestos de sentencias aditivas puede reconducirse a la que existe entre la igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. En el primer caso, se considera que es la ley la que excluye implícitamente el supuesto no previsto, el problema se plantea como un caso de desigualdad en la ley que deberá ser declarada inconstitucional “en la parte en la que no contempla” lo que constitucionalmente debería contemplar. En el segundo caso, se considera que no existe una norma implícita, por tanto, no existe ningún impedimento legal para realizar una interpretación extensiva, analógica o sistemática que permita aplicar al supuesto no previsto las consecuencias expresamente señaladas en el precepto legal.

²⁸ Esta tesis “de la norma implícita negativa” ha sido defendida por LANZILLO, Raffaella, “Poteri creativi della Corte costituzionale...”, *op. cit.*, p. 30; D’ORAZIO, Giustino, “Le sentenze costituzionale additive...”, *op. cit.*, pp. 102 y ss.; MONTELLA, Mario, *La tipologia delle sentenze...*, *op. cit.*, p. 105, quien manifiesta que en este caso la anulación de la parte disgregada de la disposición que no dice nada al res-

o dicho en otros términos, responden a exigencias derivadas del principio constitucional de igualdad, porque se enfrentan a leyes discriminatorias por la no inclusión de determinados supuestos y categorías, o bien, porque injustificadamente se delimita el ámbito de aplicación de la respectiva disciplina en atención al sexo, raza, religión, entre otras.²⁹ En este estudio no entraremos en el análisis riguroso del régimen discriminatorio de cada uno de estos casos, sino que sólo nos ceñiremos a establecer algunos supuestos en los que se declara la inconstitucionalidad parcial de la norma pero sólo “en cuanto no incluye algo”.

Cabe advertir que este supuesto de la hipótesis de violación del principio de igualdad mediante omisión es, quizás, el supuesto más complejo de cuantos vamos a examinar, ya que frente a una ley que discrimina por omisión, la igualdad puede ser restablecida tanto con la declaración de inconstitucionalidad de la propia omisión, con lo que, por lo regular, se realiza una extensión favorable para los supuestos no incluidos, como expulsando el régimen discriminatorio mediante la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de una parte textual del precepto legal que discrimina, con lo que, a menudo, se anula el régimen que originalmente era favorable.³⁰

pecto permite quitar de en medio un obstáculo para la aplicación de la norma que ilegítimamente estaba excluída.

²⁹ En ese sentido FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado Social”, *op. cit.*, p. 174, al referirse a las sentencias aditivas surgidas para salvaguardar el principio de igualdad a partir del criterio de no discriminación, ha indicado que muchas de las sentencias consideradas aditivas surgen cuando el TC se encuentra ante restricciones que obstaculizan el disfrute de algún derecho a colectivos determinados, sin que exista una justificación razonable para discriminar a dichos sectores. En este tipo de supuestos el TC no procede a anular la concesión del beneficio sino que lo expande a los colectivos que originalmente estaban excluidos.

³⁰ Esta idea ha sido difundida en la doctrina italiana por PIZZORUSSO, Alessandro, “Las sentencias manipulativas...”, *op. cit.*, pp. 290-291; DUNI, Giovanni, “L’oggetto dei giudizi di costituzionalità...”, *op. cit.* p. 341; COLAPIETRO, Carlo, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990, p. 42. Y en la doctrina española por DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

Lo que frecuentemente ha hecho la Corte Constitucional italiana es extender el régimen que es más favorable a través de una sentencia aditiva.³¹ El Tribunal Constitucional español, en cambio, suele expulsar el régimen discriminatorio por medio de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de uno o varios incisos del artículo impugnado, por medio de la utilización de sentencias interpretativas, o bien a través del uso de sentencias aditivas.³²

Para efectos de este estudio, a continuación introduciremos algunos ejemplos de sentencias aditivas que declaran la inconstitucionalidad parcial, ya que la disposición impugnada en ellas contiene una exclusión implícita. Por tanto, con dicho tipo de sentencias no se anula una norma en positivo, sino que con ellas se anula una norma implícita de exclusión, lo que hace posible la extensión de la disciplina que faltaba.³³

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 162, ha señalado que la Corte Constitucional italiana frecuentemente, cuando ha tenido que eliminar situaciones de privilegio, se ha decantado por el empleo de sentencias aditivas que pretenden extender el tratamiento “ulterior” al caso que no está previsto, es decir, a través de la generalización del privilegio.

³² Así lo ha evidenciado el estudio de GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad en la ley”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 14, núm. 42, 1994, pp. 120 y ss., que plantea que el Tribunal Constitucional utiliza las siguientes formas para restablecer la igualdad: a) con la expulsión del régimen discriminatorio, que se ha realizado mediante la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de uno o varios incisos del artículo impugnado, o bien mediante sentencias interpretativas; b) a través de la ampliación del régimen discriminatorio, que se ha efectuado, en varias ocasiones, con la utilización de sentencias aditivas.

³³ La doctrina italiana se ha referido a esta situación como una “conversión de lo negativo en positivo”. En ese sentido véase a ELIA, Leopoldo, “Le sentenze additive...”, op. cit., p. 303; COLAPIETRO, Carlo, *Le sentenze additive...*, op. cit., p. 24. Sobre la crítica que se ha desarrollado en torno a la conversión de lo negativo en positivo Cfr., por todos, SILVESTRI, Gaetano, “Le sentenze normative...”, op. cit., pp. 764 y ss., quien ha subrayado que esta conversión implica en realidad la transformación de un texto ilegítimo en legítimo mediante una adición, convirtiéndose la Corte Constitucional en órgano de “relegitimación” de las leyes.

Dos ejemplos típicos de sentencias aditivas pronunciadas por la Corte Constitucional italiana son las sentencias núms. 133 y 190, ambas de 1970.³⁴ En la sentencia núm. 133 de 1970 se declaró la inconstitucionalidad del artículo 145, inciso primero, del Código Civil, en su redacción original (anterior a la reforma del derecho de familia), en la parte en la que “*non subordinava*” el deber del esposo de mantener a la esposa si ésta era privada de medios suficientes para vivir, prevista, por el contrario, en el caso inverso. La norma declarada inconstitucional es aquélla –indudablemente deducida del viejo texto del artículo 145, inciso primero, del Código mencionado– por medio de la cual el esposo debe mantener a la esposa aun cuando ésta tenga medios suficientes. La eficacia creativa de la decisión –típicamente aditiva– no es superior a aquélla que hubiera explicado una sentencia manipulativa, que hubiese declarado inconstitucional el artículo 145, inciso segundo, del Código Civil, en la parte en la que subordina el deber de la esposa de contribuir al mantenimiento del esposo si éste no tiene medios suficientes: aunque en este caso la declaración de inconstitucionalidad – aun con respecto a una positiva enunciación de la ley- habría sustituido a la norma preexistente una norma de contenido opuesto, mediante una directa modificación del texto.³⁵

Por lo que toca a la sentencia núm. 190 de 1970, el precepto impugnado era el artículo 304 *bis*, inciso primero, del Código de Procedimientos Penales, que reconocía el derecho de los defensores de asistir a las diligencias judiciales, a las periciales, a los registros domiciliarios y a los reconocimientos. Este derecho no era reconocido, porque no se establecía nada al respecto en dicho precepto, en relación con otros actos instructores como el interrogatorio

³⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, *op. cit.* pp. 157 y ss., y LANZILLO, Raffaella, “Poteri creativi della Corte costituzionale...”, *op. cit.*, pp. 30 y ss., coinciden en indicar estas sentencias como ejemplos paradigmáticos de sentencia aditiva.

³⁵ LANZILLO, Raffaella, “Poteri creativi della Corte costituzionale...”, *op. cit.*, p. 30

del acusado, la inspección judicial, la requisita personal, etc. La Corte Constitucional consideró que el artículo 24 de la Constitución, que tutela el derecho a la defensa, impone el reconocimiento del derecho de los defensores de asistir también a aquellos actos instructores antes mencionados, y declaró la inconstitucionalidad del citado artículo 304-*bis*, en la parte en la que *no contempla* la asistencia del defensor en el interrogatorio del acusado.³⁶ Este pronunciamiento tiene el efecto de que, tras la sentencia, será obligatoria la asistencia del defensor, también en aquellos actos, que en la formulación original de la ley no estaban previstos.

Asimismo, podemos mencionar la sentencia núm. 99/1975, en la cual, también con referencia al artículo 304, del anterior Código de Procedimientos Penales, la Corte declaró su inconstitucionalidad “en la parte en la que no contempla entre los sujetos legitimados para solicitar una indemnización justa a quien ha logrado, en el juicio de revisión, la anulación de una irrevocable sentencia de absolución por falta de pruebas, obteniendo la absolución con una fórmula más favorable”.³⁷

Todas estas sentencias aditivas pueden ser, sin duda, catalogadas como sentencias aditivas de estimación parcial, porque en la parte dispositiva de la sentencia es posible encontrar la fórmula que declara la ilegitimidad constitucional de la disposición impugnada

³⁶ Según LANZILLO, Raffaella, “Poteri creativi della Corte costituzionale...”, *op. cit.*, pp. 30 y 31, originalmente la excepción había sido elevada bajo un aspecto diverso —es decir, en la parte en la cual el art. 304, inciso primero, de la citada Ley, contempla la asistencia del Fiscal en el interrogatorio del acusado —con el fin de evitar que se planteara la inconstitucionalidad de una “omisión” del legislador. La Corte Constitucional, considerando que la falta de asistencia del defensor podía perjudicar el ejercicio del derecho de defensa, incluso en ausencia de la acusación pública, planteó ante ella misma excepciones de inconstitucionalidad del art. 304-*bis*, inciso primero, de la multicitada Ley, en la parte en la que no se prevé la asistencia del defensor.

³⁷ Otros ejemplos de este tipo de sentencias aditivas de la Corte Constitucional italiana son las sentencias 2/1956, 63/1972, 64/1972, 168/1963, 6/1966, 22/1967, 86/1968, 148/1969, 172/1976, 93/1977, 60/1991, 340/1992.

“nella parte in cui...”. Sin embargo, cabe mencionar que la Corte Constitucional italiana, en los últimos años, ha excluido la posibilidad de poder adoptar decisiones aditivas en materia penal (limitándose a la hipótesis de que con éstas se agrave la posición del acusado), en consideración al rigurosísimo principio de legalidad que la rige (artículos 13 y 25, inciso 2, de la Constitución).³⁸ Ha considerado también que las aditivas no deben de ser *in malam partem*.³⁹ Y más recientemente, parece que ha introducido otra restricción, excluyendo los casos en los que la normativa *impugnata* resulte arbitraria. Por tanto, se podrán seguir emitiendo sentencias manipulativas, entre ellas aditivas, siempre y cuando sean favorables al reo.⁴⁰

Un ejemplo de este grupo de sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional español es la STC 222/1992, de 11 de diciembre. En ella se impugnó el artículo 58.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos que establecía que “Al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge [...] podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento”. En este caso, se pretendía saber si la mención expresa al cónyuge suponía la exclusión implícita de quien hubiera convivido *more uxorio* con el arrendatario fallecido. El Tribunal Constitucional español consideró este supuesto como de exclusión tácita, y declaró la inconstitucionalidad del precepto “en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”.

³⁸ Esta jurisprudencia, que es inaugurada con la sentencia 42/1977 y madurada después de fuertes contrastes con la Corte de Casación, ha sido seguida por las sentencias 108/1981, 237/1984, 276/1984, 114/1994, 306/1994, 334/1994, 51/1999, 337/1999, entre otras.

³⁹ En ese sentido véanse las sentencias 297/1986, 132/1995, 271/1995, 288/1995, 315/1996, 332/1996, 337/1999.

⁴⁰ En ese sentido véase, entre otros, a CERRI, Augusto, *Corso di giustizia costituzionale*, *op. cit.*, pp. 244-245.

Otro ejemplo muy evidente de sentencia aditiva de inconstitucionalidad parcial, es la sentencia del Tribunal Constitucional español que enjuició la constitucionalidad del artículo 162.2 de la antigua Ley General de Seguridad Social.⁴¹ Dicho precepto disponía que “[...] se reconocerá derecho a pensión a las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez en quienes se den [...] las siguientes circunstancias: [...]”. Como podemos observar el precepto cuestionado no menciona a los “hijos y hermanos” de pensionista, los está excluyendo implícitamente. En efecto, la disposición contiene dos normas: la que expresamente otorga las pensiones a “hijas y hermanas” en las circunstancias que la misma Ley contempla, y la que excluye de dichas pensiones a “hijos y hermanos” en las mismas circunstancias. Por tanto, la sentencia declaró la inconstitucionalidad del precepto “en cuanto excluye a hijos y hermanos”. Con esta declaración de inconstitucionalidad de la norma implícita se permite la extensión de los supuestos a los que es aplicable el precepto, ampliando, en consecuencia, su contenido normativo.

Estos ejemplos, a pesar de sus diferencias, tienen en común el hecho de que la disposición en ellos impugnada contempla, además de la situación de ventaja expresamente señalada en el texto, la norma denunciada por contener una exclusión explícita.⁴² En ellos el Tribunal Constitucional español señala lo que a la disposición “le falta” para ser conforme a la Constitución, de manera que –al menos aparentemente– se “añade algo” a lo dicho por ésta.⁴³

⁴¹ STC 3/1993, de 14 de enero.

⁴² En relación con este tipo de pronunciamientos PALADIN, Livio, “Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza: abril 1979-diciembre 1983”, en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Cedam, Padua, 1985, p. 636, ha indicado que las sentencias aditivas responden a un “esquema ternario o trilateral” (Constitución-norma expresa-norma implícita), en el que la misma disposición legal genera tanto el tertium comparationis (la situación de ventaja configurada por el legislador expresamente en el texto) como la norma explícita de exclusión.

⁴³ Otro ejemplo de este tipo de sentencias es la STC 76/1982, 27/1985.

II.2.2. Sentencias aditivas que se limitan a adicionar una disciplina que debería estar incluida: aditivas producto de una interpretación extensiva o analógica

Como ya lo habíamos adelantado, no todos los casos en los que existe una omisión legislativa relativa deriva, necesariamente del texto, una norma implícita de exclusión. El tipo de sentencias aditivas al que nos vamos a referir surgen ante omisiones puras y simples, que significan carencia de una disciplina que, según el Tribunal Constitucional, deberían haber estado contempladas de modo que la norma, comprensivamente considerada, no contrastase con las normas constitucionales que sirven como parámetro.⁴⁴ Por tanto, para hallar la norma aplicable al supuesto no previsto expresamente, será necesario realizar una elección entre el argumento analógico y el argumento *a contrario*. Pero la “intervención” de la Norma Suprema exigirá que se realice una interpretación extensiva o analógica que tome en cuenta los supuestos que la disposición expresamente contempla.⁴⁵

Un ejemplo sería la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 22/1967, de 28 de febrero, que juzgó la constitucionalidad del artículo 4, apartado quinto, del RD n.º 1765, de 17 de agosto de 1935. En el fundamento jurídico 6 de dicha sentencia se indicó que “la anomalía podría superarse también a través de la interpretación sistemática, puesto que con esta se puede extender a la prescripción la norma establecida para la muerte o amnistía”. En consecuencia, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto “en cuanto consiente que el juez civil pueda comprobar que el hecho que ha provocado el infortunio constituya delito solamente en la hipótesis de extinción de la acción penal por muerte del imputado o por amnistía,

⁴⁴ MONTELLA, Mario, *La tipologia delle sentenze...*, op. cit., p. 105.

⁴⁵ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, op. cit., p. 181.

sin mencionar la hipótesis de prescripción del delito”. En este caso, la falta de mención de la prescripción del delito en el artículo impugnado no implica una exclusión implícita, ya que una interpretación adecuada del mismo, en el marco del ordenamiento del que forma parte, supone aplicar lo que está expresamente previsto para los casos de amnistía y muerte del imputado, al supuesto que originalmente no es contemplado.

En el anterior supuesto de sentencias aditivas, que se limita a adicionar una disciplina que debería estar incluida, reiteramos, la disposición impugnada no contiene una norma implícita de exclusión, y su texto no es contrario a la Constitución. En esa tesitura, no hay una norma inconstitucional que derive de forma conjunta del texto (aunque sí es inconstitucional una de sus posibles interpretaciones). Esto es, la sentencia puede adoptar un pronunciamiento que formalmente sea interpretativo en sentido estricto, que considere que existen dos alternativas de interpretación del precepto: una extensiva, acorde con la Constitución, y una restrictiva, contraria al Texto Fundamental;⁴⁶ pero que materialmente tenga efectos aditivos.

Queremos destacar que dentro del grupo de sentencias aditivas que estamos comentando, es posible introducir aquéllas que adoptan un pronunciamiento interpretativo desestimatorio;⁴⁷ pero también las que recurren a un pronunciamiento interpretativo estimatorio.

Con relación a las que adoptan un pronunciamiento interpretativo desestimatorio, conviene advertir por un lado, que en ellas, como es obvio, no existe un pronunciamiento de inconstitucionalidad propiamente dicho de una norma que derive de manera conjunta de la disposición, ya que la cuestión se plantea como una elección entre dos interpretaciones alternativamente posibles: una estricta y

⁴⁶ *Ibidem*, p. 183.

⁴⁷ En ese sentido puede verse a CRISAFULLI, Vezio, “La Corte costituzionale ha vent’anni”, en *Guiriprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1976, p. 77.

otra extensiva o analógica, y, por otro lado, que no todas las sentencias aditivas pueden intercambiarse por una decisión interpretativa desestimatoria. No podrán adoptar esa fórmula, por ejemplo, aquellas sentencias que juzguen un precepto que contiene una norma implícita de exclusión, porque la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, necesariamente, implica una sentencia de las que aquí hemos denominado como sentencias aditivas que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma implícita de exclusión de un determinado supuesto.⁴⁸

A partir de la anterior argumentación, incluso podría afirmarse que estas sentencias *deben* adoptar un pronunciamiento formalmente desestimatorio, aunque materialmente sean sentencias aditivas. En representación de muchos otros podemos citar como ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional italiana n° 10/93, de 12 de enero. En esta sentencia se promovió una cuestión de constitucionalidad en contra del artículo 555, inciso tres, del Código de Procedimientos Penales, además de las disposiciones concordantes de los artículos 456, inciso dos, y 458, inciso uno, del mismo Código, en cuanto tales normas no preveían que la notificación del decreto de citación a juicio, así como el aviso que contempla la indicación del término, dentro del cual se solicita el juicio abreviado, debían ser traducidos a la lengua conocida por el imputado extranjero que ignora la lengua italiana. Así, en la citada sentencia la Corte declaró no fundada, “*nei sensi di cui in motivazione*”, la cuestión de legitimidad constitucional, y le impuso al juez la obligación de interpretar la norma, reconociendo el derecho “a la traducción”, incluso en ausencia de una previsión explícita.

No puede negarse que la decisión antes señalada, indudablemente, posee efectos aditivos, en el sentido de que exige la interpretación extensiva de la disposición cuestionada. Y en ese

⁴⁸ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas...*, op. cit., p. 185.

sentido, se equiparan a una declaración de inconstitucionalidad “en la parte” en que no se prevé algo. Un sector de la doctrina italiana ha explicado este supuesto reconociendo la aproximación que existe entre las sentencias aditivas y las denominadas sentencias interpretativas desestimatorias a *valenza additiva*.⁴⁹

En relación con este tipo de sentencias aditivas “de extensión”, hay que mencionar que ellas también pueden adoptar la forma de una sentencia interpretativa estimatoria en sentido estricto. Esto es, cuando *deba* hacerse una elección entre interpretaciones alternativas, y alguna de ellas es inconstitucional, el fallo puede ser interpretativo estimatorio, al indicar que el precepto “es inconstitucional si se interpreta” en el sentido que excluye (o se limita) a determinados supuestos, aunque desde un punto de vista material o desde los efectos que produce, la sentencia es aditiva.

II.2.3. Sentencias parcialmente estimatorias con relación al texto, pero de efectos materialmente aditivos

Por último, es oportuno indicar que también existen sentencias que, siendo parcialmente estimatorias con relación al texto de la disposición impugnada, es decir, que declaran la inconstitucionalidad de un inciso, frase o palabra del texto, desde un punto de vista material o desde los efectos que producen, pueden ser consideradas como sentencias aditivas.⁵⁰ Un primer ejemplo que podemos señalar

⁴⁹ Cfr. ELIA, Leopoldo, “Le sentenze additive...”, *op. cit.*, p. 307.; COLAPIETRO, Carlo, *Le sentenze additive...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

⁵⁰ En este tipo de pronunciamiento tiene aplicación lo que ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, *op. cit.*, pp. 156 y ss., ha afirmado al establecer que no todas las decisiones de la Corte que eliminan partes textuales pueden quedar comprendidas dentro de las decisiones solamente negativas: es algo obvio, por ejemplo, que la eliminación de un “no” de una fórmula legislativa podría ser el origen de una serie de normas nuevas, introducidas con una operación sólo aparentemente eliminativa. Es necesario, en definitiva, valorar los efectos normativos que se determinan para fijar el alcance negativo o innovativo-positivo de un pronunciamiento.

es el pronunciado por el Tribunal Constitucional español mediante la sentencia STC 27/1985, de 26 de febrero, que se pronunció sobre el artículo 13, párrafo primero, de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar. En dicho precepto se establecía la posibilidad de interponer recurso de casación ante la Justicia Militar contra las sentencias de los Consejos de Guerra “por el Ministerio Fiscal jurídico militar en todo caso, y por quienes hubieran sido condenados en la sentencia si en ella se le hubiera impuesto al recurrente pena privativa de libertad superior a tres años de duración en una de ellas o en la suma de varias de las impuestas a un mismo condenado, o la separación del servicio como principal o accesoria”.

El Tribunal Constitucional español, al entrar en el estudio del problema de fondo planteado en la cuestión de inconstitucionalidad, manifestó que la diferente posición del Ministerio Fiscal, respecto a los condenados, no puede justificar una desigualdad que implica disminución de los medios de defensa de la parte acusada frente a la acusación pública, ya que dicha situación de desigualdad, que puede originar la indefensión de los acusados, se opone al artículo 24 de la Constitución que, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva, exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurrir y, por tanto, que, una vez creado un recurso en el ordenamiento –en este caso el recurso de casación–, tal garantía procesal haya de estar a disposición de todas las partes (Fundamento Jurídico 3). En consecuencia, en el apartado primero del fallo, el Tribunal declaró parcialmente inconstitucional el artículo 13.1 de la citada Ley Orgánica, el cual quedará redactado de la siguiente forma: “Contra las sentencias de los Consejos de Guerra podrán interponerse recursos de casación ante la Justicia Militar por el Ministerio Fiscal y por quienes hubieran sido condenados en la sentencia”. Aunque en la sentencia no se diga expresamente, dicha declaración de inconstitucionalidad parcial afectó a los incisos “en

todo caso”, y desde “si en ella se le hubiere impuesto...” hasta el final del precepto. Con ello se amplió el ámbito de aplicación de este precepto, que desde la sentencia permite el recurso de casación a todos los condenados, y no sólo a algunos de ellos en función de la pena.

Un segundo ejemplo también del Tribunal Constitucional español es la sentencia STC 149/2000, de 1 de junio, que conoció de la autocuestión planteada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante LOREG).⁵¹ Dicho artículo dispone que la interposición del recurso al que se refiere el artículo 21.1, frente a los acuerdos de las Juntas Electorales ante la Junta de superior categoría, “tendrá lugar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del acuerdo y ante la Junta que lo hubiera dictado, la cual, con su informe, ha de remitir el expediente en el plazo de cuarenta y ocho horas a la Junta que deba resolver. Contra la resolución de esta última no cabe recurso administrativo o judicial alguno”.

Esta autocuestión se elevó porque el último inciso de este artículo, al excluir todo recurso judicial contra las resoluciones de las Juntas Electorales que contempla, podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva, infringiéndose, asimismo, el artículo 106.1 de la Constitución, en cuanto se impide de manera absoluta, por una parte, la posibilidad de acceder a una tutela de derechos e intereses legítimos, y, por otra, un control judicial en relación con todas las condiciones de juridicidad del acto o norma enjuiciados (Fundamento Jurídico 3). En consecuencia, el Tribunal decidió declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la expresión “o judicial” contenida en el último inciso del artículo 21.2 de la

⁵¹ Esta disposición ya había sido declarada conforme con la Constitución en el Auto 1040/1986, de 3 de diciembre de 1986, cuyo fallo declaró inadmisibile el recurso de amparo interpuesto por Centro Democrático y Social.

LOREG en cuanto excluye de manera indiscriminada y absoluta la posibilidad de todo recurso judicial contra las resoluciones de las Juntas Electorales que contempla.

II.3. Omisiones legislativas y sentencias aditivas en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana

La Suprema Corte, a pesar de no contar entre sus atribuciones con un proceso encaminado específicamente a la impugnación de las omisiones legislativas, al resolver la controversia constitucional 14/2005, sentó importantes criterios en torno a la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

En un primer momento, al centrar la atención en el aspecto subjetivo del legislador y vinculándolo con el sistema competencial configurado por la propia Constitución, la Corte, arguyó que “los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio. Las primeras son aquellas en las que dichos órganos pueden decidir si las ejercen o no y el momento en que lo harán; de manera que esta competencia en sentido estricto no implica una obligación, sino la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, es decir, los órganos legislativos cuentan con la potestad de decidir libremente si crean una determinada norma jurídica y el momento en que lo harán. Por su parte, las segundas son aquellas a las que el orden jurídico adiciona un mandato de ejercicio expreso, es decir, una obligación de hacer por parte de los órganos legislativos a los que se les han otorgado, con la finalidad de lograr un correcto y eficaz desarrollo de sus funciones; de ahí que si no se realizan, el incumplimiento trae aparejada una sanción. En este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o

crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias.⁵²

Con base en la clasificación anterior, la Suprema Corte, manifestó que existe la posibilidad de que las competencias que tienen atribuidas los órganos legislativos no sean ejercitadas. En este supuesto, dichos órganos “pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes.⁵³

Ahora bien, el Tribunal Constitucional mexicano, combinando los dos tipos de competencias o facultades –de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo-, y los tipos de omisiones que él mismo ha estipulado –absolutas o relativas-, precisa que pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas: a) absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada Ley y no la ha hecho; b) relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una Ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) relativas en competencias de

⁵² Tesis Jurisprudencial P./J. 10/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXIII, correspondiente al mes de febrero de 2006, p. 1528.

⁵³ Tesis Jurisprudencial P./J. 11/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXIII, correspondiente al mes de febrero de 2006, p. 1527.

ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la Ley lo hace de manera incompleta o deficiente”.⁵⁴

La noción y tipología de las omisiones legislativas establecida en las tesis antes transcritas han coadyuvado para que la Suprema Corte resuelva los asuntos en donde la inconstitucionalidad de las normas generales deriva de las actitudes omisivas del legislador. Sin embargo, es preciso preguntarnos ¿Antes de este criterio de la Corte, era posible impugnar las omisiones legislativas a través de alguno de los instrumentos de control constitucional? El Tribunal Constitucional mexicano, en principio, había negado su procedencia, por ejemplo, en relación con el juicio de amparo. No obstante, emitió sentencias en las cuales determinó la inconstitucionalidad de una omisión absoluta del legislador ordinario. Tal es el caso de la adición al artículo 21 de la Constitución Federal que indicó que las resoluciones del Ministerio público sobre la falta de ejercicio de la acción penal y desistimiento de la acción penal podrían ser impugnadas por la víctima u ofendido a través de la vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.⁵⁵

En este caso, la omisión se originó porque a pesar de que el Órgano Reformador de la Constitución Federal expreso su intención de que se estableciera, por el legislador ordinario, un recurso contra de esas resoluciones no lo creó de inmediato, o bien, en un plazo razonable, dado que la reforma al artículo 9, fracción XIX, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, se realizó hasta el 17 de septiembre de 1999, lo que originó que ese vacío normativo se colmó con el criterio de la Suprema Corte que consideró que la tutela de esa garantía a favor del querellante, denunciante, víctima

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Esta adición es del 31 de diciembre de 1994.

del delito o de los familiares de ésta, se podría llevar a cabo mediante el juicio de amparo.⁵⁶

Con relación a la controversia constitucional, parece ser que la Suprema Corte expresamente ya había determinado que éste era el único instrumento procesal por el que se puede combatir una omisión legislativa, incluso, conminando al legislador para que expida determinada regulación. Así, puede verse la sentencia que se pronunció en la controversia constitucional 80/2004. En ella se impugnaba la omisión de la legislatura del Estado de Chihuahua de no expedir la regulación respectiva en materia de agua potable, en desacato del contenido del artículo 115 de la Constitución Federal. En el fallo de la citada sentencia⁵⁷ se exhortó al Congreso del Estado de Chihuahua para que dentro del plazo de un año, contado a partir de la legal notificación de la ejecutoria, realizara las adecuaciones legales en materia municipal, ajustándose a lo establecido en el precepto constitucional antes indicado.

En el caso específico del control en la acción abstracta de inconstitucionalidad, la Suprema Corte, al analizar la fracción II del artículo 105 constitucional, estableció que de dicha fracción no es posible advertir la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas absolutas. Refuerzan lo antes señalado, por identidad de razones, los criterios contenidos en las siguientes tesis jurisprudenciales:

⁵⁶ Este criterio se localiza en la Tesis jurisprudencial P.CLXIV/97, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo VI, correspondiente al mes de diciembre de 1997, p. 56, que estableció que la garantía que tutela el derecho de impugnar las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio o desistimiento de aquélla, no se encuentra sujeta a que se establezca en ley la vía jurisdiccional de impugnación ordinaria, por lo que mientras ésta no se expida, el juicio de amparo es procedente en forma inmediata para reclamar tales resoluciones.

⁵⁷ Sentencia del catorce de julio de dos mil cinco, resolutive segundo, considerando octavo.

“A través de este medio de control constitucional no pueden impugnarse actos de carácter negativo de los Congresos de los Estados, como lo es la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a la Constitución Local, por no constituir una norma general que por lo mismo no se ha promulgado ni publicado, los cuales son presupuestos indispensables de la acción. Lo anterior se infiere de la interpretación armónica de los artículos 105, fracción II, inciso d), de la Constitución mexicana, y 61 de la LR105, en los que se prevé la procedencia de la acción de inconstitucionalidad que en contra de leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados, promuevan el equivalente al treinta y tres por ciento de sus integrantes, ya que se exige como requisito de la demanda el señalamiento del medio oficial de publicación, puesto que es parte demandada no sólo el órgano legislativo que expidió la norma general, sino también el Poder Ejecutivo que la promulgó; de esta forma, no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad cualquier acto de un órgano legislativo, sino que forzosamente debe revestir las características de una norma general, y que además, ya haya sido publicada en el medio oficial correspondiente”.⁵⁸

En otro momento, la Suprema Corte también ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad no es procedente en contra de la omisión de los Congresos de los Estados de expedir una Ley, por no constituir una norma general que, por lo mismo, no ha sido promulgada ni publicada. Lo anterior se encuentra reforzado por la siguiente tesis jurisprudencial que al efecto ha pronunciado el Pleno de la Corte:

“Del análisis gramatical y teológico de la fracción II del artículo 105 de la Constitución [...], no se advierte la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios de una entidad federativa a las disposiciones de un Decreto por el que se modificó

⁵⁸ Cfr. Tesis Jurisprudencial P./J. 16/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XV, correspondiente al mes de marzo de 2002, p. 995.

la Constitución Estatal, sino únicamente contra la posible contradicción entre la Constitución Federal y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente, dado que a través de este mecanismo constitucional la Suprema Corte [...] realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma [...].”⁵⁹

Entendemos que estos criterios jurisprudenciales, están encaminados a evidenciar que, de conformidad con la fracción II del artículo 105 de la Constitución Federal, no es procedente la acción de inconstitucionalidad contra actos de carácter negativo de los Congresos de los Estados. En cambio, creemos que la intención de estos criterios no es la de prohibir que, en el fallo o en los considerandos de las sentencias recaídas en este medio de control constitucional, se puedan hacer recomendaciones al legislador para que realice las adecuaciones legales que la Corte determina como necesarias. Tal aserto lo basamos en la propia actividad jurisdiccional de la Corte, proclive a incluir una recomendación, invitación, apelación o exhorto al legislador para que actúe y, en muchas ocasiones, incluso le señala un plazo para que lo haga.

Por otra parte, el Pleno de la Suprema Corte, ha apostillado recientemente que la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad contra las omisiones legislativas absolutas en la expedición de una ley, no es aplicable en los supuestos en los que exista una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas.⁶⁰

De las tres tesis jurisprudenciales transcritas, deriva que las omisiones legislativas absolutas, no pueden controlarse a través

⁵⁹ Tesis Jurisprudencial P./J. 23/2005, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXI, correspondiente al mes de mayo de 2005, p. 781.

⁶⁰ En estos términos véase la Tesis jurisprudencial P./J. 5/2008, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXVII, correspondiente al mes de febrero de 2008, p. 1336.

del control abstracto de la constitucionalidad de las normas generales. Pero la cuestión se plantea en términos marcadamente distintos respecto de las omisiones legislativas relativas, pues en este caso existe una ley, aunque sea deficiente o incompleta, y la misma puede impugnarse para atribuirle una “omisión del legislador” al regular una determinada materia. Como ya hemos tenido oportunidad de mencionar, las sentencias aditivas son uno de los instrumentos que la Suprema Corte puede emplear para resolver este tipo de omisiones relativas, porque cuando en ellas se afirma que a la disposición impugnada le falta algo para ser constitucional, también afirman la inconstitucionalidad de la norma implícita que impide o excluye su aplicación a ciertos supuestos.

II.3.1. Supuestos en los que se aplican las sentencias aditivas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano

Las sentencias aditivas de la Suprema Corte mexicana responden a diversas formulaciones, es decir, el efecto de ampliación o extensión puede producirse por vías muy diferentes. Así me parece que es posible distinguir los siguientes supuestos en los que estas decisiones se aplican.

Un primer supuesto es aquel en el que se determina que una disposición normativa secundaria es deficiente o incompleta en relación con el principio de igualdad,⁶¹ es decir, cuando la Suprema Corte conoce de un caso en el cual la disposición distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos que, desde el punto de vista constitucional, deberían tener el mismo tratamiento.

⁶¹ En este supuesto estamos en presencia de una omisión de tipo parcial que parte de la existencia de leyes o disposiciones, pero que la inconstitucionalidad deviene de la insuficiencia de su portada normativa, al preverse menos de lo que el legislador estaba constitucionalmente obligado a contemplar.

Antes de emprender el análisis de este primer grupo de pronunciamientos aditivos, creemos imprescindible precisar, aunque sea brevemente, una cuestión fundamental que tiene que ver con la determinación de cuándo se considera que una distinción descansa sobre una base objetiva y cuándo, por el contrario, se entiende que una distinción constituye una discriminación constitucionalmente prohibida. Esta problemática ha sido abordada por la Corte desde hace poco tiempo, al establecer los tres aspectos que, según ella, son imprescindibles para determinar si una distinción es constitucionalmente válida (o no).

En primer lugar, ha afirmado que es indispensable saber si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, ya que el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, ha precisado que se debe examinar si la introducción de la distinción constituye un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, si existe una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, ha dicho que se tiene que verificar si se cumple con el requisito de la proporcionalidad, ya que el legislador no puede dejar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionalmente afectados por ella.⁶²

⁶² Tesis Jurisprudencial 1a./J. 55/2006, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *SJFG*, Novena Época, tomo XXIV, correspondiente al mes de septiembre de 2006, p. 75.

Una vez que la Corte ha señalado los aspectos que hay que tomar en cuenta para saber si la distinción es constitucional o inconstitucional, enseguida enfatiza que es indispensable que en cada caso se determine qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.⁶³

Ahora bien, frente a una disposición que es discriminatoria, la igualdad puede ser restaurada ya sea declarando la inconstitucionalidad de una omisión, ya declarando la inconstitucionalidad sin invalidar la disposición (para que el legislador pueda actuar en consecuencia), o bien, declarando la inconstitucionalidad de la parte del texto del precepto impugnado que entiende discriminatoria, lo que en muchas ocasiones viene a invalidar el estado de ventaja a favor de un sector en desventaja de otro.⁶⁴ Con base en este último supuesto, la Suprema Corte ha dictado sentencias en las que se considera que el precepto impugnado excluye (aunque de manera implícita) lo que debería incluir. La sentencia, en este caso, declara la inconstitucionalidad y la invalidez de esa parte textual que excluye, lo que origina la ampliación del contenido normativo

⁶³ *Ibídem*.

⁶⁴ Esta idea ha sido abordada por la doctrina italiana y española. En esa tesitura puede verse PIZZORUSSO, Alessandro, “Las sentencias ‘manipulativas’...”, *op. cit.*, pp. 290-291; DUNI, Giovanni, “L’oggetto dei giudizi...”, *op. cit.*, p. 341; COLAPIETRO, Carlo, *Le sentenze additive...*, *op. cit.*, p. 42; D’ORAZIO, Giustino, “Le sentenze costituzionale additive...”, *op. cit.*, p. 92, y VECINA CIFUENTES, Javier, “El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Batolomé de las Casas*, año 1, núm. 2, 1993-1994, p. 488.

que la Constitución exige. Un ejemplo sería la Sentencia de seis de noviembre de dos mil siete,⁶⁵ recaída en la acción de inconstitucionalidad 10/2005. Esta sentencia creemos que contiene un pronunciamiento de este tipo de adición, aunque formalmente se trate de una sentencia de estimación parcial con respecto del texto de la disposición impugnada (a las que nos referiremos más adelante). El artículo cuestionado es el 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, que antes del pronunciamiento de la Suprema Corte establecía:

“Toda persona capaz, tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco, siempre que tal disposición no le ocasione una disminución permanente de su integridad física, ni ponga en peligro su vida”.

La Suprema Corte en el considerando quinto de la sentencia estableció que “la prohibición que ha establecido el artículo 24-A de la legislación civil del Estado de Nayarit es contraria al párrafo tercero del artículo 4º de la Constitución [...] que establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, en la medida que dicho precepto secundario impide a las personas disponer parcialmente de su cuerpo, con fines terapéuticos, a favor de personas con las que no se tenga un parentesco hasta el cuarto grado, no obstante que el lazo familiar no es el único vínculo de solidaridad que propicia ese deseo de libre disposición corporal. [...] En ese sentido, la disposición legal reclamada constituye una norma discriminatoria y carente de razonabilidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, [...], porque priva a quienes no cuenten con parientes donantes de la posibilidad de ser receptores de órganos de otros sujetos que, bajo los principios de gratitud y de respeto a su integridad corporal, otorguen su consentimiento

⁶⁵ Publicada en el *DOF* del 15 de febrero de 2008.

para llevar a cabo trasplantes de algún componente de su cuerpo con fines terapéuticos. “[...] condicionando necesariamente esa libre disposición a las normas contenidas en la legislación sanitaria federal”.

Del contenido de la disposición impugnada pueden derivar dos normas: a) una explícita, que establece el derecho de que toda persona puede disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco y, b) otra implícita de exclusión, que impide a las personas disponer parcialmente de su cuerpo, con fines terapéuticos, a favor de personas con las que no se tenga un parentesco hasta el cuarto grado. En la sentencia que estamos comentando la adición se va a producir, al extender los efectos normativos previstos en el precepto; aunque para que se dé esa extensión es un requisito indispensable que primero se invalide parte del contenido normativo de la norma explícita, con lo que se remueve el obstáculo, y que como consecuencia automática de dicha declaración de invalidez se incluya lo antes excluido, lo cual es exigido por la propia Constitución.

En mérito de lo expuesto, en la última parte del considerando quinto, así como en el punto resolutivo segundo del fallo, se declaró la invalidez del artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, exclusivamente en cuanto a la porción normativa que dice “...de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco...”, [...]; y enseguida, para facilitar al lector el entendimiento de la disposición, se señala que, en lo sucesivo, el precepto en cuestión se leerá de la siguiente manera: *“Toda persona capaz, tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico, siempre que tal disposición no le ocasione una disminución permanente de su integridad física, ni ponga en peligro su vida.”*

Como podemos observar, esta sentencia responde a la estructura de aquellas sentencias aditivas derivadas de exigencias propias del principio de igualdad, en tanto que se enfrenta a leyes

discriminatorias por la ausencia de una inclusión expresa de determinados supuestos o categorías, aunque este no es un elemento esencial del tipo de sentencias al que nos estamos refiriendo, pues existen otras clases de sentencias aditivas que presentan perfiles distintos. A dichas clases nos referiremos a continuación.

Un segundo supuesto se refiere a aquellas sentencias en las que la operación realizada por la Suprema Corte es una interpretación del precepto (en esta interpretación pueden confluir varios criterios como el extensivo, sistemático, conforme a la Constitución) que permite incluir en él lo que en principio no estaba previsto expresamente. En este caso, a diferencia del anterior, de la disposición cuestionada no deriva una norma de exclusión, sino que sólo se adiciona una norma aplicable al supuesto que no estaba prevista expresamente, y que deriva de exigencias constitucionales. En ese sentido puede verse la Sentencia de ocho de marzo de dos mil uno, pronunciada en la acción de inconstitucionalidad 9/2001, en la que se solicitó la invalidez del artículo 47 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Tabasco, reformado por el Decreto “450”,⁶⁶ toda vez que no establece un plazo para que la Legislatura local expida la convocatoria para la elección del Gobernador que deba concluir el periodo.

En el considerando noveno de la sentencia se señaló que hasta antes de la reforma a que dio lugar el Decreto “450”, el artículo 47 de la Constitución Política de dicha entidad federativa, en su parte conducente, disponía lo siguiente: “Artículo 47. [...] El mismo Congreso, expedirá *dentro de los cinco días siguientes* al de la designación de Gobernador interino, la convocatoria para la elección de Gobernador que deba concluir el periodo respectivo [...]”. Por su

⁶⁶ Dicho Decreto se publicó en el *Periódico Oficial del Estado de Tabasco* el treinta de diciembre de dos mil, con él se reformó el artículo 47 de la Constitución Política del Estado de Tabasco.

parte, el nuevo artículo 47, producto de la referida reforma constitucional, señala en la parte que interesa, lo siguiente: “Artículo 47. [...] El mismo Congreso expedirá la convocatoria para la elección de Gobernador que deba concluir el periodo respectivo [...]”.

En el mismo considerando se estableció que, como puede apreciarse, en este punto la reforma básicamente tuvo por objeto eliminar el plazo de cinco días para que el Congreso del Estado convocara a elecciones extraordinarias, lo que viene a violentar los principios constitucionales de certeza, de renovación periódica del Poder Ejecutivo local y de realización de elecciones auténticas, así como el derecho ciudadano al sufragio, ya que con la aplicación del precepto reclamado se podría llegar al extremo de que la Legislatura no convoque a elecciones durante el lapso necesario para que se actualice la hipótesis prevista en el párrafo cuarto del propio artículo 47, consistente en la necesidad de que el propio Congreso deba nombrar a un gobernador sustituto que concluya el periodo constitucional.

En consecuencia, el punto resolutivo segundo de la sentencia se declaró “la invalidez del Decreto `450` publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el treinta de diciembre de dos mil, por el que se reforma el artículo 47 de la Constitución Política del Estado de Tabasco, en cuanto elimina el plazo de cinco días para la emisión de la convocatoria a elecciones extraordinarias de Gobernador”. Acto seguido la SCJN hace una adición en los siguientes términos: “En este aspecto, volverá a adquirir vigencia el artículo 47 de la Constitución del Estado de Tabasco anterior a la reforma, en la parte que establece: “Artículo 47.- [...] El mismo Congreso, expedirá *dentro de los cinco días siguientes al de la designación de Gobernador Interino*, la convocatoria para la elección de Gobernador que deba concluir el periodo respectivo”.

Como se puede constatar, las sentencias aditivas no sólo se emplean para hacer efectivo el derecho a la igualdad, aun cuando

sea en defensa de ese derecho donde más se pueden aplicar; sino que también pueden surgir en casos como el descrito, en los que el Intérprete Supremo de la Constitución declara que la disposición impugnada se ajusta a la Norma Suprema pero que le falta un supuesto, que ha sido eliminado por el legislador, y lo adiciona.

II.3.2. Efectos de las sentencias aditivas recaídas en la acción abstracta de inconstitucionalidad mexicana

De manera preliminar, podemos afirmar que toda sentencia aditiva tiene aparejada la declaración de inconstitucionalidad e invalidez de una norma. Iniciando por las sentencias aditivas que consideran que el precepto impugnado excluye (aunque de manera implícita) lo que constitucionalmente debería incluir, creemos que la declaración de invalidez de esa norma que excluye tiene efectos generales y vincula a todos los poderes públicos. Pero además, la invalidez de esa norma implícita tiene como consecuencia la ampliación de los efectos que el precepto no contemplaba explícitamente con anterioridad al pronunciamiento de la Corte. Esa invalidez es declarada expresamente en la mayoría de las sentencias aditivas de la Corte, aunque referida en general al artículo de la ley objeto de impugnación.

Si coincidimos en que el momento de integración de la laguna es consecuencia inmediata e inevitable de la inconstitucionalidad de la norma implícita, que viene impuesta por la propia Constitución, creemos pues que el momento de integración y el momento de anulación de la norma implícita tienen los mismos efectos generales y vinculantes para todos los poderes públicos de la doctrina constitucional que en la sentencia ha sido introducida por la Suprema Corte.

Es verdad que, en muchas ocasiones, dicha integración implica la aplicación al supuesto no previsto de un principio general derivado de la Constitución, el cual deberá ser aplicado por los jueces y tribunales en tanto el legislador haga las adecuaciones a la ley.

ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA EN DEMOCRACIA

Jorge Carpizo*

PALABRAS DEL DR. JORGE CARPIZO EN LA PRESEN- TACIÓN DEL DOCUMENTO “ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA EN DEMOCRACIA”

“La Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) es una institución, como su denominación la define, de todo el país, de la Nación. El artículo 1º de su Ley Orgánica señala, entre sus fines, la organización y realización de investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales, y el artículo 3º de su Estatuto General precisa que “El propósito esencial de la Universidad, será estar íntegramente al servicio del país y de la humanidad, de acuerdo con un sentido ético y de servicio social...”

La UNAM tiene siempre presente dichos preceptos, que le imponen obligaciones jurídicas, pero que también son de carácter

* Jorge Carpizo, doctor en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador Emérito de la UNAM adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ha publicado 20 libros entre los que destacan: "La Constitución Mexicana de 1917", "El Presidencialismo Mexicano". Ha sido catedrático en las Universidades de UNAM, México; profesor en los estudios de posgrado de la Universidad Complutense de Madrid, titular de la Cátedra de Estudios Mexicanos de la Universidad de Amberes, Bélgica y Categoría Especial de Profesor de la Universidad de La Habana.

ético, y cumple con convicción y entrega al país que la sostiene, al cual se debe y constituye la razón de su existir. La UNAM procura estar cada día más cerca de la Nación y ayudar a la solución de sus problemas, como señalan los artículos citados.

Por tal razón, con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, desde la Universidad se decidió convocar a un foro de discusión sobre Seguridad y Justicia en Democracia, que se celebró del 6 al 10 de junio del presente año, en el cual se dio la participación de 88 especialistas en dieciocho mesas redondas, en las que se discutieron ampliamente los temas. Los participantes fueron expertos nacionales e internacionales. La relatoría de esa Conferencia Internacional sintetizó las principales líneas del debate, pero, como es natural, sólo fue la exposición de un panorama general de los problemas aludidos y de las propuestas realizadas.

Tal y como estaba previsto desde el comienzo de la organización de dicha Conferencia Internacional, la Rectoría de la Universidad designó una Comisión de cinco universitarios y un secretario de la misma para que revisaran y evaluaran todo el material de la Conferencia, y que con esos materiales, así como con los que considerara oportuno allegarse, redactaran la Propuesta, desde la Universidad Nacional, para una política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia, misma que decidimos discutir y enriquecer con las observaciones de otros especialistas. A todos ellos se manifiesta el agradecimiento institucional.

Hoy se hace del conocimiento público dicha Propuesta, que fundamenta y explica las recomendaciones que son su síntesis. Conforme la Comisión, designada por el Sr. Rector, fue elaborando el documento en todo momento se benefició de las ideas y sugerencias del Sr. Rector, quien realmente se constituyó como otro miembro de la Comisión.

La Propuesta y sus recomendaciones las avala y respalda totalmente el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el cual las difundirá ampliamente, no sólo en México, sino en sus dieciocho Secciones Nacionales de América Latina, más las de Estados Unidos, España, Portugal e Italia.

El Sr. Rector y la Comisión de universitarios que formulan la Propuesta, me han encomendado la honrosa misión de leerles el conjunto de recomendaciones, que constituye la síntesis de la labor de las 88 ponencias del Congreso, de diversos especialistas universitarios y de los propios miembros de la Comisión, incluido el Rector.

1. Celebrar un pacto político y social de base amplia que permita reorientar a nuestras instituciones de seguridad y justicia para hacer frente a la crisis de violencia que enfrenta el país.
2. Generar los consensos políticos y sociales necesarios para dar un giro inmediato en las estrategias de seguridad, centrándolas en la prevención del delito, el abatimiento de la impunidad, la reducción del número de muertes y de lesionados, la preservación de la integridad de las personas y a la defensa de sus derechos humanos.
3. Concentrar lo anterior en un buen diagnóstico, transparente, participativo e incluyente que defina el problema que se enfrenta; que defina la ruta y establezca los mecanismos de evaluación periódica. La transición institucional para implantar un nuevo paradigma debe hacerse con una ruta visible, cumpliéndose como primera condición la producción de información veraz, oportuna y transparente.
4. Conducir la agenda de prevención al centro de la política de seguridad, comenzando por los jóvenes: 1) generar una instancia que concentre y articule en forma coordinada los esfuerzos que se realizan para la prevención y el tratamiento de adicciones y, 2) organizar los diversos enfoques de desarrollo humano y social, de género, seguridad ciudadana y cohesión

social, para que tengan una fuerte implicación comunitaria, de proximidad y local. Para fortalecer la política de prevención de adicciones se sugieren las medidas señaladas en los apartados 4.4.1 y 4.4.2 del documento base.

5. Diseñar un programa de política social, que favorezca la enseñanza y el desarrollo de modelos para ayudar a los consumidores de sustancias adictivas a reconocer la conveniencia de abandonar el consumo o bien a reconocerse como adictos y solicitar tratamiento, que incluya en el mismo a los terceros que forman parte de su entorno.
6. Establecer programas formulados con un enfoque multidimensional que reconozca la heterogeneidad de los jóvenes, que contemplen espacios y foros para su expresión y que los vinculen con el desarrollo de su comunidad, fungiendo como instancias de contacto para la atención de sus inquietudes y para brindarles orientación cuando así lo requieran.
7. Generar programas específicos para propiciar la permanencia o reinserción de los jóvenes en el sistema educativo, así como proporcionarles insumos que los preparen para su vida laboral. Para tal efecto, se deberían fortalecer los programas de becas para la enseñanza media superior y superior, así como generar un programa de seguimiento estudiantil, que actuaría en cada caso concreto de abandono de estudios para lograr la reinserción del alumno y la eficiencia terminal.
8. Rediseñar las políticas de empleo para enfatizar la importancia del nexo escuela-trabajo y de la formación y actualización profesional que propicien la efectiva inserción laboral de los jóvenes sin precarizar sus condiciones de trabajo y vida. Para este propósito es necesaria la participación efectiva y el compromiso no sólo de las instancias de gobierno sino también de los sectores empresariales y de las organizaciones de trabajadores.

9. Generar políticas integrales que fomenten la estabilidad en el empleo y la capacitación real y efectiva de los trabajadores, al contemplar acciones tales como el establecimiento de estímulos fiscales a aquellas empresas que contraten jóvenes y que procuren en forma objetiva, real y verificable la capacitación de sus trabajadores y su vinculación con programas de productividad que generen beneficios mutuos a las partes involucradas en la relación laboral.
10. Generar un Subsistema Nacional de Distribución y Comercialización Juvenil que propicie el desarrollo de una cultura emprendedora entre los jóvenes, mediante el establecimiento y operación de empresas juveniles y sociales.
11. Establecer una Defensoría de la Juventud, sin gran aparato administrativo, pero en condiciones que permitan su operación efectiva, en coordinación con una red institucional que desde todas las dependencias de gobierno, articule sus programas así como que oriente, asesore y defienda en los ámbitos familiar, escolar, civil, penal, laboral y administrativo a los jóvenes que tengan problemas en los mismos.
12. Ejecutar un programa nacional de fortalecimiento institucional que haga operativos los mecanismos de rendición de cuentas, que sume los controles internos y externos y las estructuras innovadoras de auditoría ciudadana —por ejemplo, mediante la integración de ciudadanos al Consejo Nacional de Seguridad Pública y la Auditoría Civil de las Policías.
13. Establecer un registro nacional de víctimas y fortalecer los mecanismos de reparación del daño para sus familiares, generando una legislación específica.
14. Transformar a los órganos fiscalizadores, como la Auditoría Superior de la Federación y sus análogos en las entidades federativas y en el Distrito Federal, en verdaderos órganos constitucionales autónomos, plenamente responsables de sus actos,

que no dependan de ninguno de los tres poderes públicos, con la finalidad de fortalecer la lucha contra la corrupción, la impunidad y mejorar la rendición de cuentas.

15. Diseñar un plan para el regreso de las fuerzas armadas a las funciones que le son naturales tan pronto como sea posible.
16. Generar en las instituciones de policía y procuración de justicia políticas de reclutamiento, formación y promoción desde un enfoque multidisciplinario, además de contar con condiciones laborales adecuadas y sistemas de supervisión, evaluación, indicadores del desempeño y mecanismos de rendición de cuentas eficaces y eficientes. Hacer realidad la carrera civil en ambas profesiones.
17. Favorecer la reinserción social de la figura del policía, propiciando su acercamiento con los ciudadanos en particular y con la comunidad en lo general.
18. Empezar una evaluación del Consejo de la Judicatura Federal y de los consejos locales de la Judicatura, a cargo de una instancia externa e independiente, con la participación de académicos y profesionistas especializados, que de manera autónoma, objetiva, imparcial y completa aborde el impacto que ha tenido el desempeño de dichos consejos desde su creación, como mecanismo para combatir la corrupción, fomentar la independencia y la profesionalización de los funcionarios del poder judicial. Como consecuencia de esta evaluación, cada Consejo debe comprometerse a implantar los planes de fortalecimiento pertinentes para cumplir su labor con eficacia.
19. Llevar a su máxima intensidad la persecución del delito de lavado de dinero en sinergia con los cuerpos de inteligencia civil. La lucha contra el lavado de dinero debe priorizarse y fortalecerse con infraestructura y capacidad humana. La persecución de este delito merece al menos la misma atención presupuestal y de centralidad en la política pública que la referente

- a los cuerpos de policía. Al respecto se hacen señalamientos precisos en el apartado 4.6.3.
20. Medir en forma objetiva y publicar la efectividad de las acciones del Estado orientadas a erradicar las actividades de lavado de dinero.
 21. Insertar a las instituciones de inteligencia en una legislación que establezca los fines de los servicios que proporcionan las diversas instancias; que comprenda con mayor claridad su estructura, los mecanismos formales para su coordinación y las herramientas claras de su responsabilidad política y jurídica, así como su operación desde el enfoque local hasta el regional y el nacional. En el apartado 4.8. se especifican estas medidas.
 22. Llevar a los hechos la readaptación y la reinserción sociales. Contemplar la prisión preventiva sólo para los delitos graves y revisar a fondo las disposiciones y prácticas en materia de medidas cautelares en el procedimiento penal – entre ellas, pero no exclusivamente, el llamado “arraigo” – a la luz de las garantías que otorga, en lo general, el sistema legal mexicano, así como a lo dispuesto por el régimen internacional en materia de derechos humanos.
 23. Realizar un diagnóstico objetivo, imparcial e integral del sistema carcelario mexicano con una metodología única de conformidad con estándares internacionales. Es preciso adoptar, en forma inmediata, las medidas conducentes a reestablecer el orden y el imperio de la ley en todos los reclusorios para adultos y menores de edad.
 24. Dejar de ver a la prisión como la medida más adecuada para la solución del conflicto social generado por los delitos violentos, dimensionándola como un último recurso únicamente para los delitos violentos y sólo con fines de protección social, readaptación y reinserción.

25. Despenalizar aquellas conductas que no atentan en forma importante contra la sociedad y trasladar la atención de las mismas a otras esferas, como la administrativa.
26. Transformar los ministerios públicos en verdaderos órganos constitucionales autónomos, eficaces y ágiles, sustentados en el adecuado nombramiento de los procuradores, la creación de los Consejos del ministerio público y de la policía de investigación, la existencia de una verdadera carrera ministerial, la autonomía presupuestal y la autonomía técnica de los fiscales, para combatir la corrupción, la impunidad y alejar a esta importante función de cualquier consideración política.
27. Proponer la convocatoria a una Cumbre Internacional para valorar el problema de los migrantes y lo que alrededor del fenómeno se desarrolla, así como sobre el problema del narcotráfico, las drogas, el lavado de dinero y la trata de personas.
28. Convertir a los institutos de acceso a la información pública en órganos constitucionales autónomos con facultades legales suficientes para que cumplan sus fines.
29. Cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo cual México está obligado al haber reconocido su competencia contenciosa, tal y como lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
30. La variedad y la gravedad de las manifestaciones y expresiones de la violencia contra las mujeres exige respuestas integrales, según los ámbitos donde se da: no sólo la que se produce en el espacio doméstico, sino también la que se origina en la comunidad y la que ejerce el Estado. En el texto de la Propuesta se sugieren acciones específicas al respecto.

No sólo se sugieren y recomiendan acciones inmediatas a cargo de instancias ajenas a la Universidad Nacional Autónoma de México, también se propone en el contexto de esta Casa de

Estudios el compromiso de apoyar, dentro de los alcances que son propios de la misma, la concreción de las acciones antes sugeridas, así como emprender en forma directa las siguientes:

31. Promover la creación de un mecanismo formal en el seno de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), para diseñar un sistema nacional de vinculación para la investigación y el desarrollo en materia de seguridad y justicia.
32. Proponer un mecanismo de colaboración entre la ANUIES y las secretarías de Educación Pública federal y estatales, para promover contenidos educativos y mecanismos participativos de los estudiantes de los niveles básico, medio y superior, coherentes con el perfil de la nueva política de Estado en seguridad y justicia. Además, se sugiere implantar en la Universidad Nacional Autónoma de México programas similares de carácter interactivo en su Museo de las Constituciones.
33. Poner en marcha en la Universidad Nacional Autónoma de México un programa piloto especializado en áreas de seguridad y justicia, con gobiernos y comunidades involucrados en políticas y programas inspirados en los principios de la nueva política de Estado.
34. Crear en la Universidad Nacional Autónoma de México el Programa Universitario de los Derechos Humanos, que incluya las áreas de seguridad y justicia.
35. Impulsar en la Universidad Nacional Autónoma de México la discusión sobre la política referente a drogas en México a través de un foro amplio que permita evaluar los costos y las consecuencias de diversas políticas sobre la regulación del consumo de drogas. Esta discusión debe incluir las posiciones de sectores diversos, así como la experiencia de distintas latitudes para obtener una visión de política plausible e integral.

36. Crear en el Museo de las Constituciones, que se inaugura en las próximas 48 horas, un programa sobre el conocimiento de las Constituciones Mexicanas, en especial la actual, basado en el fortalecimiento de valores éticos laicos como la tolerancia, el patriotismo, el comportamiento cívico, la solidaridad, el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, dirigido a toda la población, pero con énfasis especial para niños y jóvenes.

Hasta aquí las recomendaciones y los compromisos que adquiere nuestra Universidad Nacional.

Considero que su cumplimiento colaboraría a alcanzar los estadios de seguridad y justicia en democracia que los mexicanos anhelamos y exigimos.

No obstante, se necesita algo más: que la sociedad, sus organizaciones de toda clase y los gobiernos recuperemos los valores éticos laicos que son parte indispensable de la fortaleza de la nación, que todos nos percatemos de que con hechos y ejemplos, ya basta de discursos y palabras, hagamos un frente común en contra de la corrupción, la impunidad, la irresponsabilidad, el uso partidista del poder, el cinismo y las mentiras; que hagamos un frente común para vivificar el patriotismo, el Estado de derecho, la verdad, la rendición de cuentas, la transparencia en el manejo de los recursos públicos, la honestidad, la responsabilidad, y sobre todo que nos comprometamos en que cada mexicano debe llevar una vida digna, una existencia sin carencias económicas, sociales y culturales que denigran al ser humano. Hay que regresar a Hidalgo y Morelos en sus anhelos de libertad e igualdad reales; a Mariano Otero en la concepción del Estado de derecho y la justicia efectiva; a Ignacio Ramírez y Ponciano Arriaga en su defensa del trabajador y el campesino; a Juárez y su generación, en su convicción de la libertad de conciencia y creencias, y la separación del Estado e igle-

sias, a los constituyentes de 1917 en la construcción del Estado y la justicia social.

Si queremos seguridad y justicia en democracia hay que enfrentar la pobreza en que vive la mitad de nuestros hermanos, y la desigualdad social que impera, y es una de las más profundas del universo.

Si queremos seguridad y justicia en democracia hay que despojarnos de egoísmos, eliminar privilegios y falsos prestigios políticos, religiosos y sociales.

Si queremos seguridad y justicia en democracia, tal y como dice la Propuesta desde la Universidad Nacional Autónoma de México: “Manos a la obra”, ya, sin dilación alguna, y como guía de todos nosotros una sola estrella polar: México, México, únicamente México”.

Jorge Carpizo

Ciudad Universitaria, D.F., a 8 de agosto de 2011

ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA EN DEMOCRACIA

I. INTRODUCCIÓN

México vive graves problemas de inseguridad, violencia y criminalidad que impactan en los más diversos aspectos de la vida nacional. La sociedad y los gobiernos de los tres niveles se encuentran legítimamente preocupados y ocupados en superar esta etapa, y alcanzar la seguridad y la justicia en democracia.

La Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) es una institución, como su denominación la define, de todo el país, de la Nación. El artículo 1º de su Ley Orgánica señala, entre sus fines, la organización y realización de investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales, y el artículo 3º de su Estatuto General precisa que “El propósito esencial de la Universidad, será estar íntegramente al servicio del país y de la humanidad, de acuerdo con un sentido ético y de servicio social...”

La UNAM tiene siempre presente dichos preceptos, que le imponen obligaciones jurídicas, pero que también son de carácter ético, y cumple con convicción y entrega al país que la sostiene, al cual se debe y constituye la razón de su existir. La UNAM procura estar cada día más cerca de la Nación y ayudar a la solución de sus problemas como señalan los artículos citados.

Por tal razón, con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, desde la Universidad se decidió convocar a un foro de discusión sobre Seguridad y Justicia en Democracia, que se celebró del 6 al 10 de junio del presente año, en el cual se dio la participación de 88 especialistas en dieciocho mesas redondas, en las que se discutieron ampliamente los temas.

Los participantes fueron expertos nacionales e internacionales. La relatoría de esa Conferencia Internacional sintetizó las principales líneas del debate, pero, como es natural, sólo fue la exposición de un panorama general de los problemas aludidos y de las propuestas realizadas.

Tal y como estaba previsto desde el comienzo de la organización de dicha Conferencia Internacional, la Rectoría de la Universidad designó una Comisión de cinco universitarios y un secretario de la misma para que revisaran y evaluaran todo el material de la Conferencia, y que con esos materiales, así como con los que considerara oportuno allegarse, redactaran la propuesta, desde la Universidad Nacional, para una política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia, misma que decidimos discutir y enriquecer con las observaciones de otros especialistas. A todos ellos se manifiesta el agradecimiento institucional.

Esta Propuesta al Estado Mexicano se nutre del espíritu y letra de la legislación citada, de un ánimo de colaboración con la sociedad y el Estado, con un deseo solidario de contribuir a encontrar soluciones a nuestros problemas actuales de seguridad y justicia en democracia. En la Propuesta y sus recomendaciones existe un ánimo propositivo. Es momento de unir voluntades y esfuerzos, no de dividirnos.

1. Debemos revisar nuestra manera de enfrentar la inseguridad y de hacer justicia

La violencia ha tomado en numerosas regiones del país dimensiones y formas nunca antes vistas, lo que causa un daño irremediable contra las personas, las familias y las comunidades, llegando incluso a debilitar el proyecto de desarrollo nacional. Con este fondo, se han multiplicado la preocupación y los cuestionamientos respecto a la manera como nuestros gobiernos —federal, estatales

y municipales— enfrentan el problema. Numerosos foros, expresiones sociales y propuestas elaboradas desde todos los sectores evidencian la necesidad de construir una política de Estado encaminada a transformar el paradigma dominante en la seguridad y la justicia. Incluso el presidente de la República ha solicitado propuestas sobre los cambios requeridos. En este contexto, la Universidad Nacional Autónoma de México, con la colaboración del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, presenta esta Propuesta al Estado Mexicano.

1.1 ¿Cómo se enfrenta el problema en la actualidad?

En nuestro país, la convivencia en las familias, en las comunidades y en las ciudades atraviesa por una crisis. Entre sus más dolorosas y dramáticas manifestaciones figuran la multiplicación y diversificación de la delincuencia, la violencia y la inseguridad. El diagnóstico y las estrategias para contener y acabar estos fenómenos han sido insuficientes. La información disponible muestra un acelerado crecimiento de la violencia, lo que causa un grave daño a las personas.

No hay duda de que todos los días mujeres y hombres en el servicio público hacen su mejor esfuerzo con lo que tienen a la mano —incluso sin la protección requerida—, poniendo su vida en juego. Para ellas y ellos, nuestro reconocimiento y agradecimiento. El reajuste necesario y urgente de normas, políticas públicas e instituciones tendrá en dichos servidores a sus más directos beneficiarios.

Para muchos, la seguridad y la justicia están cercadas por fronteras infranqueables derivadas del modo histórico de hacer las cosas o de las limitaciones de todo tipo, principalmente en el terreno municipal. Ante ello, afirmamos que el cambio es posible: ese modo y esas fronteras son parte esencial de nuestras instituciones. La

propuesta reconoce la realidad no para claudicar sino, al contrario, para confirmar la firme ambición de transformarla.

El impacto de la corrupción en las instituciones y la participación de la sociedad en ella nos obliga a reconocer lo siguiente: esta propuesta de política de Estado será estéril si no se toman decisiones y realizan acciones contundentes, desde las más altas responsabilidades públicas y liderazgos privados, para reducir las prácticas de corrupción e impunidad. Debe comenzarse por las malas prácticas insertas en los circuitos de alta jerarquía y hacia abajo, hasta la más modesta ventanilla.

La problemática relativa a la estrategia actual es evidente. Desde una perspectiva nacional, comienza con una creciente disponibilidad de recursos para las fuerzas de seguridad y el aparato de justicia, así como diversas propuestas de reformas legales y adecuaciones a las estructuras administrativas de las instituciones vinculadas con esta problemática, esfuerzos que se ven superados por la realidad y que no se articulan y formulan de manera coordinada y con contenidos pertinentes.

Derivado de lo anterior, estimamos que las políticas públicas actuales en materia de seguridad, presentan problemas que se podrían explicar de la siguiente manera:

- a. **El soporte teórico y conceptual es insuficiente.** Existe en México y en el extranjero una amplia producción académica y profesional que ofrece un marco de análisis del que, en general, está desvinculada la política de gobierno. Los documentos oficiales donde se exponen los motivos de las normas, diseños institucionales, programas, estrategias y acciones tan sólo recurren a referentes normativos que no reflejan un conocimiento de la literatura especializada. Esta debilidad se manifiesta en la confusión general de conceptos como “seguridad nacional”, “seguridad interior”, “seguridad pública”, “seguridad ciudadana”

y “seguridad humana”. Dada la inercia en esta confusión, se tiende a sobrecargar el concepto *seguridad nacional*, como si se tratara de una bolsa donde caben y deben ser contenidos todos los riesgos y amenazas, e incluso se ignora que el texto constitucional hace referencia expresa a la “seguridad interior”, a la “seguridad nacional” y a la “seguridad pública”, asignándoles a cada una de ellas un ámbito y responsables claramente definidos. De igual forma, la misma confusión aporta un margen máximo de intervención en favor del Estado (la seguridad nacional) mientras estrangula el control que pudieran ejercer la población y los ciudadanos sobre las funciones oficiales en beneficio de las instituciones (la seguridad humana y la seguridad ciudadana). Lo dicho incide en todo el conjunto de instituciones responsables de hacer cumplir la ley y de administrar justicia.

- b. **Las prácticas institucionales no se adecuan al marco constitucional de la seguridad y los derechos humanos.** En la práctica, el quehacer institucional guarda una relación lejana con los mandatos constitucionales que soportan las funciones de seguridad y justicia. La separación comienza por una idea de la seguridad lejana a su condición de garantía para la vigencia de todos los derechos humanos. La idea dominante pone a las instituciones en el centro de las políticas de seguridad, mientras el ciudadano queda al margen. Quizá es por eso que los índices de confianza institucional se mantienen mayoritariamente en valores negativos.
- c. **Las políticas en materia de seguridad pública y justicia se encuentran desvinculadas de los fines comunes que se buscan.** Las instituciones encargadas de la investigación del delito y de la procuración de justicia suelen dejar de lado la coordinación y cooperación entre instituciones que buscan garantizar seguridad pública a la sociedad. Los objetivos del Estado para garantizar la seguridad pública y la justicia no se encuentran

en un marco de acciones nacionales de corto, mediano y largo plazo; por el contrario, con frecuencia se guían por objetivos a corto plazo con fines en algunos casos de carácter político o electoral, generando con ello mayor distanciamiento entre instituciones.

- d. **Las normas, diseños y prácticas están ajenos al marco especializado de atención a poblaciones de mayor riesgo o vulnerabilidad.** Los aparatos de seguridad y justicia reproducen patrones de discriminación que dan lugar a las más graves violaciones a los derechos humanos en contra de niños y niñas, mujeres, jóvenes, migrantes, gente en pobreza extrema, indígenas, personas con discapacidad e incluso contra los propios elementos o funcionarios de instituciones policiales y militares de los más bajos rangos. Se ha hecho común la victimización de estos grupos.
- e. **Los sectores relevantes para la seguridad y la justicia están fragmentados.** El quehacer convencional de la seguridad y la justicia las fragmenta entre sí, así como respecto de otros sectores públicos con los que debiera construir puentes de colaboración. La seguridad opera como política policial o militar, mientras que la justicia lo hace en la forma de castigo. En general, están ausentes los modelos que debieran insertarse, con la seguridad y la justicia, en estrategias integrales para revertir la exclusión. De ahí que las acciones de los aparatos de seguridad y de justicia muchas veces producen más problemas, en tanto no se alinean con la atención a las causas profundas de la inseguridad, la violencia y la delincuencia. La irrefrenable expansión en el uso de la prisión y sus impactos para la profesionalización del crimen son ejemplo contundente de esta fragmentación. Impera en estos sectores una profunda desconfianza mutua que sólo obstaculiza la sinergia y la comunicación.
- f. **La prevención se ha desatendido.** La seguridad y la justicia en México han privilegiado el incremento legislativo de tipos

legales y penas sobre la prevención, lo cual resulta particularmente grave pues no sólo no se ha abatido la impunidad sino que se ha desatendido prácticamente por completo el establecimiento de una política preventiva. El presupuesto público destinado al castigo y a la prevención está proporcionalmente desequilibrado en beneficio del primero. Parece ignorarse que el gasto en educación, salud y empleo, entre otros, es por sí mismo una inversión en la prevención. Ello denota desconocimiento de los métodos necesarios para en efecto lograr que desde esos sectores se abone a la construcción de comunidades seguras. Aunque en el discurso se habla cada vez más de la prevención, en los hechos ésta se ve limitada por una estrategia que pone las intervenciones policial y militar en el centro de las políticas. Cada vez con mayor frecuencia se emplea a las fuerzas armadas —antes que a las policías— en los casos que el Estado percibe como extremos. Esta centralidad de la fuerza militar parte del menosprecio del potencial de la prevención como estrategia eficaz para construir comunidades seguras. El hecho opera exactamente en sentido opuesto a la tendencia internacional dominante para atender contextos de alto riesgo.

- g. **Acciones y decisiones coyunturales y reactivas, sumadas a la ausencia de una visión integral y coordinada al corto, mediano y largo plazos.** Es necesario que las acciones y decisiones que se emprendan estén encuadradas dentro de una política pública general, formulada bajo principios de racionalidad e integralidad, que no sólo sea de carácter reactivo y con una visión de corto plazo, sino que tenga como premisa básica la prevención y contemple la atención y solución real de la problemática que presenta la materia en el corto, mediano y largo plazos.
- h. **Subordinación a cuestiones políticas personales, partidistas o electorales.** Las políticas públicas de seguridad y

justicia y sus instrumentos de aplicación están frecuentemente influenciadas por intereses de partido. La formulación de políticas e instrumentos no funciona como punto de encuentro, consenso y soporte de decisiones de Estado. En lugar de promover una competencia productiva, los foros son capturados como recursos para la confrontación política, donde se explota la sensibilidad del público para crear auditorios a favor de unos y en contra de otros, lo que a su vez fragmenta a la sociedad. La confrontación entre partidos termina por reducir las posibilidades de la acción social colectiva, que ya es urgente.

- i. **Las relaciones civiles y militares enfrentan condiciones extraordinarias.** La organización política del país en la forma de república federal ha resultado ser mucho más un espacio de confrontación política y disputa por recursos públicos, y mucho menos una tierra fértil de gestación y consolidación de liderazgos capaces de promover el progreso que se requiere en materia de seguridad y justicia. El Sistema Nacional de Seguridad Pública es el andamio institucional que debía organizar a todas las partes de la República en esfuerzos colectivos, homogéneos y coherentes. Lejos de encauzar las diferencias, catalizar los aprendizajes, canalizar las propuestas y consolidar los consensos, este foro se ha convertido también en arena para la disputa por el presupuesto. En el Informe de Fiscalización de la Cuenta Pública 2009, a cargo de la Auditoría Superior de la Federación, los dictámenes en torno al Sistema han sido sumamente negativos. Relegados a segundo plano la seguridad y el acceso a la justicia, los gobiernos federal, estatales y municipales mantienen confrontaciones interminables que acaban por neutralizar el liderazgo de cualquiera de ellos.

El empleo de las fuerzas armadas en funciones de seguridad pública y procuración de justicia, ambas ajenas al mandato que le es natural, está directamente asociado a la neutralización

de los liderazgos civiles capaces de encabezar y consolidar exitosas políticas públicas de seguridad.

- j. **La corrupción e impunidad son severas.** Se han instalado en los aparatos de seguridad y justicia culturas institucionales que reproducen patrones extendidos de corrupción. El problema empieza desde sistemas de gestión de recursos y de procesos formalistas, sobrecargados y lentos que incentivan los desvíos, sumado a controles débiles o ausentes para sancionarlos. Es un problema que está en el diseño mismo de las instituciones y que no ha sido atendido con la voluntad y los instrumentos adecuados. Aunque las oportunidades para la corrupción e impunidad son aprovechadas por individuos, se construyen en ambientes institucionales que las propician o las toleran. Por ello, la corrupción e impunidad no se explican y mucho menos se resuelven reduciéndolas a un problema a nivel individual. Es un problema representado por conductas personales, sin duda, pero descansa sobre la mala calidad de los sistemas de control de la gestión de procesos y recursos. Si una institución no tolera la corrupción e impunidad, quien incurra en ella será disfuncional y, por ende, será sancionado. Tenemos en cambio muchos casos donde la resistencia a la corrupción e impunidad por parte de una persona o de un grupo hace a aquella o a éste disfuncionales dentro de la institución. Sin menoscabar el poder corruptor específico del crimen organizado, que es inmenso, lo cierto es que la propia corrupción e impunidad se han instalado como incentivo del quehacer cotidiano, en innumerables ocasiones contando con la participación de la ciudadanía, incluso como actor propiciatorio.
- k. **La metodología de las políticas públicas está marginada.** En general, la toma de decisiones está mucho más cercana a la intuición que a una metodología de políticas públicas convencionalmente aceptada. Se ensaya una y otra vez, a veces en un

ciclo de reformas y contrarreformas, sin que se sigan procesos formales de diseño, diagnóstico, implantación y evaluación. Esta actuación, errática a su vez, colapsa la posibilidad de consolidar sistemas de rendición de cuentas para aprender del acierto y del error, donde se apliquen las consecuencias que correspondan. Desde esta dinámica se ignora la información empírica levantada con instrumentos técnicos y se sobrevalora la información disponible a través de la experiencia anecdótica. La política de seguridad y justicia en México se compone tradicionalmente de una constelación infinita de decisiones aisladas cuyo impacto no puede ser evaluado de un modo técnico y objetivo, propio de políticas públicas modernas y democráticas. El problema empieza en que no tenemos certeza acerca de cómo las autoridades validan su propio quehacer, pues faltan los referentes públicos que expliquen por qué se hacen las cosas de una manera y no de otra.

- i. **La capacitación de vanguardia casi no existe.** En México se produce, desde al menos hace dos décadas, conocimiento especializado en reformas democráticas en seguridad y justicia. Con pocas excepciones, las estructuras institucionales continúan sin propiciar ni permitir la instalación de programas serios y duraderos para la capacitación a los operadores de toda área y jerarquía. Lo anterior con vistas a crear incentivos para el desarrollo profesional en el marco de servicios de carrera que aseguren la promoción por mérito. Al día de hoy, el conocimiento parece ser garantía frecuente de crecimiento sólo cuando reproduce prácticas y patrones convencionales. No es así cuando se trata de conocimiento renovador, producto del contacto con las escuelas y experiencias de vanguardia, dentro y fuera de México.
- m. **La legitimidad se reduce.** La incapacidad generalizada de las políticas de seguridad y justicia para servir a la sociedad ha

terminado por extender la desconfianza ciudadana hacia las instituciones. Un cúmulo incalculable de sucesos cotidianos revela la insatisfacción del gobernado en su contacto con las instituciones de seguridad y justicia. De ahí surgen valores y actitudes entre los funcionarios y los ciudadanos que reducen la interacción positiva. La desconfianza recíproca produce más desconfianza y el Estado no ha sabido cortar ese círculo vicioso. Peor aún, buena parte de los gobiernos ha optado por decidir y actuar sin la validación de la legitimidad ciudadana.

- n. **Domina una retórica de confrontación.** El discurso dominante define genéricamente una frontera entre “buenos” y “malos”, señalando a un enemigo interior. Lo anterior ha ocasionado que, cuando personas vinculadas a actividades delictivas llegan a ser víctimas de las mismas, y ven afectada su integridad física, su esfera patrimonial o su propia vida, las autoridades responsables de investigar tales delitos no hacen un mayor esfuerzo para determinar quiénes fueron los responsables y perseguir tales conductas. La lucha “se va ganando porque mueren más del otro bando”, porque se les persigue y acosa. Esta lógica de confrontación, propicia la radicalización de las posturas y la superficialidad en el análisis de la respuesta adecuada del Estado.
- o. **Avanza la violencia.** Una política renovada de seguridad y justicia no puede omitir el hecho de que la violencia se asume como código de relación y tiñe con roles de género las relaciones sociales: se contratan guardias personales, se forman grupos paramilitares para la defensa y ataque, las poblaciones pobres lanzan organizaciones armadas en los pueblos, los jóvenes en situación de marginación están sujetos a un mayor riesgo potencial de criminalizarse y de penetrar en las relaciones sociales. Estas expresiones de la violencia se ilustran en el abuso del alcohol y las drogas, así como en la agresividad entre varones jóvenes. En particular, es alarmante el aumento de violencia en contra de las mujeres, mismas que se encuentran

en una situación de mayor riesgo y vulnerabilidad, lo cual ha originado, por ejemplo, que en el desarrollo de sus actividades cotidianas convivan con el miedo que genera la posibilidad de ser víctimas de asaltos, violaciones y otros atentados contra su integridad física y psicológica.

1.2. ¿Qué datos tenemos para describir el tamaño del reto de la seguridad y la justicia?

La solución de un problema comienza por su adecuada definición. A su vez, la fuerza de tal definición depende de la calidad de la información en que se basa. La debilidad en las aproximaciones —técnicas y metodológicas— a las políticas de seguridad y justicia ha limitado las definiciones claras de los problemas, en buena medida por no haberse generado las fuentes idóneas de información. Esto es, al pronunciado incremento en el gasto público en el sector no le ha correspondido una inversión decidida en información. También es necesario destacar que los esfuerzos independientes por construir información enfrentan aún limitaciones importantes. En comparación con otros países, México está todavía lejos de contar con una plataforma de información empírica suficiente.

Sin embargo, también se debe reconocer que hoy en día y gracias al trabajo de la academia, de los medios de comunicación, de la sociedad civil y de las autoridades, hay más información disponible con respecto a la inseguridad, la delincuencia y la violencia. Con base en la combinación de esas fuentes, es posible hacer una caracterización relevante de muchos de los problemas identificados.

Para empezar, entre los mismos destaca justamente la diferencia de interpretaciones respecto de su dimensión, precisamente a partir de la diversidad de fuentes:

1. Entre 1997 y 2010, el promedio diario de delitos federales denunciados pasó de 200 a más de 350; mientras los del fuero común pasaron de 4 mil a 4,500.

2. Menos del 5% de los delitos denunciados son objeto de un proceso penal.
3. Los homicidios dolosos que se presumen vinculados al crimen organizado crecieron de menos de 3 mil en 2007 a más de 15 mil en 2010.
4. De acuerdo con la estadística oficial (Sistema Nacional de Seguridad Pública), la tasa de homicidios dolosos que estaba presentando un decremento sostenido entre 1997 y 2007, lapso en que disminuyó de 19 a 10 por cada 100,000 habitantes, en los últimos tres años ha crecido desmesuradamente llegando a cifras superiores a las de 1997. En estos tres años también han aumentado exageradamente los robos a banco y los secuestros, que se han triplicado en ese lapso, así como las extorsiones.
5. Además, se reporta un proceso de crecimiento y dispersión de la violencia asociada a la delincuencia organizada con incrementos de homicidios equivalentes hasta al 170% en solo dos años (2009 y 2010) en algunos municipios. En el 2007 sólo 53 municipios tenían al menos una ejecución mensual en promedio; para 2010, 200 municipios cumplen esa condición. Esta violencia pasó de concentrarse en 17 municipios en 2008, a 24 en 2010.
6. Las organizaciones delictivas del narcotráfico están diversificando sus operaciones, incursionando en extorsión, secuestro, robo a bancos y robo de vehículos con violencia, cuatro delitos con crecimiento pronunciado de 2004 a 2010.
7. La tasa nacional promedio de victimización nacional se sitúa en alrededor del 11.5%; sólo se denuncian uno de cada cinco delitos y del total de averiguaciones previas iniciadas solamente se consignan el 5%.
8. Durante la última década, el porcentaje de personas que percibió aumento de la inseguridad osciló entre el 40 y el 60% aproximadamente, pero las más recientes encuestas elevan la cifra a 80%.

9. En 2011, 6 de cada 10 mexicanos creen que la delincuencia organizada está ganando la lucha al gobierno.
10. Las autoridades federales, policiales y militares mantienen un crecimiento pronunciado tanto en las quejas por violaciones a derechos humanos como en las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.
11. La distribución policial es altamente irregular en el país, de manera que 20 entidades reportan déficit y 12 superávit, con respecto al estándar de 2.8 policías por cada mil habitantes.
12. Mientras la mayor parte de los estados y los municipios reportan grave rezago en la certificación policial, encuestas independientes ubican por debajo del 15% el nivel aceptable de confianza hacia la policía. Información oficial destaca que el porcentaje de los miembros de las policías estatales capacitados se mueve entre un rango máximo de 40% y mínimo igual a 0.
13. Del total de la población penitenciaria, cuatro de cada diez no han sido condenados. De 429 centros de privación de la libertad, 48 tienen sobrepoblación que, por ejemplo en el caso del Distrito Federal, equivale a más del doble. Los homicidios en prisión, los motines y las fugas de reos son hechos cotidianos.
14. Las encuestas nacionales de adicciones muestran importantes incrementos en el consumo de marihuana y cocaína. En México, el consumo de drogas pasó del 3.33% en 1998 al 6.8% de la población de 12 a 65 años de edad en 2008. Empero, la ponderación precisa del problema comienza por entender que el 81% de la población no consume drogas, sólo el 14% está expuesto a ellas, 5.2% las consume sin signos de dependencia, y sólo el 0.6% requiere ayuda especializada.
15. En términos absolutos, los recursos disponibles para la seguridad pública de conformidad con las cifras del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, crecieron entre 1998 y 2011 el equivalente a casi un 350 por ciento.

16. Cálculos recientes con respecto al presupuesto asignado a las secretarías de seguridad pública y las procuradurías generales de justicia, comparado con la población y la violencia en cada entidad federativa, no permiten establecer una relación coherente entre las diversas variables. Es decir, no necesariamente se destinan más recursos donde hay más violencia.
17. En el 2010 se reportó un subejercicio equivalente a más del 20% por parte de los Estados, del total de los recursos del Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública.
18. Las encuestas del Banco de México validan la percepción de que uno de los principales frenos a la economía es la inseguridad.
19. En México, un alto número de personas participan en el crimen organizado, moviendo capitales que se han llegado a estimar hasta en 29 mil millones de dólares al año. Entre 2006 y 2008, la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público remitió denuncias que se suponen por presunto lavado de dinero equivalentes al 8% del dinero sucio en circulación en el país. Además, se ha estimado que el 10% del sistema financiero mexicano opera con dinero proveniente del narcotráfico. Algunos funcionarios del Departamento de Estado de los Estados Unidos, han estimado que los movimientos de tráfico de drogas de las organizaciones que operan en los Estados Unidos, generan utilidades ilícitas hacia México de entre 17 y 38 mil millones de dólares.

2. La meta: una política integral en materia de seguridad

El consenso es abrumador: México precisa de un cambio de paradigma en las políticas públicas de seguridad y justicia con auténtico fundamento democrático. La propuesta hacia el cambio se apoya en los siguientes criterios rectores:

- 120
- a) **Primacía del régimen constitucional de los derechos humanos.** El más importante instrumento de racionalidad y control sobre las políticas de seguridad y justicia y sus instrumentos de implantación son los derechos humanos. Cualquier acción del Estado que tienda a vulnerarlos es, en sí misma, contraria a los fines de la seguridad y la justicia en democracia, en tanto ellas son parte de las prerrogativas fundamentales de ser humano.
 - b) **Orientación hacia la seguridad humana.** Las políticas de seguridad y justicia deben ser contextualizadas en las coordenadas de la seguridad humana, alineándolas al fin último de contribuir a garantizar las condiciones para el pleno desarrollo humano, basado a su vez en el pleno ejercicio de los derechos y las libertades, y el responsable cumplimiento de las obligaciones. Desde esta perspectiva de interacción entre varios derechos resulta conveniente el uso del concepto de seguridad ciudadana, el cual permite recolocar precisamente al ciudadano, entendido en sentido amplio, en el centro de todas las acciones por la seguridad y la justicia.
 - c) **Racionalización del uso de la fuerza.** El respeto por la vida humana debe ser un valor prioritario en la política de seguridad y justicia. Para este fin, los instrumentos de implantación de esta política deben respetar de manera escrupulosa los principios y las normas internacionales y nacionales de uso de la fuerza y las armas, todos los cuales ordenan la regularización de su empleo mínimo y, sólo como excepción, el uso máximo de ellas. Cualquier acción del Estado que invierta esta fórmula es en sí misma contraria a los fines de la seguridad y la justicia en democracia.
 - d) **Fortalecimiento del liderazgo civil.** La seguridad y la justicia en democracia deben funcionar bajo el control de la autoridad civil, misma que debe garantizar un soporte amplio de

legitimidad política, al tiempo de invertir el máximo posible en el desarrollo de sus capacidades técnicas. La autoridad civil debe asumir su responsabilidad de cumplir con los fines de la seguridad y la justicia. La intervención militar debe ser excepcional y restringida al máximo posible y, en todo caso, sujeta a controles que aseguren la preeminencia del régimen constitucional de los derechos humanos.

- e) **Primacía de la prevención sobre el control.** Toda medida previa que reduce los riesgos de un evento que contraviene los fines de la seguridad y la justicia es más útil, eficaz y eficiente que aquella que busca controlar los daños consumados. El nuevo equilibrio debe al menos buscar que sea equiparable el gasto público dedicado a la prevención que el destinado al control. Debe priorizarse el desarrollo de estrategias modernas de prevención que promuevan conductas tendientes a la reducción de riesgos. A su vez, la mejor prevención es la que fortalece la cohesión social y, en esa medida, revierte la exclusión.
- f) **Integralidad de la política.** La seguridad y la justicia deben abandonar el enfoque sectorial y ser articuladas en el marco de modelos integrales de política pública que sumen y equilibren las capacidades del Estado. La fragmentación engendra contradicciones que no sólo abonan a la ineficacia y la ineficiencia, sino además genera resultados contraproducentes. Los municipios, los estados y el gobierno federal deben terminar con el funcionamiento de sus gabinetes como sectores en constante competencia política, y experimentar un diseño que garantice la interacción colaborativa y coordinada de cada secretaría, y entre éstas y los diversos poderes del Estado. La integralidad de las políticas une a distintos actores e instituciones en ruta hacia objetivos comunes.
- g) **Transversalidad.** La transversalidad permite que todas las esferas y áreas involucradas se apropien de enfoques y criterios

similares. La transversalidad identifica a las partes más allá de las fronteras institucionales. La política de seguridad y justicia debe trascender las fronteras institucionales para emprender su labor hacia fines comunes.

- h) **Coordinación y subsidiariedad.** El terreno idóneo para entender y resolver los problemas de la seguridad y la justicia es el local. Los municipios son el espacio clave y el primer frente de solución. La mejor seguridad y justicia es la más cercana a los problemas de la gente y sus comunidades. La reconstrucción del tejido social sólo es posible ahí donde el mismo se ha desgarrado. A mayor distancia entre la toma de decisiones de las instituciones responsables y el terreno donde están las dificultades, menor es la eficacia y eficiencia de aquéllas. Los estados y la federación deben desplegar un apoyo decidido hacia la construcción de las mayores capacidades municipales posibles, de manera que ese espacio funcione como cinturón de contención de conflictos que, encauzados principalmente mediante la prevención, eviten el crecimiento de los delitos. Esto supone la máxima cooperación y coordinación nacional de forma que los límites territoriales y jurisdiccionales sean una oportunidad y no un obstáculo. Es necesario entonces reforzar el Municipio y no eliminar sus capacidades, sino entender lo que puede aportar en materia de seguridad pública y justicia administrativa.
- i) **Metodología para la definición de políticas públicas.** Las políticas de seguridad y justicia y sus instrumentos de implantación no pueden operar bajo criterios dominados por la mera intuición o siguiendo usos y costumbres. Es imperativo soportar tales criterios en la metodología de las políticas públicas, que centralicen la calidad de la información, el diagnóstico y la evaluación. Además, debe explotarse al máximo la vinculación entre la toma de decisiones y el conocimiento científico

y técnico. Las decisiones deben aprovechar la experiencia en el terreno, contextualizada en marcos de referencia especializados. La mejor opción es el balance de los distintos recursos del conocimiento.

- j) **Desarrollo de un enfoque funcional.** Las políticas de seguridad y justicia deben eludir las posiciones extremas del debate público para favorecer un enfoque funcional que permita asegurar, mediante una gestión de calidad, la operación de las instituciones en cumplimiento de los mandatos y límites legales. El principio de funcionalidad debe ser traducido en opciones programáticas que vinculen los fines de la seguridad y la justicia y las acciones para lograrlos, mediante criterios técnicos y modernos de eficiencia. En todo caso, se debe responder a las siguientes preguntas: ¿cuál es la opción regulatoria, institucional y operativa que se acerca más a la meta? y ¿cuál la que más se aleja? La justificación o invalidación de las opciones debe girar en torno a su funcionalidad, no a posiciones extremas y reduccionistas.
- k) **Compromiso responsable de los partidos políticos.** Las políticas de seguridad y justicia deben prevalecer frente a intereses partidistas, de lo contrario seguirán en buena medida desacreditadas y apartadas del Estado de derecho. Todos los actores políticos e institucionales deben hacerse responsables de sumar sus proyectos de partido a la construcción de una auténtica política pública de seguridad y justicia. Es necesario mejorar los mecanismos formales que así lo garanticen. Pero nada será suficiente si no existe compromiso y voluntad por parte de todos los actores. Ésta es, en sí misma, condición *sine qua non* de toda la propuesta.
- l) **Máxima rendición de cuentas y transparencia.** Desde la acción pública más simple hasta la decisión de mayor peso y trascendencia, todas deben ser justificadas sin excepción

y sujetas a la mayor transparencia posible. La rendición de cuentas debe introducirse en la forma de un principio operativo que asegure las consecuencias del buen y el mal desempeño, así como el aprendizaje institucional. A su vez, las propias instituciones deben buscar la máxima transparencia para fortalecer la rendición de cuentas y sembrar confianza y legitimidad social. El mejor modelo es la vía doble de fortalecimiento de instrumentos de rendición de cuentas: interno y externo a las instituciones. De ahí que la sociedad debe tender hacia mecanismos participativos que fortalezcan su impulso a la justificación pública del quehacer institucional.

- 124
- m) **Evaluación constante y responsable.** Las acciones que se emprendan para lograr una política integral en materia de seguridad pública requieren de mecanismos que permitan su evaluación constante y responsable para identificar oportunamente las prácticas positivas y negativas para que con ello se realicen los cambios necesarios que garanticen la implementación segura y efectiva de la política integral en materia de seguridad pública.
 - n) **Atención prioritaria a quienes enfrentan mayor riesgo y vulnerabilidad, así como centralidad de la política de género.** La seguridad y la justicia deben aliviar la discriminación y llevar al centro de la agenda el bienestar de los grupos que se encuentran en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad, así como de los funcionarios que también están en el mayor riesgo, tal como es el caso de los policías y los soldados.

El contexto actual de la violencia en el país recrudece la situación de las mujeres víctimas de violencia por dos razones: en primer lugar, se incrementa el riesgo de que niñas y jóvenes sean víctimas de violencia sexual, además de que la extensión de la violencia como código de fuerza y control social exagera su uso en las relaciones familiares, donde las mujeres resultan más vulnerables; en segundo

término, la proliferación de armas –principal factor de contagio de la epidemia de la violencia armada– multiplica las oportunidades para usarlas en conflictos familiares o de pareja.

La política de seguridad y justicia en materia de género debe incluir: 1) decisiones presupuestarias para instrumentar actuaciones a favor de la prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, de conciliación de la vida familiar y laboral, y de igualdad de oportunidades; 2) fortalecer la coordinación entre gobierno y sociedad civil para desarrollar, gestionar y establecer modelos de prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia de género, integrando en todos los sectores enfoques de derechos humanos de las mujeres, cohesión social, desarrollo humano y ciudades seguras; 3) desarrollar el Programa Integral para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia) ; 4) fortalecer el papel de coordinación del Sistema Nacional para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y 5) armonizar la legislación civil y penal, eliminando cláusulas discriminatorias, prestando atención a la regulación de los tipos penales en materia de libertad psicosexual, derechos sexuales y reproductivos, integridad familiar, libre desarrollo de la personalidad, vida e integridad corporal.

3. ¿Quiénes deben ser los actores del cambio?

3.1 Corresponsabilidad de todos los actores sociales

Es prioritaria la celebración de un pacto político y social de base amplia que permita reorientar a nuestras instituciones de seguridad y justicia para hacer frente a la crisis de violencia que enfrenta el país. Este pacto es condición para cualquier reforma profunda en el sector, por lo que ningún actor social debe quedarse al margen.

La responsabilidad de garantizar la seguridad es jurídica y políticamente el deber del Estado mexicano en su conjunto, en cada ámbito de gobierno. La política a seguir debe estructurarse con un horizonte nacional, pero anclada en la vida local de las comunidades y diseñada a partir de la diversidad de la vida a lo largo del territorio. Todos los presidentes municipales —y, en particular, quienes gobiernan los municipios más poblados o más violentos del país— tienen una responsabilidad histórica en este proceso y al asumirla deben ser apoyados de manera decidida por los gobiernos estatales y federal.

Como antes se expresó, los actores institucionales, sectoriales y partidistas deben subordinar sus decisiones a favor del interés nacional para que la diversidad política sea un factor de cambio y no de estancamiento. La politización de la seguridad y de la justicia es el riesgo mayor que enfrentamos en esta crisis.

Cada líder del poder público tiene una responsabilidad especial: el Congreso de la Unión y los de las entidades, los poderes judiciales en el ámbito de sus atribuciones, los organismos autónomos de derechos humanos, de transparencia —y manejo de archivos—; el Consejo Nacional contra las Adicciones, el Sistema Nacional de Seguridad Pública, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, el Sistema Nacional para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, y otros órganos de coordinación. El esfuerzo por colocar a la persona en el centro de la política de seguridad y justicia no puede ser sólo de las instituciones gubernamentales. Todos los actores sociales compartimos la responsabilidad de aplicar nuestro trabajo y liderazgo para sostener un esfuerzo de largo aliento. Los líderes económicos del país también juegan un papel fundamental para sostener el impulso hacia el fortalecimiento del Estado de Derecho.

Es indispensable que los legisladores recaben, escuchen, analicen y debatan los planteamientos de la sociedad acerca de la seguridad y la justicia, como elementos de primera importancia para la preparación de iniciativas y dictámenes y la correspondiente deliberación. Una vez desarrollado el proceso de amplia consulta y analizadas las diversas opiniones, la adopción de nuevas normas corre a cargo del Poder Legislativo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y bajo su exclusiva responsabilidad.

Los jueces deben conducir los procesos y resolver las controversias con estricto apego a la ley, motivando y fundando sólidamente sus determinaciones. En este desempeño es absolutamente indispensable que actúen con plena independencia de cualesquiera instancias del poder público y de sectores sociales o de particulares. Es preocupante que se pretenda interferir, orientar o predeterminar las decisiones judiciales, como ha ocurrido en ocasiones, sin perjuicio de que los juzgadores rindan cuentas y asuman la responsabilidad que les corresponda, en su caso, conforme a la ley.

La sociedad debe hacer escuchar sus opiniones, destacar los problemas existentes y exigir las soluciones respectivas en materia de seguridad y justicia. No siempre surge y persiste la exigencia de solución, inclusive frente a problemas de extrema gravedad y visibilidad. Se corre el riesgo de observar éstos con resignación o indiferencia, en perjuicio de la oportuna y adecuada solución a cargo de las autoridades.

Los medios de comunicación, la academia y la sociedad civil deben encontrar la manera de dirigir el impulso de nuestras comunidades para avanzar hacia la plena capacidad de los ciudadanos para convertirnos en agentes de cambio. En este contexto, las instituciones de educación, en particular las de nivel superior, deben asumir su responsabilidad social y contribuir en el ámbito de las atribuciones que les son propias a la solución de los problemas en materia de seguridad y justicia, generando esquemas de vincula-

ción con la sociedad y el estado para la investigación, desarrollo de contenidos educativos y mecanismos participativos coherentes con el perfil de la nueva política de Estado en seguridad y justicia a la que se aspira.

Finalmente, la política nacional debe articular los esfuerzos disponibles de la cooperación internacional para capitalizarla de la mejor manera posible.

3.2 Responsabilidad de instituciones democráticas fuertes y transparentes

El impulso de la transparencia y la rendición de cuentas es el primer y más importante factor de transversalidad a consolidar entre los diversos sectores implicados en la política de seguridad y justicia. El momento excepcional de violencia que atraviesa el país debe ser tomado en cuenta no para claudicar en la consolidación de nuestras instituciones sino para fortalecerlas a través de los mecanismos idóneos de gestión y toma de decisiones, propios de una sociedad democrática. En este contexto, pocas medidas tendrían un impacto tan adverso a la generación de la confianza ciudadana como el debilitamiento de los órganos garantes del derecho de acceso a la información y la sujeción de éste a supervisiones o controles inaceptables.

La transparencia es un componente indispensable de desarrollo institucional pero, sobre todo, una herramienta de generación de confianza y construcción de relaciones y sinergias productivas con la comunidad. A pesar de un impulso decidido para generar y fortalecer mecanismos de acceso a la información y transparencia en el pasado, se observa un declive en la voluntad política para fortalecer estas herramientas, pretextando que, de ejercerse en toda su amplitud la transparencia y el acceso a la información, se debilita la eficacia de las instituciones. Ello obedece a dos causas

principales: primero, la rendición de cuentas mediante el acceso a la información se considera un ámbito excepcional en el caso de la seguridad pública, por la sola materia de la función ejercida, y, segundo, aún no se cuenta con los mecanismos de gestión de información —en las instituciones de seguridad y justicia— que permitan a la ciudadanía acceder a datos puntuales, veraces y oportunos de forma sistemática y periódica. Como consecuencia de estos dos factores, el cumplimiento de las instituciones de seguridad y justicia con los deberes de transparentar el ejercicio de sus funciones es relativamente escaso, en particular en aspectos cualitativos de la gestión institucional.

Cualquier estrategia de reforma de los sectores de seguridad y justicia debe hacerse cargo de las condiciones actuales en las que se conducen los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas. Las acciones concretas que se pueden emprender en estos dos campos son las siguientes:

1. Es fundamental que el Sistema Nacional de Seguridad Pública ejerza sus funciones para aprobar lineamientos sobre información pública de oficio e incorpore los ejes del proceso de rendición de cuentas institucional, incluyendo —pero no limitándose a— el ingreso, ascenso y separación de personal en las instituciones; el diseño y la eficacia de mecanismos de capacitación; los registros administrativos en materia de actos de autoridad especialmente sensibles a los derechos, como detenciones o uso de la fuerza; y la gestión de información a través de áreas de comunicación, transparencia y centros de control.
2. Es importante que el Sistema Nacional de Seguridad Pública se valga de lineamientos para la adopción de parámetros en la recolección, acopio, manejo y disposición de datos personales de ex funcionarios, detenidos y procesados, así como de víctimas y testigos.

3. Los mecanismos de incentivos financieros (el Subsidio para la Seguridad Pública en los Municipios y Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal o el Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal) para las áreas de seguridad y justicia deben integrar un componente de desarrollo en las áreas de transparencia, acceso a la información y operación de registros administrativos. Este mecanismo puede incentivar la creación de indicadores estratégicos.
4. Es preciso analizar las cláusulas de reserva por mandato de ley, a efecto de que únicamente puedan ser invocadas para salvaguardar el debido desarrollo de los procedimientos que se encuentren en marcha, la intimidad de las personas y sus datos personales, sin que puedan utilizarse para impedir que se proporcione información sobre las cifras relacionadas con la seguridad pública y la procuración y administración de justicia.
5. Todas las instituciones de seguridad y justicia deben fijar prioridades y metas de desempeño y orientar los recursos institucionales al cumplimiento de ellas. En particular, deben establecerse registros interinstitucionales que permitan dar seguimiento a un mismo patrón de hechos, a través de la policía y la justicia penal. Este mecanismo debe conducir a la elaboración de un perfil de flujo de casos en todas las instituciones, con lo que permitirá anticipar las cargas de trabajo esperadas, priorizar de acuerdo con la política criminal adoptada y rendir cuentas al público sobre estos procesos.

4. Las acciones del cambio

4.1 Un proceso de diagnóstico amplio y participativo

La política de Estado en materia de seguridad y justicia enfrenta retos enormes de diseño y de combate a la corrupción, la

impunidad y la violencia. La crisis en estos asuntos es una oportunidad para transformar el ejercicio del poder público y fortalecer nuestras instituciones.

El primer componente de una política de Estado en esta materia debe ser contar con un diagnóstico amplio, transparente y participativo. Ninguna herramienta es tan poderosa en este proceso como la creación de información oportuna y precisa sobre los trabajos en los diversos subsistemas de la seguridad y la justicia penal. El reto no es menor en el actual contexto institucional, en vista de las fragmentadas fuentes de información oficial que permiten observar el comportamiento de los sistemas de seguridad y de justicia. Los sistemas de información a los que debemos aspirar permitirán no sólo generar un diagnóstico necesario, sino propiciar la continua evaluación del resultado de las decisiones.

La producción de información, en este contexto de reconfiguración del sector, debe impulsar una visión integral y fortalecer los diversos componentes del sistema en su conjunto. No se obtendrán resultados positivos si se atiende solamente uno de los componentes de esta compleja red de instituciones.

Conducir la transición para que la seguridad y la justicia adquieran un perfil auténticamente democrático debe someterse a la más alta responsabilidad política; sólo así podría establecerse un adecuado enlace entre los diversos secretarios de Estado, cuya participación es clave en este proceso, como son, entre otros, los de seguridad pública, educación pública, salud y desarrollo social, así como el titular de la Procuraduría General de la República. Del mismo modo, debe existir un diálogo adecuado con los poderes federales y organismos autónomos. En sus esferas de competencia local, lo mismo es de sugerirse respecto de los gobiernos locales.

Existen ya diversas instancias que permiten enfrentar el problema de la coordinación. Debe emplearse el foro del Consejo Nacional de Seguridad Pública como un mecanismo para el ejercicio

de las facultades concurrentes respecto de la función de seguridad con los jefes del poder ejecutivo de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como la Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO) y sus comisiones, que han comenzado a jugar un rol activo en estos temas. Éstos pueden constituirse en foros propicios para impulsar los consensos y acuerdos de acción necesarios en las áreas de mayor relevancia.

Las instituciones se fortalecen promoviendo la creación de comunidades profesionales donde los servidores públicos puedan intercambiar experiencias e identificar buenas prácticas para la solución de problemas comunes. Este diálogo se ha visto coartado, en el caso de las instituciones de seguridad, por una desproporcionada sustitución de los operadores. Este componente de mutuo aprendizaje es central en el desarrollo de las capacidades técnicas más urgentes.

4.2 Reforma fiscal que garantice el flujo de recursos para un programa nacional amplio

Ningún proceso de reforma en las áreas de seguridad y justicia puede conducirse adecuadamente sin una política financiera sostenible, responsable y de largo aliento. Para ello se proponen los siguientes criterios directamente aplicables que tienden a la implantación del marco normativo de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, cuyos lineamientos en materia de presupuesto por resultados aún no se han logrado establecer.

Uno de los obstáculos más importantes para cerrar el ciclo de la rendición de cuentas y la responsabilidad hacendaria pasa por la impostergable reforma que dote de verdadera autonomía a la Auditoría Superior de la Federación. Es necesario que los órganos fiscalizadores, tanto federales como locales, no dependan de ninguno de los tres poderes públicos pero que sean responsables

de sus actos. Fortalecer sus facultades constituirá un elemento útil en la lucha contra la irresponsabilidad de los servidores públicos y la de todo aquel que reciba recursos públicos para su manejo, contra la corrupción y la impunidad.

Conforme a algunas fuentes, el gasto público en los sectores de seguridad y procuración en el ámbito federal casi se habría duplicado desde 2007, pasando de 66,031 a 115,825 millones de pesos en 2011. El acelerado crecimiento presupuestal para las áreas de la policía y el poder judicial, que implica un estimado de cerca de 300 pesos *per cápita*, sería incompatible con la participación de 100 pesos *per cápita* en el sistema de procuración de justicia, que incluye además a la policía de investigación. Este ejemplo puede servir para ilustrar la común tentación de enfocar el desarrollo institucional solamente en una de las áreas relevantes para el combate de la corrupción y la reducción de la violencia. Es importante que exista una adecuada distribución presupuestal entre los recursos que se destinan a los aspectos relacionados al castigo a las actividades ilícitas, y aquellos que correspondan a una política de prevención.

Además, como parte del ciclo de las políticas públicas, es fundamental que las instituciones adopten un programa de acción donde las metas sean realizables de acuerdo con sus capacidades institucionales, planteadas anualmente, estén sujetas a evaluaciones adecuadas de resultados —sin generar incentivos cuantitativos perversos— y que conduzcan a los grandes objetivos de la política pública en esta área. Para ello es necesario mejorar la capacidad de gestión en las instituciones, con miras a permitir un uso adecuado de recursos y proyectos.

Como otro paso dentro del gran esquema de la rendición de cuentas, la responsabilidad hacendaria requiere que las metas e indicadores dispuestos por las instituciones se vinculen directamente con los mecanismos de responsabilidad, no solamente individual de los funcionarios, sino en especial la responsabilidad política de los titulares de las áreas involucradas.

Es indispensable establecer, con intervención de las instancias oficiales competentes, una metodología técnica para fijar los criterios de evaluación de desempeño, eficacia, eficiencia, economía y calidad, que aludan no sólo a las metas inmediatas de la gestión diaria en las instituciones, sino a las grandes metas que nuestro país demanda en los ámbitos de la seguridad y de la justicia.

En el mismo sentido, la ejecución del presupuesto por resultados implica la transparencia, el acceso a la información y el control de riesgos como componentes indispensables del proceso de planeación estratégica. En este proceso de planeación las dependencias deberán ser responsables no sólo de la determinación de metas administrativas sino, de forma muy concreta, de estipular los objetivos estratégicos a los que se dirige la política de seguridad —resultado de un diagnóstico amplio y participativo que sirva como línea de base para la fijación de dichas metas—. Del mismo modo en que las metas deben fijarse a través del diagnóstico participativo, su consecución debe también ser el objeto de una medición participativa y transparente, empleando los insumos de la sociedad civil —por ejemplo, los que se generen a través de los observatorios ciudadanos en la materia—.

Los indicadores empleados en la gran estrategia de la reforma de la seguridad y la justicia, aplicables a la responsabilidad hacendaria también, deben mantener siempre los mismos parámetros: ser mensurables, claros y objetivos.

La responsabilidad hacendaria debe transmitirse también a las entidades federativas, en particular a través del ejercicio de fondos federales —que ya existen— dedicados a la materia de seguridad, pero vinculándose con la ejecución de los resultados definidos. Para ello, de nueva cuenta, el ejercicio de las funciones de auditoría en el Consejo Nacional de Seguridad Pública resulta necesario. Del mismo modo, debe insistirse en que si existiera un combate frontal a la corrupción pública y privada el Estado mexicano contaría con mayores recursos para inversiones sociales urgentes en el país.

4.3 Desarrollo de la política criminal

Resulta indispensable que la justicia penal se coloque en su justa dimensión respecto de la política social. Es inaceptable que se recarguen en la justicia penal expectativas que corresponden más bien a la justicia social. Esperar que el sistema de justicia penal resuelva por sí solo la problemática compleja del delito es ilusorio. El papel de la justicia penal en nuestra sociedad debe adoptar una perspectiva multifactorial del crimen, de modo que las diversas instituciones del Estado se alineen para avanzar con el fin común de reducir las condiciones que propician la delincuencia.

El populismo penal en toda América Latina ha fracasado. El factor disuasivo de la justicia penal no radica nunca en las sanciones que se escriben en el texto legislativo. La disuasión de la justicia penal yace en su eficacia y en la ejecución de las penas. Una política que enfatice las largas sentencias de prisión nunca ha tenido más efecto que saturar el sistema penitenciario a costos hacendarios y humanos injustificables. El sistema de seguridad y de justicia debe atacar los factores de la violencia y la criminalidad, impulsar la resolución del conflicto social que frecuentemente antecede a la violación de la ley penal, y garantizar la efectiva sanción de los responsables de delitos.

Además de su necesaria reconfiguración para adoptar parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, la justicia penal debe enfrentar el reto de abatir las vías informales que obstaculizan su operación. Es bien sabido que además de la ausencia de controles que se rigen en el momento de violar la ley, existen mecanismos disponibles para subvertir la acción jurídica mediante la corrupción por dinero o por poder. El sistema de justicia debe aspirar a su eficacia también en estos casos.

Cualquier proceso de transformación de la justicia penal debe ir encaminado a la generación de confianza en las instituciones y a

promover un proceso de cohesión social. En el contexto inmediato, además de emprender una profunda revisión de nuestras instituciones, se sugieren los siguientes pasos:

1. La agenda de seguridad y de justicia debe asumir la responsabilidad de administrar su carga de trabajo y determinar prioridades.
2. La política criminal debe enfocarse a la prevención del delito, al abatimiento de la impunidad, a reducir el número de muertes y de lesionados, a la preservación de la libertad y la integridad de las personas y a la defensa de sus derechos patrimoniales. Éstos deben ser el objetivo de una estrategia nacional.
3. El Estado debe orientar su política a obstaculizar la participación en las redes criminales mediante una fuerte estrategia de prevención.
4. Debe fijarse como meta el fortalecimiento del sistema de justicia penal y de policía, en particular de investigación, para que su función recupere sentido en una sociedad democrática. Es necesario detener la lógica de lealtad al superior jerárquico por encima de la lealtad a la ley y al sistema de justicia, objetivo intrínsecamente vinculado al montaje de robustos sistemas de rendición de cuentas.
5. La política criminal nacional debe poner sobre la mesa la relación funcional entre las entidades federativas y la federación en el control del crimen; debe abrir la discusión sobre la racionalidad de las sanciones que imponen las leyes penales en la actualidad; debe aspirar a limpiar la legislación penal de conductas cuya gravedad hace cuestionable el empleo de la *ultima ratio* (razón última) de la acción estatal; debe pronunciarse explícitamente sobre el tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley, de modo que las sanciones mínimas y máximas se racionalicen a lo largo del territorio para este estrato social.
6. Ninguna política integral puede desentenderse del cumplimiento cabal de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos. Hasta el momento, salvo en algunos puntos muy escuetos, estas sentencias no han sido cumplidas. La investigación de los delitos, la protección de víctimas, la reparación del daño y el control democrático de las policías y miembros de las fuerzas armadas son medidas, simple y llanamente, impostergables.

4.4 Prevención y recuperación del espacio público

4.4.1 Los principios de la política de prevención

Es necesario emprender el camino de la seguridad, la convivencia y la cohesión social, reiterando la urgencia del establecimiento de una política integral y progresista de la prevención. Esto es, que busque darle el debido peso y colocar en su justa dimensión cada uno de los enfoques que deberían de componerla:

- **El empleo de la fuerza pública**, con apego absoluto al Estado constitucional democrático de derecho, debe estar presente como un instrumento indispensable de la lucha contra la delincuencia, especialmente la delincuencia organizada.
- **El enfoque del desarrollo humano**, en tanto que coloca en el centro de su atención a toda víctima real o potencial de cualquier acto delictivo, en lo particular, y que de manera más amplia busca la protección de las libertades básicas contra los riesgos graves y previsibles que las amenazan. Es decir, debe procurarse aumentar la seguridad humana y ciudadana de las personas.
- **El enfoque de la prevención social de la violencia y la delincuencia** que busca promover la generación de una cultura de la prevención para incidir sobre los contextos de riesgo –sociales, económicos, demográficos, urbanos y jurídicos— que propician o agravan la violencia y la actividad delictiva. En dichos contextos

se pretende que la prevención contribuya a modificar la estructura de comportamientos de la sociedad, así como los valores culturales, donde en especial se promueve un ejercicio proactivo de la ciudadanía en la generación de entornos equitativos, habitables, seguros y libres de violencia.

4.4.2 Control de adicciones

Es necesario llevar a cabo un gran debate con los diversos sectores sobre el enfoque prohibicionista al consumo de drogas. El adicto es un enfermo, no un delincuente. Sin embargo, en este campo como en otros pertinentes a la política de seguridad y justicia, se incorpora el control de adicciones con un enfoque policial preponderante. La mayor parte de la evidencia disponible relaciona la intervención policial convencional punitiva contra las drogas, con mayores índices de violencia.

El control de las adicciones debe enfocarse como un problema de salud pública y seguridad social que reconoce diferencias entre las drogas y sus riesgos; su foco de atención es la persona y no la sustancia y busca evaluar la política por el beneficio que representa para el individuo y la comunidad y no sobre indicadores de detenciones, incautaciones o destrucción de cultivos y drogas como fin último; considera que la dependencia es una enfermedad y por lo tanto la cárcel no es la respuesta y define sus acciones en función del beneficio para la comunidad y su seguridad sopesando las consecuencias no intencionadas que incluyen a la violencia que pueden generar.

La atención a las adicciones debe de estar centrada en la prevención y el diagnóstico temprano, el tratamiento oportuno, la prevención de recaídas y la reincorporación social incluyendo el control de la disponibilidad de las sustancias

La estrategia actual dirige más esfuerzos y presupuesto al control de la oferta que a la reducción de la demanda, por lo que

hay mucho camino por recorrer. Debe reforzarse la lucha contra el estigma que lleve a que la población comprenda que las adicciones son una enfermedad y no un problema de conducta. Tampoco está presente en el foro público la comprensión del fenómeno del empleo de drogas como el resultado de un conjunto de riesgos acumulados.

Es fundamental que el problema de las adicciones se atienda a través de un cuerpo central que coordine acciones de salud, procuración de justicia y desarrollo social y con la capacidad de irradiar la política a las instancias de salud pública del país a fin de lograr que las instituciones de salud incorporen la atención de las adicciones y su coexistencia con otros padecimientos psiquiátricos (comorbilidad), en lugar de limitarse a tratar las más de 60 enfermedades que resultan del abuso de sustancias. La política de control de adicciones debe buscar establecer las sinergias entre los cuerpos existentes, como el Consejo Nacional contra las Adicciones (CONADIC) y las organizaciones de la sociedad civil y de filantropía, consolidar un sistema nacional de tratamiento, incorporar acciones de reducción de daños, atender a las personas enfermas que están en prisión y apoyar a los grupos de ayuda mutua a cumplir con la normatividad vigente asegurando el respeto a los derechos humanos.

De manera crucial, y de modo similar al de otras áreas de la política pública, el abuso de las sustancias y el control de las adicciones no están dotados del seguimiento ni de la evaluación de la eficacia y eficiencia institucional. La nueva política debe redefinir la prevención en un sentido amplio. Prevenir no es sólo advertir e informar, sino intervenir para facilitar un nuevo aprendizaje, así como resistir y tener la capacidad de enfrentar una situación adversa.

Las medidas que debe adoptar la política de prevención de adicciones son:

1. Basarse en la evidencia científica y, por tanto, apoyar la investigación en este campo que permita adaptar los modelos a

las condiciones cambiantes y proponer nuevas medidas más eficaces y eficientes.

2. Adoptar un foco amplio que incluya desde la prevención universal hasta la reincorporación del adicto a la sociedad.
3. Fortalecer al CONADIC y a los Consejos Estatales Contra las Adicciones para que cumplan de la manera más adecuada con las funciones para las cuales fueron creados.
4. Debe favorecerse la enseñanza y el desarrollo de modelos para ayudar a los consumidores a reconocer la necesidad de dejar de consumir, o bien, a reconocerse adictos y solicitar tratamiento, y finalmente para habilitar a los terceros que forman parte del entorno del adicto.
5. La intervención debe ser también selectiva, dirigida a los grupos más vulnerables y en quienes la brecha entre sus necesidades de atención y la prevención y tratamiento son más amplios y contemplar un componente de desarrollo social.
6. El paradigma debe cambiar para incluir la prevención de la violencia urbana y del crimen, y reconocer el lugar que tiene el hábitat en una estrategia de prevención de adicciones.
7. Consolidar un sistema nacional de tratamiento y asegurar el acceso universal a los servicios.

4.4.3 Política local en materia de seguridad

Un componente fundamental de la nueva política de seguridad y justicia es el altísimo perfil que debe tomar la planeación de políticas públicas en el ámbito municipal. Ningún ámbito de gobierno tiene tanta capacidad de interacción con la vida comunitaria como el municipal. Los componentes de la acción que se presentan aquí suponen la existencia de un acuerdo político y comunitario para seguir el modelo de decisiones de las políticas públicas, así como la decisión de lanzar un modelo policial centrado en la seguridad ciudadana, como se plantea en la sección 'El modelo policial'.

Resulta importante impulsar la planificación y el diseño de ciudades y comunidades, así como la revisión de las que ya existen en sus espacios públicos, con diversas características que promuevan la seguridad y la certidumbre de mujeres, jóvenes y niños. Al planificar y diseñar espacios públicos seguros para estos grupos en las comunidades y ciudades, los planificadores, diseñadores y arquitectos prestan especial atención a la iluminación, paisaje, visibilidad, tránsito vehicular, tránsito peatonal, mobiliario urbano, posibles lugares de escondite, señalización, proximidad con otros espacios públicos y con servicios de emergencia, y acceso al transporte público.

Los gobiernos nacionales y locales al priorizar, en su política de prevención de la violencia, la planificación, diseño e implantación de medidas específicas en las ciudades y comunidades, para atender las demandas en los sectores de mujeres, jóvenes y niñas, están contribuyendo de manera decidida a la configuración de espacios públicos, donde mujeres y hombres tengan igualdad de oportunidades para que ambos se sientan seguros.

A efecto de atacar el problema de la violencia contra de la mujeres se puede considerar que son tres las prioridades: a) impulsar con decisión el proceso de armonización legislativa con los principios de los derechos humanos para tipificar adecuadamente todas las formas de violencia contra las mujeres b) garantizar un acceso *de jure* y *de facto* a recursos judiciales idóneos y efectivos para las mujeres, y c) la aprobación e implantación de la política de acceso a una vida libre de violencia y los modelos que la acompañan, que debe quedar plasmada en el *Programa Integral para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*, tal como lo establece la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en su Capítulo II.

El componente inmediato de un programa de seguridad ciudadana en el municipio debe partir de un programa integral de

prevención de las violencias. El programa se debe basar en la identificación de los factores y de las conductas de riesgo locales. Al mismo tiempo, su estrategia tiene que ser intersectorial e interinstitucional, y atravesar las barreras de los ámbitos de gobierno para enlazarse con las políticas local y nacional.

El diseño del programa integral debe reunir información de diversos sectores en los gobiernos locales y nacional, así como a través del contacto con sectores sociales. El programa debe incluir, además, acciones para la formación de una cultura ciudadana y de la legalidad, mediante la educación en valores y normas cívicas. Finalmente, debe buscar la recuperación del espacio público en sectores estratégicos, siempre con la participación ciudadana.

El municipio debe contar con una unidad de análisis delictivo que desempeñe una misión preventiva para desarticular acciones antisociales, en coordinación con las autoridades estatales y locales. Para ello, es importante hacer uso de los recursos y las herramientas existentes, como la Plataforma México, y fortalecer la capacidad técnica de una unidad de análisis que recopile y analice información y proporcione recomendaciones operativas a la autoridad municipal. Es evidente que esta es una tarea de largo plazo que se debe iniciar en los municipios más grandes o conflictivos.

En sentido semejante a la política de Estado, la política local de seguridad debe favorecer un sistema de rendición de cuentas y transparencia para monitorear las estrategias y acciones, darles seguimiento, evaluar su eficacia y la conducta de los miembros de la corporación. Este mecanismo debe construirse a partir de la solidez de procesos disciplinarios, manuales operativos, sistemas de supervisión interna y externa, procesos de ingreso, permanencia y ascenso del personal. Igualmente, deben implantarse mecanismos de evaluación, seguimiento y fortalecimiento de los procesos de aprendizaje y mejora institucional. Es muy importante que este proceso se desarrolle de cara a y con la participación de la comunidad, con políticas de transparencia y comunicación adecuadas.

4.4.4 Una política para la juventud

Dado el ya explicado vínculo de la seguridad con el desarrollo humano, y de manera más amplia con el de seguridad humana, es imperativo enfatizar las condiciones de riesgo que muchos jóvenes padecen cuando no tienen la oportunidad de un empleo ni de educación. El Estado tiene una gran responsabilidad hacia los jóvenes, que son parte del presente y el futuro del país. No se puede permitir que por falta de oportunidades lícitas su destino sea la drogadicción y el crimen u otras opciones que no beneficien a su comunidad, a su familia y al país. Todos debemos ser conscientes de que los jóvenes no representan peligro alguno, sino que son ellos quienes están en peligro.

La atención a la juventud es prioritaria. No sólo la oportunidad del impulso por el llamado *bono demográfico mexicano* está en juego, ya que sino se les ofrecen oportunidades de realización personal a los jóvenes, los mismos seguirán en peligro de desarrollar actividades que no contribuyan a su desarrollo y al de sus comunidades, como es el riesgo de caer en problemas de drogadicción o de ser reclutados por organizaciones criminales.

En la actualidad, muchos jóvenes padecen diversos aspectos de la violencia, entre ellos discriminación, desempleo o subempleos que no les ofrecen ninguna perspectiva para el presente ni para el futuro. La situación económica de sus padres les impide tener una nutrición adecuada, lo cual trae consigo, con frecuencia y entre otros aspectos, una elevada deserción escolar.

Para acercarse a las comunidades juveniles es importante impulsar mecanismos mediante los educadores populares no formales en el barrio, parlamentos de jóvenes para que discutan y hagan conocer sus perspectivas, así como otorgar atención psico-social a los docentes y a los padres para que puedan fungir como apoyo en la inserción de la juventud en la comunidad.

Los programas sociales enfocados en la juventud deben formularse teniendo especial cuidado en la participación de los destinatarios en su diseño. La participación de los jóvenes en la elaboración de programas impulsa su permanencia.

En julio pasado, en la Convención Nacional de Seguridad Pública realizada en la Ciudad de Chihuahua, la CONAGO asumió un compromiso muy importante de iniciar una campaña nacional de inserción masiva de los jóvenes en espacios educativos y laborales. Es necesario dar seguimiento a las acciones que lo instrumenten con indicadores medibles.

4.4.5 Difusión y aplicación de los mecanismos alternativos de resolución pacífica de conflictos

Gran parte de la problemática de seguridad ciudadana que se presenta en los municipios tiene sus orígenes en conflictos personales —problemas entre vecinos, familias, comunidades— que no fueron atendidos a tiempo. Con el fin de evitar que desencadenen en actos violentos y para que, en cambio, se puedan resolver de manera pacífica, es esencial que se impulsen las siguientes acciones:

Atención prioritaria a la violencia intrafamiliar y al maltrato infantil. Dado el lugar primordial que ocupan en la gestación de la percepción de la violencia estos dos aspectos, se debe disponer de estructuras administrativas para atender a las personas en el nivel municipal, por ser el nivel más cercano a las familias.

Atención a los conflictos interpersonales y comunitarios. Las personas se enfrentan muy a menudo con conductas que afectan la convivencia y que la justicia no admite como de suficiente relevancia para poner en marcha el aparato judicial. En muchos casos, hechos que afectan a los individuos y que no son atendidos de manera adecuada, son resueltos de manera violenta, por propia mano.

Estos hechos incrementan la criminalidad y propician la repetición de la conducta delictiva. El aumento en la intensidad de la violencia es palpable. Tal panorama incrementa la sensación de inseguridad. Para atender los problemas entre particulares, vecinos y comunidades, es necesario promover los mecanismos alternativos de resolución pacífica de conflictos y abrir espacios de convivencia y conciliación.

La solución pacífica de conflictos en sus diversas modalidades tiene un adelanto importante en nuestro país, que, sin embargo, es necesario desarrollar, especialmente en el ámbito penal. La condición de violencia generalizada que enfrentamos llama a promover el empleo de estos mecanismos, en todos los aspectos de la vida social, como un ejercicio cívico de construcción de comunidad. Este componente es prioritario en una política de seguridad ciudadana, en la cual deberán incorporarse garantías a la víctima del delito para que no sea objeto de una victimización secundaria del sistema de justicia al ponerla frente a su agresor sin la debida consideración de las circunstancias del delito.

Como parte de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008, se prevé la existencia de mecanismos alternos de solución de controversias, incluso en materia penal, donde las leyes deberán señalar los casos y condiciones del control judicial. Las soluciones alternativas del conflicto que subyace en una disputa penal deben ser herramientas disponibles para sanar y reconstruir el tejido social. Deben examinarse con objetividad los mecanismos de justicia alternativa que tienen la función de canalizar y resolver el conflicto antes de que escale a incidentes graves de violencia. En particular, deben examinarse con objetividad y rigor la operación y diseño de dichas soluciones alternas a la justicia penal, tomando en cuenta las razones en que las sustentan, las experiencias reunidas hasta la fecha y las condiciones reales del medio en el que operan. Debe considerarse que dichas soluciones constituyen

uno de los pilares de la nueva justicia penal y que ésta debe servir precisamente a los objetivos de la justicia, no solamente a los de la economía procesal y la gestión pública. Asimismo, es indispensable considerar las implicaciones que el sistema de soluciones alternas tiene sobre el ordenamiento penal sustantivo, lo que obliga a revisar muchos tipos penales incluidos en los códigos de la materia y la calificación de los delitos (graves o no graves) y las penas aplicables. Además, estos mecanismos deben desarrollar la operación de la justicia restaurativa para que se cumpla a cabalidad el propósito de reconstrucción del tejido social, favoreciendo la conciliación de víctimas con acusados, en operación conjunta con la justicia penal ordinaria, según lo señalen las leyes.

Es indispensable que se amplíe el acceso y la operación coordinada de las alternativas que existen ya para la justicia administrativa y la justicia familiar o civil, de modo que se produzcan acciones conjuntas adecuadas para la contención del conflicto social en las comunidades.

4.5 Reforma policial

4.5.1 El modelo policial

La reforma policial parte de la responsabilidad política de construir políticas públicas democráticas de seguridad; la policía sigue a la política de seguridad, y ésta a la política social. De la construcción de comunidades seguras y policías modernas y profesionales en los municipios se sigue el establecimiento de Estados seguros, y de un país seguro. Nunca es al revés. La reforma policial debe apuntar a la configuración de una policía más civil, democrática y eficiente, con un amplio reconocimiento ciudadano. La base original para construir esas políticas públicas es el municipio, que es el punto a partir del cual se deben enfocar los esfuerzos de reconstrucción policial para trascender posteriormente a las esferas estatal y federal.

El objetivo de la reforma debe ser la consolidación institucional, dejando a un lado las prácticas de utilización política de las instituciones policiales, bajo un liderazgo democrático. El nuevo modelo policial debe redefinir una relación hacia un trabajo conjunto. Eso supone la inclusión de un concepto amplio del nuevo papel del ciudadano no sólo como receptor de las políticas de seguridad y policía, sino fundamentalmente como actor.

Es necesario contar con diagnósticos firmes que reconozcan la diversidad de cuerpos policiales municipales preventivos, su composición y características, así como sus avances, logros y debilidades. Conviene analizar cómo se ha tratado de hacer frente a los desequilibrios o desbalances policiales desde el Sistema Nacional de Seguridad Pública y a su incapacidad para garantizar el necesario proceso de homologación o estandarización que impone un sistema policial descentralizado como el mexicano. El modelo policial debería:

1. **Adscribirse al modelo de seguridad ciudadana como política derivada de la seguridad humana.** Esto plantea un cambio estructural en la relación del Estado con la sociedad (protección de las personas, respeto a los derechos humanos, ejercicio de la ciudadanía y de la participación social, solución pacífica de conflictos interpersonales y sociales, fortalecimiento de las instituciones y obtención de impactos durables en el mediano y largo plazo).
2. **Adherirse a un modelo de prevención social de las violencias y de la delincuencia.** Esto es, que sea coherente con los objetivos de la cohesión social y de la calidad de vida de las comunidades y las ciudades, y no tanto con una mera política de disuasión de los delitos.
3. **Asumir la perspectiva de los derechos humanos.** Debe incorporarse todo el proceso de reforma como eje transversal de la actividad policial. Ello supone que se incluya en la definición de

objetivos y estándares de actuación así como en el desarrollo de instrumentos normativos y deontológicos.

4. **Fortalecer la política de transparencia y rendición de cuentas policial.** Así se impulsa la creación de mecanismos democráticos y eficientes de rendición de cuentas y control como fórmula para lograr una mayor legitimidad y reconocimiento ciudadano.
5. **Desmilitarizar a la policía.** La policía es una institución civil y debe refundarse poniendo como principal valor su esencia civilista y su capacidad para la resolución de conflictos de la ciudadanía, por tanto, debe desvincularse de la institución militar y acercarse a la sociedad civil.

Es necesario redefinir claramente la integración de principios, valores y normas sobre su rol constitucional, vinculado con la defensa de los derechos humanos, la ley, el orden y la seguridad, así como con la vocación de servicio, la promoción de la cohesión social, la cultura de la legalidad y la cultura de paz.

Hay que reconsiderar la importancia que reviste la adecuada integración de las instituciones de policía conforme a un nuevo modelo en esta materia.

- Es importante el establecimiento de una política de reclutamiento, selección, formación y promoción con una visión desde múltiples disciplinas, que incluya innovaciones técnicas policiales y métodos pedagógicos avanzados que permitan, a su vez, la vinculación con las exigencias reales de los ciudadanos y que garantice la calidad y la eficiencia de los servicios ofrecidos por la policía y que, además, incorpore a todos sus miembros para que aquellos que no logren adaptarse puedan desistir de manera adecuada y conforme a derecho.
- **Es prioritario mejorar las condiciones laborales y los derechos de los policías.** La tarea de los policías es delicada, riesgosa y de enorme importancia social. Los salarios y las condiciones laborales deben corresponder a la relevancia de la tarea.

- **Es necesaria una policía evaluada y controlada desde el exterior.** Para ello se requiere un nuevo diseño de los mecanismos internos de control y evaluación. Sería fundamental que en la reforma policial se contemplara la creación de la figura del auditor civil independiente como un mecanismo institucionalizado de control externo. No es suficiente definir nuevos roles del ciudadano en la políticas públicas de seguridad, si éste no tiene las herramientas adecuadas para hacerlas efectivas.
- **Se requiere generar un sistema de indicadores del desempeño** y la efectividad policial que permita evaluar el cumplimiento de metas institucionales.
- **Es necesario el desarrollo de la coordinación institucional de seguridad y policía** que permita la creación de espacios de análisis estratégicos para la reformulación de los problemas comunitarios, de la misma manera que lograr precisión, eficiencia y profesionalismo en su tratamiento.
- **La reinserción social de la policía llama a un uso intensivo y creativo de la comunicación.** Ésta debe ser una forma de aproximación en cada contacto con el ciudadano en la calle, y un recurso de consolidación y transparencia institucional. Debe, en consecuencia, revalorarse a profundidad y modernizarse el modelo de comunicación social.

4.5.2 Modelo de uso de la fuerza

La política actual en relación con el uso de la fuerza se caracteriza por ser la primera herramienta de respuesta —y no la última— del sistema de seguridad mexicano, principalmente en función de la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad desde hace 15 años —y en su amplio despliegue desde 2007—. Este empleo desproporcionado de las capacidades de uso extremo de la fuerza del Estado es un síntoma de un problema sistémico.

En relación con este punto, reconocemos la importancia de la resolución garantista pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la cual se ajusta el fuero militar a los términos del artículo 13 constitucional y a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo cual ya no se incluye una recomendación al respecto.

Dicha sentencia modificará el sistema de justicia en el país en aspectos que consideramos pueden mejorar la protección eficaz de los derechos humanos en México: el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad por parte de todos los jueces locales del país, debidamente instrumentado, de conformidad con sus atribuciones y atendiendo a los términos que al efecto ha recomendado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ausencia de un modelo policial implica la inexistencia de un concepto y de una filosofía, bases para determinar los valores y principios que deben guiar a los cuerpos de seguridad. La retención del personal como una meta de la política, al igual que la reducción de la altísima fluctuación en las filas de los cuerpos de seguridad, más allá de los métodos de control de confianza, se encuentran ausentes como metas de la política pública. Aunque existen conceptos generales en el marco jurídico mexicano, hay muy pocos elementos normativos que auxilien en la determinación de los límites del uso de la fuerza en las tareas de seguridad. En este sentido, se proponen las siguientes acciones:

1. Una política adecuada en la materia se debe caracterizar por los principios de oportunidad, calidad y responsabilidad.
2. Es necesario que un marco institucional adecuado garantice la legitimidad, la transparencia, el control y la eficacia.
3. Debe existir un marco de principios de actuación que imponga límites al uso legítimo de la fuerza en los términos de legalidad, excepcionalidad, protección de los derechos, carácter extraordinario del uso deliberado de la fuerza letal y enfoque sobre la

calidad de la implantación del marco jurídico que depende de los recursos humanos disponibles.

Para fortalecer los procesos de implantación adecuados, en cuanto a los límites del uso de la fuerza, debe contarse con procedimientos sistemáticos que incluyan identificación del suceso, aviso, determinación de la gradualidad, selección de medios adecuados, disponibilidad de asistencia médica y preparación del informe sobre los incidentes.

La estructura institucional debe permitir la implantación de estos parámetros, asignando responsabilidades específicas para la operación de este flujo de información.

Deben existir procedimientos claros para el flujo de armas y para la preparación y presentación de reportes de incidentes.

Deben explorarse mecanismos de normatividad administrativa para establecer casos en los que se puede recurrir a la fuerza, el modo para emplearla —mediante casos que ejemplifiquen una respuesta proporcional—, así como situaciones concretas donde se pueda discutir u observar el equilibrio entre la necesidad y la proporcionalidad.

La operación de este marco para el uso de la fuerza supone la definición del principio de proporcionalidad, el establecimiento de mecanismos para guardar el equilibrio entre la toma de decisiones de proporcionalidad y necesidad, el empleo de métodos para dejar registro de estas decisiones, y la asignación de responsabilidades en los diversos niveles de la cadena de mando.

Para definir este marco se requiere un diálogo de alto nivel, multidisciplinario, que se concrete en un documento normativo. Debe existir el compromiso institucional para desarrollar capacidades pedagógicas entre todo el personal; se debe integrar de manera formal y explícita en la currícula de capacitación así como favorecer el análisis técnico de las diferentes alternativas, ayudando a la traducción de normas, medidas y mecanismos concretos.

4.6 Reforma de la justicia penal

4.6.1 Nueva justicia penal

La necesidad de una reforma profunda del sistema de justicia penal mexicano ha sido ampliamente discutida. La reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal iniciada en 2008, que en buena medida se motiva en dicha necesidad, ha suscitado muy diversos comentarios. En el conjunto figuran observaciones positivas y cuestionamientos severos. Aquéllos destacan avances a propósito del enjuiciamiento acusatorio; los segundos subrayan retrocesos en garantías penales y problemas en la concepción y aplicación del sistema procesal. Sin perjuicio de que prosiga, por lo pronto, la instrumentación de la reforma según lo previsto en las nuevas normas constitucionales, es preciso revisar esta materia en forma integral, objetiva y documentada, para establecer sus aciertos y sus deficiencias. La revisión debe tomar en cuenta tanto la eficacia verdadera de las soluciones procesales planteadas —a la luz de las circunstancias y las experiencias reunidas hasta ahora— como la inclusión de figuras regresivas, incompatibles con el marco democrático, e incluso incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, adoptado claramente por la propia Constitución a través de las reformas de 2011.

Es necesario que, como sociedad, se racionalice el empleo de los mecanismos de la justicia penal para resolver conflictos. Nuestras leyes penales deben pasar por una profunda revisión para despenalizar conductas inocuas y revisar las sanciones penales al justo grado del daño causado a la sociedad en cada caso, teniendo en mente siempre el objetivo de la readaptación social.

La gran transformación señalada en el texto constitucional requiere instituciones suficientemente fuertes y desarrolladas como para administrar el cambio. La gestión de un proyecto de estas

dimensiones reclama en primer lugar que los mecanismos de control en las instancias de procuración de justicia e investigación de los delitos y en el poder judicial puedan arrojar información constante sobre el desempeño de los funcionarios para así identificar mejores prácticas y disciplinar el comportamiento. No debe sorprendernos, por ejemplo, cuán poco saben los superiores jerárquicos lo que hacen sus subordinados en el campo, en el caso de las instituciones jerárquicamente organizadas. La gestión profesional será prácticamente una herramienta nueva para estas instituciones.

Enfatizar el componente de gestión en la procuración y administración de justicia garantizará además la implantación de una política criminal transparente y explícita que coloque en el centro la protección de los derechos de las víctimas y de los inculpados.

No debe sorprendernos la poca familiaridad que los funcionarios tienen respecto de los criterios compartidos por sus colegas, sea en la procuración o en la administración de justicia. Se debe favorecer la formación de comunidades profesionales en las labores de investigación, procuración y administración de justicia, para impulsar la aplicación de criterios uniformes, difundir buenas prácticas e identificar y resolver problemas de manera conjunta.

Es imposible avanzar en el mejoramiento de la justicia penal sin un compromiso claro y respaldado con el presupuesto necesario para profesionalizar a los cuerpos de investigación del delito y a los agentes del Ministerio Público. La profesionalización de estos cuerpos es además incompatible con cualquier forma de manipulación o interferencia política de los poderes del Estado. La autonomía constitucional del Ministerio Público debe garantizarse en la ley y en los hechos. La ejecución de mandatos políticos a través de estos cuerpos sólo transmite a los funcionarios el mensaje de que su permanencia en las instituciones depende de su lealtad al poder y no de su capacidad profesional. La incorporación de parámetros técnicos de decisión en esta área es fundamental.

Urge la autonomía constitucional de todos los ministerios públicos del país. Las procuradurías de justicia deben transformarse en verdaderos órganos constitucionales autónomos, cuya actuación esté sustentada en el adecuado nombramiento de los procuradores, la creación de consejos del ministerio público y los de la policía de investigación y la existencia de una verdadera carrera ministerial, contando con autonomía presupuestal y técnica. Esta medida contribuiría a la lucha en contra de la corrupción, la impunidad, la inseguridad pública, el ejercicio de la acción penal por razones políticas o “de Estado” y prevendría injusticias, en particular para los que tienen menos recurso para defenderse. Es indispensable que la tarea de los agentes ministeriales sea efectivamente supervisada y que la persecución de los delitos sea eficaz y ágil.

Además, el fortalecimiento institucional debe comenzar por mejorar las condiciones de trabajo de los funcionarios de quienes se espera la ejecución de una de las funciones más delicadas de la política de seguridad del país. Es indispensable avanzar en el fortalecimiento de un servicio civil de carrera, así como en la implantación de sistemas de evaluación por resultados.

No menos importante resulta la operación de mecanismos de control externo sobre las instituciones que combaten el crimen organizado y el lavado de dinero. Es importante fortalecer el monitoreo, por la sociedad civil, de la operación de la justicia penal en estas áreas.

El enfoque de la profesionalización debe evolucionar para incorporar herramientas de capacitación permanente, focalizada, con mecanismos de evaluación de pertinencia y eficacia, no solamente con conocimientos, sino con destrezas indispensables. La capacitación, a su vez, debe estar ligada a la dignificación del trabajo y al fortalecimiento del servicio civil de carrera. Por ello debe abrirse también una amplia discusión sobre el segundo párrafo de la fracción XIII del Apartado B del Artículo 123 Constitucional, relativo

a la reinstalación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en aquellos casos en que cuenten con sentencia favorable.

Esta transición es una oportunidad para fomentar la colaboración interinstitucional, fundamental para encontrar soluciones a problemas comunes. Se recomienda desarrollar sistemas de información interinstitucional que favorezcan la transparencia de las instituciones para fomentar la autonomía del ejercicio de las funciones de la justicia penal.

Los retos institucionales más profundos sin duda están en la investigación del delito y la procuración de justicia. Pero también se requiere crear instituciones de defensa pública que puedan competir en igualdad de condiciones con la parte acusadora y ejercer el contrapeso necesario –como ocurre ya en el ámbito federal. Es necesario además diseñar mecanismos óptimos de resolución alterna de conflictos que favorezcan la operación de la justicia, sin reducir la aplicación de la ley a una mera cuestión consensual o de negociación entre las partes.

No debe soslayarse tampoco el reto que enfrenta la justicia destinada a adolescentes en conflicto con la ley penal. En esta materia hay evidentes y profundas deficiencias. El Congreso debe informar del avance que se tiene en la materia y llamar al cumplimiento de los plazos constitucionales para la aprobación de la legislación necesaria.

En este amplio marco de medidas necesarias en la justicia penal es importante que con toda la amplitud de adaptación que permita dicho marco constitucional, se preserven los derechos de víctimas, testigos e imputados también en estos procesos.

4.6.2 Racionalización del sistema penal

Actualmente los códigos penales de las entidades federativas y la Federación prevén un sinnúmero de delitos y un aumento

desproporcional de las sanciones privativas de libertad que ha ocasionado un abuso de la justicia penal. Por eso es necesaria la racionalización del sistema que tenga por objeto despenalizar conductas que no tendrían un efecto negativo en la política criminal del Estado, y que por otra parte permitirían la utilización de mecanismos de solución de conflictos.

4.6.3 Crimen organizado y lavado de dinero

156 A pesar de que no existe una cifra indiscutible del probable lavado de dinero, expertos del gobierno federal han llegado a estimar la misma entre 19 mil y 29 mil millones de dólares anuales. Aunque se ha hecho un esfuerzo considerable por mejorar las herramientas contra el lavado de dinero, éste es pequeño en comparación con la gravedad del fenómeno. Las huellas del lavado quedan en bancos y aseguradoras, en grandes constructoras e inmobiliarias, notarios y empresas. Pero hasta ahora los resultados son magros. De 2006 a 2010 se dictaron sólo 53 sentencias.

Existen avances en áreas sustantivas para la implantación de los convenios de Mérida y Palermo, relativos al combate a la corrupción y a la delincuencia organizada, respectivamente, pero al respecto se debe avanzar mucho más. En el ataque frontal al “lavado de dinero” se encuentra uno de los instrumentos más importantes en la lucha contra la delincuencia organizada. En primera instancia, debe atenderse con urgencia el marco legislativo que incorpore total y correctamente estas convenciones.

El estado actual de las instituciones permite corroborar que una cantidad importante de los procesos por lavado de dinero se relacionan con aseguramientos en flagrancia en aeropuertos y fronteras, donde el imputado no es capaz de demostrar el origen lícito de los bienes. La coordinación de los poderes públicos en los tres niveles de gobierno es indispensable, comenzando por las instan-

cias del Ejecutivo Federal. Pero no es suficiente: deben involucrarse los sectores social y privado.

La situación presenta estos rezagos: 1) baja o nula persecución penal vinculada con la corrupción pasiva y activa de personas físicas y morales, como conflicto de intereses, de fondos públicos, o abusos de funciones; 2) baja o nula detección del financiamiento de partidos y procesos preelectorales con dinero de origen ilícito; 3) poco desarrollo y tecnificación de las fuentes de inteligencia humana; y 4) supervisión inadecuada de transacciones en el medio empresarial y de actividades económicas comunes.

En su vertiente técnica, el ejercicio de esta función debe pasar por el desarrollo de estándares contables y de auditoría, compatibles con las mejores prácticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Además, se deben desarrollar algunas técnicas de investigación preventiva y detección de transferencias de recursos financieros ilícitos. Es muy bajo aún el nivel de abandono, decomiso, aseguramiento y extinción de dominio de activos ligados al lavado de dinero –cuya regulación debiera ser cuidadosamente revisada, pues resulta poco satisfactoria en relación con la práctica internacional aceptada—. Existe además poco interés manifiesto por perseguir la corrupción de alto nivel.

La lucha contra el crimen organizado necesita de la colaboración regional e internacional. México fue uno de los países más activos en proponer mecanismos de colaboración entre los países para afrontar esta lucha, así como la discusión de asuntos tan delicados como el intercambio de información, el tráfico de armas, el lavado de dinero y la posibilidad de la legalización de algunas drogas. Es necesario que México retome esta bandera, y en unión con otros países vuelva a proponer foros internacionales para la discusión y acuerdos de colaboración sobre los puntos anteriores.

Es necesario integrar unidades de inteligencia financiera y de investigación patrimonial en las diversas entidades del país, en

todas las policías federales y las fuerzas armadas, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Procuraduría General de la República—ya en curso, según se afirma. Deben intensificarse las relaciones interinstitucionales en la Fiscalía Especial para Delitos Electorales, en la Procuraduría General de la República, la Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada, el Servicio de Administración Tributaria, en sinergia con los servicios de aduanas, la Secretaría de Seguridad Pública Federal, la Secretaría de la Función Pública, el Instituto Nacional de Migración, y otros.

Es necesario que exista un registro mercantil detallado con datos completos de accionistas, en particular las personas físicas que controlan y que se benefician de cualquier persona jurídica.

Deben incluirse también los fideicomisos y las entidades sin fines de lucro para que apliquen estándares con el debido cuidado y proporcionen información que les sea requerida durante investigaciones patrimoniales. Los servicios que reúnan inteligencia financiera deben montarse en un sistema adecuado de coordinación interinstitucional con la policía y los fiscales, de manera que se puedan aprovechar los reportes de operación inusual o sospechosa del sistema financiero, entre otros.

Es importante acelerar la producción de datos patrimoniales en el contexto de la información proporcionada por los reguladores del sistema financiero, como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, y otros.

4.7 Sistemas de inteligencia

La labor de inteligencia en México la llevan a cabo diversas instituciones del Estado, como la Secretaría de la Defensa Nacional, la Secretaría de Marina, la Procuraduría General de la República

a través del Centro Nacional de Planeación, Análisis e Información para el Combate a la Delincuencia (CENAPI); la Secretaría de Gobernación a través del Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN); la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Instituto Nacional de Migración; la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, y los gobiernos estatales. Entre diversas instituciones existe desconfianza, notablemente, entre los segmentos militar y civil.

La inteligencia se ha conducido de tal forma en las instancias que la transparencia y el acceso a la información pública reportan la inexistencia de datos que permitan medir la situación actual en relación con el combate al narcotráfico. Esta circunstancia revela la urgente necesidad de producir datos veraces y oportunos para la toma de decisiones. Una política adecuada en materia de inteligencia y contrainteligencia debe caracterizarse por los siguientes atributos:

1. Se precisa de un sistema de inteligencia estratégica coordinado por el jefe de Estado, cuyo instrumento puede ser el CISEN.
2. Es necesario formar profesionales civiles de defensa, conocedores del presupuesto y de la planeación de la política militar, y capaces de fungir como puentes de comunicación entre los mandos militares y civiles.
3. Es necesario que se atienda la naturaleza transnacional de las amenazas a la seguridad nacional, por ejemplo, incorporando al esquema de inteligencia a la Secretaría de Relaciones Exteriores.
4. Es importante fortalecer el papel del Congreso de la Unión como mecanismo de control democrático de las tareas de seguridad, que sea ampliando la profesionalización del personal de apoyo de los legisladores que participen en el Consejo de Seguridad Nacional, incrementando las reglas sobre su transparencia, o emprendiendo un proceso amplio y participativo para reformar el estatuto del personal de seguridad e inteligencia.

5. Es necesario fortalecer las relaciones entre instituciones y autoridades civiles y militares mediante la participación de civiles en academias militares y organismos de diálogo y colaboración. Para ello, es también indispensable promover la transparencia en el aparato de seguridad del gobierno.

Es indispensable que cualquier reforma legislativa en materia de seguridad pública o de seguridad nacional tome en cuenta la necesidad de preservar íntegramente, sin concesiones ni desvíos, el marco democrático en el que debe operar el sistema de seguridad y justicia penal. En primer término, es preciso demostrar rigurosamente cuáles son las necesidades y las implicaciones de cualquier cambio que se proponga en esta materia y por qué no es posible alcanzar los objetivos perseguidos en materia de prevención y sanción del delito con las normas, procedimientos e instituciones con que ya cuenta la República. Además, es preciso excluir —con normas precisas, más allá de declaraciones reiteradas en exposiciones de motivos o en preceptos— la práctica de descripciones vagas y genéricas, sujetas a diversas interpretaciones. Asimismo, es necesario evitar cualesquiera medidas que impliquen restricciones o suspensiones en el ejercicio de derechos y garantías de manera distinta de la prevista en el artículo 29 constitucional, bajo la reforma de 2011.

También es preciso evitar la extensión de atribuciones de autoridades que pudiera afectar su marco de competencia constitucional o alterar inadecuadamente las facultades —y consecuentes deberes— que les asigna la legislación vigente. Es improcedente la inclusión en la normativa sobre seguridad pública o seguridad nacional de causas excluyentes de responsabilidad penal, que ya están previstas en el código de la materia y que deben ajustarse a lo dispuesto en éste.

4.8 Sistema de reinserción social

A pesar del cambio de nombre, el ahora llamado Sistema de Reinserción Social no ha enfrentado adecuadamente ni resuelto los problemas de los centros de reclusión. En las prisiones proliferan la corrupción y la violencia. Los denominados centros de readaptación social son disfuncionales en relación con el objetivo que le asignan la Constitución y la ley. Persiste el autogobierno. Generalmente se carece de personal debidamente seleccionado, capacitado y supervisado. Hay sobrepoblación. A menudo no existen los medios señalados por la Constitución para proveer a la reinserción social del sentenciado. La estructura de supervisión no ha logrado su objetivo. En suma, el panorama prevaleciente es desolador. No lo ignoran la sociedad, que padece las consecuencias, y las autoridades, que tienen la obligación de ajustar a la ley el manejo de los reclusorios. Urge la adopción de medidas enérgicas y sostenidas que corrijan esta situación.

Para empezar, es necesario resolver las causas directas e indirectas de ingreso a las prisiones sin segregar el sistema penitenciario de la sociedad. Cuatro de cada diez personas privadas de su libertad en México no han sido sentenciadas por delito alguno, sino que sólo enfrentan un juicio –sin que esta medida haya tenido efecto alguno, más allá de criminalizar la pobreza y contribuir a la desigualdad. De acuerdo con los estándares internacionales aplicables por virtud del artículo 1º constitucional reformado, enfrentar un juicio en prisión debe ser la excepción y no la regla; y sólo debe hacerse para asegurar la presencia del imputado en juicio y para garantizar la integridad del proceso, de las víctimas y los testigos. Como insumo necesario para emprender estas tareas, se requiere la elaboración de un diagnóstico objetivo, imparcial e integral del sistema carcelario mexicano con una metodología única, de conformidad con estándares internacionales.

En este momento de transición a un nuevo sistema reformado, es importante atender las deficiencias de los dos regímenes en operación. El sistema de justicia penal tradicional, como consecuencia de su mero diseño, incentiva la sobrepoblación carcelaria y, en consecuencia, los problemas de salud pública y las violaciones a derechos humanos en general, al regular severamente delitos de poca monta o, bien, conductas que no deberían catalogarse como delito. La prisión no es la medida adecuada para la solución del conflicto social generado por delitos no violentos. La cárcel debe utilizarse únicamente como último recurso y sólo con fines de protección a la sociedad, readaptación y reinserción. Debe diseñarse un sistema penitenciario regulado por normas mínimas, procedimientos y protocolos de operación.

La preocupación constante por la seguridad y la impunidad llevan a decisiones sobre el sistema penitenciario que nada tienen que ver con la evidencia empírica. La pena privativa de libertad como política no ha resuelto esos problemas; el incremento de la población carcelaria de ninguna manera ha reducido las tasas de criminalidad. A este respecto, existe evidencia de que en países donde se utilizan sistemáticamente alternativas a la prisión las tasas de criminalidad no han aumentado.

El sistema penitenciario promueve la discriminación de género, situación socioeconómica y edad, al afectar de manera más grave a jóvenes y mujeres pobres. En este sentido, la cárcel incrementa los índices de vulnerabilidad. La reclusión para jóvenes sólo debe ser un recurso extremo del Estado, nunca el primero.

Los jueces de ejecución de sanciones deben constituirse como la autoridad vigilante de las condiciones de vida y garantes de la integridad de las personas privadas de la libertad. La reforma constitucional en materia de seguridad y justicia tiene un importante componente penitenciario. A diferencia del plazo de ocho años para la adopción del sistema acusatorio en los juicios penales, el límite

para que el nuevo sistema penitenciario —con los jueces de ejecución y reglas de debido proceso— entre en operación es de tres años, el cual se cumplió el 19 de junio pasado. Ante el vencimiento del plazo, el Congreso debe verificar el estado del cumplimiento del mandato constitucional en la federación y las entidades federativas.

Las Leyes Reglamentarias de los artículos 18 y 21 constitucionales deben regular en sus respectivas materias las funciones de los jueces de ejecución y la ejecución de sentencias penales en entidades diferentes de aquellas en que fueron emitidas. La Comisión de Gobernación del Senado de la República tiene ya un proyecto de iniciativa.

El Estado está obligado a introducir y promover medidas procesales y sancionadoras alternativas a la prisión. Para modificar la política actual, el sistema de readaptación y reinserción social debe seguir las pautas del debido proceso y justicia penitenciaria introducidas por las reformas al sistema de justicia penal y de derechos humanos, respectivamente.

El Estado está obligado a tener el control absoluto de las prisiones.

Como en los demás casos, la supervisión externa es fundamental. Debe fortalecerse la capacidad de las comisiones de derechos humanos para supervisar las prisiones. En particular, las prisiones de alta seguridad deben estar sujetas a rendición de cuentas y evaluación. La sociedad civil necesita involucrarse más con los problemas del sistema penitenciario a través de observatorios ciudadanos. La creación de observatorios especializados en el sistema penitenciario debe ser promovida.

4.9 La política de seguridad en las fronteras

Es indispensable conocer cómo operan las estructuras financieras del crimen organizado en México, Estados Unidos y

Centroamérica. En el problema del crimen organizado no puede dejarse a un lado su dimensión transnacional en situaciones tan graves como trata, secuestro, extorsión de migrantes o el tráfico de armas, tanto en la frontera norte como en nuestra frontera sur.

Se han identificado cerca de 20 mil secuestros contra migrantes en dos semestres, cantidad que contrasta con las dos sentencias condenatorias dictadas por estos delitos. Sólo por citar un ejemplo, la masacre de 72 migrantes centroamericanos en 2010 y el posterior hallazgo de 193 cuerpos en fosas clandestinas en el municipio de San Fernando, Tamaulipas, han sido motivo de reacciones internacionales muy puntuales para demandar la atención directa de la crisis humanitaria que enfrentamos en este rubro.

La política de seguridad en la frontera sur se ha caracterizado, cada vez con más intensidad, por la indebida confusión entre inseguridad pública y la migración irregular. Las instituciones responsables del control migratorio se apoyan ahora en las instancias de seguridad pública y las fuerzas armadas para ejecutar controles migratorios a lo largo de todo el territorio, bajo el argumento de proteger a los migrantes que atraviesan el país. Estos mecanismos tienen un efecto muy difícil de medir sobre el flujo migratorio, pero claramente no están teniendo resultado sobre la protección de la integridad física de las personas.

Es innegable que los controles de las fronteras norte y sur siempre pueden fortalecerse para garantizar cada vez con mayor eficacia que el ingreso y salida de personas y bienes del territorio mexicano se hagan con apego a la ley. Dicho esto, el primer punto de acción en la agenda de la frontera sur es ofrecer una comprensión del fenómeno migratorio como un hecho complejo que plantea múltiples retos para los países de origen, tránsito y destino, además de un factor de seguridad. La política de seguridad en la frontera sur debe reflejar el valor de proteger la vida y la dignidad de las personas que transitan por el territorio nacional. Como en otros ángulos de la

política de seguridad, la criminalización de la pobreza no ha traído más seguridad. Todas las personas deben ser sujetas de derechos en tanto se encuentran en el territorio nacional y merecen el amparo y la protección de la ley. La impunidad frente a delitos cometidos contra numerosos migrantes debe cesar. El régimen interamericano para la protección de la migración, que México ha promovido de forma activa, es vinculante no sólo para la protección de nuestros nacionales en el exterior, sino para nuestras autoridades frente a todos los extranjeros. Existen avances recientes en la nueva Ley de Migración, pero aún permanece el riesgo de que la agenda de seguridad acapare completamente la conducción de la política en la frontera sur.

La política de seguridad en la frontera sur debe ser la colaboración efectiva entre las naciones colindantes con México para: (i) facilitar la expedición de una visa de tránsito para migrantes que cruzan hacia la frontera norte; (ii) fortalecer los mecanismos de protección hacia las personas que migran por México rumbo a Estados Unidos; y (iii) estrechar la cooperación en los mecanismos ya existentes en materia de inteligencia.

En la frontera norte persisten las denuncias, muchas de ellas ampliamente comprobadas, de muy graves abusos y desaciertos en materia de prevención y persecución de los delitos. Hay hechos de violencia en ambos lados de la frontera, públicamente conocidos y difundidos, que no han sido investigados y sancionados. El flujo de armas de los Estados Unidos hacia México es notorio; sus manifestaciones, escandalosas; constituye un dato de primera importancia en la comisión de delitos en nuestro país; no se han adoptado las medidas indispensables para frenar este tráfico; las reclamaciones por parte de autoridades mexicanas han sido, con frecuencia, débiles e infructuosas. En varios aspectos prevalece la falta de entendimiento entre ambos países, y esta problemática es objeto de disputas partidistas tanto en México como en Estados

Unidos. La estrategia de seguridad estadounidense está centrada en la disuasión de la amenaza terrorista y, en menor grado, en el combate al tráfico de drogas y de armas. Sin embargo, la comunicación política de ambos países ha dificultado comprender el grado de la amenaza que las organizaciones criminales representan para ambos Estados.

Como primer punto de acción en la agenda es importante que la colaboración internacional se dé en un marco de mutuo entendimiento sobre las expectativas y necesidades de seguridad de cada una de las partes. La calificación del fenómeno de violencia en México como el efecto de grupos delincuenciales de alto impacto o como insurgencia terrorista son radicalmente distintos, no sólo por sus efectos sino por la capacidad de Estados Unidos para coadyuvar en la estrategia. En este rubro, el control del tráfico de armas por la frontera norte es prioritario.

Un segundo punto en la agenda de política en la frontera norte es la posición de las fuerzas armadas en tareas de seguridad. Se reporta una actitud crítica en los foros bilaterales donde será importante ofrecer claridad sobre los límites en el tiempo y el alcance de las funciones de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública.

Al mismo tiempo, la agenda bilateral se beneficiará de un impulso decidido a los mecanismos de evaluación de programas —por ejemplo, en el Cuarto Pilar de la Iniciativa Mérida sobre la “Construcción de comunidades fuertes y resistentes”. Las distancias entre los estilos y los objetivos de la evaluación de los programas de cooperación de México y Estados Unidos deben estrecharse e impulsarse desde el diseño mismo de cada programa. Los sectores académico y de la sociedad civil organizada tienen un papel importante al velar y coadyuvar en la ejecución de estos componentes de evaluación en los programas de cooperación internacional.

Lo anterior podría concretarse convocando a las instituciones de educación superior y a sus organizaciones a emprender acciones

que generen mayores y mejores esquemas de vinculación con la sociedad y el estado para la investigación, desarrollo de contenidos educativos y mecanismos participativos coherentes con el perfil de la nueva política de Estado en seguridad y justicia a la que se aspira.

5. Manos a la obra

Con base en lo expuesto y fundado, desde la Universidad Nacional Autónoma de México se recomienda la puesta en práctica de acciones inmediatas a efecto de:

37. Celebrar un pacto político y social de base amplia que permita reorientar a nuestras instituciones de seguridad y justicia para hacer frente a la crisis de violencia que enfrenta el país.
38. Generar los consensos políticos y sociales necesarios para dar un giro inmediato en las estrategias de seguridad, centrándolas en la prevención del delito, el abatimiento de la impunidad, la reducción del número de muertes y de lesionados, la preservación de la integridad de las personas y a la defensa de sus derechos humanos.
39. Concentrar lo anterior en un buen diagnóstico, transparente, participativo e incluyente que defina el problema que se enfrenta; que defina la ruta y establezca los mecanismos de evaluación periódica. La transición institucional para implantar un nuevo paradigma debe hacerse con una ruta visible, cumpliéndose como primera condición la producción de información veraz, oportuna y transparente.
40. Conducir la agenda de prevención al centro de la política de seguridad, comenzando por los jóvenes: 1) generar una instancia que concentre y articule en forma coordinada los esfuerzos que se realizan para la prevención y el tratamiento de adicciones y, 2) organizar los diversos enfoques de desarrollo humano y social, de género, seguridad ciudadana y cohesión

social, para que tengan una fuerte implicación comunitaria, de proximidad y local. Para fortalecer la política de prevención de adicciones se sugieren las medidas señaladas en los apartados 4.4.1 y 4.4.2.

41. Diseñar un programa de política social, que favorezca la enseñanza y el desarrollo de modelos para ayudar a los consumidores de sustancias adictivas a reconocer la conveniencia de abandonar el consumo o bien a reconocerse como adictos y solicitar tratamiento, que incluya en el mismo a los terceros que forman parte de su entorno.
42. Establecer programas formulados con un enfoque multidimensional que reconozca la heterogeneidad de los jóvenes, que contemplen espacios y foros para su expresión y que los vinculen con el desarrollo de su comunidad, fungiendo como instancias de contacto para la atención de sus inquietudes y para brindarles orientación cuando así lo requieran.
43. Generar programas específicos para propiciar la permanencia o reinserción de los jóvenes en el sistema educativo, así como proporcionarles insumos que los preparen para su vida laboral. Para tal efecto, se deberían fortalecer los programas de becas para la enseñanza media superior y superior, así como generar un programa de seguimiento estudiantil, que actuaría en cada caso concreto de abandono de estudios para lograr la reinserción del alumno y la eficiencia terminal.
44. Rediseñar las políticas de empleo para enfatizar la importancia del nexo escuela-trabajo y de la formación y actualización profesional que propicien la efectiva inserción laboral de los jóvenes sin precarizar sus condiciones de trabajo y vida. Para este propósito es necesaria la participación efectiva y el compromiso no sólo de las instancias de gobierno sino también de los sectores empresariales y de las organizaciones de trabajadores.

45. Generar políticas integrales que fomenten la estabilidad en el empleo y la capacitación real y efectiva de los trabajadores, al contemplar acciones tales como el establecimiento de estímulos fiscales a aquellas empresas que contraten jóvenes y que procuren en forma objetiva, real y verificable la capacitación de sus trabajadores y su vinculación con programas de productividad que generen beneficios mutuos a las partes involucradas en la relación laboral.
46. Generar un Subsistema Nacional de Distribución y Comercialización Juvenil que propicie el desarrollo de una cultura emprendedora entre los jóvenes, mediante el establecimiento y operación de empresas juveniles y sociales.
47. Establecer una Defensoría de la Juventud, sin gran aparato administrativo, pero en condiciones que permitan su operación efectiva, en coordinación con una red institucional que desde todas las dependencias de gobierno, articule sus programas así como que oriente, asesore y defienda en los ámbitos familiar, escolar, civil, penal, laboral y administrativo a los jóvenes que tengan problemas en los mismos.
48. Ejecutar un programa nacional de fortalecimiento institucional que haga operativos los mecanismos de rendición de cuentas, que sume los controles internos y externos y las estructuras innovadoras de auditoría ciudadana —por ejemplo, mediante la integración de ciudadanos al Consejo Nacional de Seguridad Pública y la Auditoría Civil de las Policías.
49. Establecer un registro nacional de víctimas y fortalecer los mecanismos de reparación del daño para sus familiares, generando una legislación específica.
50. Transformar a los órganos fiscalizadores, como la Auditoría Superior de la Federación y sus análogos en las entidades federativas y en el Distrito Federal, en verdaderos órganos constitucionales autónomos, plenamente responsables de sus actos,

que no dependan de ninguno de los tres poderes públicos, con la finalidad de fortalecer la lucha contra la corrupción, la impunidad y mejorar la rendición de cuentas.

51. Diseñar un plan para el regreso de las fuerzas armadas a las funciones que le son naturales tan pronto como sea posible.
52. Generar en las instituciones de policía y procuración de justicia políticas de reclutamiento, formación y promoción desde un enfoque multidisciplinario, además de contar con condiciones laborales adecuadas y sistemas de supervisión, evaluación, indicadores del desempeño y mecanismos de rendición de cuentas eficaces y eficientes. Hacer realidad la carrera civil en ambas profesiones.
53. Favorecer la reinserción social de la figura del policía, propiciando su acercamiento con los ciudadanos en particular y con la comunidad en lo general.
54. Empezar una evaluación del Consejo de la Judicatura Federal y de los consejos locales de la Judicatura, a cargo de una instancia externa e independiente, con la participación de académicos y profesionistas especializados, que de manera autónoma, objetiva, imparcial y completa aborde el impacto que ha tenido el desempeño de dichos consejos desde su creación, como mecanismo para combatir la corrupción, fomentar la independencia y la profesionalización de los funcionarios del poder judicial. Como consecuencia de esta evaluación, cada Consejo debe comprometerse a implantar los planes de fortalecimiento pertinentes para cumplir su labor con eficacia.
55. Llevar a su máxima intensidad la persecución del delito de lavado de dinero en sinergia con los cuerpos de inteligencia civil. La lucha contra el lavado de dinero debe priorizarse y fortalecerse con infraestructura y capacidad humana. La persecución de este delito merece al menos la misma atención presupuestal y de centralidad en la política pública que la referente

- a los cuerpos de policía. Al respecto se hacen señalamientos precisos en el apartado 4.6.3.
56. Medir en forma objetiva y publicar la efectividad de las acciones del Estado orientadas a erradicar las actividades de lavado de dinero.
 57. Insertar a las instituciones de inteligencia en una legislación que establezca los fines de los servicios que proporcionan las diversas instancias; que comprenda con mayor claridad su estructura, los mecanismos formales para su coordinación y las herramientas claras de su responsabilidad política y jurídica, así como su operación desde el enfoque local hasta el regional y el nacional. En el apartado 4.8. se especifican estas medidas.
 58. Llevar a los hechos la readaptación y la reinserción sociales. Contemplar la prisión preventiva sólo para los delitos graves y revisar a fondo las disposiciones y prácticas en materia de medidas cautelares en el procedimiento penal – entre ellas, pero no exclusivamente, el llamado “arraigo” – a la luz de las garantías que otorga, en lo general, el sistema legal mexicano, así como a lo dispuesto por el régimen internacional en materia de derechos humanos.
 59. Realizar un diagnóstico objetivo, imparcial e integral del sistema carcelario mexicano con una metodología única de conformidad con estándares internacionales. Es preciso adoptar, en forma inmediata, las medidas conducentes a reestablecer el orden y el imperio de la ley en todos los reclusorios para adultos y menores de edad.
 60. Dejar de ver a la prisión como la medida más adecuada para la solución del conflicto social generado por los delitos violentos, dimensionándola como un último recurso únicamente para los delitos violentos y sólo con fines de protección social, readaptación y reinserción.

61. Despenalizar aquellas conductas que no atentan en forma importante contra la sociedad y trasladar la atención de las mismas a otras esferas, como la administrativa.
62. Transformar los ministerios públicos en verdaderos órganos constitucionales autónomos, eficaces y ágiles, sustentados en el adecuado nombramiento de los procuradores, la creación de los Consejos del ministerio público y de la policía de investigación, la existencia de una verdadera carrera ministerial, la autonomía presupuestal y la autonomía técnica de los fiscales, para combatir la corrupción, la impunidad y alejar a esta importante función de cualquier consideración política.
63. Proponer la convocatoria a una Cumbre Internacional para valorar el problema de los migrantes y lo que alrededor del fenómeno se desarrolla, así como sobre el problema del narcotráfico, las drogas, el lavado de dinero y la trata de personas.
64. Convertir a los institutos de acceso a la información pública en órganos constitucionales autónomos con facultades legales suficientes para que cumplan sus fines.
65. Cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo cual México está obligado al haber reconocido su competencia contenciosa, tal y como lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
66. La variedad y la gravedad de las manifestaciones y expresiones de la violencia contra las mujeres exige respuestas integrales, según los ámbitos donde se da: no sólo la que se produce en el espacio doméstico, sino también la que se origina en la comunidad y la que ejerce el Estado. En el texto de la Propuesta, se sugieren acciones específicas al respecto.

No sólo se sugieren y recomiendan acciones inmediatas a cargo de instancias ajenas a la Universidad Nacional Autónoma de México, también se propone en el contexto de esta Casa de Estudios el compromiso de apoyar, dentro de los alcances que son

propios de la misma, la concreción de las acciones antes sugeridas, así como emprender en forma directa las siguientes:

67. Promover la creación de un mecanismo formal en el seno de la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), para diseñar un sistema nacional de vinculación para la investigación y el desarrollo en materia de seguridad y justicia.
68. Proponer un mecanismo de colaboración entre la ANUIES y las secretarías de Educación Pública federal y estatales, para promover contenidos educativos y mecanismos participativos de los estudiantes de los niveles básico, medio y superior, coherentes con el perfil de la nueva política de Estado en seguridad y justicia. Además, se sugiere implantar en la Universidad Nacional Autónoma de México programas similares de carácter interactivo en su Museo de las Constituciones.
69. Poner en marcha en la Universidad Nacional Autónoma de México un programa piloto especializado en áreas de seguridad y justicia, con gobiernos y comunidades involucrados en políticas y programas inspirados en los principios de la nueva política de Estado.
70. Crear en la Universidad Nacional Autónoma de México el Programa Universitario de los Derechos Humanos, que incluya las áreas de seguridad y justicia.
71. Impulsar en la Universidad Nacional Autónoma de México la discusión sobre la política referente a drogas en México a través de un foro amplio que permita evaluar los costos y las consecuencias de diversas políticas sobre la regulación del consumo de drogas. Esta discusión debe incluir las posiciones de sectores diversos, así como la experiencia de distintas latitudes para obtener una visión de política plausible e integral.
72. Crear en el Museo de las Constituciones, que se inaugura en las próximas 48 horas, un programa sobre el conocimiento de

las Constituciones Mexicanas, en especial la actual, basado en el fortalecimiento de valores éticos laicos como la tolerancia, el patriotismo, el comportamiento cívico, la solidaridad, el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, dirigido a toda la población, pero con énfasis especial para niños y jóvenes.

REELECCIÓN DEL TITULAR DEL PODER EJECUTIVO EN LAS AMÉRICAS

René Fortín Magaña*

El tema de la reelección del titular del Poder Ejecutivo, ha sido un tópico recurrente que ha demandado la atención de los constitucionalistas en casi todos los países de las Américas.

Generalmente, esa atención no les ha sido solicitada en el marco de un ambiente sereno y apacible, sino en medio del fragor de tormentosos apasionamientos políticos, en los cuales la razón suele verse reducida a un espacio constreñido.

Lo que se suponía resuelto en disposiciones expresas y terminantes sobre el particular, dictadas con vocación de permanencia, no ha sido obstáculo para que se reabra el debate, en circunstancias concretas, entre los defensores del acatamiento de las normas y los propulsores de la voluntad expansiva del poder.

Constantemente, la sociología y el derecho deben coordinar sus respectivos criterios ontológico y deontológico para la promulgación de normas justas y oportunas, con vocación no sólo de vigencia sino de positividad. Independientemente de las circunstancias, y en virtud de la plenitud hermética del orden jurídico, el derecho no puede eludir una respuesta para cada conflicto.

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales; actualmente es el Director del Instituto de Investigación Jurídica, de la Universidad Dr. José Matías Delgado y es Asesor Jurídico de FUSADES. Entre sus cargos más importantes están los siguientes: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador UES; Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Capítulo El Salvador; Vice-Director de la Academia Salvadoreña de la Lengua; Ex presidente de Federación de Asociaciones de Abogados (FEDAES); Ex presidente del Centro de Estudios Jurídicos; Miembro del Círculo de Abogados Salvadoreños; Miembro del Círculo de Abogados

Me propongo compendiar el tema, bajo el siguiente sumario:

- I Antecedentes de la república (*res pública*)
- II ¿Gobierno de leyes o gobierno de hombres?
- III El Estado de Derecho
- IV La reelección del titular del Poder Ejecutivo.
- V Conclusiones.

I. RES PÚBLICA

1. Antecedentes. El sistema republicano adoptado por los países americanos en el siglo XVIII y los inicios del siglo XIX, no surgió sin respetables antecedentes.

En Grecia, Platón (427-347 a de J.C.), cuyo verdadero nombre era Aristocles, en dos de sus más celebres diálogos, trazó, como una utopía, los caracteres de una república aristocrática dirigida por los sabios, inspirada en el mayor bien posible, pero basada en el poder absoluto del Estado sobre los ciudadanos.¹ “En el mundo político de Platón quienes deben dirigir el Estado, expedir las leyes y educar a todas las clases sociales, son los filósofos. Los militares deben vigilar el cumplimiento de lo dispuesto por los filósofos, y los productores o pueblo, deben acatar las decisiones de las otras dos clases y sostenerlas económicamente, recibiendo a cambio la educación, defensa y protección y la dirección que requiere”.² Ese arquetipo tuvo extensas repercusiones históricas, con un cambio significativo de titularidad en la cúspide del poder. Si la utopía platónica concedió ese derecho a los filósofos, siglos después derivó hacia oligarquías de diferente índole, tanto civiles como militares. El modelo de organización política basado en la “doctrina de la seguridad nacional”, en tiempos de la bipolaridad, que tantos desgarramientos ocasionó,

Salvadoreños; Jefe del Departamento Jurídico del Banco Central (1970); Diputado a la Asamblea Legislativa (1985-1988); Jefe del departamento Jurídico de CEL (1975); Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (1997 - 2006), entre otros.

¹ Platón. La república y las Leyes. Compañía Editorial Continental, S.A. 1957. Santa Fé de Bogotá.

² *Ibidem*. Pg. 3

constituye un ejemplo muy ilustrativo de los extremos a que puede conducir la segmentación formal de la sociedad y el desconocimiento de los derechos fundamentales del hombre y de la mujer.

En Roma, la república sucedió a la monarquía y precedió al Imperio, antes de su caída final. Los fragmentos que se conservan de La República de Cicerón (106-43 a. J. C.) subrayan la etimología *res pública* y por ello, no omiten la posibilidad de un estado popular.

“Platón –dice– ofreció a nuestro deseo más que a nuestra experiencia un Estado pequeñísimo e irreal, en que, sin embargo, se pudieran ver los principios de la ciencia política; yo, en cambio, me esforzaré por aplicar aquellos mismos principios no a una sombra o a un fantasma de Estado, sino a la más majestuosa república”³

Aristóteles (384-322 a J.C.) refuta en su Política algunas de las concepciones de Platón, y clasifica las formas de gobierno en *puras e impuras*, siendo las primeras la monarquía, la aristocracia y la democracia, las cuales al corromperse, se convierten en la tiranía, la oligarquía y la demagogia. El estagirita hace hincapié en la virtud, como elemento indispensable para el gobierno del Estado, en cualquiera de sus formas puras.

Juan Bodino (1520-1596) en el siglo XVI conceptualizó las características del sistema republicano y del atributo de la soberanía de su época, en su clásico libro “Los seis libros de la república”⁴. La república, para Bodino, consistía en “un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano”⁵

Y la soberanía, para el mismo autor, “es el poder absoluto y perpetuo de una república”⁶

Estas definiciones, oportunas en su tiempo, pues destacan la pluralidad y supremacía del poder estatal, resultan ahora elemen-

³ *Ibidem*. Pg. 3

⁴ Bodan Jean. Los seis libros de la República. Editorial Tecnos. Colección “Clásicos del Pensamiento”, España. 1985

⁵ *Ídem*

⁶ *Ídem*

tales y ambivalentes, pues, igual que Maquiavelo, fortalecían la supremacía del príncipe y, en tal sentido, aún cuando se consideran un valioso precedente, han debido someterse a la crítica de posteriores autores y al peso de concepciones más refinadas.

Las inconmensurables aportaciones, de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) y Carlos de Montesquieu (1689-1755), inyectaron con largueza sus propias concepciones a la filosofía política. El primero, en orden a la titularidad de la soberanía (democracia) y el segundo, al sistema de frenos y contrapesos (División de poderes).⁷

Por su parte, Emmanuel Kant, (1724-1804) gran admirador de Isaac Newton y Juan Jacobo Rousseau, cuya obra se considera el epítome de la ilustración- descontados los excesos de crueldad a que llegó uno de los acontecimientos más importantes de la historia moderna- se adhirió a los postulados que la hicieron posible. “Del lema de la Revolución Francesa “libertad igualdad, fraternidad”, -dice Galindo Pohl- llamado a correr el mundo como una arenga destinada a derrumbar ordenamientos multiseculares, la idea del derecho de Kant contiene de modo explícito uno de ellos, la libertad, y de modo implícito las otras dos, la igualdad y la fraternidad. La igualdad es el resultado de la copresencia de individuos de igual dignidad y titulares de igual libertad, y por lo tanto de igualdad jurídica. La fraternidad, un poco más oculta, podría descubrirse en la referencia al conjunto de condiciones que hacen posible el sistema de libertad, o sea la copresencia de iguales libertades”.⁸

Si bien estas palabras no se refieren explícitamente a la república, refuerzan nuestra visión de los valores que la inspiran.

Más tarde, “Los norteamericanos (John Adams, Alexander Hamilton) llamaron república a los estados y a la federación no solamente porque no había una institución monárquica, sino también

⁷ En igual sentido John Locke, (1632-1704). “Ensayo sobre el gobierno civil”. N, del A.

⁸ Galindo Pohl, Reynaldo. “La idea del Derecho en Kant” Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, El Salvador. 2003

porque la suya era una democracia representativa, fundada en una separación de los poderes y en un sistema de pesos y contrapesos entre los diversos órganos del Estado”.⁹

Nicola Matteucci, la define en estos términos: “En la moderna tipología de las formas de estado, el término *república* se opone a la monarquía: en ésta el jefe del Estado, accede al sumo poder por derechos hereditarios, mientras en la primera el jefe del Estado, que puede ser una sola persona como un colegio de más personas (Suiza), es elegido por el pueblo directa o indirectamente (a través de asambleas primarias o asambleas representativas). Sin embargo, el significado del término *república*, evoluciona y cambia profundamente en el tiempo (la fisura se produce en la era de la revolución democrática) y adquiere diversas connotaciones, según los contextos conceptuales en la que se inserta”.

“En las concepciones originales, la república, (*res publica*) en particular la de Cicerón, se oponía no ya a la monarquía, sino a los gobiernos injustos, a los que San Agustín llamará después *magna latrocinia*.¹⁰

La constitución de los Estados Unidos de América (1787) y la Convención Girondina en Francia (1792) proclamaron la república y sirvieron de modelo casi universal para los países que posteriormente se autonominaron republicanos, aunque lo fueran “nominal o semánticamente”.¹¹ No es ésta todavía una concepción final, como veremos adelante, pero su peso es tal que, con enmiendas y modificaciones, su núcleo está aún vigente.

Faltará todavía disolver la discrepancia entre las repúblicas democráticas y las repúblicas populares, ambas con la misma denominación genérica, no obstante las diferencias capitales en

⁹ Matteucci, Nicola et al. Diccionario de política siglo XXI editores, S.A. Primera Edición en español 1982.

¹⁰ *Ibidem*. Pg. 12

¹¹ Según la clasificación de Karl Loewenstein. N. del A.

el engranaje de sus respectivas organizaciones políticas. A pesar de esas diferencias, Mateucci considera que esas diferencias son más cuantitativas que cualitativas, pues son dos especies dentro del mismo género. Sin embargo, la unificación de criterios parece inalcanzable, excepto si la consideramos, dialécticamente, como la síntesis de una tesis y una antítesis: “El problema –dice otra vez Matteucci- es ver si la diferencia entre las repúblicas surgidas de una revolución burguesa y las repúblicas socialistas es de género o de especie, cualitativa o cuantitativa” –“Pero –agrega- tanto la teoría marxista como la no marxista son llevadas a destacar las diferencias: para la primera, la república socialista es un estado radicalmente nuevo, organizándose todo en vista de la realización del comunismo por medio de la dictadura del proletariado; por tanto no hay una división de poderes, no hay una distinción entre estado y sociedad, sino una concentración de todos los poderes en manos del partido que representa la vanguardia de los trabajadores”.

“El pensamiento político no marxista, por su lado, destaca la ausencia en la república socialista del ideal expresado por Cicerón y por Kant, para quienes el estado republicano es sobre todo un ordenamiento jurídico para proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos”.

“Por lo que se refiere a los regímenes autoritarios –sigue diciendo- que tienen una forma de estado republicano, lo son más de nombre que de hecho (semánticos) porque el término republicano siempre estuvo vinculado a un origen y a una legitimación popular del poder.¹²

Pues bien, desde su independencia, los pueblos americanos adoptaron el sistema republicano, en contra del monárquico que

¹² Op. Cit. (9)

existía en la metrópoli, de cuya corona imperial se habían liberado. Eran los signos de los tiempos.¹³

La república era y sigue siendo la némesis de la monarquía. Todo su andamiaje institucional está inspirado en una idea fundamental: la limitación y la rotación del poder. Limitación en el tiempo y limitación en la titularidad gobierno. Es cierto que, con el correr de los años, a la propia monarquía, divina, absoluta y hereditaria, se le fueron reduciendo sus omnímodos poderes, ejemplo de lo cual fue la Carta Magna negociada por el rey Juan sin tierra con los barones ingleses, el 15 de junio de 1215, y la rebelión del Parlamento encabezada por Oliverio Cromwell, que terminó en 1649 con la decapitación de Carlos I. Y cuando Luis XVI, en Francia, quiso compartir el poder convocando a los Tres Estados, ya fue tarde. Todos conocemos la forma cruenta en que terminó su reinado.

Con esos antecedentes, llegamos a las concepciones usuales y actuales de los términos a los que nos hemos venido refiriendo:

Monarquía: “Organización del Estado en la que la jefatura y representación supremas son ejercidas por una persona que, a título de rey, ha recibido el poder por vía hereditaria y puede transmitirlo del mismo modo”. Variantes de la monarquía son la absoluta, la liberal, la parlamentaria y la representativa, de fácil comprensión.

República: “Organización del Estado cuya máxima autoridad es elegida por los ciudadanos o por el parlamento para un período determinado”.¹⁴

En esta última definición, hace falta el componente de la división de poderes, como característica esencial de la república democrática y representativa, pero su última frase “para un período determinado, nos da pie para reafirmar nuestra aproximación al tema

¹³ Un intento imperial fracasado fue la actuación de Agustín de Iturbide, en México el 19 de mayo de 1822. N. de A.

¹⁴ Diccionario de la RAE.

de la república: los gobernantes ejercen el poder por un período predeterminado.

2. Cláusulas pétreas. Algunas constituciones contienen “cláusulas pétreas” mediante las cuales se pretende preservar los sistemas de gobierno por ellas estructurados.

Si bien no es éste el lugar para profundizar sobre dichas cláusulas, cabe señalar que ellas son motivo de hondas discusiones entre los constitucionalistas.

Para unos, es inaceptable congelar disposiciones vinculantes para las generaciones del futuro ya que el elemento “pueblo” de entonces, como soberano, tendrá como hoy, la facultad de decidir su propio destino y la forma de gobierno que le convenga.

Para otros, dichas disposiciones, que determinan la estructura fundamental del Estado y su forma de gobierno, deben preservarse por ser esenciales para la continuidad del sistema y para afirmar la seguridad jurídica como uno de los valores del Derecho.

En la república de El Salvador, las cláusulas pétreas aparecen establecidas en el artículo 248, inciso último de su Constitución (1983) que dice: “No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la república y a la alternabilidad en el ejercicio de la presidencia de la República”.

3. Alternabilidad. En cuanto a la alternabilidad del titular del Poder Ejecutivo (Presidente) la carta Magna dice: Art. 88 La alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es indispensable para el mantenimiento de la formas de gobierno y sistema político establecido. La violación de esta norma obliga a la insurrección”.

La voz oficial de El Salvador en sus comentarios sobre la Constitución, expresó en su momento, lo siguiente: “Un autor ha dicho

que no hay Derecho Constitucional sino Historia Constitucional”. El Dr. Reynaldo Galindo Pohl, en el discurso que como Presidente de la Asamblea Constituyente que decretó la Ley Suprema de 1950 pronunció en la sesión inaugural, dijo que en nuestras constituciones anteriores hay “principios todavía aprovechables que claman por una eficacia hasta hoy discontinua y permanentemente amenazada. Hay en ellos un legado de nuestros padres, que ninguna iconoclastia tendría, como fruto, derecho a irrespetar. Hay mucho que destruir; pero hay que destruir lo que ya no tiene savia para la vida. Y hay que ayudar a lo que nace, a lo que está en gestación. Digamos el responso a lo que se va, con respeto, con el sentido de una Nación que la forman los que dejaron la vida ofreciéndonos la permanencia objetiva de su pensamiento, y los que hoy se afanan por construir. Se requiere firmeza para enterrar aquello que es objeto de cariño pero que ha terminado su misión histórica”.¹⁵

Por su parte, la Comisión Redactora del Proyecto de la Constitución vigente (1983) dice escuetamente al respecto “La comisión estimó que los procedimientos para reformar la Constitución contenidas en la de 1962 eran demasiado rígidos por cuanto exigen la aprobación por dos asambleas legislativas y una Asamblea Constituyente. A fin de hacerla más flexible, acordó la Comisión que la reforma pudiera efectuarse en votaciones calificadas de dos tercios por dos asambleas legislativas, al par que declaran irreformables los artículos relativos a la forma y sistema de gobierno, al territorio de la república y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República”.¹⁶ Con mayor precisión las constituciones de otros países distinguen entre enmienda, revisión y reforma, cada caso con su respectivo procedimiento.

¹⁵ Comisión Coordinadora para el sector de justicia (V.T.E). Talleres UCA tomo III 1ª edición. 1993

¹⁶ El texto final expresó que en la primera Asamblea Legislativa bastaba la mayoría absoluta. Art. 248 N. del A.

4. Plazo. En la república de El Salvador los plazos para el ejercicio del titular del Poder Ejecutivo han variado: cuatro y cinco años en las constituciones federales; y en las unitarias 2 años en las de 1841 y 1871; 4 años, en las de 1824, 1864, 1872, 1880, 1883, 1886 y 1945; cinco años en las de 1962 y 1983, y 6 años, en las de 1939 y 1950.

Esa variación en los plazos ha obedecido, en algunos casos, al déficit de deliberación para establecer el término adecuado y en otros, a las veleidades de los gobernantes. En el numeral IV del presente compendio me extiendo sobre el tema.

Casos similares a los anteriores, se han producido en casi todos los países de América Latina; y, aún países, cuyo bien ganado prestigioso de solidez democrática hacía que parecieran inmunes a estas eventualidades, se vieron en el caso de reformar sus constituciones para abrirle paso a una segunda, tercera y hasta una cuasi vitalicia presidencia.

El 26 de febrero del año 2010, la Corte Constitucional de Colombia declaró inanequible la convocatoria a un referendo que hubiese permitido un tercer período al presidente.

Los casos pueden multiplicarse, pero con lo dicho y lo que todos sabemos, el punto de la reelección del titular del poder ejecutivo, se ha vuelto tan frágil que, a pesar de prohibiciones expresas, constituye un verdadero desafío para los juristas.

5. Ampliación del plazo. ¿Qué deducimos de todo esto? ¿En realidad es el derecho una simple superestructura tan dócil al vaivén de fuerzas más profundas? ¿O, a la inversa, es capaz de imponer “puertas al campo”, como diría Octavio Paz”?

Caben aún muchas preguntas: si un país cuenta con un presidente excelente ¿Por qué truncar sus potencias creadoras? Al revés: si el titular de su poder ejecutivo lleva su país a la ruina ¿Por qué alargar su mandato? Si la soberanía radica en el pueblo ¿No puede

él acomodar su criterio a las circunstancias imperantes? ¿Puede hacerlo libérrimamente o a través de los cauces preestablecidos? Estas y otras cuestiones surgen de inmediato en relación al tema de la reelección.

II. GOBIERNO DE LEYES O GOBIERNO DE HOMBRES

La interrogante de la ciencia política acerca de cuál es el mejor gobierno, si el de las leyes o el de los hombres, tiene larga data y, por nuestra parte, nos hemos referido a él en diversas oportunidades.

1. En el diálogo denominado “El político o del reinado”, Platón hace discutir sobre el tema a Sócrates con un extranjero llegado a Atenas. Luego de una profunda discusión, el extranjero resume así su preferencia: “Lo mismo sucede con los gobiernos. El más completo y único verdadero será aquél en que se encuentren jefes instruidos en la ciencia política, no sólo en la apariencia sino en la realidad, sea que reinen con leyes o sin leyes, con la voluntad general o a pesar de esta voluntad, y ya sean ricos o pobres; porque ninguna de estas cosas añade ni quita nada a la perfección de la ciencia”. Sócrates responde a esa aseveración: “En todo lo demás, extranjero, tu lenguaje me parece muy exacto; pero eso de gobernar sin leyes es lo que no puedo escuchar en silencio¹⁷. Los argumentos del extranjero nos hacen evocar lo que, en su tiempo, se llamo “el despotismo ilustrado”, en el cual el gobernante vertía toda su sabiduría sobre un pueblo subyugado. Norberto Bobbio nos recuerda sobre el particular, el siguiente pensamiento de Kant: “un gobierno basado en el principio de la benevolencia hacia el pueblo, como el gobierno de un

¹⁷ Platón. Diálogos. Compañía Editorial Continental, S.A. México

padre sobre los hijos, es decir un gobierno paternalista (*imperium paternale*), en el que los súbditos, como hijos menores de edad que no pueden distinguir lo que les es útil o dañoso, son constreñidos a comportarse tan sólo pasivamente, para esperar que el jefe de Estado juzgue la manera en que ellos deben ser felices, y esperar lo que por su bondad él quiera, es *el peor despotismo que pueda imaginarse*.¹⁸

2. Arribando a la contemporaneidad, detengámonos en las aseveraciones que sobre este tema hace el profesor Eduardo Novoa Monreal en su obra "El derecho como obstáculo al cambio social": "A nuestro juicio, la nota mas deprimente (del Derecho) reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para éste. Desde hace años nos inquieta comprobar *que el derecho ha perdido la vitalidad que debía serle propia* y que empieza a cargar como un peso muerto sobre el desarrollo y avance de las estructuras sociales"¹⁹

En su argumentación, el profesor Novoa Monreal desliza una frase que, a nuestro juicio, lo libera de su escepticismo: "*el derecho ha perdido la vitalidad que debía serle propia...*".

La solución, entonces no consiste en negar la virtud del Derecho sino en dotarlo de vitalidad por medio de los mecanismos más ágiles posibles para ponerlo al día frente a los requerimientos de la realidad. Tampoco consiste en sustituirlo por el arbitrio personal de los gobernantes.

¹⁸ Bobbio, Norberto. "Liberalismo y Democracia" Fondo de Cultura Económica, Ltda. Santa Fe de Bogotá 1993. Cita de Enmanuel Kant, "Escritor políticos y de filosofía de la historia y de derecho".

¹⁹ Novoa Monreal, Eduardo. "El derecho como obstáculo al cambio social", primera edición, 1975, siglo XXI Editores, S.A.

3. En teoría, pudiéramos aceptar que el gobierno de los hombres es mejor que el gobierno de las leyes. Con dos condiciones. Una: el jefe de Estado tendría que ser un estadista prudente, audaz, benevolente, omnisciente, omnicompetente, atinado, visionario, cauteloso, sagaz, respetuoso y valiente. Y dos: que fuera eterno; porque si no “después de mi el diluvio”.

Como no es posible encontrar un hombre con esas cualidades, tenemos que conformarnos con un segundo mejor gobierno, en el que las normas jurídicas procuren imitar las características mencionadas.

La literatura sobre este particular es abundante. Pero, puestos a opinar sobre el tema, no vacilo en adherirme a la tesis que prioriza “el gobierno de las leyes”, germinal del Estado de Derecho.²⁰

III. EL ESTADO DE DERECHO

La naturaleza de este compendio me obliga a resumir algunas ideas sobre el particular.

1. Tipología de la democracia

Sobre el concepto de democracia solo diré que su mejor definición la expresó el Presidente de los Estados Unidos de América, Abraham Lincoln, en su célebre oración de Gettysburg que, por conocida, no repetiré.

Sin embargo, es necesario hacer algunas especificaciones de las cuales surgen tres tipos de democracia:

- Democracia directa
- Democracia participativa
- Democracia representativa

²⁰ En mi libro: “Temas filosóficos, jurídicos y políticos” abundo sobre este tema. N del A.

La primera, en rigor, solo era posible en los pequeños estados helénicos en donde el pueblo podía expresarse en el ágora. Con posterioridad se ha tratado de replicar este tipo con grandes multitudes subyugadas por líderes carismáticos. Sin embargo, es de reconocer que la tecnología y la informática contemporáneas abren sobre el particular insospechadas posibilidades.

Ahora bien, como ha demostrado Gustavo Le Bon en su libro “La psicología de las muchedumbres”, en ellas el pensamiento individual se disuelve para dar paso al pensamiento colectivo que se homogeniza y tiende a actuar hasta extremos inconcebibles bajo el embrujo de los caudillos, quienes, a fin de cuentas invierten a favor de ellos la titularidad de la soberanía.

Aunque a la democracia participativa pudieran hacerse similares observaciones a las del tipo anterior, cabe aceptar que para determinados casos, específicamente señalados en la Constitución, el plebiscito y el referéndum pueden tener aplicación. La Constitución de *El Salvador* remite a una consulta popular el proyecto y las bases de la unión centroamericana, total o parcial, en forma unitaria, federal o confederada Art. 89 inciso 3°.

No siendo posible la democracia directa, en la democracia representativa el pueblo expresa su criterio a través de mandatarios denominados diputados o senadores, según el caso. El modelo representativo, que es el imperante en la mayoría de los Estados Americanos, es el establecido en la república unitaria de El Salvador cuyo artículo 85 de la vigente Constitución dice “El gobierno es republicano, democrático y representativo”. Es esta clase de democracia la que posibilita la construcción del Estado Democrático Constitucional de Derecho.

2. Estado Democrático Constitucional de Derecho

Para los cultores del positivismo, con base en el ordenamiento jurídico, el cumplimiento de las leyes bastaría para calificar a un

Estado con el cognomento “de Derecho”. Si así fuera, todo Estado sería Estado de Derecho.

Pero el Estado de Derecho no es un estado genérico. Es un modelo de organización política específico que ha de reunir determinadas características para hacerse acreedor a ese título. En el perfil de un Estado de Derecho, en la actualidad, deben confluír las siguientes especificaciones:

- Soberanía popular
- Sufragio universal y pluralismo político
- Orden constitucional y sometimiento a la ley de gobernantes y gobernados.
- División de poderes
- Régimen de libertades
- Respeto a los derechos fundamentales del hombre y de la mujer.
- Respeto a la naturaleza.
- Transparencia y acceso a la información pública

En el Estado de Derecho se conjugan las conquistas más importantes de la civilización, en particular el pensamiento de Rousseau (soberanía popular) y el de Montesquieu (División de poderes) y de todos los autores que prestan fundamento al régimen de libertades, al respeto a los derechos fundamentales y a las otras características que lo han enriquecido con el transcurso del tiempo.

Obviamente, frente a este modelo se perfilan otros sistemas no solo distintos sino contrarios, basados especialmente en el pensamiento de Hegel, Feuerbach, Marx, Engels y todos los autores que prestan su base a la construcción del socialismo real.

Respetamos, académicamente, todos los criterios; pero nos adherimos firmemente al modelo del Estado Democrático Constitucional de Derecho, el mejor que, a nuestro juicio y en este minuto de

la historia, ha inventado la civilización. Ya vendrán, en su día, nuevos perfeccionamientos; pero –esperamos– alumbrados siempre por los tres grandes valores que guían al Derecho: la justicia, la libertad y el orden.

IV. LA REELECCIÓN DE TITULAR DEL PODER EJECUTIVO

1. Consideraciones generales. Como decíamos en el apartado I.3 de este compendio, la variabilidad de plazo del ejercicio del titular del Poder Ejecutivo y su reelección ha obedecido, en unos casos a falta de discernimiento para establecer el término adecuado; y en otros a la avidez de poder de los gobernantes.

Con todo, la falta de determinación de un plazo constante, es en algunos casos, comprensible. Las circunstancias de tiempo y lugar se imponen. Es posible, sin embargo, formular algunos comentarios basados en el sentido común.

Un plazo de dos años –por ejemplo– es inaceptable, a menos que apuradas circunstancias históricas lo impongan como transición en un determinado y grave conflicto de las fuerzas sociales.

El plazo de cuatro años, es bastante común, pero resulta insuficiente para un ejercicio ejemplar, y porque las actividades electorales de entrada y salida lo reducen aún más. Cinco años, mejora esos inconvenientes.

A mi juicio, seis años es el plazo más adecuado porque disminuye los inconvenientes mencionados y concede al gobernante el invaluable componente del tiempo para realizar su obra y no es demasiado largo para soportar el peso muerto de un mal gobernante.

Reelección inmediata. Algunos países aceptan hoy, como cosa natural, la reelección por un solo período. El caso de los Estados Unidos de América –para citar uno– adopta esa solución que no es *ipso jure* sino bajo el escrutinio del voto popular.

Otros países, como El Salvador, dados sus antecedentes históricos, no aceptan una reelección inmediata.

Reelección no inmediata. El criterio uniforme sobre el particular –con notables excepciones– es el de aceptar este tipo de reelección. La Constitución de El Salvador no impide este tipo de reelección.

La avidéz de poder de los gobernantes. Es este punto, mi único comentario es adherirme, con vehemencia, a las consideraciones que al respecto formula Karl Loewenstein: “El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiere un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder”.²¹

2. La reelección de titular del Poder Ejecutivo en El Salvador. Como decíamos anteriormente, el plazo para el ejercicio del titular del Poder Ejecutivo en El Salvador, ha sido muy variable, y en cuanto a esa variabilidad nos remitimos a lo arriba expresado.

El 17 de diciembre de 1823, la Asamblea Nacional Constituyente de los “Estados Federados de Centroamérica”, dictó las bases de lo que sería la constitución del nuevo Estado. Dichas bases ordenaban que “debían guiar a los pueblos hacia el sistema de gobierno que había precedido la creación del nuevo orden social.” Ahí se establecía que “el gobierno era republicano, representativo y federal.

Para una información más completa sobre el particular hemos diagramado el siguiente cuadro:

²¹ Loewenstein, Karl. Op. Cit.

Constituciones Federadas de El Salvador Estado Federado

Fecha	Forma de Gobierno	Elección y reelección
República Federal de Centroamérica 22 de noviembre de 1824. Integración por Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala. Reformada el 13 de febrero de 1835. Colapsó en 1838.	Popular, representativa, Federal. Art. 8	4 años reelegido por una vez.
Estados Unidos de Centro América. 27 de agosto de 1898. Integrada por Honduras, Nicaragua y El Salvador.	Democrático y representativo. Art. 14	4 años Sin reelección inmediata. Art. 97
República de Centroamérica, integrada por Guatemala, El Salvador y Honduras. 9 de septiembre de 1921.	Republicano, popular, representativo y responsable. Art. 68	Consejo Federal 5 años Reelección: no inmediata. Art. 99

Estado Unitario de El Salvador

Fecha		Forma de Gobierno	Elección y Reelección
1	12 de junio de 1824.	Popular, representativo. Art. 10	4 años Reelección “en seguidas” por una sola vez. Art. 37
2	22 de febrero de 1841.	Republicano, popular, representativo. Art. 2	2 años Reelección después de 2 años. Art. 44
3	19 de marzo de 1864.	Popular, representativo. Art. 4	4 años Reelección por una vez. Art. 33
4	17 de octubre de 1871.	Republicano, popular, representativo, alternativo. Art.5	2 años Reelección después de 2 años. Art. 43
5	12 de noviembre de 1872.	Republicano, popular, representativo, responsable y alternativo. Art. 5°	4 años Sin reelección inmediata. Art. 84
6	19 de febrero de 1880.	Republicano, popular, representativo y alternativo. Art. 3°	4 años Sin reelección inmediata. Art. 78
7	6 de diciembre de 1883.	República. Art. 5°	4 años Reelección indeterminada.

8	13 de agosto de 1886.	Republicano, democrático, representativo y alternativo. Art. 4º	4 años Reelección después de 4 años. Art. 82
9	20 de enero de 1939. 24 de febrero de 1944. REFORMA	Republicano, democrático y representativo. Art. 1º Republicano, democrático y representativo. Conserva el art. 1º de la anterior constitución.	6 años No reelección inmediata. Art. 92º 6 años No reelección inmediata. Reelección por la Asamblea Constituyente. Art. 90
10	29 de noviembre de 1945.	Republicano, democrático, representativo y alternativo. Art. 4º	4 años Reelección después de 4 años. Art. 82
11	7 de septiembre de 1950.	Republicano, democrático y representativo. Art. 3	6 años No reelección inmediata. Art. 65
12	1 de enero de 1962.	Republicano, democrático y representativo. Art. 3	5 años No reelección inmediata. Art. 65
13	15 de diciembre de 1983.	Republicano, democrático y representativo. Art. 85	5 años No reelección inmediata. Art. 88

3. Cinco casos de patología constitucional en El Salvador

Si bien son más los casos que pudieran mencionarse, me basta para este compendio, con referirme a cinco de ellos. Ahí se comprobará, una vez más, que no hay nada nuevo bajo el sol.

1. *Presidente de la República Dr. Rafael Zaldívar.*

Constitución de 1880 Art. 131 Transitorio inciso primero.

“*Por esta sola vez* la Asamblea Nacional Constituyente elegirá y posesionará directamente al Presidente de la República para el primer período constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los tres designados a que se refiere la fracción 7ª del artículo 69”.

2. *Presidente de la República General Maximiliano Hernández Martínez*

Constitución de 1939 Art. 91 inciso 3º. Excepcionalmente, y por exigirlo así los intereses nacionales, el ciudadano que habrá de ejercer la Presidencia de la República del primero de marzo del corriente año hasta el primero de enero de 1945, según esta Constitución será electo por los diputados a la Asamblea nacional Constituyente, sin que *por esta única vez* tengan aplicación las incapacidades a que se refiere el artículo 94”.

3. *Presidente de la República: General Maximiliano Hernández Martínez.*

Reforma de 1944 Art. 77 “Cuando las necesidades del país así lo exijan, la Asamblea nacional Legislativa podrá conceder al Presidente de la República, por tiempo determinado facultades extraordinarias para resolver discrecionalmente los problemas económicos, políticos y sociales que se presentaren, y dictar las disposiciones que las circunstancias reclamen”.

Art. 90 “Por convenir a los intereses públicos que se mantenga el ritmo y orientación que se les ha marcado a los asuntos del

Estado desde hace algún tiempo; y para satisfacer las necesidades del actual conflicto bélico internacional, lo mismo que para la mejor solución de los problemas de orden político, económico y social que surgirán en la post guerra, solución que debe asegurar la tranquilidad y paz sociales, el ciudadano que deberá ejercer, conforme esta Constitución, la Presidencia de la República desde el primero de marzo del corriente año, hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, será designado por los diputados de la actual Asamblea nacional Constituyente. En este período que se fija no tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo siguiente, ni surtirán efecto legal el inciso próximo anterior ni las incapacidades contenidas en el artículo 94 del presente Estatuto constitucional”.

4. *Presidente General Salvador Castaneda Castro. 1945. Reformas constitucionales Decreto N° 251.*

Art. 5 “El Presidente y Vice-Presidente de la República electos en los comicios de este año, concluirán su período constitucional el 1° de marzo de 1949”.

Por medio de este decreto se amplió arbitrariamente el período del Presidente de la República.

5. Constitución de 1962. Una nueva Constitución reprodujo la constitución de 1950 con dos pequeños cambios que permitieron el acceso al poder, prohibido hasta entonces, al Presidente Provisional doctor Rodolfo Eusebio Córdón, y al Presidente titular, Coronel Julio Adalberto Rivera, abanderado del nuevo partido oficial. Para ello invocó a Siéyes, proclamando que “el poder constituyente lo puede todo”

El epílogo del primer caso, fue la revolución que, capitaneada por el General Francisco Menéndez, derribó al Presidente Zaldívar.

El final del segundo y tercer caso culminaron con la “Huelga de brazos caídos” que el 9 de mayo de 1944, provocó la renuncia

del presidente Hernández Martínez.

El cuarto caso provocó el levantamiento militar que derrocó al Presidente Castaneda Castro a quien sustituyó el “Consejo de Gobierno Revolucionario”.

El quinto caso no tuvo “mejor suerte”. La Constitución de 1962 fue derogada por la de 1983, después de que una rebelión militar derrocaria, en 1979, al General Carlos Humberto Romero, el último de la cadena militar que gobernó a El Salvador por medio siglo. Lo sustituyó la “Junta de Gobierno Revolucionaria”.

CONCLUSIONES

1. El régimen republicano impone límites al poder tanto en el tiempo como en el ámbito organizacional del Estado. (División de poderes).
2. El gobierno de las leyes es siempre superior al gobierno de los hombres.
3. El Estado Democrático Constitucional de Derecho es, hasta hoy, el mejor sistema político creado por la civilización.
4. Los procedimientos de reforma constitucional deben ser razonablemente flexibles.
5. El término ideal para el ejercicio del titular del Poder Ejecutivo es de seis años, sin reelección inmediata.
6. Es aceptable la reelección inmediata por una sola vez, previamente establecida, especialmente en aquellos países cuyos plazos para el ejercicio del titular del Poder Ejecutivo, son breves.
7. La reelección no inmediata es doctrinalmente aceptable.
8. La reelección inmediata arbitraria es completamente inaceptable. Menos aún por tiempo indefinido.

Término renovando mi fe en el imperio del derecho, no sólo por razones axiológicas, sino por motivos prácticos: sin un orden

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

José Zalaquett*

I. La causa democrática y la causa de los derechos humanos. ¿Una nueva etapa?

El proceso de democratización que ha ido teniendo lugar en diversos países americanos, ha sido saludado por muchos, dentro y fuera de la región, con el optimismo con que se recibe la iniciación de una nueva etapa, luego de un periodo sombrío.

Sin embargo, otros observadores se preguntan si no se estará sobrevaluando la importancia de que los países de la región estén gobernados mayoritariamente por autoridades civiles constitucionalmente elegidas y que en distintos países hayan cesado o disminuido en gran medida las prácticas masivas de represión política; porque en varios de esos mismos países, que ahora cuentan con gobiernos civiles electos, subsisten, e incluso se han agudizado, graves problemas que amenazan las frágiles o convalecientes democracias.

Respecto de muchos de estos problemas la mayor parte de los gobiernos de la región aparecen sobrepasados y, hasta hace

* Abogado, Doctor en Derecho, Honoris Causa por las Universidades Notre Dame y City University de Nueva York, Experto en Derechos Humanos. Profesor de Ética y Gobierno en el Magister de Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Miembro de la Comisión Internacional de Juristas.

poco, además, irresolutos: deuda externa y crisis económica, crisis del medio ambiente, narcotráfico, formas de violencia política y criminal que han puesto en jaque a las instituciones del Estado y la subsistencia misma de un régimen de derecho.

A mayor abundamiento, se agrega que aunque ciertas violaciones sistemáticas a los derechos humanos, fruto de la represión política, han cesado o disminuido marcadamente, junto con el fin de las dictaduras que las cometían, no cabe duda de que las normas de humanidad que deben regir los conflictos armados, la seguridad de las personas, las necesidades básicas, y otros valores que los derechos humanos o el derecho internacional humanitario buscan proteger, continúan siendo afectados seriamente en diversos países de la región, a despecho del cambio de régimen político.

Si esto es así, ¿en qué sentido se puede hablar de una nueva fase? Bien podría pensarse, por el contrario, que se está celebrando prematuramente el fin de una etapa, sobre la base de ciertos avances que, aunque importantes, son todavía más formales que sustantivos.

Es claro que se justificaría dudar de la importancia de estos cambios políticos si ellos no respondieran a un proceso de fondo y fueran por tanto, susceptibles de ser fácilmente revertidos. Pero la verdad es otra: sin menoscabar los graves riesgos que el conjunto de factores antes enumerados representan para la subsistencia de los regímenes democráticos en distintos países de América, es preciso enfatizar que más que meros cambios político-institucionales, en nuestra región ha habitado un cierto cambio en los espíritus; una transformación de carácter ideológico o, si se quiere, axiológico, que ha precedido y hecho posible los cambios político-institucionales.

En materia de ética política, la democracia y su vínculo con los derechos humanos, están llegando a ser la idea-marco dominante en la región, esto es, el modelo de buen orden político-social al cual aspirar, que determina y da sentido a las propuestas y estrategias de solución de los demás grande problemas.

Por el contrario, en la etapa histórica inmediatamente anterior y en gran número de países de la región, las más activas propuestas de solución de grandes problemas nacionales, esto es, aquéllas que mostraron mayor capacidad para captar nuevas adhesiones, estaban subsumidas dentro de otras ideas-marco dominantes, contrarias expresa o implícitamente a las ideas de democracia y derechos humanos.

Así mirados, los cambios políticos institucionales ocurridos en la región son en buena medida una primera oleada de consagración institucional de un espíritu democrático y de adhesión a los derechos humanos que ha venido desde años en ascenso en nuestra región.

Por ello, aunque subsistan tantos problemas no resueltos, es apropiado hablar de una etapa nueva, cualitativamente distinta. Y es apropiado también caracterizar esta etapa, como ya se ha hecho tan a menudo, como una fase marcada por los problemas de la *transición* y por las necesidades de *consolidación* democrática.

De lo dicho anteriormente se desprende que entre el proceso de democratización aludido y el tema de los derechos humanos hay una estrecha relación. Esta afirmación se fundamentará, con los debidos matices, en las siguientes secciones de la presente ponencia.

II. LAS RELACIONES ENTRE LA DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

Para los efectos del análisis que se hacen en esta ponencia, es relevante hablar de la relación entre democracia y derechos humanos tanto desde un punto de vista histórico como a partir de consideraciones conceptuales.

El primer enfoque tiene que ver con la historia del movimiento y de las organizaciones de derechos humanos en diversos países de

América. Tiene que ver también con la historia personal de muchos de los que han trabajado en derechos humanos en la región. Porque en definitiva este trabajo empezó en nuestra región, de modo sistemático y bajo las banderas explícitas de los derechos humanos, luego de que se resolvieron agudas luchas políticas en que los principales bandos contendientes habían mostrado poco aprecio por la idea democrática. Muchos de aquéllos que fueron derrotados políticamente, entre ellos muchos de los que llegarían a ser activistas de derechos humanos, aprendieron a revalorar la democracia en su lucha por la sobrevivencia o en su trabajo concreto por los derechos humanos. Como dijo un político chileno recientemente, lo aprendieron por el dolor más que por la razón.

El segundo enfoque, desde el cual es relevante relacionar la democracia y los derechos humanos, es conceptual. Es necesario precisar qué se entiende por democracia, con qué amplitud se emplea el término derechos humanos, cuáles son las principales relaciones que se dan en teoría entre ambas naciones, y cómo han ido variando estas relaciones en la práctica de la lucha por la democracia y por los derechos humanos.

A. Relaciones entre derechos humanos y democratización desde el punto de vista del origen y evolución del trabajo por los derechos humanos en América Latina.

1. Reseña

Para situar el origen del trabajo por los derechos humanos en América Latina, hay que empezar por referirse al proceso internacional dentro del cual se inserta.

Aunque de raíces seculares, el tema de los derechos humanos entró en la escena internacional sólo después de la Segunda Guerra Mundial. Su desarrollo inicial estuvo restringido a los ámbitos de

Naciones Unidas y de entidades intergubernamentales internacionales o regionales.

A partir de los años sesenta, sin embargo, comienzan a nacer organizaciones internacionales no gubernamentales de derechos humanos. Emergió así, en la escena internacional, ya bien poblada de otros actores, un nuevo protagonista: una insipiente opinión pública internacional o, si se quiere, una insipiente sociedad civil internacional.

En esos años, los avances en las comunicaciones habían ido facilitando una revolución de expectativas y una creciente conciencia pública a cerca de los muchos lazos de interdependencia mundial. En ese contexto, ciudadanos de distintos países comenzaron a organizarse para actuar a nivel internacional y por encima de la polarización ideológica prevaleciente en el clima de la Guerra Fría, respecto de algunas grandes cuestiones que conciernen a todos los individuos: derechos humanos, paz y desarme y, más tarde, la defensa del medio ambiente.

En América Latina, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos comenzaron a desarrollarse hacia fines de los años sesenta y respondiendo en un comienzo a un impulso algo diferente del que motivó, años antes, similar desarrollo en el plano internacional.

En efecto, las principales organizaciones internacionales no gubernamentales de derechos humanos, entre las cuales Amnesty Internacionales es la más señera, nacieron como un impulso de ciudadanos consientes que buscaban separar y enfrentar con eficacia problemas de carácter humanitario, en un contexto de alta polarización ideológica. Para ello, estas organizaciones concentraban su actividad sobre las violaciones de ciertos derechos humanos, eludiendo tomar partido respecto de ideologías o sistemas de gobierno. Esta actitud se vio como necesaria a fin de lograr credibilidad y eficacia, más allá de banderías políticas.

En el Cono Sur de América Latina, las nacientes organizaciones de derechos humanos nacieron, se sujetaron a parecidos estándares, pero lo hicieron así, al menos inicialmente, más bien como un imperativo ineludible de seguridad en un contexto de aguda represión pública.

Los conflictos armados que asolaron a países de Centroamérica, a partir de fines de los años setenta, crearon otro foco de preocupación y trabajo por los derechos humanos, que dio lugar a la formación de organizaciones no gubernamentales en los distintos países afectados.

Paralela o posteriormente, y en distintas situaciones nacionales, surgieron también organizaciones de derechos humanos en otros países de Sudamérica, en México y en el Caribe, así como organizaciones de carácter regional.

En Perú y en Colombia, las organizaciones de derechos humanos crecieron en la década de los ochenta, dentro del cuadro de insurgencia-contra-insurgencia y de desarrollo de violencia criminal, principalmente ligada al narcotráfico, que cobraban innumerables víctimas. Estos conflictos amenazan, aun hoy, el quiebre de las instituciones y la desintegración de la sociedad civil en países ya caracterizados por la insuficiente integración nacional y/o por graves deficiencias del aparato del Estado.

2. Contexto ideológico adverso a la idea democrática en que surge y se desarrolla el trabajo derechos humanos en la región.

No corresponde intentar resumir aquí los grandes problemas de la región en las últimas décadas. Desde el punto de vista de la democracia y los derechos humanos, interesa sí, recordar cómo se percibían los problemas, y cuáles eran las concepciones o ideosmarco dominantes que determinaban los análisis y la acción por parte de los actores con más iniciativa político-ideológica. Porque en

definitiva, detrás de las luchas más enconadas, de las más agudas polarizaciones políticas o de las peores prácticas represivas, hay casi siempre una motivación, una racionalización, o una mera excusa, de corte ideológico.

Los actores con más iniciativa político-ideológica en la región en los años sesenta y parte de los setenta, eran la izquierda política, otros sectores contestatarios afines, intelectuales y estudiantes. Sus concepciones e ideas dominantes, en los planos político, económico y de relaciones internacionales, y la práctica que se basó en ellas, provocaron más tarde, como reacción, una cierta ascendencia de concepciones del integrista cristiano, de las ideas de una tecnocracia económica de derecha de nuevo cuño, y de nuevas doctrinas militares.

Los siguientes puntos resumen esas concepciones o ideas dominantes, de uno u otro signo:

a. Los años sesenta y setenta marcaron una creciente conciencia sobre los graves problemas más endémicos de la región, y la proposición de soluciones políticas radicales, que se alzaron como seria alternativa ideológica al ideal de la democracia, por primera vez en la historia independiente de las Américas. Aun cuando los regímenes democráticos estables eran escasos en la región, la hegemonía de la idea democrática rara vez había sido antes desafiada. Ni aun los dictadores que la negaban de hecho podían oponerse a su legitimidad. Antes bien, muchos de ellos buscaban apropiarse de tal legitimidad mediante parodias de elecciones o de parlamentos.

Pero la revolución cubana sí representó la encarnación de un modelo político distinto en las Américas y jugó un papel catalizador fundamental en este proceso de radicalización. La necesidad de “cambio estructural” comenzó a ser avanzada por partidos de izquierda y sectores afines, por académicos y por corrientes de pensamiento cristiano.

El ejemplo cubano inspiró a distintos sectores y práctica. Para algunos, conlleva necesariamente la proposición de una revolución armada y el establecimiento de un régimen socialista de partido único; para otros significaba más una crítica radical y global que el abrazar una vía de solución específica, para unos terceros, era una opción de vida, o una sub-cultura marcada por la práctica de marginarse de los canales políticos o económicos habituales.

Pero, en todo caso, el ejemplo cubano supuso en cuestionamiento a fondo no sólo de las democracias tal como existían en la práctica, sino también de la misma idea que les servía de sustrato. La democracia era vista como un modelo político insuficiente, en el mejor de los casos; y, en el peor, como un pretexto para encubrir una dominación inaceptable.

La alternativa radical cobró especial fuerza en Brasil, Uruguay, Chile y Argentina, hacia fines de los años sesenta. Y en todos estos países provocó una reacción que derivó en dictaduras militares institucionales, con sus propios proyectos de cambio institucional, político y económico, justificado por visiones doctrinarias que también contrariaban, aunque de distinto modo y por distintas razones, el ideal democrático.

b. Un corolario de la propuesta radical era una crítica a toda noción de reforma o gradualismo o a la posibilidad de corregir las insuficiencias de la democracia con más democracia. Algunos procesos de reforma que se intentaron, bajo distinto signo y tuición, en países como Chile y Perú, perdieron fuerza hacia fines de los años sesenta o comienzos de los setenta.

c. Un segundo corolario, relacionado con el anterior, es éste: Si el problema se entiende como uno y global, y la solución es, así mismo, una y global, todo, incluso los derechos humanos, debe estar subordinado al proyecto político global. Como consecuencia en esa época (y aún hoy, en menor medida) una crítica a las prácticas represivas por parte del gobierno de Cuba, por ejemplo,

no encontraba mayor eco entre los sectores políticos de izquierda o los intelectuales de la región. Las dictaduras militares del Cono Sur no sólo compartieron, a su modo y con signo diverso, esa visión globalizante, sino que la llevaron a la práctica mediante una violación masiva de los derechos humanos.

d. La teoría de la dependencia era una de las concepciones dominantes para interpretar la inserción de los países de la región en el plano internacional. Se hablaba de dependencia política, económica, y cultural con respecto al imperialismo norteamericano, a las empresas multinacionales y otros intereses económicos y geopolíticos capitalista.

Muchos de los regímenes militares de la región, por su parte, desarrollaron, a su tiempo, una visión parecidamente maniquea, llegando a ver en su lucha contra el avance de las fuerzas de izquierda una expresión local de un gran conflicto Este-Oeste.

e. Prevalecía en la región, sin mayor contrapeso, una concepción de política económica de corte proteccionista, que daba importancia a empresas estatales y al rol regulador del Estado. Esta concepción no puede vincularse solamente a las posiciones de izquierda. De hecho fue compartida, por distintas razones, tanto por otros sectores políticos como por muchos empresarios a través de la región, e incluso por expertos de organismos intergubernamentales. Todavía más, tal concepción se mantuvo en la práctica, pese a las posiciones doctrinarias en contrario, bajo más de un gobierno militar de orientación derechista.

En contrastes en, en años recientes han ido en ascendencia en la región, ideas de forma económica que ya se han puesto práctica, con distintas modalidades, en países como, Chile y Bolivia, y que comienzan a intentarse en Argentina, Brasil y Perú. Estas ideas suponen una valoración de la iniciativa privada y del rol del mercado, y una disminución del papel regulador y empresarial del Estado.

Las interrelaciones entre concepciones opuestas que se acaban de reseñar no deben de entenderse como un esfuerzo mecánico de homologación, ni como la afirmación de que, en todo respecto, hay una equivalencia ética entre ellas. Es sólo que las principales de esas ideas-marco (aquéllas mencionadas en las letras a., b., c., y d.) tienen algunas notas en común: diagnósticos y proposiciones globalizantes, basados en concepciones ideológicas excluyentes, y rechazo, sea explícito o sea en los hechos, de la idea democrática. En el Cono Sur principalmente, la idea democrática fue rechazada por unos debido a su supuesta insuficiencia para resolver problemas de fondo; y por otros, por su supuesta debilidad frente a la amenaza revolucionaria.

La idea democrática vino a recobrar fuerza en buena parte como una reacción frente a los horrores de las dictaduras militares y gracias también al trabajo de derechos humanos y a su vinculación con la idea democrática; y su fuerza se fue acrecentando por la mayor difusión de las violaciones de derechos humanos bajo regímenes socialistas de partido único, en distintas latitudes, y ante la comprobación de otras graves insuficiencias de tales modelos.

Por ello puede afirmarse que desde el punto de vista de la historia reciente de la región, existe una significativa relación entre el tema de los derechos humanos y el proceso de democratización. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse, como se verá más adelante, ya que el tema de los derechos humanos ha sido también asumido por sectores cuya adhesión a la causa democrática no es siempre clara.

B. Relaciones conceptuales entre derechos humanos y democracia.

1. Los elementos esenciales de la democracia

La democracia puede ofrecer muchas modalidades, pero para los efectos de este análisis, los siguientes elementos son

considerados como esenciales: (a) la voluntad popular es la base de la legitimidad del gobierno; (b) existe una posibilidad genuina de alternancia en el poder y de elecciones periódicas; (c) en la escena política participan partidos libremente constituidos, o hay otros mecanismos que aseguren que distintas ideologías o corrientes de opinión se organicen, traten de influir las políticas de gobierno, a distintos niveles, y tengan acceso al poder político; (d) hay mecanismos que garantizan el estado de derecho y el respeto por los derechos humanos; (e) existe respeto por la identidad y derechos de minoría y de grupos menos favorecidos y hay mecanismos efectivos para garantizar su participación política; (f) hay mecanismos de fiscalización que aseguran que se puede hacer valer la responsabilidad (accountability) de las autoridades.

Lo anterior se puede agregar que un sistema democrático estará verdaderamente consolidado cuando esos mismos principios rijan a las organizaciones políticas y sociales y estén internacionalizados en la conciencia de los ciudadanos.

2. Precisiones conceptuales sobre derechos humanos

En lo que toca a los derechos humanos, pareciera que no cabe definirlos, sino que bastaría referirse al catálogo de los mismos contenido en las principales declaraciones y pactos internacionales o regionales. Sin embargo, es importante precisar el sentido de ciertos conceptos y categorías de derechos humanos. Estas precisiones no están basadas puramente en la teoría, sino en lo que ha ido enseñando la práctica y tienen, también, consecuencias prácticas.

a. Distintos derechos humanos, su importancia relativa y factores que afectan que sean respetados o satisfechos. Los derechos humanos pueden clasificarse de acuerdo a varios criterios. Dos de ellos son particularmente relevantes.

El primero se basa en el valor protegido por los diferentes grupos de derechos, a saber: seguridad e inviolabilidad de la

persona y de su esfera de privacidad; libertades civiles y políticas; satisfacción de necesidades básicas; y protección contra discriminación ilegítima. Difícilmente puede decirse que alguno de estos grupos de valores sea más importante que los otros.

El segundo criterio considera la fuerza del mandato que está contenido en las normas internacionales respectivas. Algunas de estas normas son más claras y operacionales que otras. En un extremo se encuentran las normas que establecen la seguridad e inviolabilidad de la persona; la mayor parte de ellas consagran derechos absolutos. En el otro extremo se hayan las normas sobre necesidades básicas; salvo las relativas a ciertos derechos laborales, estas normas establecen poco más que metas o aspiraciones para ser cumplidas progresivamente.

Esta diferencia entre la fuerza de distintas normas es el resultado de variados grados de consenso en la comunidad de naciones respecto del contenido de distintos derechos y de cómo asegurar su satisfacción o respeto.

A partir de la fuerza relativa de las distintas normas, otros factores afectan el respeto o satisfacción de diferentes derechos humanos: si existen o no mecanismos legales e institucionales para protegerlos; el grado de eficacia de tales mecanismos es la práctica; si la gente tiene o no acceso efectivo a ellos y si puede o no puede costearlos.

En América Latina, el trabajo de derechos humanos se ha concentrado principalmente en la seguridad e inviolabilidad de la persona. Esto ha sido interpretado por muchos como el producto de una visión occidentalizada de los derechos humanos, que da importancia a las libertades por sobre las necesidades básicas.

Tal interpretación no tiene mucho fundamento. Primeramente, aunque no se pueda decir que un grupo de valores sea superior a otro, sí que hay ciertas violaciones que son más graves que otras. Por ejemplo, la de tención arbitraria prolongada es una violación

grave no solamente porque ataca directamente el derecho a la libertad individual; también es un medio para impedir que la víctima ejerza otros derechos por medio de los cuales puede actuar en la vida pública e incluso perseguir cambios políticos o económicos.

El descuido por los derechos económicos y sociales es, en parte, real y, en parte, aparente, y tiene menos que ver con prejuicios ideológicos que con las ciertas insuficiencias normativas institucionales.

El efecto, no existe en las normas internacionales respectivas (con la excepción de la mayor parte de los derechos laborales) obligaciones claras que sirven de contrapartida a los derechos económicos, sociales y culturales y permitan evaluar cuándo y por quién se están violando tales derechos. Tampoco existen bases normativas o de teoría de los derechos humanos para aseverar que tales o cuales políticas económicas o sociales (salvo que haya una relación muy directa entre una cierta política o medida y un cierto resultado) son más o menos conducentes a la progresiva satisfacción de esos derechos.

Por cierto que todo lo anterior no impide que se pueda trabajar activamente por lograr mejores condiciones económicas o sociales, y esto es por la satisfacción de necesidades de ese carácter para avanzar seriamente en este tipo de trabajo en cuanto derechos, hacen falta mayores consensos que sirvan de base a normas más claras y a instituciones eficaces para hacer cumplir tales derechos.

b. Violaciones de derechos humanos, otros abusos, y quiénes cometen unos y otros. La posición tradicional de que sólo los gobiernos cometen violaciones de derechos humanos es teóricamente sólida, pero es difícil de sostener en la práctica. Una organización que reúne información sobre violaciones de derechos humanos sin referirse a otros abusos estrechamente ligados a ella, puede ver afectada su credibilidad y eficacia. Más aún, la opinión pública de que grupos armados de oposición y otros actores no

gubernamentales atacan a menudo los mismos valores protegidos por los derechos humanos; y siente que no llamar a esos ataques violaciones de derechos humanos es condonarlos, en cierta medida.

En varios países de la región ésta es una cuestión muy pertinente. Es útil, por tanto, hacer las siguientes distinciones:

- Violaciones de derechos humanos cometidas por gobiernos, como medio de ejercer control y reprimir la disidencia política.
- Formas endémicas de violaciones de derecho humanos. Esto es, abusos por parte de agentes del Estado, que son fruto de prácticas establecidas de corrupción, violencia o discriminación, antes de un motivo político propiamente tal. Estas prácticas pueden ser incluso contrarias a las políticas de gobierno del turno.
- Violación de las normas de derecho humanitario en un contexto de conflicto armado, sea que las cometan los insurgentes o las fuerzas gubernamentales.
- Actividades criminales por parte de ciertos grupos que, aunque no respondan en sentido estricto a un motivo político, son de tal entidad que el orden público e incluso las mismas instituciones del Estado se ven seriamente amenazados (por ejemplo, narcotráfico, o ejércitos privados al servicio de terratenientes).

c. Derechos colectivos. Las normas internacionales establecen ciertos derechos colectivos, como el de la autodeterminación de los pueblos y su control sobre sus recursos naturales. Estos derechos y otros también de naturaleza colectiva, son aplicables también en ciertos grupos étnicos.

En tiempos más recientes han ido surgiendo otros derechos colectivos que, aunque no son, están en el elenco tradicional de los derechos humanos, responden a intereses comunes de los ciudadanos. Por ejemplo, derechos que dicen relación con un ambiente libre de contaminación y derechos de los consumidores. En un proceso de profundización de la democracia, estos temas

que conciernen a la sociedad civil se van añadiendo a los de los derechos humanos y se pueden esperar una tendencia creciente a formarlos en términos de derechos humanos.

d. Respeto de los derechos políticos en el sentido de participación político-electoral, la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos (artículo. 25) y, en nuestra región, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo. 23), establece el derecho a participar en el gobierno del propio país, directamente o por representantes libremente elegidos; el igual acceso a funciones públicas; y el derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto.

3. Cómo se relacionan derechos humanos y democracia

Hechas las precisiones previas de 1 y 2, más arriba cabe decir lo siguiente en cuanto a las relaciones entre democracia y derechos humanos.

- a. Tradicionalmente, las principales organizaciones internacionales de derechos humanos se han abstenido de relacionar directamente democracia y derechos humanos. Esto responde a una razón de peso, pero de oportunidad más que de principios: como quedó dicho más arriba, en aras de la imparcialidad y eficacia, las organizaciones principales no toman posiciones respecto de los regímenes políticos, sino de sus acciones.
- b. Otra razón ha sido que el trabajo de derechos humanos debe basarse en lo posible en normas cuyo contenido y validez es indisputable; y aunque las normas sobre voluntad popular y elecciones periódicas arriba mencionadas son claras, no era posible obtener una misma ideología de los años sesenta o setenta, cuando estas organizaciones se fueron formando.

- c. Estos tienden a cambiar, sin embargo, con la perceptible mayor valorización internacional del pluralismo político, elecciones libres y alternancia en el poder. A mayor consenso sobre interpretación de las normas sobre derechos de participación política, mayor posibilidad de trabajar por estos derechos dentro de las pautas habituales de imparcialidad y universalidad. Ciertas organizaciones de derechos humanos, incluyen principalmente en nuestra región al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, han comenzado ya a tomar un interés en supervisar procesos electorales.
- d. Si se miran los elementos esenciales de la democracia anotados más arriba (y se consideran los derechos políticos-electorales como derechos humanos), todos ellos tienen que ver directamente con los derechos humanos, salvo el último (accountability) que también es relevante, pero indirectamente, como medio de fiscalización de los actos de la autoridad.
- e. Queda en pie, sin embargo, el problema de la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. A parte de lo que queda dicho más arriba, es preciso agregar que nada hay en las normas de derechos humanos que permitan sostener que estos derechos están directamente relacionados con la democracia. Pero si se piensa que tales derechos deben ser satisfechos sostenidamente, y sin sacrificio de otros derechos fundamentales, nada hay, tampoco, que permita relacionarlos preferentemente con algún otro sistema político.

En suma, se puede concluir que si existe una estrecha correlación entre los valores democráticos y los derechos humanos. Pero las organizaciones de derechos humanos no les corresponde hacer una identificación formal entre derechos humanos y un sistema político. A lo más, pueden hacer lo que muchas ya están haciendo, esto es, destacar que ciertos aspectos como la participación política, o los derechos de las minorías, o el estado de derecho, sí están directamente relacio-

nados con los derechos humanos. Pero para mantener su eficacia y credibilidad, su trabajo deberá continuar basándose solamente en normas de aceptación universal, por mucho que crezca el consenso cuál parece ser el sistema que mejor tiene a asegurar su respeto.

III. BALANCE DE LA ETAPA QUE CONCLUYE Y NUEVOS DESAFÍOS

A. La causa de los derechos humanos: logros e insuficiencia

Hoy por hoy el campo de los derechos humanos está bien, establecido e institucionalizado internacionalmente y regionalmente así como en muchos países.

En efecto: (a) Existe un importante conjunto de instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. (b) Existen también mecanismos de protección y supervisión (claro está, con sus inherentes limitaciones) dentro del sistema de Naciones Unidas y también dentro del sistema interamericano, incluyendo en este último principalmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (c) Han proliferado las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en el plano internacionales, regional y nacional, incluyendo muchas de ellas en los países americanos. (d) También se ha institucionalizado en diversos países los derechos humanos mediante reformas constitucionales, la dictación de leyes especiales, y la creación de comisiones parlamentarias, de oficinas dedicadas al tema dentro de distintos ministerios, o de órganos estatales de carácter independiente encargadas de cautelar estos derechos. (e) En cuanto a educación, capacitación e investigación, se han establecido institutos y centros académicos algunos de los cuales ofrecen cursos internacionales; en diversos países se han hecho esfuerzos por incorporar el tema de los derechos humanos en la

educación formal, universitaria o pre-universitaria; existen numerosas revistas especializadas, centros de documentación y redes de intercambio de datos; las investigaciones académicas sobre el tema se han ampliado más allá de las disciplinas del derecho y la ética, que tradicionalmente se han ocupado de él; existen programas de intercambio, para capacitación práctica de profesionales de derechos humanos. (f) Además de cobertura favorable al tema por parte de la prensa internacional, dirigentes religiosos y otras personas que contribuyen a formar opinión, enfatizan, cada vez con más frecuencia, la coincidencia que ver entre los derechos humanos y sus propias creencias o posiciones doctrinarias.

Por cierto que el anterior resumen de logros no implica que se pueda dar la causa por ganada. Existen violaciones masivas a los derechos humanos en muchos países y continúan las formas más endémicas de injusticia allí donde han cesado o disminuido las violaciones que eran fruto de la represión política. También hay vacíos institucionales en muchos países y el movimiento por los derechos humanos ha mostrado lentitud en adaptarse a nuevos desafíos conceptuales y prácticos. Al mismo tiempo, han aparecido o aumentado diferencias de estilo y estrategias entre organizaciones que trabajan en este campo, o a veces controversias abiertas entre ellas.

Sin embargo, subsiste la conclusión principal de que, a más de los logros institucionales señalados más arriba, el trabajo por los derechos humanos, junto con luchar por un sin número de víctimas en casos concretos, ha logrado elevar el tema al rango de la principal cuestión de ética política de nuestra era.

B. El movimiento por los derechos humanos en América Latina

No cabe describir aquí las organizaciones de derechos humanos de la región, interesa sí, destacar algunos aspectos del

desarrollo así como las características de los que podrían llamarse un movimiento por los derechos humanos de América.

Algunas organizaciones de la región, incluyendo a muchas de las principales, surgieron como respuesta a dictaduras militares. Debieron, por tanto, enfrentar una situación súbita y drástica: habiéndose resuelto una contienda político-ideológica a favor de un bando por medio de la fuerza, se sucedieron luego masivas violaciones a los derechos humanos.

En este contexto, los participantes en ese trabajo inicial (familiares de víctimas, partidarios de los sectores políticos derrotados, sectores de iglesia y laicos movidos por consideraciones humanitarias) llegaban al trabajo con distintas motivaciones. Para muchos, la comprensible motivación principal era la de contribuir a frenar el impulso represivo, tratar de ayudar a las víctimas de un sector derrotado; y también luchas contra las dictaduras con las nuevas armas de una causa reconocida universalmente como legítima.

Dependiendo de distintos factores, con la práctica algunas organizaciones fueron evolucionando hacia una mística institucional que abrazó la universalidad de la causa de los derechos humanos, por encima de otras consideraciones.

En otras se mantuvo o desarrolló una concepción de trabajo de derechos humanos como el frente humanitario de una causa política (a veces, pero no necesariamente, político-partidista) más amplia, que respondía a una idea-marco de cambio político que no era enteramente compatible con la idea democrática o con los derechos humanos. Esta concepción dictaba, en muchos aspectos, las prioridades o estrategias de la organización y podía entrar en conflicto con los estándares rigurosos que demandan el trabajo de derechos humanos.

La importancia de esta diferencia entre distintas organizaciones de derechos humanos se ven con más claridad en nuestra región donde todavía hay una lucha (armada, por lo común, política no resuelta).

En otros países, esta misma diferencia ha salido a la luz más claramente luego del fin de la dictadura. Desprovista del enfoque común y urgente de enfrentar las violaciones masivas de la dictadura, lo que mantenía otras motivaciones en un segundo plano, las organizaciones se ven a veces envueltas en controversias sectarias y contribuyen así a restar fuerza a la causa, todavía inconclusa de los derechos humanos.

El avance internacional de la idea de derechos humanos y su evidente legitimidad y, por tanto, fuerza ideológica, ha motivado también a distintos grupos a vincular sus esfuerzos con el hombre y/o la idea de los derechos humanos. A las organizaciones de derechos humanos más claramente identificables como tales, y a las organizaciones más afines a aquéllas, se sumaron luego muchas organizaciones que trabajan en el vasto campo de lo que se llama desarrollo, o promoción/capacitación popular, y que comenzaron a vincularse con la idea de derechos humanos.

Con el enorme crecimiento del campo no gubernamental en distintos países de la región, en los últimos 10 a 15 años, estas últimas organizaciones han llegado a tener considerable influencia. El campo en que trabajan es o podría ser de crítica importancia para la profundización de la democracia. Y éste debe ser precisamente, el criterio central para evaluar su papel. Porque si bien muchas de ellas tienen una organización que contribuye a reforzar el ideal democrático, otras son en definitiva contestatarias no de un gobierno o de un estado de cosas, sino del sistema democrático mismo, aunque ello no se haga siempre explícito. Y en la medida que tales organizaciones consigan asociar el tema de los derechos humanos con posiciones que contradicen el ideal democrático, ambos pueden resultar debilitados.

C. Principales enseñanzas de la etapa que concluye

La enseñanza que sigue se refiere a las enseñanzas que pueden extraerse del trabajo de la región en el campo específico de los derechos humanos, durante las últimas dos décadas:

- a. La columna vertebral del trabajo de derechos humanos ha sido el trabajo profesional e imparcial de documentación y denuncia de violaciones y/o defensa de las víctimas (incluyendo centralmente programas de defensa legal). Más aún, es de mucha importancia que en un país existan una o más instituciones que hagan bien esos tipos de trabajo. Tales instituciones juegan el papel de nave capitana en la escena de derechos humanos y contribuyen a establecer los estándares de trabajo en este campo. Cuando tales organizaciones existen se contribuye mejor a crear crecientes áreas de conceso nacional frente a los derechos humanos, por encima de diferencias políticas, y se facilita a sí mismo, la vinculación con organizaciones internacionales que contribuyen a la causa de derechos humanos en el respectivo país. En algunos países han surgido tales organizaciones en otros no se han dado o comienzan a darse sólo recientemente.
- b. Lo anterior supone un contexto que permita un mínimo de condiciones para el desarrollo de ese trabajo. Esto no significa en el caso de defensa legal, por ejemplo, que es indispensable que la justicia actúe con independencia, porque a veces el trabajo de defensa legal tiene fuerza pese a que no se ganan los casos, gracias a un efecto acumulativo de reunión de información, reclamación, apoyo a las víctimas y creación de consecuencia pública. Pero sí significa que se pueda emprender una línea de trabajo de modo relevante sistemático y sostenido. Bajo ciertas dictaduras, o en situaciones muy agudas de conflictos armados, por ejemplo, se dan obstáculos muy serios para ciertas tareas

más riesgosas, propias del trabajo de defensa y denuncia. En tales situaciones el trabajo de derechos humanos puede tener que concentrarse en hacer presentaciones ante organismos internacionales, en educación e investigación.

- c. El trabajo profesional especializado, como la atención psiquiátrica y psicológica a las víctimas, o el trabajo de medicina forense de identificación de restos o determinación de filiación, tiene mucha importancia y ha probado, en distintas instancias, ser exitoso o promisorio. Por su propia naturaleza, este tipo de trabajo puede acomodarse bien a los estándares de especificidad y de rigor del trabajo de derechos humanos; se cubren necesidades específicas que no podrían cubrirse de otro modo; se avanza en el cuerpo de conocimientos del campo de derechos humanos; se abre una nueva avenida de incorporación a este campo para ciertos sectores profesionales.
- d. También, y por razones similares, ha tenido importancia la creación de comisiones o departamentos de derechos humanos en sectores gremiales, como sindicatos o agrupaciones profesionales. Pero debe cuidarse que las actividades de derechos humanos de tales cuerpos no se confundan con otros objetivos de la organización.
- e. Allí donde se han creado organizaciones gubernamentales de derechos humanos, la experiencia es todavía insuficiente y los resultados, mixtos. La política de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos con respecto a esas organizaciones ha variado. La norma adoptada generalmente por las organizaciones no gubernamentales (independencia crítica, colaboración en materias específicas y evitar tanto la co-opción como el rechazo a priori) ha probado ser sólida.
- f. Los programas de educación en derechos humanos dirigidos a sectores populares son de los más complejos y con resultados más contradictorios dentro de la región. Ha habido ejemplos

excelentes en algunos países. Pero en esos mismos países, y en otros, abundan programas en que los contenidos específicos, la metodología y, muchas veces, la concepción ideológica que se propugna, abierta o subyacente, no contribuye a avanzar una conciencia sobre los derechos humanos.

Los programas de educación en derechos humanos están entre aquéllos que deben de analizarse con mayor cautela y evaluarse con mayor rigor.

- g. En la capacitación y desarrollo profesional de los trabajadores de derechos humanos ha habido algunos intercambios de experiencias, becas de perfeccionamiento y el acceso a cursos regionales o internacionales. Pero ello no es suficiente. Las organizaciones con mayor experiencia no se han abierto como deberían a la posibilidad de compartirlas. Ha habido también otra grave carencia: la falta de una política sistemática de desarrollo de un cuerpo de profesionales de derechos humanos, pensando en una actividad que no termina con la situación de emergencia.
- h. En cuanto a investigación en materia de derechos humanos, los esfuerzos de mayor interés son los que se encaminan a poner un tema en la agenda pública, a facilitar el diálogo entre los sectores mas involucrados, o a ayudar en la formulación de nuevas estrategias de derechos humanos, en situaciones cambiantes. Dos métodos son de fundamental importancia para las investigaciones en este campo, y ellos no se han empleado con suficiente frecuencia: directa relación de trabajo académico con la experiencia de los que trabajan en el campo de derechos humanos y producción de resultados que sean susceptibles de amplia divulgación.
- i. El trabajo de derechos humanos en la región ha tenido otras carencias que no es razonable esperar que hubieran podido satisfacerse en la etapa que está concluyendo, pero que deben

analizarse al pensar en el trabajo futuro: incorporación de sectores de la sociedad que no han estado tradicionalmente interesadas por el tema de derechos humanos; desarrollo de estrategias para esfuerzos de pacificación y para trabajo de derechos humanos en situaciones de lucha armada, en ciertos países; y de estrategia para reorientar las energías del movimiento de derechos humanos hacia combate en contra de ciertas formas endémicas de injusticia en otros países.

IV. NUEVAS PRIORIDADES

Para comenzar debe recordarse una vez más que existen todavía situaciones de América Latina en que las prioridades del trabajo de derechos humanos son tarea de sobrevivencia o la defensa que se pueda levantar en contra de las prácticas represivas de un régimen dictatorial; o bien una tarea mínima de humanidad y denuncia frente a las atrocidades de un conflicto armado.

Sin embargo, en los países en así llamada situación de transición democrática, surgen nuevos, presentan nuevos desafíos conceptuales y prácticos al movimiento de derechos humanos, fruto de las condiciones del proceso de transición y de las necesidades de consolidación de nuevos regímenes.

La fundamentación de tales desafíos se desprende de lo que se ha dicho anteriormente en esta ponencia. Para concluir baste aquí resumirlos.

1. El legado de un pasado de violaciones de derechos humanos

En los últimos diez años, Argentina, Bolivia, Uruguay, Guatemala y ahora Chile, han debido plantearse el problema conocido como de verdad y justicia, frente al legado de violaciones de derechos humanos cometida bajo los regímenes militares prece-

dentos. Brasil fue lidiando con ese problema a través de un proceso de cambio político más gradual. El Salvador y Nicaragua enfrentarán, por muchos años la necesidad de sanar las heridas de la guerra. Otros países de la región pueden verse en años venideros en similares encrucijadas.

Es de la mayor importancia compilar y publicar las experiencias acumuladas a este respecto y facilitar intercambios de experiencia dentro de la región e incluso con otras regiones.

2. Mejoramiento de la legislación y las instituciones estatales vinculadas a los derechos humanos

Algunos de los aspectos de consolidación democrática que caen bajo este rubro son:

- a. La suscripción y ratificación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluyendo el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- b. La reformas legales y/o constitucionales que hagan compatible la legislación del país con los requerimientos de las normas internacionales sobre derechos humanos y que castiguen debidamente las violaciones de los derechos humanos.
- c. El fortalecimiento y perfeccionamiento de instituciones del Estado. Esto incluye las reformas judiciales tendientes a asegurar una mayor efectividad de los tribunales en el cumplimiento de su deber fundamental de defender los derechos esenciales de la persona. También se comprende aquí la necesidad de reservar las doctrinas de las instituciones militares y de orden político con el fin de asegurar que sus funciones se ejerzan de modo plenamente concordante con la obligación de respetar los derechos humanos. Otro punto de interés es la creación de instituciones estatales independientes, específicamente destinadas a la protección de los derechos de las personas.

- d. Respecto de la educación, se ha dicho a menudo que en materia de derechos humanos, la mejor medida preventiva, a largo plazo, es la de incorporar el tema de los derechos humanos al sistema de un país.

3. Trabajo de derechos humanos en conflicto armado

En Centro América, Colombia y Perú, el trabajo de derechos humanos se ha hecho más difícil, conceptual y prácticamente, por la situación de conflicto armado, en la que se superponen violaciones de derechos humanos con transgresiones a las leyes de guerra. Se impone la necesidad de revisar las interrelaciones entre Derechos Humanos y Derecho Humanitario y los métodos de trabajo de las organizaciones de derechos humanos en este tipo de situaciones.

También se hace necesario el desarrollo de doctrinas y métodos de contra-insurgencia que sean a la vez efectivos y concordantes con las obligaciones que imponen las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

4. Problemas de derechos humanos de carácter endémico

A través de nuestra región se encuentran graves problema de derechos humanos que no responden necesariamente a políticas del gobierno central, sino que han llegado a ser endémicos a la sociedad o el Estado. Por ejemplo, formas de discriminación y marginación; despojo de tierras; otros abusos de poder o violencia innecesaria por parte de la policía o de particulares, en connivencia con autoridades locales; malas condiciones carcelarias.

En los países en que ha cesado la represión política de carácter masivo, el trabajo independiente, riguroso, para crear conciencia sobre estos males y erradicarlos en definitiva, es impor-

tante en sí y contribuye además, al proceso de consolidación democrática.

La experiencia ganada por las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos puede ponerse al servicio de estos objetivos. Incluso, algunas de esas organizaciones, o su personal o afiliados, pueden reorientar su trabajo en ese sentido.

5. Derechos económicos, sociales y culturales

Como ha quedado dicho más arriba, es una realidad que el trabajo de derechos humanos respecto de este grupo de derechos es débil, en gran medida por las insuficiencias normativas e institucionales para bordar tal trabajo desde una perspectiva de derechos.

Los avances en esta materia deben apartarse de soluciones retóricas fáciles e identificar con claridad los pasos siguientes.

Alguno de los campos que se pueden prestar para un activismo no gubernamental riguroso, no partidista y bien enfocado son: derechos de minorías étnicas; la protección del medio ambiente, como una expresión tanto del derecho a la salud, como de la preservación de recursos esenciales para la economía; la fiscalización ciudadana y denuncia de prácticas de corrupción, particularmente respecto de la apropiación o desviación de recursos estatales destinados a la satisfacción de necesidades básicas; ciertos derechos fundamentales de los consumidores en cuanto tales, principalmente en lo que dice relación con la fiscalización de la calidad de los bienes o servicios en campos tales como la salud, vivienda y educación.

6. Narcotráfico

Aunque estrictamente hablando, el problema del narcotráfico puede considerarse un asunto criminal, no cabe duda que por su entidad, que llega a poner en jaque a las instituciones del Estado,

y por sus vinculaciones (aunque sea por motivaciones de conveniencia) con grupos políticos de uno u otro bando en más de un país de la región, presenta innegables y graves connotaciones para la estabilidad democrática y para la evidencia de los derechos humanos.

El desafío, que algunas organizaciones de derechos humanos comienzan a abordar, es buscar la forma de hacer una contribución seria en este campo, desde el punto de vista de los derechos humanos.

LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Andrés Stambouli*

Los partidos políticos en América Latina han sido instrumentos fundamentales de los procesos de democratización durante el siglo XX, dado el carácter de sociedad de masa que han adquirido nuestros países. Al respecto, el hecho más resaltante presente en las ponencias y discusiones realizadas, se refiere a la diversidad de los problemas y preocupaciones relacionadas con el funcionamiento de la institución partidista en los distintos casos presentados en el Simposio**, derivadas de las peculiaridades históricas nacionales, pero todas ellas relacionadas con el tema central de la consolidación democrática. A partir de tal diversidad, se propuso una agenda de interrogantes que pudiera iniciar una primera sistematización, referida al papel de los partidos y de los dirigentes político-partidistas en los procesos de establecimiento y desarrollo de regímenes democráticos en la región.

Dos constataciones generales enmarcan la discusión sobre los partidos políticos. La primera se refiere a la presencia del tema de la democracia en los estudios sobre América Latina; la otra, al cambio registrado en las premisas y perspectivas de análisis de los procesos de democratización.

* Doctor en Sociología. Director del Centro de Estudios de Gobierno de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana, Venezuela.

** Artículo tomado de la memoria de "Agenda para la consolidación de la Democracia en América Latina". 1990.

El tema de la democracia ha sido durante mucho tiempo el gran ausente de las Ciencias Sociales latinoamericanas. La democracia y sus instituciones conexas, tales como los partidos políticos, no fueron temas privilegiados –ni siquiera secundarios– de la ciencia política o de la sociología, durante las décadas de los cincuenta, sesenta y setenta. Durante este tiempo, y bajo el influjo de las ciencias sociales norteamericanas y europeas, se habló y escribió mucho sobre la modernización, el desarrollo y subdesarrollo, la dependencia y el imperialismo, y muy poco sobre la democracia y sus intereses y acerca de los procesos, procedimientos y mecanismos para su concepción, establecimiento, consolidación y desarrollo en América Latina.

El problema de la democracia y del orden político en general eran considerados como epifenómenos a ser derivados del orden económico. Recuérdese a manera de ejemplo, el trabajo publicado por Solari, Franco y Jutkowitz en 1976, (*Teoría, Acción Social y Desarrollo en América Latina*), de más seiscientas páginas de las cuales apenas unas diez, de manera colateral, tocaban el tema de la democracia.

La reflexión sobre la democracia y sus instituciones en América Latina, fue durante mucho tiempo asunto exclusivo de los partidos políticos y sus dirigentes. Sólo muy recientemente, lo político –y dentro de ello la democracia– empieza a aparecer como orden autónomo y con entidad propia. A partir del final de los sesenta, ha aumentado el interés por el estudio del tema de la democracia y de la democratización de América Latina; eventos como éste se realizan permanentemente en diversos contextos y trabajos como los organizados y publicados por Juan Linz y Alfred Stepan, y por Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter y Laurence Whitehead, constituyen un buen ejemplo de ello: (*La Quiebra de las Democracias y Transitions from Authoritarian Rule*).

En cuanto a las premisas y perspectivas para evaluar los procesos democráticos latinoamericanos, se constata que se ha

superado el tiempo en el que se tendía a exagerar el papel de las amenazas externas y a los reales o supuestos enemigos foráneos, para justificar los fracasos democráticos; el tiempo en el que muy rara vez se efectuaba una reflexión sobre los errores y debilidades del liderazgo político en los procesos de quiebra de las democracias; el tiempo en el que no se meditaba sobre las exigencias de una ética de la cooperación en función de la consolidación democrática. Los años subsiguientes a la caída de la democracia chilena, en 1973, son ilustradores al respecto: La CIA, el imperialismo, la burguesía retrógrada, las oligarquías, las amas de casa, los camioneros, la clase media, en fin, de todo menos evaluar las responsabilidades del propio liderazgo partidista.

Ahora la preocupación del liderazgo político e intelectual democrático es la de descubrir y practicar su propia responsabilidad frente al proceso democratizador; la Agenda para la Consolidación Democrática no consiste tanto en promover una alianza contra las externalidades antidemocráticas sino más bien en establecer los requisitos de aptitudes, comportamiento e instituciones requeridos para neutralizar. En este sentido, a los partidos políticos les corresponde un papel estelar.

La institución partidista en América Latina ha sido instrumento incontestable, aunque siempre contestada y criticada, de la modernización y democratización del continente. Si no hubiera sido por los partidos políticos y por sus dirigentes –por lo que Manuel García Pelayo llama el Estado de partidos –los avances alcanzados en el desarrollo político hacia la democracia no hubieran sido tales. Los partidos políticos latinoamericanos, desde el Estado y fuera de él, han sido promotores fundamentales de una sociedad civil que lucía bastante endeble en los inicios de este siglo. Dicha sociedad civil ha llegado dialécticamente a un nivel tal de desarrollo que, en distintos lugares de la región, está reaccionando contra la tutela que sobre ella han ejercido, tanto el Estado como los partidos, y está exigiendo

una transferencia del poder social, por largo tiempo acumulado en dichas instancias. De la capacidad que demuestren los partidos en realizar el traslado del poder y en la medida en que la sociedad civil demuestre capacidad de ejercicio responsable del poder transferido, dependerá buena parte del futuro de la estabilidad democrática de Latinoamérica.

Pero la realidad latinoamericana no es homogénea; la diversidad en el origen, evolución histórica, papel político ejercido, estructura interna y contexto social en el que le corresponde actuar, es la primera nota distintiva a considerar.

La situación de violencia social y política que caracteriza en el momento al Perú y a Colombia plantea problemas a considerar distintos al de Venezuela y Costa Rica, cuyo tema predominante en relación a los partidos se refiere al de la democratización de sus estructuras internas, exigencia a su vez distinta a la de Argentina y Uruguay, que más bien están en la búsqueda de mecanismos efectivos de cooperación inter partidista, en su segundo periodo constitucional, luego de la democratización.

Quizá uno de los aspectos unificadores de la problemática de los partidos políticos en América Latina haya sido el del dilema planteado por la necesidad de la movilización modernizante de masas y al mismo tiempo su encuadramiento y control para evitar el desbordamiento anárquico, en sociedades en las cuales la participación política a través de organizaciones partidistas constituye un fenómeno relativamente reciente. Pero cada uno de los países latinoamericanos tiene prioridades diferentes con respecto al fundamento de la institución partidista y de su aporte a los procesos de consolidación democrática.

Así como los partidos políticos han sido los instrumentos de la modernización y de la democracia, no es menos cierto que también, en pocas ocasiones, han contribuido, por acción u omisión a la quiebra democrática, por fallas en los mecanismos de negociación

inter e intrapartidista, en función de la estabilidad y de la conservación del régimen. La intolerancia y la predisposición a no convivir han sido generadoras de las condiciones de diversas intervenciones anti-democráticas.

Dada la diversidad de situaciones constatadas en las ponencias nacionales presentadas, con respecto a los partidos, se propone pues, una primera aproximación comparativa a partir del estudio de los aspectos relacionales de los partidos políticos latinoamericanos, en cuanto a su contribución a la consolidación de la democracia.

Los aspectos relacionales

Como lo sostuviera Juan Carlos Rey en su trabajo sobre *El Sistema de Partidos Venezolano*, más importante que el número de unidades que conforman un sistema de partidos, que según la hipótesis de Maurice Duverger contribuye a la fragmentación de la integración política, es necesario atender más bien al tipo de relaciones que se establecen entre dichas unidades. En efecto, un sistema de partidos puede ser, de hecho o por efecto de la legislación, bipartidista, pero si la relación entre sus componentes son de permanente confrontación, los peligros de debilitamiento del régimen son evidentes. Por lo contrario un sistema de partidos puede ser multipartidista y equilibrado en cuanto a la distribución de fuerzas y sin embargo, si entre sus componentes se efectúan relaciones mixtas de oposición y cooperación, ello representa un aporte indudable a la estabilidad democrática.

Si aceptamos esta premisa, un primer término de comparación entre los distintos sistemas de partidos en América Latina, pudiera efectuarse sobre la base de los siguientes aspectos relacionales: las relaciones entre partidos, las relaciones dentro de los partidos y las relaciones entre gobierno y partido de gobierno.

La relación entre los partidos

En los albores de la democracia o durante momentos críticos, es evidente que el sistema tiene una legitimidad precaria o en peligro de debilitarse; los esfuerzos de convergencia, la concertación, los acuerdos nacionales, los pactos sociales y políticos, han sido manifestaciones típicas en la mayoría de los países latinoamericanos. La colaboración interpartidista se convierte en requisito indispensable para iniciar un proceso de consolidación democrático, o para reforzarlo en tiempos críticos. Pero lo contrario ha sido igualmente frecuente; el sistema de partidos ha operado bajo el impulso de fuerzas centrífugas, desestabilizando y quebrando a más de una democracia.

El desarrollo de una ética de la responsabilidad democrática, que se traduzca en efectiva colaboración entre las partes, tiene una serie de requisitos, tales como la capacidad de aprendizaje del liderazgo de las experiencias previas, propias y ajenas; el desarrollo de una cultura política de la tolerancia y la convivencia y una conciencia de la estructura objetiva de intereses mutuos derivados del mantenimiento democrático y sobre todo, la reducción del código de la contradicción, tan frecuente en muchos de nuestros dirigentes políticos, cuyo verbo conciliador es disuelto por sus actos pugnaces.

La relación dentro de los partidos

Una frecuente de inestabilidad para la democracia de un país, si se la conjuga con otros factores que operan en un entorno societal turbulento, y se refiere a la vida interna de los partidos. La lucha entre dirigentes y fracciones agrupadas en torno a ellos y las relaciones de autoridad que vinculan a las bases con las cúpulas.

No pocas veces han ocurrido en diversos países latinoamericanos, divisiones partidistas que han hecho temer por la estabilidad democrática.

Las pugnas por las candidaturas presidenciales, por el control del partido, por democratizar las estructuras de un poder interno de los partidos, constituyen elementos que, si bien normales y esperables dentro de toda organización partidista, el tono y los instrumentos utilizados pueden marcar una importante diferencia entre un proceso democrático partidista constructivo o un enfrentamiento feroz que termina por desprestigiar y deslegitimar a los políticos y a los partidos a los ojos de la sociedad global, debilitándose a sí uno de los soportes fundamentales de un régimen democrático como lo son los partidos.

La relación entre gobierno y partido de gobierno

Un diagnóstico comprobado de las fuentes del deterioro de las relaciones entre los gobiernos y sus respectivos partidos, que pareciera ser recurrente en América Latina, se hace imprescindible; el hecho de que al poco tiempo de asumir la presidencia, el partido de gobierno entra en conflicto más o menos abierto con el Presidente, puede restarle al poder ejecutivo un piso de apoyo político que debilita no solo al gobierno sino, eventualmente y bajo ciertas condiciones, al propio régimen.

Una de las variables que pudieran incidir sobre la situación de distanciamiento entre el gobierno y su partido es el de la plataforma programática con la que los candidatos concurren a la campaña electoral y las políticas que luego desde el gobierno se ejecutan. En efecto, pudiera ser que las ofertas electorales hayan sido tan vagas que luego ofrecen al partido de gobierno una buena excusa para oponerse a tal o cual política, o al conjunto de la acción gubernamental, interdependiente de la motivación real que conduce a tal oposición. Pudiera darse también el caso que la plataforma programática del candidato hubiera sido lo suficientemente específica, pero que la misma no hubiera sido entendida en sus consecuencias

durante la campaña por los propios partidarios o que sencillamente no se hubiera prestado la suficiente atención. Ello también facilita la manifestación de una actitud opositora por parte del partido de gobierno.

Si a lo anterior le sumamos el hecho de que cierta manera de entender las exigencias de una campaña electoral conducen a la elaboración y transición de mensajes masivos, que de programáticos no tienen absolutamente nada, en las que el electorado es inducido a decidirse por tal o cual hombre y su partido y no por tal o cual conjunto de políticas gubernamentales, se entiende que el opositorismo del partido de gobierno se fundamenta sobre la expectativa de encontrar cierta sintonía en la población.

En cualquier caso, lo que está ocurriendo en diversos países del continente es que la relación entre los gobiernos y sus respectivos gobiernos, por distintas razones y motivos, no ha habido la fluidez necesaria y ello puede llegar a construirse en una fuente de inestabilidad democrática. Los partidos políticos tienen que asumir hasta límites razonables, las consecuencias de las políticas de sus gobiernos.

En la práctica, los tres aspectos relacionales que hemos esbozado se manifiestan de manera imbricada en el funcionamiento cotidiano de la política democrática. La razón de la lucha política colectiva e individual contra el adversario interno o externo, es perfectamente comprensible y hasta legítima, pero la misma debe de encontrar su límite cuando ésta amenaza la gobernabilidad democrática y con ello a la democracia misma.

Conclusión

La discusión sobre el tema de los partidos políticos, durante el Simposio, reveló un hecho fundamental, a saber, que tenemos problemas comunes sobre los cuales existe una carencia absoluta

de análisis comparativo. Trátese del tema de las ideologías, doctrinas y programas partidistas, que han girado de postura estatizantes o intervencionistas a posiciones más liberales o bien de búsqueda del punto de equilibrio en las estructuras internas, entre la democracia interna y unidad organizacional; trátese de la necesidad de evaluar los impedimentos a la concentración inter-partidista en tiempos críticos, a los fines de potenciar la gobernabilidad democrática, en un marco muchas veces caracterizado por las coincidencias programáticas y hasta ideológicas, en algunos casos, pero impedida por el carácter personalista del ejercicio de la política. Trátese del problema del financiamiento de los partidos y de las campañas electorales y de su coincidencia sobre la corrupción o bien del tema de las reformas electorales y del funcionamiento de los tribunales o consejos electorales, en cuyo seno suele producirse la lucha política partidista, dificultando su constitución de órganos independientes. Trátese por último de la crisis de legitimidad que afecta a la institución partidista y a los políticos en varios de nuestros países, todo ello conduce a proponer un *programa de análisis político comparado sobre partidos y sistemas electorales en América Latina en función de una agenda para la consolidación de la democracia*.

LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA DEMOCRACIA*

Pedro Nikken**

237

En la región latinoamericana primero, y en el mundo entero a la hora actual, se vive un tiempo sin precedentes de florecimiento de la democracia. Se trata de movimientos que han tenido en común una inequívoca voluntad popular que ha obligado, pacíficamente la más de las veces, al autoritarismo o al totalitarismo a dejar abierto el camino para formas democráticas de gobierno.

En el caso latinoamericano, el cuadro político presenta, con todo, particulares inquietudes. El renacer democrático ha estado acompañado de la mayor crisis económica y social de nuestra historia. Lamentablemente, nunca habíamos tenido tanta libertad y acaso tampoco nunca habíamos estado tan mal. Es la gran paradoja latinoamericana donde se mezclan dramáticamente la esperanza y la desesperanza.

Esta situación, claro está, a la primera reflexión que debe llevar es a la relacionada con la búsqueda de fórmulas de fondo para

* Artículo tomado de la memoria de "Agenda para la consolidación de la Democracia en América Latina, 1990.

** Abogado, ex juez Venezolano. Ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ex-asesor especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el proceso de paz en El Salvador. Fue enviado especial de la ONU en Barundi, encargado de los investigaciones de las masacres étnicas. Fundador y presidente de la ONG "Ojo Electoral".

superar la crisis y encontrar caminos de convergencia que aseguren el progreso armónico de la América Latina. Otro aspecto, sin embargo, que merece ser destacado y que interesa especialmente a los efectos del tema que se considerará en esta presentación, es la vinculación estrecha que esta crisis pone de manifiesto, una vez más, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales del ser humano. No solo por la premisa ética que impide distinguir entre el sufrimiento humano que proviene del despotismo de aquél que se origina en la explotación y en la injusticia, sino porque la ofensa masiva a los derechos sociales entraña serios riesgos para el goce de los derechos individuales y de las libertades fundamentales.

En efecto, por una parte, la crisis ha acentuado expresiones de violencia social, sea por el auge de la delincuencia común, sea bajo la forma de estallidos populares, sea, incluso, en las guerras civiles que azotan varios de nuestros países, que incide negativamente sobre la seguridad e integridad de los derechos civiles de todos.

Por otra parte, para dominar estas situaciones conflictivas, varios de nuestros gobiernos democráticos no han tenido más alternativa que la de echar mano de remedios de excepción, que limitan de manera inconveniente el goce de los mismos derechos.

Por último, la prolongación y la agudización de la crisis social pueden llegar a abatir la fe del pueblo hacia las instituciones políticas y generar un estado de opinión, sino favorable, al menos indiferente frente a aventuras antidemocráticas que, por lo demás, no ofrecen tampoco ninguna esperanza de superación de la actual coyuntura económica. En todo caso, la libertad con hambre mueve al escepticismo.

Si este cuadro es observado a la luz de la historia latinoamericana, donde el péndulo democracia-autoritarismo ha sido más bien la regla, y de nuestra realidad política actual, frecuentemente

conmovidada por la violencia, es fácil decir que son grandes los riesgos que gravitan sobre nuestra estabilidad política. La democracia latinoamericana se ha expandido, se ha generalizado, pero luce frágil y amenazada.

Estamos, pues, frente al desafío de defender la democracia. El primer escenario de esa lucha es, desde luego, el ámbito doméstico de cada uno de nuestros países. Hay que fortalecer las instituciones, adoptar acciones efectivas para superar la crisis, sostener y rescatar la fe del pueblo y hacer lo necesario para detener cualquier conjura. Otro ámbito, no obstante, llamado a cobrar cada vez mayor importancia para promover y defender la democracia es el internacional, y particularmente el interamericano, escenario de varias acciones y también de numerosas frustraciones dentro de ese propósito.

Este será el tema abordado en las consideraciones que siguen, las cuales se dividirán en dos partes. Primero se examinarán las cuestiones de principio implicadas en la cuestión y que justifican la adopción de iniciativas concretas, tanto a nivel intergubernamental como de organizaciones no gubernamentales, para la promoción y la defensa de la democracia, con particular énfasis en la interacción entre el principio democrático y los conceptos de derechos humanos, no intervención y autodeterminación. En segundo lugar se pasará revista someramente, a la luz de las conclusiones anteriores, a algunas acciones que cabría emprender para el logro de los fines señalados.

I. LA LEGITIMIDAD DE LA DEFENSA INTERNACIONAL DE LA DEMOCRACIA

El ejercicio del poder público es una expresión característica de la idea clásica de soberanía, de modo que el establecimiento de mecanismos externos destinados a promover o preservar una destinada forma de gobierno pugna a concepciones tradicionalistas, que

ven en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos una cuestión que sólo interesa al mundo que vive dentro de las fronteras del mismo Estado.

Esa concepción, no obstante, ha sido superada en más de un aspecto por el Derecho y las relaciones internacionales contemporáneas, donde se reconoce la existencia de valores universales que exceden lo que anteriormente se consideraba privativo del llamado dominio de los Estados. En un plano general, la internacionalización de los derechos humanos es una manifestación característica de este fenómeno que tiene especial relevancia a propósito de la promoción y defensa de la democracia, en virtud de la estrecha relación entre los derechos humanos y los valores democráticos (A). Esta expresión general se acentúa específicamente en el ámbito americano, habida cuenta de la preeminencia que se reconoce a la democracia representativa en el sistema interamericano (B). Todo ello sirve para sustentar la particular dimensión que asume la no intervención cuando es invocada para oponerse a la promoción y defensa internacionales de la democracia (C).

A. Democracia y derechos humanos

Una de las características sobresalientes y revolucionarias del derecho contemporáneo ha sido la internacionalización de los derechos humanos. Hasta la segunda guerra mundial, la protección a dichos derechos era la estricta competencia del Derecho interno, pues siendo materia atinente a las relaciones del Estado con sus súbditos quedaba normalmente encerrada dentro del llamado dominio reservado.

A pesar de diversos esfuerzos y de promociones que se formularon en la entreguerra para la creación de medios internacionales de protección a los derechos humanos, no fue sino como reacción a la era nazi, y en cierta medida frente al stalinismo, que se admitió la dimensión internacional de los derechos humanos. La Carta de las

Naciones Unidas contiene el compromiso de los Estados miembros de cooperar con la Organización, conjunta o separadamente, para el logro de los fines de ésta, entre los cuales está “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos” (arts. 55 y 56). En ese mismo ámbito se adoptó La Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948. En América también en 1948, la IX Conferencia Internacional Americana, que también aprobó la Carta y de la OEA, proclamó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. El Consejo de Europa por su lado, en 1950 adoptó en Roma la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Desde entonces, se ha desarrollado una intensa actividad normativa, política, administrativa y judicial en la esfera internacional con el objetivo de promover, respetar y garantizar los derechos humanos. Han sido proclamados no menos de treinta declaraciones internacionales relativas a los derechos humanos. Han sido adoptados y puestos en vigencia alrededor de setenta tratados cuyo objeto es la protección de tales derechos. Se han instaurado diversos sistemas de peticiones individuales, que facultan a los particulares para acudir a instancias internacionales a fin de denunciar directamente y por sí mismos a los Estados que infrinjan sus obligaciones en esta materia. Se han creado y establecido, en fin, numerosas instituciones internacionales, incluidas dos cortes judiciales, cuya finalidad es velar por protección a los derechos humanos.

Este vasto sistema despeja dudas sobre la supranacionalidad que se reconoce en el presente a la observancia y a la garantía de los derechos humanos y a la legitimidad de su consideración como una materia que no es exclusivamente inherente a la jurisdicción interna de los Estados, sino como un tema que interesa a la comunidad internacional como un todo, porque expresa valores superiores al Estado, como lo son los inherentes a la dignidad humana; porque el irrespeto sistemático a los derechos humanos

afecta negativamente el mantenimiento de la paz y a la seguridad internacionales; y porque el respeto a los derechos humanos puede considerarse como una obligación incorporada al Derecho contemporáneo, no sólo en el campo convencional sino también en cierta medida al menos, al Derecho consuetudinario.

Este hecho sustenta la primera dimensión internacional que puede reconocerse en los principios democráticos, que se deduce de la vinculación existente entre la democracia y los derechos humanos. Esa vinculación puede detectarse en la proclamación universal de los derechos políticos, tal como ha sido concebida en distintos instrumentos internacionales; pero antes de examinar esos textos, es pertinente detenerse sobre el recíproco condicionamiento existente entre la vigencia de la democracia y el respeto a los derechos humanos. Para ese fin se formulan a continuación dos proposiciones, cuyo carácter general obliga a más de una precisión, pero que en lo sustancial expresan adecuadamente esa relación a saber: *Sin democracia no hay derechos humanos; sin derechos humanos no hay democracia.*

Sin democracia no hay derechos humanos.

No hay personas libres sin un Estado libre y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un pueblo libre.

La democracia ofrece, en lo político, características sin las cuales determinados derechos humanos están irremediabilmente vinculados, incluso en el caso de que la mayoría de la población no sea objeto de medidas represivas concretas.

La democracia entraña que el pueblo decide sobre su destino. El gobierno es el fruto de la voluntad de la mayoría y periódicamente la consulta electoral determina quienes han de ser los encargados de gestionar los asuntos públicos. En la democracia no cabe que se establezca un gobierno sin el respaldo de la mayoría y de perder ese respaldo en el curso de su gestión, la voluntad popular tiene abierta

la posibilidad, en los lapsos relativamente breves, de pronunciarse para reorientar la dirección del Estado.

Cuando una minoría se arroga la potestad de adueñarse del poder manteniendo en el mismo sin tener en cuenta la voluntad popular, se crea un cuadro de violación radical a los derechos humanos. No sólo porque se conculca el derecho a elegir y a ser elegido, universalmente reconocido (*v. infra*), sino porque la imposición opresiva de una minoría rompe el principio de la igualdad de derechos entre los seres humanos, y no puede mantenerse durante mucho tiempo sino a través de la desesperanza, el miedo, la amenaza y la opresión frente a la sociedad toda, junto con la persecución activa de la disidencia, la violencia y la represión contra quienes osen traducir su desacuerdo en un peligro -o lo que los gobernantes consideren como un peligro-, contra el régimen establecido.

Ello no obsta, por cierto, a que dentro de un régimen no democrático, puedan cumplirse avances –incluso importantes– dentro de ciertos campos específicos de los derechos humanos, como la prohibición de la tortura y el derecho a un proceso regular, por ejemplo. Pero eso no cambia el fondo de la apreciación.

Tampoco hay democracia sin derechos humanos.

Los derechos humanos son, en buena medida la razón de ser de la democracia, cuyo fundamento no es concebible dentro de un cuadro de desconocimiento sistemático de aquellos derechos. La minoría no está condenada a soportar incólume cualquier *diktat* arbitrario de la mayoría. La democracia reconoce el derecho a disentir. La propia dinámica de una gestión democrática debe llevarla a ser la de la mayoría, desde el gobierno, con la minoría, desde la oposición. La democracia está llamada a funcionar como un proceso de codeterminación del pueblo, que es precisamente el llamado a decidir periódicamente cual es la orientación que ha de predominar en la interacción mayoría-minoría.

Los principios enunciados no implican, claro está, que en una democracia no se incurra en violaciones de los derechos humanos ni que el hecho de que éstas ocurran desnaturalice necesariamente el régimen democrático. Por el contrario esas transgresiones pueden representar la ocasión para poner de manifiesto un nuevo elemento que vincula vigorosamente a la democracia con los derechos humanos.

En efecto, la democracia se expresa formalmente en el Estado de Derecho, fuera de cuyo contexto los derechos humanos pueden ser una quimera desprovista de toda garantía.

El Estado de Derecho supone la supremacía de la ley a la cual tiene que someterse por igual gobernantes y gobernados. Fuera de ese contexto, la acción del poder público tenderá a la opresión e incluso, la de cada persona que procure justicia tenderá a su vez a la fuerza bruta.

El Estado de Derecho por una parte, debe de suministrar a todo aquel cuyos derechos se vean ofendidos, recursos para recuperar su pleno goce y establecer las responsabilidades a que haya lugar. Por otro lado, dentro de ese régimen se imponen, límites a las acciones del gobierno encaminados a definir restricciones al ejercicio de los derechos humanos. Estas restricciones, cuando están justificadas, no pueden ser decididas por cualquier determinación del poder público, sino que deben ser el producto de las leyes aprobadas por un parlamento democráticamente elegido.

La vinculación entre democracia y derechos humanos, con todo, no se agota en el examen anterior. Tiene también expresión concreta en los textos internacionales que definen los derechos políticos. Así en los términos del artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

1. Toda persona tienen derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público: esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas, que habrán que celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Con ligeras variantes, ese texto lo encontramos en el artículo 20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y es reproducido por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el artículo 3 del Protocolo número 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos y por el artículo 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos de los Pueblos.

La similitud entre esos textos y su adopción dentro de tan variados contextos universales y regionales, los tornan en una suerte de proclamación universal de derechos políticos, que consisten, en síntesis, en el derechos a elegir, a ser elegido, a tener acceso en condiciones de igualdad a participar en el gobierno y a tener elecciones auténticas, libre, periódicas y con voto secreto e igual. Es difícil imaginar cómo podrían ejercerse semejantes derechos fuera de un régimen democrático.

Todo ello configura una vinculación conceptual profunda e insoluble entre la democracia y los derechos humanos, de tal modo que, en la medida en que el orden internacional actual reconoce la promoción y la defensa universales de tales derechos, es también legítimo propiciar medios para la promoción y la defensa internacionales de la democracia.

Esa vinculación y las conclusiones esbozadas cobran aun mayor vigor si el asunto se examina a la luz de los instrumentos jurídicos que sustentan el sistema interamericano e, incluso de alguna práctica de los órganos de dicho sistema.

B. La democracia representativa en el sistema interamericano

Una característica destacada del sistema interamericano es su expresa adhesión doctrinaria a la democracia representativa, que se presenta como el presupuesto necesario para la cabal observancia de los derechos humanos.

La carta de la OEA dispone que los Estados americanos *“requieren de la organización política... sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”* (Art. 3. d). En consonancia con ello, la Carta y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirman el *“propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”* (preámbulo). Dentro de la misma orientación, la misma convención prohíbe toda interpretación de sus disposiciones en el sentido de *“excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”* (Art. 29. c). Otro de los instrumentos teóricamente fundamentales del sistema, como es el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), expresa *“que la obligación de mutua ayuda y de común defensa de las Repúblicas Americanas se halla esencialmente vinculada a sus ideales democráticos (preámbulo). (Énfasis añadidos).*

Desde el punto de vista jurídico, el principio democrático ha sido invocado a menudo para orientar la interpretación de la Convención Americana, en especial cuando se ha tratado de definir el alcance de las limitaciones que ella misma autoriza para los derechos protegidos, limitaciones cuya legitimidad está en cuestión fuera del apego a los valores democráticos. Es así que esas restricciones no pueden emanar legítimamente sino de leyes dictadas por *“los órganos legislativos constitucionalmente previstos*

y democráticamente elegidos” lo que implica que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”.

En el mismo sentido, conceptos como “orden público” o “bien común”, cuando son invocados como fundamentos de limitaciones a los derechos humanos, “deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática...”. La suspensión de garantías, en fin, autorizada por la Convención en situaciones de emergencia “carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.

Todos estos postulados insinúan la conclusión de que entre los derechos humanos figura el derecho de vivir en democracia. El asunto presenta sus complejidades y no es necesario esclarecerlo por entero en el contexto de esta presentación. En efecto, si bien el derecho a elegir y a ser elegido, que son derechos democráticos, son también derechos individuales que se encuadran dentro del enunciado tradicional de los derechos humanos y tienen abiertos los recursos nacionales e internacionales para la protección de tales derechos, la democracia como un todo no puede ser ejercida individualmente sino por la colectividad como un todo. Se trata de un problema parecido al que se presenta en relación con la autodeterminación, que es también un derecho sólo ejercitable colectivamente. Esa naturaleza particular ha llevado a considerarlos como “derechos de los pueblos”.

La democracia –como la autodeterminación– más que entre los derechos humanos se sitúa entre los presupuestos para su vigencia. Es una condición necesaria, aunque no suficiente, para el disfrute de aquellos derechos.

Puede así concluirse que, a la luz de los instrumentos vigentes en el sistema interamericano, concordantes con otros en el ámbito

universal, existe una sólida base jurídica para adoptar y aplicar mecanismos internacionales para la promoción y protección de la democracia.

La repercusión práctica de estos principios en el ámbito político, sin embargo, ha sido más bien limitada y contradictoria. Ha habido casos en que la OEA ha promovido acciones concretas frente a regímenes apartados de los valores democráticos. Dejando de lado las sanciones aplicadas al gobierno revolucionario de Cuba que tenían otras connotaciones, puede citarse el caso de Nicaragua en las postrimerías del régimen somocista, en el cual la XVII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores procuró establecer las condiciones para la transición hacia la democracia en ese país. La resolución II de dicha conferencia pidió “el reemplazamiento inmediato y definitivo del régimen somocista” y la “garantía de los derechos humanos de los nicaragüenses sin excepción”.

Esa reunión estuvo precedida de intensas gestiones informales de los Cancilleres del Grupo Andino, que incluyeron el diálogo con el gobierno nicaragüense y con los insurrectos. También el Grupo Andino, y en una medida más limitada, la OEA tuvieron que ver con el aislamiento al que se sometió al régimen golpista del coronel Natusch, cuando derrocó al presidente Guevara Arce en el tiempo en que se celebraba en La Paz la IX Asamblea General de aquella organización. En la misma Bolivia la acción internacional estuvo de nuevo presente para poner término al gobierno del coronel Arce Gómez y devolverlo al presidente Siles Suazo, cuyo triunfo electoral había sido desconocido por aquel, en la oportunidad en que derrocó a la presidenta Gueiler.

En la experiencia más reciente, sin embargo, las gestiones internacionales más notorias encaminadas a establecer la democracia en los Estados americanos, se han cumplido más bien de una manera informal, fuera del marco institucional de la OEA. Ese ha sido el caso de las reseñadas gestiones del Grupo Andino, del

Grupo de Contadora, del grupo de los Ocho y de los Acuerdos de Paz centroamericanos.

Es notorio asimismo el fracaso de la OEA y su tímida actuación en el caso de Panamá a raíz de la anulación de la elección presidencial de 1989. Tanto la Resolución I de la XXI Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores –convocada con tal motivo– como las sucesivas declaraciones de su Presidente, aprobadas por la misma conferencia, pusieron en evidencia una fuerte confusión principista. En efecto, junto con una proclamación inequívoca del principio democrático y una censura a los abusos del régimen de Noriega, se aludió repetidas veces al principio de no intervención en términos que no sólo se dirigían a objetar acciones unilaterales inaceptables, sino que también limitaban de manera general la capacidad de acción multilateral de la misma OEA.

En ese marco, la actualización de la misión de buenos oficios que designó la Reunión de Consulta fue estéril. Pero aún, el enunciado de aquellos principios y críticas seguido de tan irritante impotencia, lejos de contribuir a encontrar una solución, apuntaló el escenario para la lacerante intervención que sobrevendría luego.

Esta vacilación, que implica un retroceso y un contraste frente a la más enérgica actitud asumida frente al régimen somocista, podría encontrar nuevos argumentos a la luz de la reforma a la Carta aprobada en Cartagena de Indias en 1985, cuyo artículo 2.b define el propósito de promover y consolidar la democracia pero (dentro del respeto al principio de no intervención), expresión cuyo alcance está por definir pero que puede ser invocado como pretexto para frenar la acción de la Organización. Ese no será el caso si se interpreta rectamente la no intervención conjuntamente con los principios directrices del sistema interamericano y con la garantía universal de los derechos humanos.

C. La no intervención como límite a la defensa internacional de la democracia

La no intervención ha sido de lo más disputado pero también de los más apreciados principios del sistema interamericano. Su reconocimiento teórico por los Estados Unidos a partir de la presidencia de Franklin Delano Roosevelt abrió el camino para la organización actual de dicho sistema. Por lo mismo la violación recurre de ese principio debilita y desnaturaliza a la OEA.

El artículo 18 de la Carta enuncia la no intervención: Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directamente o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.

Esta prohibición absoluta de intervención se ve complementada por un procedimiento para la solución pacífica de las controversias y por un sistema regional de seguridad colectiva que no es invocable solamente en caso de conflicto armado sino frente a “cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América”.

La historia del sistema interamericano muestra la precariedad que en la práctica ha tenido ese marco institucional, pues rara vez se ha acudido a la OEA para la solución de las controversias y el sistema de seguridad colectiva no funciona sino en la medida de la conveniencia de los Estados Unidos, país que ha invocado los más diversos argumentos para desconocer la no intervención en numerosos casos.

Con todo, El Protocolo de Cartagena de Indias, que reformó la Carta de la OEA, introdujo algunas modificaciones en ese marco institucional. Así el procedimiento de solución pacífica de controversias,

referido anteriormente a un tratado especial, fue profundizado ligeramente por los artículos 84 al 87 de la Carta reformada. La no intervención, por su lado, fue reforzada por dos disposiciones de la reforma. Se agregó un párrafo al artículo 1, en cuyos términos:

"La organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confieren la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros."

Por su lado el artículo 2.b) incluyó entre los "propósitos esenciales" de la Organización el de promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención.

En conexión con el mismo tema, el nuevo literal e) del artículo dos señala:

"Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos internos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados Americanos cooperaran ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales."

Frente a tales formulaciones, cabe plantearse cuáles son los límites que la no intervención fija a la promoción y defensa internacionales de la democracia.

Para determinar cuándo una acción internacional viola la no intervención, es necesario examinar dos extremos. Uno es la reacción en sí misma y otro la materia a la cual se refiere.

Comenzando por este último aspecto, la no intervención se opone a toda actuación de un Estado, grupo de Estados e, incluso, de organizaciones internacionales sobre materias que dependan esencialmente de la jurisdicción interna de otro Estado.

La no intervención no se opone, en consecuencia, a toda acción internacional referente a eventos que acaezcan dentro de

la jurisdicción de un Estado. Lo que está vedado es intervenir en asuntos que dependan esencialmente de dicha jurisdicción. Eso no ocurre, por ejemplo, cuando se ponen en marcha acciones encaminadas a exigir el cumplimiento de obligaciones internacionales siempre, claro está, que dichas acciones se ajusten a los medios y procedimientos establecidos por el Derecho Internacional.

Lo decisivo será, en consecuencia, si, en el marco del sistema interamericano, el respeto, por parte de cada Estado, de la “organización política...sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” es una cuestión que depende esencialmente de la jurisdicción doméstica o sea, en cambio, un tema que interesa a la región como un todo y que autoriza, dentro de la estructura institucional de la OEA, a adoptar medidas concretas destinadas a promover, preservar y consolidar la democracia. Sobre este punto conviene, pues, detenerse un momento.

La no intervención es, a no dudarlo, un principio capital en el Derecho y en las relaciones internacionales del presente. No es sólo una condición de la paz, sino la expresión de la igualdad soberana entre los Estados y la garantía de la autodeterminación de los pueblos.

La autodeterminación de los pueblos, como un derecho de éstos de establecer libremente su condición política y a proveer asimismo a su desarrollo económico, social y cultural, constituye una expresión de la soberanía popular así como de la superioridad de la persona sobre el poder público reconocida universalmente en la hora actual. No puede este tema, en consecuencia, desvincularse de la internacionalización de los derechos humanos a la que ya se ha hecho mención. No en vano el artículo 1 (común) de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos proclama la autodeterminación como el presupuesto de la vigencia de los derechos humanos.

Llama la atención a este respecto la redacción del artículo 2-e de la Carta de la OEA reformada en Cartagena de Indias, antes citado, donde una interpretación exageradamente literal llevaría a la conclusión de que el derecho de autodeterminación no es de los pueblos y sino de los Estados. El comentario que el asunto merece excede los límites de esta presentación. Con todo, pueden proponerse dos observaciones de principio.

Primero: no existe norma ni principio en el Derecho internacional contemporáneo que autorice al Estado para organizarse de forma tal que conculque sistemáticamente los derechos humanos, entre los cuales están los derechos políticos. En consecuencia, toda disposición relativa a la selección de la forma de gobierno debe ser interpretada en el sentido que resulte compatible con el ejercicio pleno de esos derechos.

Segundo: de lo anterior se deduce que es el pueblo a través del gobierno que elige libremente, y no el gobierno por encima del pueblo el que ejerce el derecho de “todo Estado” a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga.

La redacción de la comentada norma es, sin duda, poco feliz. Ella se explica por el contexto continental, donde se ha ocurrido a los más diversos pretextos para pretender cimentar violaciones flagrantes a la no intervención. Sin embargo, la moneda tiene también otra cara, no menos repugnante, porque la no intervención ha sido también invocada con desmesura para sostener tiranías que suprimen en la práctica el derecho del pueblo a auto determinarse y a decidir sobre su destino.

También dentro del ámbito estricto de los derechos humanos ha sido frecuente la apelación a la no intervención para oponerse a su protección internacional. En el marco de la ONU, ese fue el caso de la invocación del artículo 2.7 de la Carta para impedir toda investigación o acción de la Organización en casos de violación de tales

derechos. Esto era natural, habida cuenta de que el régimen internacional de protección estaba llamado a afectar privilegios seculares inveteradamente considerados dentro del dominio reservado de los Estados. Cassin comparó tales resistencias con la dificultad que supuso establecer un control de la ciudad sobre la patria potestad arcaica, que comprendía el derecho de vida y muerte sobre quienes estaban sometidos a ella.

Hoy, semejantes concepciones pueden considerarse superadas, no solo por la proliferación de convenciones sobre derechos humanos a la que ya se ha hecho mención, sino porque, incluso dentro del solo marco de la Carta y de la Declaración Universal, y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y La Subcomisión de la Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías, han sido autorizadas por varias resoluciones, entre las que destacan la 1503 (XLVIII), para emprender ciertas acciones en casos que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas a los derechos humanos.

En ese sentido, hoy en día es claro que la no intervención no puede ser invocada para oponerse a la puesta en marcha de los procedimientos establecidos por la comunidad internacional para la promoción y protección de los derechos humanos, pues en la hora actual la violación de tales derechos es también una infracción al Derecho internacional.

¿Tiene la Democracia el mismo rango que los derechos humanos frente al llamado dominio reservado de los Estados? En el plano de los principios, las consideraciones que se han hecho anteriormente llaman a una respuesta afirmativa, tanto por el estrecho vínculo existente entre democracia y derechos humanos como por la expresa e inequívoca adhesión del sistema interamericano a los valores democráticos. Dentro de semejante contexto afirma que la democracia representativa es una cuestión que depende exclusivamente de cada Estado y que no interesa a la OEA en su conjunto,

equivaldría, en la práctica, a tener por no escritas numerosos disposiciones de la Carta y de otros instrumentos fundamentales del sistema interamericano donde se proclama expresamente el régimen democrático.

En el sistema interamericano están vigentes tanto el principio de no intervención como el principio democrático y no puede pretenderse invocar uno mientras se desconoce el otro, cualquiera sea la dirección en que se observe la cuestión. No es lícito prevalecer de una supuesta recta intención en lo que a la democracia se refiere para pretender justificar la intervención unilateral de un Estado frente a otro. Pero tampoco es legítimo escudarse en la no intervención para frustrar la acción institucional de la OEA en procurar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros en relación con el principio democrático.

Es a la luz de esa consideración que debe interpretarse la disposición de la Carta, en cuyos términos la Organización persigue “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. En el mismo sentido como antes se ha dicho, el derecho de los Estados a elegir su sistema de gobierno (artículo 2-e de la Carta) sólo tiene sentido si se expresa a través de la voluntad libre de su pueblo.

La promoción de la democracia no es, de suyo, atentatoria contra la no intervención. Lo que si puede vulnerar este último principio es el método que se utilice para alcanzar dicho fin.

A este respecto, las acciones unilaterales y selectivas que se han comprendido en los últimos años en el hemisferio, en el nombre de los valores democráticos, están reñidas fuera de toda duda, con la no intervención y con el sistema jurídico regional. Nada autoriza a un Estado, incluso concediéndole la mayor sinceridad y pureza a sus intereses, a imponer por su cuenta medidas coercitivas de distinto orden que no encuadran ni siquiera remotamente en la legítima defensa, so pretexto de hacer respetar el principio democrático.

En cambio, son legítimos y no atentan contra la no intervención de las medidas que puedan adoptarse dentro del seno de la OEA, de conformidad con su ordenamiento y el Derecho internacional general, para hacer frente a las infracciones en que puedan incurrir los Estados miembros contra el principio democrático consagrado en el sistema americano.

La no intervención no se opone, pues, a la promoción y la defensa internacionales de la democracia sino ciertos métodos. Esto no invita a pasar revista a las acciones que cabe emprender o proponer para la cooperación internacional en esa dirección.

II. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA DEMOCRACIA

La preservación de la democracia, lo mismo que la protección de los derechos humanos, debe ser considerada como una empresa mancomunada de los Estados americanos y de los pueblos del continente. A ello convoca, en primer término, el ideal democrático común tantas veces proclamado; y, en segundo término, la necesidad de conciliar las acciones internacionales en defensa de la democracia con la recta noción de no intervención.

Un papel muy importante en el diseño de estrategias en tal dirección deberían cumplirlo tanto la OEA como los gobiernos americanos. Sin embargo, esta empresa no debe de ser vista como una mera tarea de formulaciones jurídicas y políticas dentro del seno de la OEA, cuya esterilidad ha quedado demostrada en más de una ocasión, lamentablemente. Tampoco debería reducirse el tipo de acciones a poner en práctica a las que puedan adelantarse en el ámbito gubernamental, ni siquiera en gestiones informales y fuera de la OEA, como ha sido el caso de Contadora o de los Ocho. Este tipo de iniciativas, que pueden ser, por lo demás, fructíferas, tiene limitaciones que provienen de lo que también son sus ventajas: se trata de actuaciones gubernamentales, inevitablemente sesgadas

por otros intereses del Estado, como el de no alterar negativamente el clima de las relaciones bilaterales con otro gobierno.

La cooperación internacional para la democracia supone la convergencia de la acción gubernamental y de la no gubernamental, en búsqueda de instrumentos para la acción, de bases jurídicas que la sustenten y de la voluntad política necesaria para emprenderla.

A este respecto es necesario reconocer que la mayor parte de las contradicciones y de las omisiones en las que se ha incurrido en nuestro sistema regional han tenido mucho más que ver con la ausencia de una voluntad política clara que con la carencia de instrumentos formales para echar a andar una acción más eficaz. En tal sentido la labor de organizaciones no gubernamentales puede contribuir a estimular esa voluntad, propiciando escenarios donde los problemas puedan discutirse y dirigirse antes de ser llevados a los centros de toma de decisiones. Una reunión como este Simposio es, precisamente, uno de esos escenarios.

A continuación se esbozaran algunas ideas sobre acciones que podrían emprenderse, tanto en el plano gubernamental (A) como en el no gubernamental (B) en función de la defensa y promoción internacionales de la democracia. Se trata de un enunciado que no pretende ser, ni muchísimo menos, exhaustivo. Se trata de ideas para la discusión, cuyo seguimiento es lo que podrá determinar la medida de su eficacia.

A. La acción gubernamental

La acción gubernamental podemos imaginarla en dos contextos: como gestión informal, individual o colectiva, fuera de marco de la Organización de los Estados Americanos o como una actuación impulsada desde la misma OEA.

Las primeras han tenido cierta recurrencia en los años siguientes (El Grupo Andino, Contadora, los Ocho y su sucesor, el

Grupo de Río, el Plan Arias, etc.) y pueden presentar varias ventajas. Ellas pueden resultar un vehículo más eficaz para configurar una voluntad política habida cuenta del número limitado de los actores que, por hipótesis, intervienen en el proceso. La informalidad, por su parte, que tiene la desventaja de hacer facultativo para los gobiernos interesados aceptar una iniciativa de este género –pues lo contrario sí violentaría la no intervención- ofrece a su vez la ventaja de estimular la cooperación de los gobiernos directamente involucrados.

Con todo, procedimientos de género, aunque han cumplido un papel útil y pueden continuarlo cumpliendo para conformar la voluntad política en el seno de la OEA, parecen más apropiados para abrir camino a la transición democrática que para constituir, por sí misma, medios de defensa y consolidación de la democracia. El escenario natural de éstos debería ser el marco institucional de la OEA.

Como antes se ha dicho la democracia representativa, lo mismo que los derechos humanos ocupa un lugar preeminente entre los principios que orientan el sistema interamericano. El problema radica en que se han establecido mecanismos precisos para la defensa internacional de los derechos humanos, mientras que en lo que se refiere a la democracia los enunciados son difusos y las acciones han sido, dentro de la OEA, confusas, espasmódicas y contradictorias.

Es esa, precisamente una situación de las que habría que enmendar de inmediato, en cuya coyuntura política excepcional en la cual la casi totalidad de los gobiernos miembros de la OEA son el fruto de elecciones reconocidamente genuinas. Para ello, pueden utilizarse, con criterios renovados y adecuados a los propósitos del sistema interamericano, los instrumentos que el mismo sistema suministra, tanto en su organización general como en el ámbito específico de la protección a los derechos humanos. Si se juzgare, con todo, que tales instrumentos no son suficientes para los mencionados fines, la hora actual parece propicia para promover nuevos

medios para la promoción y defensa de la democracia. Estas opciones serán el objeto de las consideraciones siguientes.

Varios organismos de la OEA podrían adoptar decisiones relativas a la defensa y promoción de la democracia. La asamblea general está facultada para “considerar cualquier asunto relativo a la convivencia entre los Estados Americanos”. La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores es competente para “para considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados Americanos”. Este mismo órgano, convoca dentro del contexto del TIAR, puede entrar a conocer cualquier hecho o situación que ponga en peligro la paz de América y adoptar sanciones de diverso grado.

Es obvio que, en el caso de estos órganos, no se trata de poderes atribuidos como remedios específicos frente a la ruptura del orden democrático y que una identificación automática entre ese supuesto y el que autoriza a adoptar determinadas decisiones podría ser abusiva. Pero ello no obsta a que se puedan imaginar caminos novedosos y bien fundamentados a través de una interpretación de dichas facultades que tengan en cuenta los fines de la OEA en relación con la democracia y que esté alentada por una sólida voluntad política de “consolidar en este continente dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

La misma falta de voluntad política se ha evidenciado a la hora de valorar la gravedad del irrespeto a los principios que sustentan el sistema interamericano, cuando se ha violentado el orden democrático. En este aspecto, la permisibilidad ha sido la regla, a caso por intereses políticos circunstanciales, a caso por la alta proporción de gobiernos autoritarios que han poblado la OEA en ciertas épocas.

Esa corriente de indolencia no repercute solamente en el terremoto propiamente político y ético, sino que tiene efectos nega-

tivos sobre medios jurídicos que podrían hacerse valer si verdaderamente se quisiera reconocer al principio democrático, en la práctica, la preeminencia que en el papel se le asigna dentro del sistema interamericano.

Así, de acuerdo con una regla del Derecho internacional general reconocida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo. 60.2) Los Estados partes en un tratado multilateral están autorizados para suspender total o parcialmente la aplicación del tratado frente a uno de ellos que haya incurrido en “violación grave” del mismo. Desde luego que la determinación de qué debe entenderse por “violación grave” es cuestión de interpretación; pero no debe olvidarse que, de acuerdo con las reglas de interpretación contenidas en la propia Convención de Viena (artículo. 31), la misma debe tener en cuenta, no sólo el significado literal de los términos empleados, sino también su contexto y el objeto y fin del Estado.

Es en el fondo, sobre estos principios generales que se asienta lo dispuesto por el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, según el cual son posibles de medidas de suspensión y expulsión de dicho Consejo los Estados miembros que infrinjan gravemente los principios fundamentales de la organización, entre los cuales están el imperio del Derecho y el respeto a los derechos humanos.

Todo ello de nuevo convoca a una reevaluación del significado que los Estados americanos han atribuido a la democracia dentro del sistema interamericano, lo que redundará, una vez más, en una cuestión de voluntad política.

Existen bases para adoptar ciertas medidas en caso de ruptura del orden democrático. Una de ellas es el aislamiento de gobiernos establecido por un hecho de fuerza. Existen precedentes de doctrinas que han propiciado el no reconocimiento de gobiernos de facto, como la doctrina Tobar, que ponían énfasis en la falta de legitimación constitucional de dichos gobiernos, y la doctrina Betancurt,

para quien lo decisivo era el no reconocimiento de regímenes que fueran fruto del derrocamiento electo por el pueblo.

Esta última constituye la experiencia más reciente pues fue aplicada por Venezuela entre 1959 y 1969. Ella cumplió un propósito eminente defensivo de las entonces recién restablecidas instituciones democráticas venezolanas. Sin embargo, a causa de la proliferación de golpes de estado, condujo más al aislamiento de Venezuela que al de los regímenes de facto. En este sentido su aplicación se fue moderando, hasta el punto que las negociaciones iniciales que a la postre conducirían al pacto Andino comprendieron varios gobiernos militares. Esas consideraciones, y la consolidación de la democracia venezolana, llegaron a su abolición a partir de 1979.

Cabe, sin embargo, plantearse la doctrina del aislamiento de los gobiernos de facto que derroquen a uno electo por el pueblo, ya no como resultado de la acción unilateral de un gobierno, que no garantiza dicho aislamiento, sino como fruto de la acción multilateral del sistema interamericano. Hay bases para adelantar una acción de esta naturaleza. La eficacia de este tipo de acciones ha quedado establecida en casos anteriores, como el del efímero gobierno Natusch en Bolivia, antes mencionado, o incluso, ya fuera del sistema interamericano, el del régimen griego de los coroneles frente al Consejo de Europa.

No tiene por qué plantearse, en un contexto como el sugerido, la cuestión del reconocimiento o no de los gobiernos de facto, pues no sería ese el punto esencial a establecer. De lo que se trataría sería de una reacción del colectivo del sistema interamericano frente a una grave ruptura, imputable a uno de sus miembros de un principio preeminente del mismo sistema como el principio democrático. Se trata, de nuevo, de una cuestión de voluntad política.

No deben subestimarse, por otra parte, las posibilidades de desarrollo que ofrecen los mecanismos interamericanos para la

protección de los derechos humanos en función de la defensa de los valores democráticos. En el pasado, el estudio de casos relativos a las violaciones de los derechos humanos cometidas por gobiernos no democráticos, no sólo ha servido para contener algunos abusos, sino que han sido también medios de movilización de la opinión pública internacional frente a esos gobiernos. En este sentido, han tenido particular relevancia ciertos estudios sobre países realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde, previa comprobación de violaciones sistemáticas de los derechos humanos, se han elaborado y publicado informes sobre tales situaciones con las recomendaciones pertinentes.

No debe tampoco olvidarse, en lo que toca a las posibilidades de acción futura, que el sistema regional de derechos humanos comprende la protección de los derechos políticos, aunque sobre dicho campo los órganos de protección de sistema hayan tenido una actuación más bien reducida. En efecto, antes de la entrada en vigencia de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estaba limitada para emprender acciones en el campo de los derechos políticos porque el artículo 20 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, refieren a tales derechos, no figuraba en la lista enunciada en el artículo 2 de la Resolución XXII de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río, 1965), que amplía la facultad de la comisión, pero le solicitó prestar “particular atención a la observancia de los Derechos Humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración...”. Fue respecto de esos derechos que la Comisión cumplió la mayor parte de su actividad ulterior. Lamentablemente en este, como en otros aspectos, la entrada en vigencia de la Convención no ha cambiado la práctica de la Comisión ni ha alentado la voluntad política de los gobiernos democráticos para imaginar nuevas acciones sobre las bases suministradas por dicho tratado.

En este el punto recurrente de este análisis. Si las condiciones anteriores no fueran lo suficientemente convincentes respecto a los medios de acción de lo que ya se dispone en el sistema interamericano, pero hubiera voluntad política para consolidar procedimientos para la defensa común de las instituciones democráticas, habría siempre la posibilidad de adoptar reformas que dispusieran lo pertinente y que podrían ir desde dispositivos sencillos, como el que resultaría de una norma similar a la contenida en el artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, hasta elaboraciones más complejas y largas para madurar, como podría ser la adopción de un sistema regional para la protección de los derechos políticos.

Emprender esas reformas no es fácil y ni siquiera estrictamente necesario. Ellas tendrían la ventaja, sin embargo; de que consolidarían una voluntad política de una forma más segura a la que pudiera resultar de una nueva interpretación del papel de la OEA y del alcance de las obligaciones presentes de sus miembros.

Vale la pena, en consecuencia, profundizar el estudio de estas posibilidades y adelantar proposiciones en cualquiera de las direcciones antes señaladas, o en todas ellas, en procura de fórmulas más precisas que puedan servir de base a una convergencia política. Ese es, en parte, el objetivo que justifica una reunión como este Simposio, que podría ser el punto de partida de un debate que sirviera para fraguar la voluntad necesaria para poner en práctica las ideas expuestas.

Esta última consideración evoca el papel, que en este proceso pueden jugar organizaciones no gubernamentales.

B. La acción no gubernamental

La acción internacional de organizaciones no gubernamentales en promoción y defensa de la democracia puede revestir las más diversas modalidades. No es del caso reseñar acá esas posibilidades de acción en términos generales, cosa que, por lo

demás, no está al alcance del autor de esta presentación, más aún si se considera la vasta tarea cumplida por las organizaciones no gubernamentales en derechos humanos que a menudo redundan, al menos indirectamente, en el aliento de los valores democráticos.

Una primera línea de actuación a ser considerada es la que se cumple en orden a la promoción de la democracia. No se trata en este caso de crear mecanismos de defensa para hacer frente a amenazas actuales o virtuales contra la estabilidad de las instituciones, sino de estimular el mejor funcionamiento de éstas y de alcanzar metas de profundización y perfectibilidad de la democracia.

Un ejemplo importante que puede citarse a este respecto, pues viene especialmente al caso en el contexto de este Simposio, es la labor desempeñada por CAPEL desde su fundación, este Centro, creado cuando apenas se vislumbraba el proceso de transición democrática en América Latina, ha prestado asesoría en materia de organización electoral a varios países del hemisferio, especialmente útil en los casos de largas interrupciones de la praxis democrática. Ha desarrollado también, en varios de esos casos, campañas de educación cívica para estimular a la población a incorporarse a las diversas fases del proceso electoral y para informar sobre los procedimientos electorales.

Así mismo, ha cumplido con un activo papel en misiones de observación de elecciones y ha completado varios proyectos en materia de legislación y sistemas electorales.

Precisamente, en búsqueda de la cooperación internacional para el perfeccionamiento democrático, CAPEL asumió la iniciativa de concertar a los organismos electorales de la región. Así en 1985 se creó, a través del Protocolo de Tikal, la Asociación de Organismos Electorales de Centro América y el Caribe y en 1989 se suscribió el Protocolo de Quito, que constituyó la Asociación de Organismos Electorales de América del Sur. CAPEL es depositario de ambos instrumentos.

En otro ámbito, es importante destacar la convergencia democrática a la que puede llegarse a través de las corrientes políticas. Los partidos, así como las organizaciones políticas internacionales, pueden ser el vehículo que abre el dialogo para la creación de la voluntad política que recobre el sentido universal de la democracia y para impulsar mecanismos eficaces para ese fin. Sin esas corrientes de opinión, la sustentación de los esfuerzos que se orienten en esa dirección será tan endeble como lo ha sido hasta ahora. Por eso la necesidad de propiciar encuentros, en búsqueda de las coincidencias que permitan trazar un plan de acción.

La experiencia demuestra que esta tarea no admite dilaciones. La excepcional situación política por la que atraviesa la América Latina urge y obliga a los demócratas del continente a encontrar fórmulas para la profundización de la democracia y para su preservación. No se trata sólo de un realizar un esfuerzo para la coincidencia democrática sino de lograr que el mismo se traduzca en hechos concretos que modifiquen sustancialmente las vacilaciones y desatinos que han observado en la OEA a propósito del respeto al principio democrático.

Ciertamente que los peligros por los que pasan nuestras democracias son complejos y de fondo, tal como se apuntó al comienzo de esta exposición. Son en realidad amenazas y males que ciernen sobre nuestra sociedad en conjunto más que sobre sus solo régimen político. Para conjugarlo no basta, claro está, con adoptar ciertos mecanismos de protección internacional. Ellos son, empero, bien necesarios.

Ningún tiempo como el actual podría parecer más propicio para invertir los negativos precedentes que se han verificado en este campo dentro del sistema interamericano. Pero, correlativamente, la práctica de indiferencia frente a la ruptura del orden democrático varía gravemente afianzada su solidez si es confirmada por una OEA compuesta por gobiernos de origen democrático. He allí el dilema y la grave responsabilidad de esta hora.

III

Jurisprudencia

"RESOLUCIÓN DE CORTE PLENA A QUERRELLA PRESENTADA AL JUEZ CENTRAL DE INSTRUCCIÓN DE LA AUDIENCIA NACIONAL ESPAÑOLA POR CRÍMENES DEL LESA HUMANIDAD Y TERRORISMO EN CONTRA DE MILITARES SALVADOREÑOS

AL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN

DON DOMINGO JOSÉ COLLADO MOLINERO, Procurador de los Tribunales y de la **ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA** (en adelante, APDHE) y del **CENTER FOR JUSTICE AND ACCOUNTABILITY (CENTRO DE JUSTICIA Y RESPONSABILIDAD**, en adelante, **CJA**), representación que acreditado mediante escritura de poder especial que debidamente bastantada (sic) en forma acompaño, y bajo la dirección letrada de los abogados **CARMEN LAMARCA PÉREZ, ALMUDENA BERNABEU GARCÍA Y MANUEL OLLÉ SESÉ**, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que por medio del presente escrito, y de conformidad con lo establecido en el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), **PASO A FORMULAR QUERRELLA** contra las personas que se enumeran en el apartado III y contra quienes puedan aparecer, más adelante, a lo largo de la instrucción como responsables criminalmente de **CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y TERRORISMO O ASESINATO EN EL CONTEXTO DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD** así como cualquier otro derivado de la conducta de los querellados.

Con el objeto de cumplimentar los requisitos del artículo 277 de la LECrim, paso a manifestar lo siguiente:

I COMPETENCIA

Se interpone esta querrela ante el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, por ser el competente de conformidad con el principio de jurisdicción universal previsto en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

II QUERELLANTES

Los querellantes que ejercen la acusación popular son:

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA (APDHE), con domicilio en la calle Ortega y Gasset, 77, 2º A, de Madrid (28006) y **CENTRO DE JUSTICIA Y RESPONSABILIDAD (CJA)** con domicilio en la Calle Market, 870, oficina 688, en San Francisco, California, Estados Unidos de América CP 94102 y con domicilio en Madrid, España, calle Ortega y Gasset, 77, 2º, C.P. 28006.

Las asociaciones aquí representadas ostentan y ejercen un interés legítimo y directo, como se expone en los fundamentos jurídicos. Las organizaciones que acceden a la pretensión penal como acusación popular en conformidad con el art. 113 de la LECrim, ejercitan la acción penal bajo una misma representación procesal y dirección letrada.

III QUERELLADOS

1. **HUMBERTO LARIOS**, es de nacionalidad salvadoreña y residente en la ciudad de San Salvador. En noviembre de 1989, **HUMBERTO LARIOS era Ministro de la Defensa Nacional.**
2. **RENÉ EMILIO PONCE** es de nacionalidad salvadoreña y residente en la ciudad de San Salvador. En noviembre de 1989, era coronel y jefe del **Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada de El Salvador**, (en adelante **Estado Mayor Conjunto**).
3. **JUAN RAFAEL BUSTILLO** es de nacionalidad salvadoreña, nació el 31 de enero de 1935 en San Miguel, El Salvador y es residente de San Salvador. En noviembre de 1989, era general y comandante de la **Fuerza Aérea Salvadoreña.**
4. **JUAN ORLANDO ZEPEDA** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador. En noviembre de 1989 era coronel salvadoreño y viceministro de Defensa Nacional.
5. **INOCENTE ORLANDO MONTANO** es de nacionalidad salvadoreña y es residente de San Salvador, El Salvador. En el momento de los hechos de esta querella era coronel y viceministro de **Seguridad Pública.**
6. **FRANCISCO ELENA FUENTES** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador, El Salvador. El 16 de noviembre de 1989, era coronel y jefe de la **Primera Brigada de Infantería de las Fuerzas Armadas de El Salvador.**
7. **CARLOS CAMILO HERNÁNDEZ BARAHONA** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador, El Salvador. El 16 de noviembre de 1989, momento de los hechos era mayor y asistente del Director de la **Escuela Militar Capitán General Gerardo Barrios.**
8. **JOSÉ RICARDO ESPINOZA GUERRA** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador. El 16 de noviembre

- de 1989, era teniente y miembro del **Batallón de Infantería de Reacción Inmediata, “ATLACATL”**.
9. **GONZALO GUEVARA CERRITOS** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador, El Salvador tras haber sido expulsado de Estados Unidos de América (EE.UU.) por las autoridades de inmigración en abril de 2007. El 16 de noviembre de 1989 era subteniente del **Batallón “ATLACATL”**.
 10. **OSCAR MARIANO AMAYA GRIMALDI** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador, El Salvador. En 1989 era cabo y miembro del **Batallón “ATLACATL”**.
 11. **ANTONIO RAMIRO ÁVALOS VARGAS** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador, El Salvador. En el momento de producirse los hechos, el 16 de noviembre de 1989 era sargento y miembro del **Batallón “ATLACATL”**.
 12. **ÁNGEL PÉREZ VÁSQUEZ** es natural de El Salvador, y en la actualidad reside en San Salvador, El Salvador. En el momento del crimen, **Pérez Vásquez** era cabo y miembro del **Batallón “ATLACATL”**.
 13. **TOMÁS ZÁRATE CASTILLO** es de nacionalidad salvadoreña y reside en San Salvador, El Salvador. En el momento de los hechos era sargento asignado al **Batallón “ATLACATL”**.
 14. **JOSÉ ALBERTO SIERRA ASCENCIO** es de nacionalidad salvadoreña y residente en San Salvador, El Salvador. El 16 de noviembre de 1989, **SIERRA ASCENCIO** era soldado y miembro del **Batallón “ATLACATL”**.
 15. **ALFREDO CRISTIANI**, es de nacionalidad salvadoreña y reside en San Salvador. En noviembre de 1989 era Presidente de la República de El Salvador y comandante en jefe **de la Fuerza Armada de El Salvador**.

Y, todo ello sin perjuicio del poder dirigir la acción penal contra todas aquellas personas que a lo largo de la instrucción puedan aparecer como responsables de los hechos relatados.

IV HECHOS

A. INTRODUCCIÓN

La querrela describe los hechos relacionados con el asesinato de los sacerdotes jesuitas de origen español y nacionalizados salvadoreños **IGNACIO ELLACURÍA BEASCOECHEA, IGNACIO MARTÍN BARÓ, SEGUNDO MONTES MOZO, AMADO LÓPEZ QUINTANA, JUAN RAMÓN MORENO PARDO**, el sacerdote jesuita salvadoreño **JOAQUÍN LÓPEZ Y LÓPEZ** y su empleada doméstica **JULIA ELBA RAMOS** y la hija de ésta, **CELINA MARICETH RAMOS**, en las primeras horas del día 16 de noviembre de 1989 en la **Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA)**. El crimen se cometió por miembros del **Batallón de Infantería de Reacción Inmediata “ATLACATL”**, batallón del ejército salvadoreño, en ejecución de un plan concebido en la sede del **Estado Mayor** del ejército y en cumplimiento de las órdenes dadas por sus superiores.

El crimen es consecuencia de una grave crisis en El Salvador, en la que estaba inmerso y que había desencadenado una cruenta guerra civil que duró más de diez años.

Se relata en la querrela también cómo la guerra civil de El Salvador estuvo presidida por el ajusticiamiento, la represión institucionalizada, la desaparición forzada, tortura y muerte cruenta y sistemática de miles de civiles. Todos los intentos de buscar justicia por parte de las víctimas desde que la masacre tuvo lugar han sido en vano, debido a los permanentes obstáculos legales como la promulgación de la **Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz** o el enjuiciamiento fraudulento de los responsables de los crímenes.

B. CONCEPTOS EN RELACIÓN CON LOS HECHOS RELATADOS EN LA QUERRELLA

B.1. CONCEPTOS GENERALES

–**Acuerdo de Ginebra de 4 de abril de 1990** fue acordado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por medio de la resolución 637, de 27 de julio de 1989. Por medio de esta resolución se confirió al Secretario General de las Naciones Unidas, (en adelante **NU**) la misión de iniciar un proceso que concluyera con el conflicto armado en El Salvador. Este proceso tendría como propósito: (i) terminar el conflicto armado por la vía política, (ii) impulsar la democratización del país, (iii) garantizar el irrestricto respeto a los Derechos Humanos y (iv) reunificar a la sociedad salvadoreña.

–**Los Acuerdos de México de 27 de abril de 1991**, por los que las partes del conflicto interno de El Salvador, alcanzaron acuerdos que implicaban reformas constitucionales y legislativas en las Fuerzas Armadas, el sistema judicial, Derechos Humanos, sistema electoral y en la que se acordó la creación de una Comisión de la Verdad.

–**“De la locura a la Esperanza: La Guerra de los Doce Años en El Salvador”**. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador de marzo de 1993 (Acompañamos dicho texto como **DOCUMENTO NÚM. 1**)

–**Ley de amnistía General para la Consolidación de la Paz**. Decreto No. 486 de 20 de Marzo de 1993 publicado el 22 de marzo de 1993 (Acompañamos dicho texto legal como **DOCUMENTO No. 2**).

–**Compañía de Jesús**, Orden religiosa de la **Iglesia Católica Apostólica Romana**, fundada por **IGNACIO DE LOYOLA** y otros nueve compañeros en 1540. Con cerca de 20.000 miembros, sacerdotes y hermanos es la mayor orden de la Iglesia Católica en la actualidad. La **Provincia Centroamericana de la Compañía**

de Jesús abarca los siguientes países: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, y se estableció en la región a principios del siglo pasado.

–**Universidad Centroamericana** (en adelante **UCA**) “**José Simeón Cañas**”. Obra de la Compañía de Jesús Jesuita fundada en septiembre de 1965.

–**Instituto de Derechos Humanos de la UCA** (en adelante, **IDHUCA**), Instituto de Derechos Humanos fundado en agosto de 1985 por el jesuita asesinado **SEGUNDO MONTES**.

–**Colegio Externado “San José”** fue fundado por la **Compañía de Jesús** en San Salvador, en 1921 y está situado en el centro de esta ciudad.

–**Socorro Jurídico Cristiano**, (en adelante **Socorro Jurídico**) fue fundado en 1975 por los jesuitas en respuesta a una iniciativa de abogados católicos jóvenes de El Salvador con la idea de procurar asistencia legal a los sectores populares y gente sin recursos. Fue más tarde absorbido por la archidiócesis de San Salvador donde continuó su servicio hasta 1982. **Socorro Jurídico** cumplía la labor de defensa de los Derechos Humanos en El Salvador, así como de denuncia de las violaciones que tenían lugar en el país. Cerró sus oficinas en 1994.

–**Oficina de Tutela Legal del Arzobispado**, de San Salvador: fue fundada por **Monseñor ARTURO RIVERA Y DAMAS**, tras el asesinato de Monseñor **OSCAR ARNULFO ROMERO**, y continuó la labor iniciada en ese país por los jesuitas mediante **Socorro Jurídico**.

–**Comunidades Cristianas de Base**: estaban formadas por gente local que se reunía periódicamente, convocadas y animadas por el don de la fe en Jesucristo. Sus miembros compartían vivencias, necesidades, realidades y buscaban modos de, colectivamente, solucionar sus problemas y mejorar sus condiciones de vida. Esta nueva forma de organización fue introducida por la Asamblea

de la **Conferencia Episcopal Latinoamericana de Medellín**, que se celebró en dicha ciudad de Colombia en 1968.

–**Partido de Conciliación Nacional** (en adelante **PCN**), partido político conservador de El Salvador, fundado el 30 de septiembre de 1961 por el coronel **JULIO ADALBERTO RIVERA**.

–**Alianza Republicana Nacionalista** (en adelante **ARENA**): partido político conservador que gobierna El Salvador desde 1989. Fue fundado por el Mayor del ejército **ROBERTO D’AUBUISSON**, a quien se le atribuye la creación de los conocidos “Escuadrones de la Muerte”.

–**Frente Democrático Revolucionario** (en adelante **FDR**). En abril de 1980 se constituyó **Frente Democrático Revolucionario-FDR** con la Participación de la **Coordinadora Revolucionaria de Masas (CRM)**, y el **Frente Democrático Salvadoreño (FDS)**. En un intento de acabar con toda solución negociada a la crisis, en noviembre de 1980 seis líderes del **FDR** fueron secuestrados, torturados y asesinados por miembros del ejército y de las fuerzas de seguridad de El Salvador. En 1988, las organizaciones que constituían el **FDR** conformaron el partido político **Convergencia Democrática** y se reincorporaron a la vida política de El Salvador.

–**Bloque Popular Revolucionario** (en adelante **BPR**), fundado tras una matanza de estudiantes el 30 de julio de 1975, estaba constituido por asociaciones de campesinos, sindicatos, estudiantes y se concibió como una nueva forma de organización de base.

–**Fuerzas Populares de Liberación**, (en adelante **FPL**), fundadas el 1 de abril de 1970, constituyeron la más antigua y más amplia de las cinco agrupaciones que se unieron para formar

el **Frente Farabundo Martín para la Liberación Nacional** (en adelante **FMLN**).

–**Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional** es un partido político de El Salvador que con anterioridad fue un grupo guerrillero. El **FMLN** se fundó en 1980 como agrupación de cuatro grupos guerrilleros y del **Partido Comunista de El Salvador**. El **FMLN** fue legalizado tras la firma de los Acuerdos de Paz de 1992.

–**Comisión Investigadora de Hechos Delictivos**, comisión gubernamental de investigación criminal fundada en El Salvador en 1985, bajo la presidencia de **JOSE NAPOLEÓN DUARTE**.

B.2 TÉRMINOS MILITARES

–**Escuela Militar “Capitán General Gerardo Barrios”** (en adelante, **la Escuela Militar**), fundada en 1898 durante la presidencia de **FRANCISCO DUEÑAS**. En 1989, la escuela militar estaba ubicada en San Salvador muy próxima a la **UCA**.

–**Batallón de Infantería de Reacción Inmediata “ATLACATL”**, creado en 1981 como cuerpo de élite especializado y entrenado en bases norteamericanas para operaciones de “reacción inmediata”. El Batallón estuvo inicialmente al mando del coronel **DOMINGO MONTERROSA** e inició su andadura con la operación militar en diciembre de ese mismo año en una zona del norte del departamento de Morazán, conocida como **El Mozote**, en la que masacraron brutalmente a más de novecientos civiles entre ellos un gran número de ancianos mujeres y niños.

–**Rifle AK 47**, es un rifle de asalto de origen ruso, de uso extendido mayoritariamente en los países del bloque soviético durante la Guerra Fría y usado en Centroamérica por los distintos grupos armados de resistencia y guerrilleros.

–**Escuela de las Américas (School of the Americas)**, conocida desde 2011 como el **Instituto de Cooperación para la seguridad Hemisférica (Western Hemisphere Institute for Security Cooperation)**, es un organismo para la instrucción militar del ejército de los Estados Unidos de América, situada actualmente en Fort Benning en Columbus, Georgia. De 1946 a 1984, esta escuela estaba situada en Panamá: en ella se graduaron más de 60.000 militares y policías de hasta veintitrés países de América Latina. Entre los graduados se encuentran notorios miembros del ejército, hoy acusados de haber cometido graves violaciones de los Derechos Humanos y crímenes contra la humanidad.

PREVIO.- RESUMEN DE LOS HECHOS

En las primeras horas del 16 de noviembre de 1989, miembros del **BATALLÓN DE INFANTERÍA DE REACCIÓN INMEDIATA “ATLACATL”**, En ejecución de un plan diseñado en la sede del **Estado Mayor del ejército** y en cumplimiento de las órdenes dadas por sus superiores, se introdujeron en las dependencias de la **UCA** situada en el Boulevard los Próceres, entonces Autopista Sur, en San Salvador, El Salvador. Una vez allí, se dirigieron a la residencia de los religiosos jesuitas, y asesinaron a tiros a los sacerdotes jesuitas españoles: **IGNACIO ELLACURÍA BEASCOECHEA**, **IGNACIO MARTÍN BARÓ**, **SEGUNDO MONTES MOZO**, **AMANDO LÓPEZ QUINTANA**, **JUAN RAMÓN MORENO PARDO**, al también sacerdote jesuita salvadoreño **JOAQUÍN LÓPEZ Y LÓPEZ**, a su empleada doméstica **JULIA ELBA RAMOS** y a la hija de ésta, **CELINA MARICETH RAMOS**, también salvadoreñas. Este crimen, es en parte la culminación de años de represión y terribles ataques cometidos contra civiles y contra religiosos, durante los más de diez años que duró el conflicto armado interno en El Salvador.

PRIMERO.- CONTEXTO HISTÓRICO. ANTECEDENTES DE LA PERSECUCIÓN A LA COMPAÑÍA DE JESÚS. CRISIS Y GUERRA CIVIL EN EL SALVADOR

Los **Jesuitas** han estado a cargo de la educación, y presentes, en Latinoamérica desde mediados del siglo XVI y en Centroamérica desde finales del mismo. En El Salvador, su presencia se vio reforzada por la fundación de la provincia centroamericana.

En 1965, en un momento de aperturismo que experimentó la sociedad salvadoreña, se fundó en San Salvador la **Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”** conocida como **UCA**. Para ello, la UCA contó con el apoyo de un grupo de familias católicas que buscaban una alternativa a la **Universidad de El Salvador**, como centro de formación para los graduados de los principales colegios católicos.

Tras los cambios introducidos por el Concilio Vaticano II (1962 y 1965) bajo los pontificados de los papas **JUAN XXIII** y **PABLO VI**, los docentes jesuitas incorporaron un renovado plan de estudios en las enseñanzas de primaria y secundaria. En El Salvador esta reforma se inició primero en el **Colegio Externado San José**. Este plan de enseñanza incluía el estudio de los problemas sociales del país, de las graves desigualdades entre la población, y se aseguraba generar debate sobre la necesidad de un cambio social fundamental. Esta nueva doctrina afectó profundamente al estilo, ideario y filosofía de centros como éste, inicialmente concebidos para servir a las élites. Simultáneamente una generación joven de educadores jesuitas se incorporaba a ese centro de enseñanza primaria y secundaria. Posteriormente, para ampliar el número y la procedencia de los estudiantes, se creó un turno para jóvenes de escasos recursos, lo que cambió rápidamente su imagen de colegio conservador. Los estudiantes no sólo analizaban los problemas coyunturales y estructurales sino que además eran introducidos en la realidad de

los sectores más pobres en el campo y la ciudad. Algunos incluso participaron en campañas de alfabetización.

Esto generó sospechas y rechazo, y acarreó abiertos ataques a la **Compañía de Jesús** en el país. Los primeros ataques procedieron de la propia **Iglesia Católica** a través del diario oficial “**Orientación**”, dirigido por los sectores más reaccionarios. A principios de los años setenta, esta publicación acusó al **Externado** de “enseñar marxismo” lo que generó una fuerte reacción de la poderosa derecha política y social que solicitó públicamente la expulsión de los jesuitas del país.

El Presidente de El Salvador en esa época, el coronel **ARTURO ARMANDO MOLINA** (1972-1977), se entrevistó con los superiores de la orden religiosa y les solicitó que trasladaran a otros países a quienes trabajaban en el centro.

También el periódico **El Diario de Hoy**, en aquellos días, incluyó editoriales con titulares como los siguientes: “Ruina y anarquía en el **Externado San José**” y “Tendencias marxistas en las declaraciones de los Jesuitas”.

La Fiscalía General de la República (en adelante la **Fiscalía General**), ejerció su poder coercitivo y el jesuita **JUAN RAMÓN MORENO**, Rector interino del colegio, fue llamado a declarar respecto de las acusaciones hechas por **El Diario de Hoy**.

En junio de 1973, la **Compañía de Jesús** publicó un extenso documento titulado “El Externado piensa Así”, que apareció en seis fascículos en los periódicos nacionales y fue más tarde publicado en la **Revista Estudios Centroamericanos** (en adelante **ECA**) cuya sede se encuentra en el recinto Universitario de la **UCA**. En dicho texto se exponían los puntos de vista de los jesuitas en cuanto a la situación de la sociedad salvadoreña, el cristianismo y la pedagogía. A pesar de incomodar a algunos la publicación no tuvo mayores consecuencias.

ANTECEDENTES DEL ASESINATO DE LOS JESUITAS, DE SU EMPLEADA DOMÉSTICA E HIJA DE ESTA:

1. Intento de reforma agraria en el país. Se intensifica la crisis.

El Salvador ha sido históricamente un país densamente poblado, donde la mayoría de la gente ha estado sometida a una de las más injustas distribuciones de la tierra en el continente. En 1979 más del 60% de la población agrícola se encontraba sin tierra que cultivar. Una oligarquía formada por muy pocas familias, las llamadas “14 familias”, era propietaria de más tierras que 133.000 campesinos juntos.

Dada la situación, la **Asamblea Legislativa de El Salvador** aprobó el 29 de junio de 1976, el Decreto No. 31, que consistía en un modesto programa de reforma agraria que afectaba sólo al 4% del total de tierra del país. Dicho plan, que contaba con el apoyo de la **Agencia Internacional para el Desarrollo de Estados Unidos**, lo implementaría el **Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria** (en adelante **ISTA**), creado por los militares y por la organización campesina centrista, **Unión Comunal Salvadoreña** (en adelante **UCS**).

Los jesuitas, rápidamente, hicieron público su apoyo al plan, lo que provocó las críticas de los diferentes sectores políticos, pues los más progresistas lo consideraban demasiado limitado y, por lo tanto, no lo apoyaron.

En la **ECA**, los jesuitas dejaron claro y por escrito su posición de apoyo a esa iniciativa en agosto de 1976: “No deja ni sombra de duda que el intento es serio y parece responder a una voluntad decidida de cambiar las estructuras socio-económicas del país, comenzando por una, tan estratégica, como es la estructura agraria. Todos los demás ciudadanos, de cualquier ideología o clase, que ni favorecen ni desean una explosión social en El Salvador, tienen

lógicamente –emocionalmente es más difícil- que aceptar una reforma agraria concreta”.

Sin embargo, en octubre del mismo año, el presidente del país **MOLINA** retiró el plan, debido a la violenta oposición de los grandes terratenientes. En noviembre de 1976, la ECA publicó un editorial titulado: “A sus órdenes, mi capital”, atribuyendo el cambio de posición del presidente a una campaña de “mentiras, calumnias, amenazas, todo medio disponible, contra las autoridades del país”. Además rezaba: “ha ganado la batalla la sección más reaccionaria del capitalismo, el capitalismo agrario [...] ante la presión del capitalismo nacional y puede ser, del capitalismo centroamericano, el Gobierno ha cedido, el Gobierno se ha sometido, el Gobierno ha obedecido. Después de tantos aspavientos de previsión, de fuerza, de decisión, ha acabado diciendo: a sus órdenes, mi capital.”

Durante 1976, la **UCA** sufrió seis atentados con bomba contra las oficinas de la **ECA** y contra el edificio de Administración de la universidad.

2. El surgimiento de las comunidades cristianas de base

Tras ordenarse como sacerdote en 1972, después de su formación lejos de El Salvador, el jesuita salvadoreño, **RUTILIO GRANDE**, regresó a El Salvador, la comunidad en la que había nacido, para hacerse cargo de una localidad. Aguilares era un pueblo agrícola, rico y con algo más de 33.000 habitantes. Las tierras, en manos de las familias más ricas del país, estaban dedicadas a la producción de azúcar y los locales trabajaban como jornaleros. Durante la década de los setenta, al aumentar el descontento social, los jornaleros comenzaron a organizarse con el fin de obtener mejores salarios y mejores condiciones de vida.

En este contexto, un grupo de jesuitas liderado por el citado **RUTILIO GRANDE**, inició un trabajo pastoral que cambiaría para

siempre la realidad de estas comunidades. El éxito estaba presidido por una estrecha relación con las organizaciones campesinas, como la **Federación Cristiana de Campesinos** lo que las hizo crecer frenéticamente, al tiempo que crecían en todo el país las **Comunidades Cristianas de Base**, en adelante **CCB**. Estas comunidades nacieron durante el mandato de Monseñor **LUIS CHÁVEZ Y GONZÁLEZ**, quien comenzó a aplicar en el país las conclusiones del Concilio Vaticano II y de la Conferencia Episcopal Latinoamericana de Medellín. Estas comunidades crecieron rápidamente por todo el país y los sectores más conservadores comenzaron a criticarlas por no ser posible distinguir entre organizaciones campesina y trabajo pastoral. Algunos escolares jesuitas y sacerdotes diocesanos asumieron puestos de dirección en el movimiento campesino, lo que deterioró aún más la situación.

El periódico salvadoreño **La Prensa Gráfica**, publicó un artículo el 19 de mayo de 1977 en el que señalaba que “los jesuitas ha organizado y han dirigido demagógicamente a la **FECCAS** y la **UTC**”. Se acusó, asimismo, al colegio jesuita de ser la “punta de lanza en la praxis revolucionaria de los colegios católicos”.

RUTILIO GRANDE era salvadoreño, por lo que, en opinión de estos sectores, su “infidelidad” se debía a la influencia de los jesuitas extranjeros de la **UCA**, a quienes pedía consejo con frecuencia.

Durante los años 1976 y 1977, la represión contra las organizaciones campesinas y contra la **Iglesia Católica** por parte de las fuerzas armadas, se incrementó. Durante la presidencia de **MOLINA**, varios sacerdotes fueron víctimas de la represión estatal; unos fueron detenidos y torturados, otros expulsados y dos asesinados, el propio jesuita **RUTILIO GRANDE** y el diocesano **ALFONSO NAVARRO**.

A finales de 1976, en Aguilares se produjeron diferentes protestas y manifestaciones por parte de los campesinos que exigían una indemnización por la expropiación de su tierras para

la construcción del embalse hidroeléctrico de Cerrón Grande. Los campesinos no lograron una indemnización y acudieron apoyados por la **FECCAS** a plantear el problema a la única familia -de terratenientes- que pudo obtener compensación por parte del Gobierno. Tras negarse a recibir a los campesinos, éstos fueron objeto de disparos desde la casa de los terratenientes. Uno de éstos murió por un disparo efectuado desde el lado donde estaban situados los propietarios, pero el ejército y los sectores más conservadores no dudaron en responsabilizar a la Iglesia y su trabajo pastoral por estimular semejantes revueltas. Las falsas acusaciones adquirieron gran envergadura y se acabó responsabilizando directamente a **RUTILIO GRANDE** de la muerte del terrateniente.

A principios de 1977, dos estudiantes jesuitas que trabajaban en Aguilares, fueron expulsados del país. Otro jesuita, **JUAN JOSÉ RAMÍREZ**, fue detenido y torturado durante más de diez días. Del mismo modo, se impidió el regreso al país a varios jesuitas extranjeros quienes trabajando en el Salvador se encontraban temporalmente fuera del país, misma situación que enfrentó el propio **IGNACIO ELLACURÍA**, en esos años profesor de Teología y Filosofía en la **UCA**.

El Director de Migraciones, el coronel **ROBERTO SANTIBAÑEZ**, ordenó así mismo la expulsión de los jesuitas de Aguilares aunque autorizó que **RUTILIO GRANDE** continuara a cargo de la parroquia. A pesar del riesgo y de los rumores que indicaban que el ejército iba a atentar contra su vida, **GRANDE** decidió permanecer en Aguilares.

El 12 de marzo de 1977, mientras se dirigía a su parroquia a celebrar la misa, **RUTILIO GRANDE** fue asesinado. Tras su muerte, una tímida investigación reveló que el arma utilizada era aquella que utilizaban habitualmente los cuerpos de seguridad de El Salvador. El crimen sigue, todavía hoy, sin investigarse ni resolverse.

En mayo del mismo año, cuatro jesuitas fueron detenidos, torturados y expulsados. Por las calles salvadoreñas parecían panfletos que anunciaban: “Haga patria, mate a un cura”. En mayo de 1977, el ejército llevó a cabo la “operación Rutilio”, consistente en el registro de las casas del pueblo y ataques violentos a quienes tuvieran en su poder fotos de **RUTILIO GRANDE** o ejemplares del Nuevo Testamento.

El Gobierno reconoció, públicamente, siete muertes perpetradas durante el mes que duro la ocupación. Sin embargo, testigos presenciales hablan de, por lo menos, cincuenta personas asesinadas. Los tres jesuitas que trabajaban con el jesuita **GRANDE** fueron detenidos y también expulsados.

En junio, el escuadrón de la muerte **Unión Guerrera Blanca (UGB)** amenazó con matar a los 47 jesuitas extranjeros residentes en el país, si no abandonaban El Salvador antes de que finalizase el mes. El comunicado de la **UGB** rezaba: “Nuestra lucha no es contra la Iglesia, sino contra el guerrillerismo jesuita”. A medida que el plazo finalizaba, y puesto que los jesuitas no observaron el ultimátum, una voz sin identificar anunció por radio que “en 12 horas, todos los jesuitas estarán muertos”.

El Superior General de los jesuitas, el entonces padre **PEDRO ARRUPE**, dijo que “puede que terminen como mártires, pero no se van a ir porque están con el pueblo”.

En junio de 1977, se publica un comunicado de los jesuitas en la **ECA**, que decía: “No sabemos las razones por las que han dado la mayor batalla contra los jesuitas. Según esos ataques, los jesuitas hemos sido siempre mentirosos, sectarios y falsos. Somos muy hábiles para manipular a la gente y las instituciones con vistas a lograr nuestros fines ocultos. Somos hipócritas. Somos marxistas (lo que es lo mismo que monstruos de los más temibles). En resumen, lo que se saca de toda esta colección de insultos y calumnias es

que los jesuitas somos la plaga más terrible que haya pasado por el país. Y que el remedio, como para toda plaga, es el exterminio. Es claro que la Iglesia está cambiando, y es claro también los jesuitas, como parte de la Iglesia, han cambiado. Estos cambios han sido paulatinos, pero eficaces. Lo fundamental del cambio ha consistido en la decisión de servir a las mayorías del país, y por ello éstas se alegran”.

3. El golpe de Estado y el establecimiento de la Junta de cívico-militar de gobierno en 1979

A finales de 1979, un grupo de militares jóvenes e investidos de un ánimo de reforma lideraron un golpe de Estado que concluyó con la instauración de un gobierno de carácter mixto, presidido por una Junta cívico-militar (en adelante **la Junta**).

Simultáneamente, los sectores más reaccionarios del ejército, contrarios a esta solución, endurecieron su línea y estimularon una mayor actividad de los llamados “escuadrones de la muerte”, los cuales estaban en su mayoría formados por miembros del ejército y de las fuerzas de seguridad que actuaban de forma clandestina infundiendo terror a la población. Uno de sus líderes fue el Mayor del ejército **ROBERTO D'AUBUISSON**, mas tarde declarado responsable del asesinato de Monseñor **ROMERO**.

El deseo de desestabilizar la recién constituida Junta, acarreó también un incremento de la represión contra la comunidad jesuita. En enero y febrero de 1980, las fachadas de varias residencias de jesuitas fueron ametralladas.

El 18 de febrero de ese mismo año, una bomba destruyó parte de la biblioteca de la **UCA** y el 29 de junio, otra bomba dañó seriamente la imprenta. El 22 de marzo, miembros de la Policía Nacional, una de las fuerzas de seguridad adscritas al ejército, entraron

en el campus de la **UCA** abriendo fuego contra un estudiante y deteniendo a otros dos.

A la terrible persecución sufrida por los jesuitas se añadió un hecho que conmovió al mundo, el asesinato el 24 de marzo de 1980 del Arzobispo de San Salvador, Monseñor **ROMERO**, mientras oficiaba misa en la Capilla del **Hospital de la Divina Providencia** de esa capital.

Un día antes de su asesinato, Monseñor **ROMERO**, en su homilía dominical, criticó la actuación de las fuerzas de seguridad, cuerpos policiales y el ejército, precisamente durante los hechos que tuvieron lugar en la **UCA**, y pidió a sus miembros el cese de la represión, aunque eso implicara desobedecer órdenes de sus superiores.

El asesinato de Monseñor **ROMERO** llevaba implícito un mensaje claro: nada ni nadie podría parar el control y el poder del ejército y éste no iba a dudar en eliminar a todo aquel que se opusiera a sus intereses.

En julio de 1980, miembros del ejército entraron y registraron el **Externado de San José** en septiembre del mismo año, dos profesores fueron asesinados en la puerta del colegio. A finales de octubre, la residencia de los jesuitas en Jardines de Guadalupe, en la ciudad de San Salvador, sufrió a su vez dos atentados. El jesuita **MONTES** se salvó de la primera bomba que explotó muy cerca de donde dormía.

En noviembre de 1980, los miembros de la directiva del **FDR** fueron capturados en el **Externado** y los cadáveres brutalmente torturados de cinco de ellos fueron encontrados en las afueras de San Salvador, cerca del lago de Ilopango, y el sexto en un parque de la capital.

Al día siguiente, **IGNACIO ELLACURÍA BEASCOECHEA**, ya Rector de la **UCA**, abandonaba el país después de que un militar le advirtiera de que su vida corría peligro. Permaneció varios meses en España y México. Finalmente se trasladó a Nicaragua, desde donde regresó a El Salvador.

A mediados de 1986, una iniciativa de la **Asamblea Legislativa** encabezada por **ARENA**, intentó revocar a **ELLACURÍA** su ciudadanía salvadoreña, alegando que, como extranjero y religioso, había violado los preceptos constitucionales que prohibían a sacerdotes y religiosos de su condición involucrarse en política.

El propio **ROBERTO D'AUBUISSON** declaró que "con las declaraciones [de **ELLACURÍA**] se puede confirmar lo que siempre se ha dicho: que los verdaderos cabecillas de los movimientos subversivos [...] no están en las montañas sino cerca de la **UCA**" (**El Diario de Hoy**, de 17 septiembre de 1986).

Algunos miembros del **Partido Demócrata Cristiano**, como el presidente **JOSÉ NAPOLEÓN DUARTE**, se unieron a la campaña destinada a revocar la ciudadanía salvadoreña a **ELLACURÍA**.

Entre 1988 y 1989, aparecieron dos libros sobre la Iglesia Popular en El Salvador y su presunta responsabilidad en la "agresión comunista del FMLN". Ambos se centraban en la **Compañía de Jesús**. Poco después, el **Instituto de Relaciones Internacionales (IRI)**, próximo a la derecha política, publicó el libro "La infiltración marxista en la Iglesia", de **ÁLVARO ANTONIO JERÉZ MAGAÑA**. Esta publicación dio lugar a numerosas declaraciones en **El Diario de Hoy** en que se señalaba que "más del 80% de la jerarquía eclesiástica está dominada ideológicamente por los jesuitas **IGNACIO ELLACURÍA, JON SOBRINO** y sus seguidores" (**El Diario de Hoy**, 21 de marzo de 1989).

Muchos medios publicaban continuamente artículos de opinión en los que se describía como causa de todos los males del país, a los jesuitas, y se les criticaba duramente.

A finales de 1988, la gravedad de las injurias y calumnias y sus efectos aumentaron cuando las **Fuerzas Armadas** publicaron en diferentes periódicos nacionales espacios pagados en los que acusaban a **ELLACURÍA** de apoyar el uso, de "coches bomba" por

parte del **FMLN**. Estos eran vehículos sin conductor y con explosivos, mediante los cuales se intentaba atentar contra determinados objetivos militares, pero que, en ocasiones, también provocaban víctimas entre la población civil. El jesuita, no solo negó semejantes métodos terroristas, sino que además los condenó duramente.

La actividad “anti-jesuita” cobro mayor intensidad en marzo de 1989, tras el ascenso al poder del partido **ARENA**, con el presidente **ALFREDO FÉLIX CRISTIANI** a la cabeza.

La animosidad del partido contra la Compañía de Jesús se hizo sentir rápidamente, y en abril de 1989 comenzó una campaña similar, esta vez contra el sacerdote español **SEGUNDO MONTES**, fundador y director del **IDHUCA**. Ese mismo mes, tras el asesinato por parte del **FMLN** del Fiscal General de El Salvador. **ROBERTO GARCÍA ALVARADO**, el Viceministro de Defensa, coronel **JUAN ORLANDO ZEPEDA**, declaró que dicho acto había sido planeado y preparado en la **UCA**, ya que ésta es un refugio de líderes terroristas, desde donde planean la estrategia de ataque contra los salvadoreños” (**El Diario de Hoy**, 20 de abril de 1989).

El 28 de abril la imprenta de la **UCA** sufrió otro atentado con bomba que causó cuantiosos daños. Sin embargo, fue el 22 de julio de 1989, cuando la imprenta de la **UCA** sufrió el acto terrorista de mayor envergadura. En esta ocasión, dos bombas explotaron, (sic) una en el transformador y otra debajo de un autobús aparcado en el exterior del edificio otras dos bombas explotaron cerca de los ordenadores y de la fotocopiadora, y otras tres fueron desactivadas. Aunque no hubo víctimas mortales, los daños materiales fueron cuantiosos.

Hay que considerar, como antecedente de esta situación, la declaración hecha de manera conjunta por los presidentes de México y de Francia **José López Portillo y Françoise Mitterrand** en 1981, respecto de la beligerancia del estado desde el inicio del mismo.

SEGUNDO.- LAS VÍCTIMAS

1. IGNACIO ELLACURÍA BEASCOECHEA S.J. (abreviatura del latín “*Societatis Iesu*”: “de la Compañía de Jesús”) nació en Portugalete (Vizcaya, España), el 9 de noviembre de 1930. Fue el cuarto de cinco hijos varones del principal oftalmólogo de la ciudad. También fue el cuarto en optar por el sacerdocio. Sus primeros estudios los hizo en Portugalete, pero después su padre lo envió al colegio de los jesuitas de Tudela. El 14 de septiembre de 1947, entró en el noviciado de Loyola, lugar de origen del fundador de la Compañía de Jesús. Un año después fue enviado, junto con otros cinco novicios, a fundar el noviciado de la Compañía de Jesús en Santa Tecla (San Salvador). En septiembre de 1949, los seis novicios pronunciaron sus votos de pobreza, obediencia y castidad. En la década de 1950, los jesuitas de Centroamérica no contaban con un centro de estudios para formar a sus estudiantes, sino que estos eran enviados a Quito, donde estudiaban humanidades clásicas en la Universidad Católica.

En la UCA, **ELLACURÍA** comenzó a impartir clases de filosofía en 1967. Pronto lo nombraron miembro de la Junta de Directores. Desde 1972 fue Jefe del Departamento de Filosofía. Desde 1976 dirigió la revista *Estudios Centroamericanos* (ECA) y desde 1979 fue Rector de la UCA y Vicerrector de Proyección Social. Impartió cursos, dirigió seminarios y dictó conferencias en América Latina, Europa y Estados Unidos. Fue rector de la **UCA** durante más de diez años. Teólogo y filósofo -discípulo predilecto del español **XAVIER ZUBIRI-**, fue un hombre de excepcional talla intelectual con un decidido compromiso por la defensa de los Derechos Humanos. Criticó duramente a la extrema derecha salvadoreña y al ejército por hacer uso de la represión y la violencia contra el pueblo salvadoreño. Se convirtió en una figura clave en las negociaciones destinadas a

encontrar una solución amistosa y terminar con la cruenta guerra civil en el país.

La **UCA** fue su vida porque la concibió como un instrumento para servir a la liberación del pueblo salvadoreño. Bajo su dirección la **UCA** se convirtió en una universidad con un sólido prestigio académico y con proyección eficaz hacia la sociedad. El 16 de noviembre de 1989, el **P. IGNACIO ELLACURÍA** fue uno de los ocho civiles inocentes asesinados por el ejército salvadoreño en la **UCA**.

2. IGNACIO MARTÍN BARÓ S.J. nació el 7 de noviembre de 1942 en Valladolid. Fue un reconocido académico, psicólogo social, y filósofo, y sacerdote jesuita. Comenzó su noviciado en la **Compañía de Jesús** en 1959, y poco después fue enviado a Centroamérica donde terminó el segundo año de su noviciado. En 1967 comenzó a impartir clases en la **UCA** donde sirvió en varias ocasiones como Decano de estudiantes, miembro de la Junta Directores de la Universidad y Vicerrector académico.

En 1982 se convirtió en jefe del departamento de Psicología; en 1986 fundó el **Instituto Universitario de Opinión Pública en la UCA**, con el fin de recopilar las opiniones y actitudes del pueblo salvadoreño ante su realidad inmediata. Fue también miembro de la Junta Editorial de publicación de la **Revista de Estudios Centroamericanos (ECA)**, de la **Revista de Psicología salvadoreña** y de la revista "Polémica" de Costa Rica. Fue, además, profesor invitado en la **Universidad Central de Venezuela** en **Maracaibo**, la **Universidad Pontificia de Puerto Rico**, la **Pontificia Javeriana de Bogotá**, la **Universidad Complutense de Madrid** y la **Universidad de Costa Rica** en **San José**. En las primeras horas del 16 de noviembre, **IGNACIO MARTÍN BARÓ** fue asesinado junto a cinco de sus compañeros jesuitas y las dos mujeres antes mencionadas.

3. SEGUNDO MONTES MOZO S.J. nació en Valladolid, el 15 de mayo de 1933. Fue un reconocido académico y pionero activista en la defensa de los Derechos Humanos en Latinoamérica y

sacerdote jesuita. **SEGUNDO MONTES** fundó, en 1985, el **IDHUCA y fue director del mismo hasta su asesinato**. Había ingresado en 1950 en el noviciado de la **Compañía de Jesús**, y un año más tarde fue enviado por sus superiores a El Salvador, donde concluyó el segundo año en el noviciado de Santa Tecla. Empezó su carrera como educador en el **Externado San José del cual fue Rector**. En 1975, fundó en ese colegio, siendo su Rector, el Socorro Jurídico cristiano.

En 1980 se convirtió en el Decano del Departamento de Sociología de la UCA, desde donde publicó numerosos artículos en diferentes publicaciones. Fue también miembro de la Junta Directiva de la Universidad. A partir de 1985, y como consecuencia de su trabajo como director del recién fundado **IDHUCA, MONTES** adquirió gran renombre en El Salvador y en Estados Unidos, también debido a su trabajo con las comunidades de refugiados salvadoreños en otros lugares de América Latina y en los Estados Unidos de América. Fue miembro de la Junta Directiva de **CARECEN (Central American Resource Center)** y del **Centro para los Refugiados Centroamericanos**. **SEGUNDO MONTES** se convirtió en asesor del Congresista norteamericano **JOSEPH MOAKLEY** de Massachusetts en materia de refugiados salvadoreños en EE.UU. **MOAKLEY** fue más tarde enviado por el Congreso estadounidense a El Salvador para investigar el crimen de la **UCA**.

4. AMADO LÓPEZ QUINTANA S.J. nació en Burgos, el 6 de febrero de 1936. Empezó el noviciado en 1952 y ya en su segundo año viajó a El Salvador para más tarde, en 1954, desplazarse a Quito, donde estudió Humanidades y Filosofía y Letras. En 1956 obtuvo la licenciatura en Teología por la Facultad de Teología de Miltown Park Dublín, y en 1970 el Doctorado de Estrasburgo, Francia. Ese mismo año regresó a El Salvador para impartir clases en el **Seminario de San José de la Montaña**, del que después fue nombrado Rector.

En 1973 y 1974 enseñó filosofía en la **UCA** y en 1975 fue trasladado a Managua, Nicaragua. Su llegada coincidió con los últimos años del régimen de **ANASTASIO SOMOZA**, en los momentos más difíciles. En Managua, tras los bombardeos, abrió el campus de la Universidad de los jesuitas y lo puso a disposición de miles de familias, que se refugiaron allí. En 1984 regresó a El Salvador, donde enseñó filosofía y teología en la **UCA**. En los últimos años de su vida fue también el párroco de Tierra Virgen, una comunidad pobre ubicada entre San Salvador y San Martín. **AMADO LÓPEZ** fue asesinado con sus compañeros y sus empleadas domésticas en las primeras horas del 16 de noviembre de 1989, cuando miembros del **Batallón "ATLACATL"** les dispararon a bocajarro, cumpliendo con las órdenes del alto mando del ejército.

5. JUAN RAMÓN MORENO PARDO S.J. nació en Villatuerta, Navarra, el 29 de agosto de 1933, y empezó el noviciado de la Compañía de Jesús en 1950 para más tarde trasladarse a El Salvador. Obtuvo una licenciatura en Humanidades de 1955 y otra en Filosofía y Letras en 1958 en las en la **Universidad Católica de Quito**, Ecuador. En 1965 se licenció en la Facultad de Teología de la **Universidad de Saint Louis**, Missouri, EE.UU. En 1969, se trasladó a Roma, donde recibió los cursos necesarios en Espiritualidad, con el fin de regresar a El Salvador; en 1970 fue nombrado Maestro de Novicios al tiempo que daba clases en la **UCA**.

En 1976 se traslado a Panamá, donde creó el **Centro de Ignacio de Centroamérica**, con el fin de promover la espiritualidad ignaciana. Fue director del mismo hasta 1980. En estos años fundó la Biblioteca del Centro y creó la publicación **Diakonía**, destinada a informar sobre Teología de la Liberación y Teología Espiritual. En 1985 se le encomendó la creación del **Centro para la reflexión Teológica** en la **UCA**. Durante este período también enseñó filosofía en la UCA y supervisó la construcción del **Centro Pastoral Monseñor Romero**. A pesar de todos sus logros académicos,

MORENO siempre conservó su originaria vocación de pastos de parroquia rural, muy próximo a la gente. Tras ser asesinado el 16 de noviembre de 1989, los soldados del **Batallón “ATLACATL”** arrastraron su cuerpo hasta la habitación del también jesuita **JON SOBRINO** que entonces se encontraba ausente de El Salvador.

6. JOAQUÍN LÓPEZ Y LÓPEZ S.J. nació en Chalchuapa, El Salvador, el 16 de agosto de 1918. Inició el noviciado de la **Compañía de Jesús** en El Paso, Texas, EE.UU., en 1938 ya que el noviciado en Centroamérica no había sido todavía instaurado. Se licenció en Humanidades en 1943 y en filosofía en 1946. Empezó sus estudios de Teología en EE.UU. en 1949, y los completó en España a partir de 1951. Trabajó para obtener la aprobación en El Salvador de una ley Universitaria, la que más tarde permitiría la fundación de la **UCA**.

En 1969 fundó, junto a un grupo de mujeres, la organización **Fe y Alegría** que se encargó de establecer talleres de carpintería y costura en colegios de las comunidades más marginadas del país. Él mismo fue el director de **Fe y Alegría** hasta su muerte en 1989. En este tiempo, se inauguraron más de treinta centros educativos a lo largo de todo el país y 48.000 personas recibieron formación y educación profesional. Con la fundación **Fe y Alegría** él estimaba que a través de sus trabajos se conseguiría acabar al menos con uno de los grandes problemas del El Salvador: la falta de educación. El P. **LÓPEZ Y LÓPEZ** no pudo culminar su labor al ser asesinado a los setenta y un años de edad en la **UCA** junto a sus compañeros jesuitas el 16 de noviembre de 1989.

7. JULIA ELBA RAMOS nació en Santiago de María, Usulután, El Salvador, el 5 de marzo de 1947. El marido de **JULIA ELBA**, **OBDULIO RAMOS**, trabajaba de vigilante en una finca de café de Santa Tecla, mientras **JULIA ELBA** era empleada doméstica en San Salvador. Durante la cosecha, **JULIA ELBA** abandonaba su trabajo en San Salvador para ayudar a su marido en la recolección.

En 1970, el propietario de la finca donde trabajaba **OBDULIO**, fue secuestrado y asesinado. **JULIA ELBA Y OBDULIO** se vieron obligados a abandonar sus trabajos y trasladarse a Jayaque, donde él se puso a trabajar como vigilante al mismo tiempo que cosechaba maíz para poder alimentar a su familia. Tuvieron cuatro hijos, aunque el mayor murió al nacer. El segundo murió también cuando todavía era un niño y solo sobrevivieron dos, un varón y una hembra. En 1976 la familia se trasladó a Acajutla, Sonsonate donde **JULIA ELBA** vendía fruta en las calles mientras su esposo trabajaba en los muelles.

En 1979 se vieron obligados a trasladarse de nuevo ya que **OBDULIO** perdió su trabajo en el muelle de Acajutla debido a que se intensificó la violencia en la zona. La familia una vez más se trasladó, ahora a Santa Tecla donde el marido de **JULIA ELBA** primero trabajó como jardinero y más tarde como vigilante nocturno. En 1985 **JULIA ELBA** empezó a trabajar como cocinera en la residencia de los jesuitas de la **UCA**. En 1989 su marido era además el jardinero y vigilante en ese lugar. **SEGUNDO MONTES** le había ofrecido el trabajo junto a una casa de nueva construcción para vivir con su familia. **JULIA ELBA** fue asesinada junto a su hija **CELINA MARICETH RAMOS** por soldados del **Batallón "ATLACATL"** el 16 de noviembre de 1989. Su cuerpo sin vida fue encontrado abrazado al de su hija.

8. CELINA MARICETH RAMOS nació en Jayaque, departamento de La Libertad, el 23 de febrero de 1976. Celina inició sus estudios en la **Escuela Luisa de Marillac** en Santa Tecla. Más tarde fue al **Instituto José Damián Villacorta** en la misma ciudad, donde solo pudo concluir en 1989 su primer año de bachillerato. El 16 de noviembre fue ejecutada, estando en brazos de su madre, por el ejército salvadoreño.

TERCERO.- EL ASESINATO

1.1. EL 11 DE NOVIEMBRE DE 1989

A primeras horas de la noche del 11 de noviembre de 1989, la fuerzas del **FMLN** desencadenaron la que resultó ser la ofensiva urbana más cruenta del conflicto armado salvadoreño, que venía prolongándose durante más de diez años.

En esa noche, el ataque más duro tuvo lugar en los alrededores de la **Universidad de El Salvador** y del cuartel de la **Primera Brigada de Infantería**, próximo a aquella. Hubo enfrentamientos entre miembros del ejército y el **FMLN** en varios puntos de la ciudad, en concreto de la Autopista Sur, cerca del estadio Cuscatlán y a la entrada de una urbanización militar situada junto a la **UCA**.

El 13 de noviembre, desde el Estado Mayor, se decidió crear un comando de seguridad y determinar una zona como especialmente protegida. Esta zona incluía en su perímetro a la **UCA**, y al mismo Estado Mayor Conjunto. También albergaba el **Ministerio de Defensa**, la **Escuela Militar**, la **Dirección Nacional de Inteligencia**, el **Batallón San Benito de la Policía Nacional**, dos urbanizaciones militares, -la Colonia Arce y la Colonia Palermo- y la residencia del embajador de EE.UU.

La Escuela Militar fue el lugar escogido como puesto de mando y su Director, el coronel **GUILLERMO ALFREDO BENAVIDES**, fue nombrado comandante de dicha zona. Estos hechos están corroborados por una de las declaraciones enviadas el 23 de octubre de 1990 en su tercera declaración, al Juzgado Cuarto de los Penal con motivo del procedimiento 19/92, iniciado contra los autores materiales del crimen, el coronel **PONCE** declaró que los comandantes del área metropolitana se reunieron a las dos de la tarde del lunes 13 de noviembre, y allí decidieron solicitar el traslado de una parte

del **Batallón “ATLACATL”** a la capital, con el fin de incorporarlo al comando de seguridad. El Comandante del **“ATLACATL”**, teniente coronel **ÓSCAR ALBERTO LEÓN LINARES**, estuvo presente en la reunión y transmitió la orden a sus hombres. Todos los soldados del **“ATLACATL”** que se desplazaron a San Salvador se encontraban participando en un curso, impartido por militares estadounidenses, que se vio bruscamente interrumpido cuando la unidad se dirigió a la **Escuela Militar** como refuerzo para el recién creado comando de seguridad.

2. PLAN PARA LA COMISIÓN DEL CRIMEN, ALLANAMIENTOS Y REGISTROS DE LA UCA: 13 Y 14 DE NOVIEMBRE DE 1989

El relato que se efectúa a continuación tiene su fuente en el informe final de la Comisión de la Verdad del 13 de noviembre de 1989.

A su llegada a la capital, los comandos del **“ATLACATL”** se dirigieron a la **Escuela Militar** y el oficial al mando se presentó en el **Estado Mayor**.

Una vez allí, se les ordenó efectuar un registro en la residencia de los jesuitas esa misma noche. En su declaración, presentada en el referido juzgado de lo penal, el 5 de septiembre de 1990, el coronel **PONCE** afirmó que “los oficiales del **Batallón “ATLACATL”** se presentaron al **Estado Mayor** para informar de su llegada el 13 de noviembre de 1989, porque el Estado Mayor era quien había ordenado su traslado a la Escuela Militar y su destino al **Comando de Seguridad”**.

El coronel **JOAQUÍN ARNOLDO CERNA FLORES**, jefe del **Grupo III (Operaciones) del Estado Mayor**, declaró ante el mismo Juzgado el 21 de septiembre de 1990, y en el mismo procedimiento, que él y el coronel **PONCE** decidieron enviar a los comandos del **“ATLACATL”** a realizar el registro porque les “pareció la unidad más apropiada”, dada su veteranía y experiencia en combate. También

argumentaba que en ese momento no tenían asignada ninguna otra misión.

El Rector de la **UCA**, **IGNACIO ELLACURÍA** llegó al campus de la Universidad de regreso de su viaje a España hacia las 17:45 horas del 13 de noviembre. Iba acompañado por **AMADO LÓPEZ** y **FRANCISCO ESTRADA**, que habían ido a recibirle al aeropuerto de Comalapa.

Al comienzo de la ofensiva, **ELLACURÍA** se encontraba en España para recibir un premio concedido a la **UCA** y asistir a una reunión del **Consejo Superior Universitario de la Universidad Iberoamericana de Postgrado**, del que fue elegido presidente. A continuación debía pronunciar un discurso en el **Parlamento de la República Federal de Alemania**. Pero el 6 de noviembre, mientras se encontraba en Salamanca, el Ministro de la Presidencia de El Salvador le solicitaría fax, en nombre del Presidente **ALFREDO CRISTIANI**, que formara parte de una comisión que se iba a constituir para investigar el atentado contra la sede de la **Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Salvadoreños (FENASTRAS)**, ocurrido días antes, el 31 de octubre, y que había causado la muerte de nueve personas.

ELLACURÍA contestó a la petición el 9 de noviembre, también vía fax. Tras afirmar que estaba “abrumado por el hecho terrorista”, se manifestó “dispuesto a trabajar por la promoción de los Derechos Humanos”. Y agregó: “Estoy convencido de que el Presidente **CRISTIANI** rechaza ese tipo de hechos y de que con buena voluntad propone, para este caso, este mecanismo, y quisiera apoyar todo esfuerzo razonable para que prosiga el dialogo de la manera más efectiva posible. Precisamente por eso desearía, en primer lugar, agradecer al Sr. Presidente el haberme invitado y, en segundo lugar, pedirle que me dé un espacio razonable de tiempo para tomar mi decisión de un modo responsable en beneficio de la pacificación y democratización del país”.

Este mensaje manuscrito, que incluía la fecha de su regreso al país, fue enviado al despacho del presidente **CRISTIANI**. Poco después, en una entrevista concedida al periódico catalán **Avui**, que fue publicada el 15 de noviembre, víspera de su asesinato, **ELLACURÍA** –preguntado sobre si tenía miedo a causa de las amenazas de muerte que había recibido- contestó: “Nunca. No tengo miedo. No es un sentimiento que normalmente me invada. ¡Sería tan irracional que me matasen! No he hecho nada malo”.

El 13 de noviembre, el Rector y sus compañeros efectuaron el viaje desde el aeropuerto, situado a unos 45 km. de San Salvador, hasta el campus de la UCA, sin incidentes. Llegaron poco antes del toque de queda, que desde el lunes anterior, por decreto gubernamental, comenzaba a las 18:00 horas. Al llegar al portón principal de la UCA, sobre la Autopista Sur, unos soldados los detuvieron, ya que no se permitía la entrada al campus. Cuando les aclararon que en el vehículo viajaba el Rector de la Universidad, les permitieron el paso.

ESTRADA, uno de los acompañantes de **ELLACURÍA**, relató cómo el militar, visiblemente al mando, se acercó al vehículo y dijo: “¡Ah! ya ha llegado usted, padre”, dando la impresión de que había reconocido a **ELLACURÍA**. Cuando éste respondió simplemente “sí”, el hombre dio la orden de dejarles pasar. Nunca se pudo establecer qué unidad era la que estaba de guardia ante el portón de la **UCA** aquella tarde.

En mayo de 1991, y durante el juicio celebrado en San Salvador por el asesinato de los jesuitas, el entonces Ministro de Defensa y ascendido a general, **RENÉ EMILIO PONCE**, declaró no poder identificar a la unidad que estaba de guardia a la entrada de la **UCA** en ese momento.

A las 18:30 horas del 13 de noviembre, de acuerdo con testimonios que obran en el expediente del Juzgado Cuarto de lo Penal de San Salvador, más de cien soldados cercaron la **UCA**. Su

objetivo era allanar y efectuar un registro en la residencia de los jesuitas y en el **Centro Monseñor Romero**, ambos situados en el mismo edificio. Alrededor de veinte hombres, en dos patrullas, entraron en el campus, forzando el candado del portón colindante con la calle Cantábrico. Algunos militares subieron por el muro para introducirse en el recinto. Los sacerdotes se percataron de esta entrada ilegal cuando los soldados ya estaban dentro del **Centro Monseñor Romero** en la planta baja del edificio, a la que accedieron por una ventana, y abrieron a patadas las puertas de las oficinas para su registro. **JUAN RAMÓN MORENO** se ofreció para abrirles las puertas, con el fin de que dejaran de golpearlas y evitar que las rompieran. **ELLACURÍA** preguntó que a qué venía todo aquello y pidió al oficial al mando que se identificara.

Dicho oficial se negó, pero fue capaz de identificar a **IGNACIO ELLACURÍA**, **SEGUNDO MONTES** y **MARTÍN BARÓ** por sus nombres. El teniente **JOSE RICARDO ESPINOZA GUERRA**, oficial al mando de la operación, había estudiado en el colegio **Externado San José** en el período en el que el jesuita **SEGUNDO MONTES** era el Rector.

ELLACURÍA recriminó a los soldados que no tenían derecho alguno a registrar la residencia sin una orden judicial, pues la residencia pertenecía a la **Compañía de Jesús** y no a la Universidad. Seguidamente solicitó hablar con el Ministro de Defensa, pero no se lo permitieron. El oficial al mando le respondió que, debido al estado de sitio instaurado un día antes, tenían permiso y órdenes de registrar todo el campus de la UCA e indicó que sus soldados iban a ocuparlo durante toda la noche. Sin embargo, según se desprende de las declaraciones de los propios soldados ante la **Comisión Investigadora de Hechos Delictivos (CIHD)** no se quedaron todo el tiempo allí.

Los jesuitas describieron el registro como “correcto”, y dijeron que los soldados tuvieron buen comportamiento. **MARTÍN BARÓ**

escribió en sus notas personales que el oficial “en todo momento se comportó respetuosamente con los profesores”.

Los jesuitas acompañaron a los soldados durante la mayor parte del registro y no ocurrió nada más que les hiciera pensar que pudiera tratarse de algo distinto a un registro rutinario. **JOSÉ MARÍA TOJEIRA**, jesuita español, actual rector de la **UCA** y entonces Provincial de Centroamérica, declaró a la **Comisión Investigadora de Hecho Delictivos**, el 28 de noviembre de 1989, que sus compañeros creyeron que el registro lo había causado el regreso de **ELLACURÍA** al país.

Durante los días en que **ELLACURÍA** estuvo fuera de El Salvador, sus compañeros se habían trasladado a una nueva residencia construida en el edificio donde se encontraba el **Centro Monseñor Romero**. Aunque el Rector de la UCA todavía pasó en su antigua residencia la primera noche tras su regreso, el 14 de noviembre se trasladó definitivamente a la nueva.

Según los informes de inteligencia del comando de seguridad, incorporados a la **COMISIÓN DE LA VERDAD**, los soldados del batallón “**ATLACATL**” detuvieron a una persona el 14 de noviembre cerca del cine Colonial, próximo a la **UCA**. Hacia las 15:00 horas, del 15 de noviembre, un grupo de soldados, todos ellos miembros del Batallón “**ATLACATL**”, llegaron al **Centro Loyola**, edificio de uso también privado de los jesuitas, que igualmente había sido registrado días antes. El cuidador abrió las puertas y los soldados examinaron rápidamente las cuarenta y cinco habitaciones del Centro. Al ser informado de la presencia de los soldados, el jesuita **FERMÍN SÁINZ**, director del Centro, se dirigió a ellos y habló con un teniente. Según testimonios recogidos por la **COMISIÓN DE LA VERDAD** posteriormente el teniente comentó: “con este cura sí se puede hablar, en cambio los de ahí abajo se ponen furiosos”. El teniente aludía de esta forma a **ELLACURÍA** y a sus recriminaciones ente el registro del 13 de noviembre. **SÁINZ** creyó que esos militares del

“**ATLACATL**” eran los mismos que hicieron el registro y después cometieron los asesinatos.

Durante toda la tarde del día 15, los soldados ocuparon el Centro en espera de nuevas órdenes. Hacia las 17:15 horas llegó un capitán y dio instrucciones a los oficiales. Allí mismo desplegó una hoja grande de papel y señaló hacia el campus de la Universidad. A las 19:00 horas, ya pasado en exceso el toque de queda, los hombres salieron del **Centro Loyola** y se encaminaron lentamente hacia la **UCA**. De acuerdo con testimonios prestados ante la **COMISIÓN DE LA VERDAD**, antes de abandonar el Centro Loyola, uno de los oficiales comentó que iban a buscar a **ELLACURÍA** y a los demás jesuitas pues “no querían extranjeros”. Otro soldado dijo a un empleado del centro que esa noche iba a haber mucha “bulla” y que era mejor que permanecieran dentro y no “asomaran la cabeza”. Un tercer soldado añadió que iban a buscar a **ELLACURÍA** y si lo encontraban iban a recibir un premio.

3. PLANIFICACIÓN DEL CRIMEN

En aquellos días, la mayoría de oficiales de alta graduación habían permanecido de manera permanente en la sede del **Estado Mayor**. Incluso el Presidente del país, **ALFREDO CRISTIANI**, pasó allí varias noches. El coronel **RENÉ EMILIO PONCE** contó a los miembros de la Comisión del **Congreso de los Estados Unidos**, enviada para investigar el crimen y presidida por el congresista **JOSEPH MOAKLEY** durante su visita a San Salvador, en febrero de 1990, que a partir del 9 de noviembre, y puesto que ya estaban seguros de la “posibilidad de una acción importante del **FMLN**, empezamos a reunirnos casi todas las noches para evaluar la situación”.

Según el citado coronel **PONCE** alrededor de veinte oficiales se reunieron hacia las 19:30 horas del miércoles 15 de noviembre, para “analizar las posiciones que habíamos perdido desde el

11 de noviembre [...] [y] lo que teníamos que hacer para recuperarlas. Nos dimos cuenta de que teníamos que tomar medidas más enérgicas”.

Entre los presentes en la reunión se encontraban el Ministro de Defensa, los Viceministros de Defensa y de Seguridad, los comandantes de las unidades del área metropolitana, los comandantes de las zonas de seguridad, los jefes de las Fuerzas de Seguridad, el director del **Comité de Prensa de la Fuerza Armada de El Salvador (COPREFA)** y los integrantes del **Estado Mayor Conjunto**, con su jefe a la cabeza, el coronel **PONCE**. Según el relato de éste, los oficiales presentes estaban al borde del pánico ante su incapacidad de expulsar de la capital al **FMLN**. Después de mencionar los cuatro ataques a la sede del **Estado Mayor Conjunto** y a las urbanizaciones militares cercanas, el coronel recordó que “habían tenido lugar varias escaramuzas ese mismo día al suroeste de la **UCA**, en Antiguo Cuscatlán, resultando un muerto y un herido”.

Al parecer, y de conformidad con algunos de los testimonios de los presentes, **PONCE** autorizó en esa reunión la eliminación de personalidades políticas, religiosas, dirigentes sindicalistas y reconocidos militantes del **FMLN**. Igualmente se decidió aumentar la intensidad de los bombardeos de la **Fuerza Aérea** y utilizar artillería y vehículos blindados para desalojar al **FMLN** de las zonas de combate en las ciudades, sin tomar en consideración a la población civil.

Después de la mencionada reunión del día 15 a las 17:15, los oficiales permanecieron en la misma sala conversando en pequeños grupos. Uno de ellos estaba formado por **RENÉ EMILO PONCE**, **JUAN RAFAEL BUSTILLO**, **FRANCISCO ELENA FUENTES**, **JUAN ORLANDO ZEPEDA** e **INOCENTE ORLANDO MONTANO** hoy querrellados. Tras deliberar, **PONCE** mandó llamar al coronel **BENAVIDES MORENO**, Director de la **Escuela Militar**, y de acuerdo

con lo contenido en el informe de la **Comisión de La Verdad**, le ordenó acabar con la vida de **ELLACURÍA** sin dejar testigos. Para ellos dispuso utilizar una unidad del Batallón “**ATLACATL**”, la misma que dos días antes registró la residencia de los jesuitas, según el informe de la **COMISIÓN DE LA VERDAD**.

Tras haber recibido dicha orden de **PONCE**, el coronel **BENAVIDES** regresó a la **Escuela Militar** y reunió a sus oficiales para comunicarles la decisión tomada en la reunión del **Estado Mayor** y la orden recibida.

En relación con la mencionada reunión celebrada en la sede del **Estado Mayor**, meses después, el 27 de agosto de 1990, el Ministro de Defensa, **general HUMBERTO LARIOS**, envió al juez Ricardo **ZAMORA** -quien estaba a cargo de la investigación del crimen- una lista con los nombres de los oficiales presentes en ella. Ese mismo mes de agosto el juez **ZAMORA** envió al general **LARIOS** y al coronel **PONCE** una lista de preguntas relacionadas con lo tratado en la reunión del 15 de noviembre. Las declaraciones de estos dos oficiales, presentadas por escrito, no proporcionaron información alguna que pudiera ayudar a clarificar el plan y el posterior asesinato de **ELLACURÍA** y sus compañeros.

Por el contrario, el coronel retirado, **SIGIFREDO OCHOA PÉREZ**, declaró a la prensa y en una entrevista en el programa “60 Minutes” de la televisión de EE.UU., el 22 de abril de 1990, que estaba convencido que el coronel **BENAVIDES** no había actuado solo y que había recibido órdenes de un grupo pequeño de oficiales tras la reunión en el **Estado Mayor** la noche del 15 de noviembre.

A los pocos días de estas declaraciones, se publicó en la prensa salvadoreña en comunicado anónimo de un grupo de militares jóvenes apoyando al coronel **OCHOA** y citando otras reuniones con altos oficiales que tuvieron lugar ese mismo día. A pesar de la relevancia de este comunicado, el **Alto Mando** calificó la información de “ser propaganda” del **FMLN** y no investigó su veracidad.

Volviendo al día de los hechos, consta según informaciones obtenidas a lo largo de las investigaciones llevadas a cabo por las Comisiones de Investigación, otra reunión importante que tuvo lugar aquel mismo 15 de noviembre en la **Dirección Nacional de Inteligencia (DNI)**, situada cerca del **Estado Mayor** y de la **Escuela Militar**. La **Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (CIA)** compartía sus oficinas con la **DNI** y los agentes de la **CIA** solían asistir a sus reuniones, en particular los días previos a la anunciada ofensiva del **FMLN**.

El 16 de noviembre por la mañana, de nuevo agentes de la **DNI** tuvieron su reunión habitual. En el orden del día estaba, entre otras cuestiones, la recepción de un informe del jefe de la **DNI**, coronel **CARLOS MAURICIO GUZMÁN AGUILAR**, sobre las decisiones tomadas la noche anterior en el **Estado Mayor**. Empezada la reunión, un oficial identificado más tarde como el capitán **CARLOS FERNANDO HERRERA CARRANZA**, la interrumpió para anunciar que había escuchado en la radio que habían asesinado a **ELLACURÍA** al resistirse a ser detenido. Al preguntarle si alguien de la **CIA** estaba en esa reunión, el **Embajador de los EE.UU. WILLIAM WALKER**, dijo a un grupo de jesuitas estadounidenses: “me han dicho que no”.

El periódico **San Francisco Examiner**, uno de los diarios principales de esta ciudad estadounidense, informó en febrero de 1990 que habían circulado varias versiones contradictorias acerca de esta reunión y que una fuente del periódico aseguró que miembros de la **CIA** estaban presentes y sabían del plan para cometer la masacre. Según otras versiones, el jefe de la **DNI**, coronel **GUZMÁN AGUILAR**, tuvo una acalorada discusión con otro coronel, **ROBERTO PINEDA GUERRA**, quién señaló que estas muertes tendrían serias repercusiones para la **Fuerza Armada**. El capitán **LUIS ALBERTO PARADA FUENTES**, uno de los oficiales de la **DNI** que asistió a la reunión, declaró que “cuando oí la palabra arresto

de la boca del capitán Herrera Carranza supe que los autores de los asesinatos de los sacerdotes jesuitas eran miembros de la **Fuerza Armada**, porque eso es lo que la palabra [arresto] sugiere”.

4. EL ASESINATO: 16 DE NOVIEMBRE DE 1989

Tras la reunión en el **Estado Mayor**, una vez tomada la decisión de asesinar a **ELLACURÍA** sin dejar testigos, la orden dada al jefe de la zona de seguridad y Director de la **Escuela Militar**, el coronel **GUILLERMO ALFREDO BENAVIDES MORENO**, era inequívoca. Para llevar a cabo esta orden se dispuso de efectivos del batallón “**ATLACATL**”, entre los que se encontraban el Teniente **JOSÉ RICARDO ESPINOZA GUERRA**, Segundo Teniente **GONZALO GUEVARA CERRITOS**, Soldado **OSCAR MARIANO AMAYA GRIMALDI**, Sargento **ANTONIO RAMIRO ÁVALOS VARGAS**, Cabo **ANGEL PÉREZ VÁSQUEZ**, Sargento Segundo **TOMÁS ZÁRATE CASTILLO**, Soldado **JOSÉ ALBERTO SIERRA ASCENCIO**.

Con el apoyo de miembros de los destacamentos de Sonsonate y Ahuachapán. Al igual que el citado registro del lunes anterior, la operación se puso en manos del teniente **JOSÉ RICARDO ESPINOZA GUERRA** y su segundo, el subteniente **GONZALO GUEVARA CERRITOS**, ambos miembros del batallón “**ATLACATL**”.

De acuerdo con las confesiones ante las diferentes comisiones investigadoras, realizadas por miembros del batallón “**ATLACATL**” involucrados en el crimen, a las 23:00 horas del 15 de noviembre, **ESPINOZA** recibió la orden de presentarse ante el coronel **BENAVIDES** en la **Escuela Militar**.

Allí, dicho coronel –de acuerdo con lo contenido en el informe de la **Comisión de la Verdad**– les indicó que se trataba de una situación desesperada, en la que “son ellos o somos nosotros, así que vamos a comenzar por los cabecillas. Dentro del sector de nosotros

tenemos la Universidad y ahí está **ELLACURÍA**". Inmediatamente ordenó a **ESPINOZA**, quien había llevado a cado el registro en días anteriores y conocía la zona, que utilizara el mismo dispositivo y que eliminara a **ELLACURÍA** sin dejar testigos. Igualmente ordenó al teniente **MENDOZA** que fuera con ellos y se asegurara de que no hubiera problemas. Posteriormente, y antes de salir de la **Escuela Militar**, **ESPINOZA** pidió a **MENDOZA** una barra de camuflaje para pintarse la cara. Como ya se ha dicho, el teniente

ESPINOZA se había graduado en el **Externado San José** siendo Rector **SEGUNDO MONTES** y probablemente no deseaba ser reconocido.

Inmediatamente se entregó un fusil AK-47 a **ÓSCAR MARIANO AMAYA GRIMALDI**, soldado del "**ATLACATL**", diestro en el manejo de este tipo de arma. **AMAYA GRIMALDI** declaró ante la **COMISIÓN INVESTIGADORA DE HECHOS DELICTIVOS** en 1989, después haber recibido la orden de su jefe inmediato de que debían acabar con unos "delincuentes terroristas" que se encontraban en el interior de la **UCA**.

Poco después de recibir la orden del coronel, los efectivos seleccionados para esta misión salieron de la **Escuela Militar** en dos camionetas y se dirigieron a unos edificios de apartamentos abandonados, próximos a la **UCA**, en los que se concentraron.

El teniente **ESPINOZA**, con el apoyo del subteniente **GUEVARA CERRITOS**, dio instrucciones que incluían cobertura y seguridad para quienes iban a matar a los sacerdotes. Se decidió quién iba a ejecutar el crimen y el grupo se desplazó en columna hacia la **UCA**. **AMAYA GRIMALDI**, conocido entre sus compañeros como "**PILIJAY**" ("**VERDUGO**") se encargaría de reducir a las personas objetivo de la operación.

Según testigos oculares que testificaron en la **COMISIÓN DE LA VERDAD** entraron por el portón para peatones de la **UCA** y esperaron algún tiempo en el Parking. Entretanto un avión que

volaba a muy baja altura sobre la **UCA** despertó al jesuita **SÁINZ** y a varios vecinos.

El operativo se dividió en tres unidades. Un grupo de soldados permaneció a cierta distancia del **Centro Monseñor Romero**, rodeando el edificio. Otro se apostó sobre los tejados de casas vecinas y un pequeño grupo se encargó directamente de los asesinatos. Una vez rodeada la casa, los soldados comenzaron a golpear las puertas al tiempo que se adentraban en la planta baja del **Centro Monseñor Romero** destruyendo todo lo que encontraron a su paso. El resto ordenó a gritos a los jesuitas que abrieran la puerta. **AMAYA GRIMALDI** testificó haber visto una persona inmóvil en una hamaca colgada en el corredor quien ante los gritos respondió: “Espérense, ya voy a ir a abrirlas, pero no estén haciendo ese desorden”.

AMAYA GRIMALDI señaló que esta persona vestía una bata color café. **IGNACIO ELLACURÍA**, en el momento de ser asesinado, vestía una bata de dicho color.

De acuerdo con el testimonio del sargento **ANTONIO RAMIRO ÁVALOS VARGAS**, tras intentar forzar la entrada a la residencia, un religioso en pijama le abrió la puerta. Éste le indicó que dejaran de golpear puertas y ventanas, pues eran conscientes de lo que les iba a suceder. El único de los jesuitas encontrado sin vida vistiendo pijama y sin bata fue **SEGUNDO MONTES**.

Inmediatamente, **MONTES** fue llevado al jardín en la parte delantera de la residencia. Allí estaban ya los sacerdotes **AMADO LÓPEZ, IGNACIO ELLACURÍA, IGNACIO MARTÍN BARÓ Y JUAN RAMON MORENO**.

De acuerdo con el testimonio de uno de los testigos oculares ante la **COMISIÓN DE LA VERDAD**, **MARTÍN BARÓ** acompañó a un soldado a abrir la puerta que comunicaba a la residencia con la **Capilla de Cristo Liberador**. Siempre de acuerdo con este testigo, allí se encontraban cinco soldados y **MARTÍN BARÓ**, se dirigió a ellos y les dijo: “Esto es una injusticia. Ustedes son carroña”.

MARTÍN BARÓ pronunciaría estas palabras al ver que un soldado tenía encañonadas a **JULIA ELBA** y a su hija **CELINA**, ya que para acceder a la puerta de comunicación era preciso pasar por la habitación donde los cuerpos sin vida de **JULIA ELBA** y su hija fueron encontrados.

TOMÁS ZÁRATE CASTILLO, sargento del batallón “**ATLACATL**”, se quedó de guardia en la habitación donde se encontraban las dos mujeres.

ÁVALOS y **AMAYA GRIMALDI** dieron la orden a los sacerdotes de tirarse al suelo boca abajo. **JOAQUÍN LÓPEZ Y LÓPEZ** consiguió esconderse en uno de los cuartos. El resto de los religiosos permanecieron tumbados en el suelo. Justo antes de que se escucharan los disparos, y de acuerdo con la declaración de algunos vecinos, se escucharon susurros, apenas cuchicheos, que indicaban que los religiosos rezaban juntos antes de la hora fatal.

ANTONIO ÁVALOS declaró en la **COMISIÓN DE LA VERDAD** que el teniente **ESPINOZA** le llamó y preguntó: “¿A qué hora va a proceder?”. El sargento entendió la frase como una orden para eliminar a los sacerdotes boca abajo en el jardín y entonces indicó a **AMAYA GRIMALDI** que los ejecutara.

ÁVALOS disparo varias veces contra **JUAN RAMÓN MORENO** y **AMADO LÓPEZ**. **AMAYA GRIMALDI** disparaba simultáneamente a **ELLACURÍA**, **MARTÍN BARÓ** y a **MONTES**. **AMAYA GRIMALDI** recuerda que disparó primero y más tarde les dio un tiro de gracia a cada uno.

De acuerdo con las primeras indagaciones según la **COMISIÓN DE LA VERDAD** es posible que algunas de las víctimas trataran de incorporarse al comenzar la ejecución mientras que otros, como **MARTÍN BARÓ** permanecieran inmóviles.

Mientras tanto, **TOMÁS ZÁRATE** continuaba custodiando a **JULIA** y tras escuchar la orden disparo a las dos mujeres hasta estar seguro de que estaban muertas, pues, según él: “éstas no se quejaban”.

En este momento cesaron los tiros y apareció en la puerta de la residencia **LÓPEZ Y LÓPEZ**. Al verlo, los soldados le gritaron y según declaraciones de **AMAYA GRIMALDI**, el religioso pidió clemencia, entrando de nuevo en la casa. El cabo **ÁNGEL PÉREZ VÁSQUEZ**, del batallón “**ATLACATL**” declaró, a su vez, que **LÓPEZ Y LÓPEZ** se metió en la casa al ver a los soldados y que éstos le siguieron; uno de ellos, en el momento en que se adentraba en una de las habitaciones, le disparó.

PÉREZ VÁSQUEZ inspeccionó el lugar y al pasar junto al cuerpo del religioso sintió que éste le agarraba de los pies, por lo que retrocedió y le disparó cuatro veces más. Concluido el crimen, se lanzó una bengala en señal de la retirada. **ÁVALOS VARGAS**, al pasar frente a una sala oyó gemir a alguien. Encendió una cerilla y vio que en el interior se encontraba **JULIA ELBA RAMOS** y su hija, **CELINA MARICETH RAMOS**, las dos tiradas en el suelo, abrazadas, agonizando. Entonces ordenó al soldado SIERRA ASCENCIO que las rematara, quien así lo hizo. JORGE ALBERTO SIERRA ASCENCIO, soldado del batallón “**ATLACATL**”, disparó una ráfaga larga hasta asegurarse de que no seguían con vida.

El cabo **HERNÁNDEZ** arrastró el cadáver de **JUAN RAMÓN MORENO** hasta el segundo cuarto del lado oeste de la residencia, y lo dejó allí tirado. Su cuerpo sin vida fue encontrado en la habitación del jesuita **JON SOBRINO**.

El operativo duró alrededor de una hora desde que fue iniciado en la UCA, con la misión de acabar con **ELLACURÍA** sin dejar testigos. De regreso a la **Escuela Militar**, en ésta el teniente **ESPINOZA GUERRA** acudió rápidamente al despacho del coronel **BENAVIDES MORENO** para darle cuenta de lo sucedido. No dio con él. **ESPINOZA GUERRA** declaró haber hablado más tarde con el Coronel, quien, después de que **ESPINOZA** mostrara su desasosiego por lo sucedido, le aseguró que no tenía de qué preocuparse y que debía confiar en él. Esa misma noche había más de trescientos

militares, entre oficiales y soldados, en los alrededores de la **UCA**. Ninguno de ellos vio nada extraño, ni informó o intentó averiguar lo ocurrido en la Universidad.

De acuerdo con los libros de registro del **Ministerio de Defensa**, los soldados del batallón “**ATLACATL**”, responsables del asesinato, fueron enviados a las seis de la mañana del día 16 de noviembre a combatir en la zona de Mejicanos y la colonia Zacamil.

También se pudo constatar, a través del procedimiento seguido en el referido Juzgado, que ese mismo día entre las 14:00 y las 15:00 horas, monseñor **ARTURO RIVERA Y DAMAS** y monseñor **GREGORIO ROSA CHÁVEZ** escucharon una voz en un vehículo militar que decía: “Seguimos matando comunistas. Ya han caído **ELLACURÍA y MARTÍN BARÓ**. Ríndanse. Somos de la **Primera Brigada**.” A pesar de las sendas denunciadas presentadas por los religiosos, estas declaraciones y sus autores nunca fueron investigadas.

CUARTO.- RESPONSABILIDAD PENAL INIVIDUAL DE LOS QUERELLADOS

1. **Rafael Humberto LARIOS LÓPEZ** es responsable como General y Ministro de Defensa por su participación en las reuniones en las que se planificó la masacre.
2. **René Emilio PONCE** es responsable como Jefe del Estado Mayor Conjunto por planificar y ordenar el crimen.
3. **Juan Rafael BUSTILLO** es responsable como General y Comandante de la Fuerza Aérea salvadoreña por su participación en la planificación del crimen.
4. **Juan Orlando ZEPEDA** es responsable como Coronel y Viceministro de Defensa por su participar en la planificación de los asesinatos.

5. **Inocente Orlando MONTANO** es responsable como Coronel y Viceministro de Seguridad Pública por planear el crimen.
6. **Francisco ELENA FUENTES** es responsable como Coronel del ejército y Jefe de la Primera Brigada de Infantería por participar en las reuniones donde se ideó el asesinato.
7. **Carlos Camilo HERNÁNDEZ BARAHONA**, es responsable por ordenar el asesinato, y por la destrucción de los libros de registro de la Escuela Militar.
8. **José Ricardo ESPINOZA GUERRA** responsable como Teniente y miembro del batallón “**ATLACATL**” y estuvo cargo del operativo que llevo a cabo el crimen.
9. **Gonzalo GUEVARA CERRITOS**, responsable como miembro del batallón “**ATLACATL**” por ordenar y asegurar la ejecución del crimen.
10. **Oscar Mariano AMAYA GRIMALDI**, responsable como miembro del batallón “**ATLACATL**” por ejecutar directamente el asesinato al disparar a los jesuitas **IGNACIO ELLACURÍA, IGNACIO MARTÍN BARÓ Y SEGUNDO MONTES**.
11. **Antonio Ramiro ÁVALOS VARGAS**, responsable como miembro del batallón “**ATLACATL**” y por asesinar directamente a los jesuitas **AMADO LÓPEZ Y JUAN RAMÓN MORENO**.
12. **Ángel PÉREZ VÁSQUEZ**, responsable como miembro del batallón “**ATLACATL**” por participar en el crimen y ejecutar al jesuita **JOAQUÍN LÓPEZ Y LÓPEZ**.
13. **Tomás ZÁRATE CASTILLO**, responsable como miembro del operativo que llevo a cabo el crimen y por disparar hasta su muerte a **JULIA ELBA RAMOS Y CELINA MARICETH RAMOS**.
14. **José Alberto SIERRA**, responsable como miembro del batallón “**ATLACATL**” y por disparar, por segunda vez, asegurando la muerte de ambas mujeres.
15. **ALFREDO CRISTIANI**, Presidente de la República de El Salvador y comandante de las Fuerzas Armadas en 1989,

es responsable como encubridor por el asesinato de los seis jesuitas, la empleada doméstica y la hija de ésta por las siguientes conductas:

- a) Tras conocerse el asesinato, **CRISTIANI** ocultó información sobre los hechos ocurridos el 16 de noviembre de 1989 a la opinión pública.
- b) Elude la adecuada investigación de los hechos encargados a la **Comisión Investigadora de Hechos Delictivos** formada en 1985 cuyos miembros incurren en graves irregularidades procedimentales subsanadas por **CRISTIANI**, a pesar de la ineludible obligación de investigar como Presidente de la República de El Salvador.
- c) Como consecuencia de la presión del gobierno de los Estados Unidos, **CRISTIANI** creó una Comisión para investigar el crimen conocida como la **Comisión de Honor** y expresamente designó como miembros de la misma, a pesar de la presunta participación del alto mando del ejército en el crimen, a seis oficiales del ejército y únicamente a dos asesores civiles.
- d) Ignora los requerimientos efectuados por el titular del Juzgado Cuarto de lo Penal de San Salvador para que aporte documentación necesaria para la instrucción de la causa y se niega a prestar declaración cuando expresamente es solicitado por aquél.
- e) Cuando el entonces Presidente **CRISTIANI** por fin autoriza a miembros de las Fuerzas Armadas para que presenten declaración testifical, tras varios requerimientos del Juez para que ratificaran y ampliaran sus declaraciones emitidas anteriormente ante la **Comisión** investigadora, los testigos que finalmente acudieron a declarar ante el Juez eran falsos, y no eran los que inicialmente habían comparecido ante la Comisión.

- f) Defiende públicamente a los miembros del Alto Mando Militar, presuntos autores del crimen.

QUINTO.- LA LEY DE AMNISTÍA GENERAL PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA PAZ

En 1992, la Asamblea Legislativa de El Salvador dictó el Decreto núm. 147 de 23 de enero de 1992, publicado en el Diario Oficial núm. 14, Tomo 314 del mismo año, conocido como la *Ley de Reconciliación Nacional*.

Pese a su amplitud, estableció en su art. 6 una excepción respecto del enjuiciamiento de los casos incluidos en el informe de la **Comisión de la Verdad** de 1992. Dicho artículo negaba esta gracia a “las personas que, según el informe de la **Comisión de la Verdad** hubieran participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1 de enero de 1980 cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector a que pertenecieran en su caso”.

Sin embargo, la misma Ley de Reconciliación Nacional contemplaba una excepción al permitir a la **Asamblea Legislativa** que en un plazo de seis meses posterior a la presentación del informe final de la **Comisión de la Verdad**, adoptara las resoluciones que estimara pertinentes respecto de lo concluido en dicho informe.

El 15 de marzo de 1993, la **Comisión de la Verdad** presentó su informe final. Cinco días después la **Asamblea Legislativa** aprobó una nueva ley de Amnistía denominada **Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz** (en adelante Ley de Amnistía), mediante Decreto Legislativo núm. 486 de 20 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 56, Tomo 318, de 22 de marzo del mismo año, que constituyó realmente una auto-amnistía.

Esta disposición contenía una amnistía absoluta e incondicional, que derogaba expresamente la excepción del artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional.

El artículo 1 de la **Ley de Amnistía** de 1993 establecía: “Se concede amnistía amplia, absoluta, e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos políticos, comunes conexos con éstos y en delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte, antes del primero de enero de mil novecientos noventa y dos, ya sea que con dichas personas se hubiere dictado sentencia, se haya iniciado o no procedimiento por los mismos delitos, concediéndose esta gracia a todas las personas que hayan participado como autores inmediatos, mediatos o cómplices en los hechos delictivos antes referidos. La gracia de la amnistía se extiende a las personas a las que se refiere el artículo 6 de la Ley de Reconciliación Nacional”.

Asimismo, el artículo 4 extinguía toda responsabilidad civil derivada de los delitos amnistiados a sus autores.

El 11 de mayo de 1993, organismos nacionales de El Salvador de Derechos Humanos interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley que fue, sin embargo, declarado improcedente por la Sala de lo Constitucional de la **Corte Suprema de Justicia**. La Sala declaró incompetente para conocer dicho recurso por tratarse de una “cuestión política” y no legal.

Esta ley, como luego desarrollaremos en la fundamentación de *iure* de esta querrela (FJ 1.3.2.2.), debe ser tenida como nula de pleno derecho y, por tanto, inoperante.

SEXTO.- PROCEDIMIENTO JUDICIAL SEGUIDO EN EL SALVADOR POR ESTOS HECHOS

Después de los asesinatos, y a pesar de la existencia de testimonios que indicaban la participación de militares en el asesinato,

la investigación fue muy lenta y orientada a investigar a las Fuerzas Armadas, tal y como se recoge en el informe de la Comisión del Congreso de EE.UU. presidida por Joseph **MOAKLEY** (documento que acompaña esta querrela con como núm. 3)

En diciembre de 1989 se llevó a cabo el interrogatorio de **LUCÍA BARRERA DE CERNA**, empleada doméstica de los jesuitas y testigo ocular de la masacre. A pesar de ser la primera testigo de relevancia para el esclarecimiento, tuvo que retractarse de su testimonio consecuencia de la intimidación que sufrió por parte de autoridades salvadoreñas y estadounidenses.

En enero de 1990, el Mayor del ejército de los Estados Unidos, **ERICK BUCKLAND** asignado para trabajar con el C-5 (operaciones psicológicas) en el **Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada** comunicó a sus superiores desde San Salvador que había recibido información que comprometía al coronel **BENAVIDES** en los asesinatos. De acuerdo con **BUCKLAND**, el 20 de diciembre de 1989, el jefe del C-5, coronel **CARLOS ARMANDO AVILÉS**, le contó que **BENAVIDES** había confesado su participación en el asesinato a **MANUEL RIVAS MEJÍA**, director de la investigación llevada a cabo por la **Comisión Investigadora de Hechos Delictivos (CIDH)**.

La **CIHD** fue creada en 1985, como parte de un programa de ayuda estadounidense para la Administración de Justicia salvadoreña con el mandato único de investigar el asesinato de jesuitas de las **UCA**. De conformidad con el informe titulado “El Caso Jesuitas” del grupo independiente de abogados que actuó como observadores internacionales, el Lawyers Committee for Human Rights (en adelante **LCHR**, que se acompaña como documento número 4) de 1991, un cuidadoso estudio del informe final de la investigación de la **CIHD** que obra en el expediente del Sumario 1074/89 en el Juzgado Cuarto de lo Penal de San Salvador revela la negligencia, falta de profesionalidad y mala fe en la actuación de la CIDH. La CIDH

incurrió en dilaciones inexplicables en la obtención de documentación y otros medios de prueba y nunca tomó declaración, entre otros, al coronel **BENAVIDES** a pesar de que este era el comandante de la zona en la que se encuentra la **UCA**.

Las declaraciones, ante la televisión estadounidense del mayor **BUCKLAND** y las presiones de la embajada norteamericana avanzaron la investigación y el presidente Alfredo **CRISTIANI** se vio forzado a constituir una **Comisión de Honor** para hacerse cargo de la investigación. Esta **Comisión** estaba formada por siete miembros, cinco militares de alto rango y dos civiles. Sin embargo, y de acuerdo con el informe del **LCHR**, el mandato de la **Comisión** no estaba nada claro. Es importante señalar que el nombre de sus miembros no fue revelado al Juez **RICARDO ZAMORA**, titular del Juzgado Cuarto de lo Penal de San Salvador, más tarde a cargo de la instrucción del caso, hasta marzo de 1990. La actuación de la Comisión careció de transparencia y nunca se supo que metodología siguieron los comisionados.

Tampoco hubo ningún mecanismo que permitiera al Juez o los observadores internacionales comprobar la validez de lo declarado. La **Comisión** remitió el informe, y fue aceptado, al presidente **CRISTIANI**, el 12 de enero de 1990. Dicho informe contenía las declaraciones extrajudiciales de, al menos, treinta miembros del ejército y señalaba a nueve acusados nombrados como los responsables del crimen, cuatro oficiales y cinco soldados según lo recogido en el informe final de la **Comisión de la Verdad**.

1. JUICIO PENAL EN EL SALVADOR

En el sistema judicial salvadoreño de la época, el enjuiciamiento criminal constaba de dos fases, el sumario, que es la investigación destinada a obtener la prueba para establecer la existencia del crimen y el Plenario en la que el Juez determinaba, a partir de

la prueba presentada y admitida, la culpabilidad o inocencia del acusado. En el sistema legal salvadoreño vigente en ese momento el mismo juez estaba encargado del Sumario y del Plenario.

1.1 FASE DE SUMARIO

Una vez concluidos los informes se iniciaron diligencias de instrucción que recayeron en el **Juzgado 4º de lo Penal** de San Salvador cuyo titular en aquel momento era **DON RICARDO ZAMORA**, en el marco del procedimiento 1074/89.

Tras las indagaciones realizadas por la **Comisión de Honor**, el 16 de enero del Juez llamó a declarar a presuntos responsables y a los miembros de las comisiones de investigación.

Los miembros de la **Comisión de Honor**, seis, oficiales del ejército salvadoreño y dos asesores legales civiles, corroboraron ante el Juez que siete de los nueve acusados admitieron su participación en los asesinatos y que todos ellos, reconocieron haber recibido órdenes directas del coronel **BENAVIDES** de asesinar a **IGNACIO ELLACURÍA** sin dejar testigos.

Siete de los acusados, incluido **BENAVIDES**, se negaron a declarar ante el Juez aduciendo estar enfermos. El resto admitió haber sido parte del registro a la **UCA** del día 13 de noviembre (ver hecho tercero) pero negaron su participación en los asesinatos. Como parte de las diligencias del Sumario 1074/89, el titular del Juzgado, tomó además declaración, entre otros, a los siguientes testigos:

-Teniente **HÉCTOR ULISES CUENCA OCAMPO**, miembro del **Directorio Nacional de Inteligencia (DNI)**, quien acompañó a las tropas del Batallón “**ATLACATL**” en el registro a la **UCA** el 13 de noviembre de 1989.

-Capitán **CARLOS FERNANDO HERRERA CARRANZA**, quien testificó el 13 de julio de 1990, en relación con dicho registro

en la **UCA** y quien fue identificado durante las declaraciones como el oficial que comunicó a los miembros de la DNI, a las 6:30 de la mañana del 16 de noviembre, que **IGNACIO ELLACURÍA** había sido asesinado.

-Coronel **CARLOS MAURICIO GUZMÁN AGUILAR**, Director de la **DNI**, quien testificó el 5 de octubre de 1990.

-Capitán **LUIS ALBERTO PARADA FUNES**, quien en marzo de 1991 declaró que el Capitán **HERRERA CARRANZA** mintió al informar como supo de los asesinatos, pues en realidad se enteró a través de la radio de frecuencia limitada y uso exclusivamente militar para oficiales del ejército.

-Mayor **ERICK BUCKLAND**, del ejército de los Estados Unidos, de América y asesor del ejército salvadoreño, quien declaró que su amigo, el coronel **CARLOS ARMANDO AVILÉS BUITRAGO**, miembro de la CIDH, basándose en información obtenida del coronel **LÓPEZ y LÓPEZ**, le informó que fue el coronel **BENAVIDES** quien transmitió la orden de realizar la operación que culminó en los asesinatos del a UCA. El Mayor **BUCKLAND** también sostuvo que días después de este encuentro, le preguntó a **AVILÉS BUITRAGO** sobre la participación del coronel **EMILIO PONCE**, algo de **AVILÉS BUITRAGO** ni negó ni confirmó.

-Teniente coronel, **MANUEL ANTONIO RIVAS MEJÍA**, jefe de la **CIDH**, que admitió que la Comisión, durante la investigación incurrió en las siguientes irregularidades:

- No se investigó el papel del Alto Mando de la Fuerza Armada de El Salvador, a pesar de la abrumadora prueba de su responsabilidad en los asesinatos.
- No se investigaron las razones que justificaron el registro en la **UCA** del 13 de noviembre de 1989.
- No se investigaron las amenazas contra la **UCA** y los jesuitas durante la ofensiva guerrillera de noviembre de 1989.

- No se interrogó al teniente coronel **CAMILO HERNÁNDEZ**, Subdirector de la Escuela Militar, ni al coronel **LEÓN LINARES**, Comandante del **Batallón “ATLACATL”**, pues el comando a cargo de la operación no estaba bajo su mando.
- No se hizo nada con el fin de localizar al soldador **SIERRA ASCENCIO después de su fuga** siendo uno de los acusados de participar en la masacre de la **UCA**.

Todos los militares interrogados declararon haber sabido de los asesinatos por las noticias y tras la comunicación realizada por **HERRERA CARRANZA**.

Respecto de la obtención de prueba documental, el Juez acordó la práctica de diligencias a efectos de obtener una copia del libro de órdenes de la **Escuela Militar**, el mismo libro que el teniente **MENDOZA** admitió a la **CIHD** hacer llevado a la **Policía Nacional**. También solicitó que ese reprodujera la copia del libro de “entradas y salidas” de la Escuela Militar, sin éxito.

Meses después se supo, a través del testimonio presentado ante el Juez **ZAMORA** el 18 de octubre de 1990 del teniente **JOSÉ LUIS PREZA RIVAS**, jefe de la unidad de investigaciones del **CIHD**, los libros habían sido quemados siguiendo órdenes de los oficiales de la **Escuela Militar** (Informe **Moakley**).

El 18 de enero de 1990, el Juez ordenó la detención provisional de los nueve acusados, con la excepción del soldado **SIERRA ASCENCIO**, quien desertó y se dio a la fuga pocos días después de los asesinatos. Todos los acusados fueron detenidos y permanecieron bajo la custodia del ejército salvadoreño impidiéndole al juez cualquier contacto con ellos durante los dos años que duró el proceso.

Desde mediados de enero de 1990, todos los acusados, fueron llamados a declarar en el marco del sumario instruido por el juzgador a fin de ratificar sus confesiones ante la **Comisión de Honor**. Todos ellos, sin excepción, negaron su participación en

el crimen y contradijeron lo anteriormente recogido por la referida **Comisión**. Algunos de los acusados negaron incluso haber firmado voluntariamente sus confesiones, tal y como se las presentaron al Juez, cambiando deliberadamente la versión de lo narrado, (Informe del **LCHR**).

Durante la fase de Sumario, el Juzgado Cuarto de lo Penal encontró incontables obstáculos que dilataron el ya de por sí difícil proceso. Los testigos, casi todos ellos soldados, no se presentaban cuando eran citados, algunos se presentaban sin identificación, incluso las **Fuerzas Armadas** llegaron a confundir al Juez presentando deliberadamente los testigos equivocados. La **Fuerza Armada** destinó fuera del país a alguno de los testigos clave. Durante este periodo, la falta de voluntad de cooperar y la obstrucción por parte de **las Fuerzas Armadas** fue evidente (Informe del **LCHR**).

Algunos miembros de la **Comisión de Honor**, negaron haber preparado el informe que obraba ya en manos del Juez y se resistieron a dar explicaciones respecto de las conclusiones de su informe y de cómo llegaron a determinar a esos nueve individuos como los responsables creando aun mayor confusión.

De acuerdo con el informe de la **Comisión de la Verdad**, el abogado RODOLFO ANTONIO PARKER SOTO, miembro de la **Comisión de Honor**, alteró declaraciones con el fin de ocultar las responsabilidades de altos mandos militares en el asesinato. Así mismo reconoció que, tras ordenarle el coronel **BENAVIDES** al teniente **ESPINOZA GUERRA** que asesinara a los jesuitas, al tener “luz verde” de arriba. El señor **PARKER SOTO** también declaró ante la Comisión de la Verdad que **ALFREDO CRISTIANI** conocía todo lo anteriormente expuesto.

El coronel **CARLOS ARMANDO AVILÉS**, cuando fue llamado al Juzgado a declarar, negó ser amigo del mayor de ejército estadounidense, **BUCKLAND**, y haber compartido esta información sobre la operación.

De acuerdo con las declaraciones del mayor **BUCKLAND**, el Juez investigó el grado de participación en el registro de la **UCA** del día 13 de noviembre (ver hecho tercer) del oficial de inteligencia teniente **HÉCTOR CUENCA OCAMPO**. El Juez **ZAMORA** pudo determinar su participación así como descubrir que el informe rutinario elaborado relativo al registro tenía fecha de 13 de diciembre de 1989, y fue fraudulentamente elaborado el mismo día en que comenzaron las declaraciones de los acusados ante la **Comisión**.

Se evidencia, en consecuencia, que todo el proceso fue fraudulento.

1.2. JUICIO ORAL

En diciembre de 1990, el Juez titular del Juzgado Cuarto de lo Penal de San Salvador, **RICARDO ZAMORA**, dictó auto de procesamiento por asesinato y terrorismo contra los nueve acusados, anunció la conclusión del Sumario y decretó la apertura del plenario o juicio oral, en el marco del procedimiento **19/1990**.

Poco después, con el fin de dilatar el procedimiento, los abogados defensores presentaron el 19 de diciembre de 1990, recurso de apelación contra dicho auto, alegando falta de prueba. El juez desestimó el recurso y el procedimiento fue elevado a la Cámara Primera de San Salvador. Estando todavía inactivo el proceso como consecuencia del recurso, el 8 de enero de 1991 los fiscales asignados al caso, **HENRY CAMPOS y SYDNEY BLANCO**, renunciaron a su cargo mediante una carta dirigida al Fiscal General de la República (nombre) con fecha de 22 de octubre de 1990, (documento que se acompaña con la querrela con el número). La carta señalaba que la renuncia estaba motivada por haber recibido órdenes precisas del Fiscal General de:

1. No presentar escritos para impulsar el proceso.
2. No dar información alguna a los medios de comunicación.

3. Separar a los Fiscales (**CAMPOS y BLANCO**) del trabajo conjunto y en armonía que habían venido desarrollando en el transcurso de la investigación judicial.

4. No interrogar a testigos de importancia como lo han sido el teniente **JOSÉ LUIS PRESA** y el teniente coronel **MANUEL ANTONIO RIVAS**.

Poco después, el 8 de abril la Cámara de segunda instancia confirmó la resolución del Juzgado. Como consecuencia del temor que esto causaba, los militares interpusieron un recurso de amparo que sin embargo fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia el 8 de mayo del mismo año. Consecuencia de los recursos y ante la evidente indefinición en la quedaban las víctimas, el 6 de mayo de 1991 los ahora ex fiscales **BLANCO y CAMPOS**, se personaron en el juzgado en nombre y representación de los familiares de las víctimas. Para ello, presentaron un escrito de más de 30 páginas a través del cual calificaron el crimen como resultado de un plan criminal colectivo e hicieron responsables del mismo a las fuerzas armadas, incluyendo al alto mando del ejército salvadoreño. Como consecuencia de este informe uno de los acusados, **EMILIO PONCE**, públicamente amenazó con iniciar acciones contra los ex fiscales por difamación.

Otra prueba de las irregularidades del proceso, fue la denegación de todas las diligencias de prueba solicitadas por los ahora abogados de las víctimas al juez **ZAMORA**. Asimismo, se pudo establecer en este momento del proceso y a pesar de los más de veinte meses de investigación, que las declaraciones efectuadas por escrito por miembros del alto mando incluyendo el presidente de la República, **ALFREDO CRISTIANI**, dejaban sin contestar preguntas fundamentales, presentaban contradicciones graves y contribuyeron a los esfuerzos de encubrir a los responsables del crimen.

A finales de mayo de 1991, se liberaron comisiones rogatorias con el fin de tomarle declaración a funcionarios estadounidenses,

quienes a través del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, rechazaron estar presentes para el interrogatorio por parte el Juez y se limitaron a responder por escrito y sin profundizar a las preguntas formuladas. A pesar de las inconsistencias y de la poca prueba obtenida, se cerró la fase de sumario y se procedió con la apretura del juicio oral en contra de los nueve acusados.

1.2.1. LA VISTA PÚBLICA

El 26 de septiembre de 1991 se dio apertura a la vista oral con audiencia pública. Entre las más de cien personas asistentes de encontraban familiares de las víctimas, observadores nacionales e internacionales y familiares y amigos de los acusados.

El juicio se celebró ante un jurado formado por cinco miembros cuya identidad fue siempre protegida por razones de seguridad. Se procedió a la lectura del auto de apertura del juicio oral. En este acto se presentaron alegaciones, cargos y elementos de prueba practicados durante la fase sumarial. Se leyeron además las declaraciones y confesiones de cada uno de los acusados, y se añadieron nuevos elementos arrojados por la investigación judicial. Se mencionaron también los exámenes médico-forenses de las víctimas. Pruebas balísticas y una estimación de los daños causados al Centro Monseñor Romero.

Se presentaron, asimismo, las declaraciones extrajudiciales de los acusados, las declaraciones de los testigos oculares y las de otros militares, presuntamente partícipes del operativo, no acusados por las ejecuciones.

Tras la lectura, y a instancia del juez, los miembros del jurado señalaron que no tenían ninguna pregunta.

A pesar de la petición del Ministerio Fiscal de trasladar al jurado al lugar del crimen, el jurado se negó alegando tener previo conocimiento del lugar. Posteriormente, algunos miembros del

Jurado de conformidad con lo establecido con el Informe del LCHR páginas 27 y 28, declararon haber sido amenazados en el transcurso del proceso. En diciembre de 198.

Tras la lectura y reiteración de todo lo actuado, el fiscal presentó los siguientes cargos contra los acusados:

-Coronel **GUILLERMO ALFREDO BENAVIDES MORENO** responsable como actor mediato del asesinato de los seis sacerdotes jesuitas y de sus dos empleadas. Responsable a su vez como autor mediato por actos de terrorismo y preparación de actos de terrorismo.

-Teniente **YUSHY RENÉ MENDOZA VALLECILLOS**, teniente **JOSÉ RICARDO ESPINOZA GUERRA** y subteniente **GONZALO GUEVARA CERRITOS** como autores de un delito de asesinato y de un delito de preparación y comisión de actos de terrorismo. Responsables a su vez de incitar y conspirar para la comisión de dichos actos de terrorismo.

-Subsargento **RAMIRO ÁVALOS VARGAS**, subsargento **TOMÁS ZÁRATE CASTILLO**, cabo **ÁNGEL PÉREZ VÁSQUEZ**, cabo **ÓSCAR MARIANO AMAYA GRIMALDI**, como autores de un delito de asesinato de actos de terrorismo.

-Soldado **JORGE ALBERTO SIERRA ASCENSIO** como autor del delito de asesinato de **JULIA ELBA RAMOS** y de su hija **CELINA**.

INFORMES ORALES

El Juzgador señaló tres horas para los informes orales de los querellantes, tres horas para los del fiscal y seis horas para los de la defensa y para las respectivas respuestas a dichos informes.

De los querellantes.- Los abogados **HENRY CAMPOS Y SIDNEY BLANCO** (ex fiscales en el mismo caso) en nombre de los familiares de las víctimas, presentaron sus conclusiones. Explicaron

toda la prueba y la relevancia de la misma, enfatizaron la validez e importancia de las confesiones extrajudiciales de los imputados establecidas por el Juzgado de lo Penal y reiteradas por la Cámara Primera de lo Penal y la Corte Suprema de Justicia.

Los abogados alegaron que el crimen fue una acción concebida y orquestada por el alto mando de la Fuerza Armada de El Salvador, con el coronel **BENAVIDES** como la persona designada para organizar y asegurarse del éxito de la operación. Los querellantes insistieron en la existencia de otros autores intelectuales del crimen junto a los nueve acusados que debían ser investigados y más adelante llevados ante la justicia.

Se solicitaron, a su vez, indemnizaciones para la **UCA**, por los daños causados al edificio por un total de \$45,400 y para **JOSE EDGARDO RAMOS**, hijo mayor de **JULIA ELBA** por un total de \$250, 000. Para los familiares de los sacerdotes jesuitas, se pidió la simbólica cantidad de un colón (unidad fraccionaria mínima de la moneda nacional de El Salvador en esa época) por cada una de las víctimas.

Informe de la Fiscalía General de la República.- La Fiscalía General estaba representada por los fiscales **EDUARDO PINEDA VALENZUELA**, **SAÚL ZALAYA CASTILLO**, **EDWIN BONILLA** y **JOSE DAVID CAMPOS VENTURA**. **PINEDA VALENZUELA** calificó las acciones de los militares interrogados de “enorme conspiración de silencio:”

ZELAYA CASTILLO señaló que los militares habían fingido un enfrentamiento armado, hecho uso de armas de origen soviético y pintado con rótulos panfletarios del **FMLN** con el fin de confundir y eludir la responsabilidad por el crimen. **EDWIN BONILLA** insistió en que los asesinatos habían sido planeados con la debida anticipación y que el coronel **BENAVIDES** “no quería testigos”.

Tras ellos se refirió a cada uno de los imputados describiendo su participación en el hecho delictivo.

Informe de la Defensa.- Los acusados fueron representados por los abogados **CARLOS MÉNDEZ FLORES, RAÚL MÉNDEZ CASTRO, JOSÉ ALFREDO SALGADO Y EULOGIO RODRÍGUEZ BARAHONA**. La defensa estuvo casi enteramente basada en críticas a la **Compañía de Jesús**, su condición de elemento foráneo en El Salvador, su poder y la nacionalidad de cinco de las víctimas, criticando el hecho de que eran españoles. Resaltó la importancia y relevancia de las **Fuerzas Armadas** de El Salvador, y acusó a la fiscalía y a las diferentes Comisiones de inventar pruebas, alterar las confesiones y, en general, procurar las condiciones para inculpar a sus representantes.

1.2.3 VEREDICTO

Tras varias horas de deliberación el Jurado encontró únicamente culpable del crimen respecto de todas las víctimas al coronel **BENAVIDES** y por el asesinato de **CELINA RAMOS** al teniente **YUSHY MENDOZA**. El jurado, responsable de decidir únicamente respecto del crimen de asesinato, absolvió al resto de los acusados.

1.2.3 SENTENCIA

El 23 de enero de 1992, el Juez **ZAMORA** sentenció al coronel **BENAVIDES** y al teniente **YUSHY MENDOZA** a treinta años de prisión, la pena máxima en el Código Penal salvadoreño vigente en la época.

Los demás acusados fueron únicamente condenados por conspirar para cometer actos de terrorismo y todos ellos recibieron condenas inferiores a cinco años. La comunidad internacional por entero condenó el resultado del proceso y su “ilegalidad”. En opinión de organizaciones internacionales tales como **Amnistía**

Internacional y el **LCHR (Informe de 1991)**, el proceso fue una burla para las familias de las víctimas y para la esperanza de justicia en El Salvador. Los militares absueltos fueron liberados el 3 de octubre de 1991. Los tenientes **ESPINOZA GUERRA Y GUEVARA CERRITOS** fueron liberados el 11 de octubre de 1991 bajo palabra, y siguieron de alta en la **Fuerza Armada** hasta diciembre de 1992.

En cuanto a los delitos objeto de veredicto de jurado, el juez impuso a **BENAVIDES** y a **MENDOZA** penas de treinta años de prisión por los delitos de asesinato, el límite máximo para las penas privativas de libertad, según el Código Penal de la época de 1973. Los dos militares fueron recluidos en el penal de Santa Ana. La sentencia se emitió el 23 de enero de 1992 y fue apelada por la defensa el 30 de enero del mismo año. Los imputados fueron amnistiados el 24 de marzo de 1993, de conformidad con los artículos 1, 2 y 4 de la **Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz**, los imputados fueron amnistiados y posteriormente liberados el 1 de abril de 1993.

Antes de eso, el actual Rector de la **UCA**, Provincial de la Compañía de Jesús en 1989, **JOSE MARÍA TOJEIRA** había pedido el indulto de estos dos oficiales sosteniendo que como víctimas, los miembros de la UCA podían perdonarles después de haberse establecido la verdad y aplicado la justicia. **TOJEIRA** continuó exigiendo responsabilidad de los autores intelectuales del asesinato.

1. ACCIÓN DE LA UCA

El 27 de marzo de 2000, el Rector de la UCA, José María **TOJEIRA**, y el abogado **PEDRO JOSÉ CRUZ RODRÍGUEZ**, del IDHUCA, interpusieron querrela criminal ante el Ministerio Público contra el ex Presidente de la República y el ex Comandante General de la Fuerza Armada, **FÉLIX CRISTIANI BURKARD**, y

también contra los miembros del alto mando militar involucrados en el crimen: general **RAFAEL HUMBERTO LARIOS**, general **EMILIO PONCE**, general **RAFAEL BUSTILLO**, general **ORLANDO ZEPEDA**, coronel **ORLANDO MONTANO** y coronel **FRANCISCO ELENA FUENTES**.

Dicha denuncia estaba basada en las conclusiones recogidas en el informe final de la **Comisión de la Verdad**, de 1993, y en el informe de fondo de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, de 1999. Acompañamos este informe como documento núm... .

A todos ellos, se les acusó de planear la operación y de dar la orden de llevar a cabo el crimen, así como del posterior encubrimiento tendente a ocultar la identidad de los autores materiales del hecho.

La **Fiscalía General** señaló que no podía iniciar la acción penal, mientras las Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no determinara si la **Ley de Amnistía** era o no contraria a la Constitución vigente.

El 10 de Octubre de 2000, por sentencia núm., la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, se pronunció señalando que la **Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz**, no podía aplicarse de manera que “impida la protección en la conservación y defensa a los derechos de las víctimas o sus familiares, es decir cuando se trata de delitos cuya investigación no persigue la reparación de un derecho fundamental”. Dejó así, al criterio de los jueces salvadoreños, la decisión de aplicar o no dicha gracia a los casos que les fueran sometidos en sus respectivas jurisdicciones.

Una vez dictada tal sentencia, por insistencia de los querelantes, la institución fiscal presentó el caso ante el **Juzgado Tercero de Paz expediente del año 2000 número 431-1-00** solicitando el sobreseimiento definitivo respecto de todos los acusados, en apli-

cación de la **Ley de Amnistía** y de las disposiciones de prescripción penal, al haber transcurrido más de diez años desde la fecha en que se cometieron los crímenes.

El Juzgado declaró que, si bien los civiles y militares a quienes se les imputaba la participación como autores del asesinato de los jesuitas y sus dos empleadas, no estaban sujetos al beneficio de la amnistía por la naturaleza misma de los actos cometidos, los delitos ya estaban prescritos según la ley procesal salvadoreña ya que de acuerdo con el **Art. 37.1 del código de Procesos Penales de El Salvador**, el término de la prescripción se suspenderá: 1) Cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la persecución penal no pueda ser promovida o proseguida; esta disposición no regirá cuando el hecho no pueda ser perseguido porque falta la instancia particular.

Los querellantes recurrieron la referida decisión, que fue confirmada en todos sus extremos por la cámara de lo Penal y la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en resolución. Finalmente, el 21 de noviembre de 2001, la UCA interpuso recurso de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador que fue desestimada.

Tras agotarse así toda esperanza de justicia en El Salvador, se presentó el 17 de noviembre de 2003 otra petición a la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, para exigir el reconocimiento de la responsabilidad del Estado salvadoreño, por su falta de investigación y enjuiciamiento del crimen perpetrado en la UCA el 16 de noviembre de 1989. Esta petición aún está pendiente de la emisión del informe de admisibilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1. La jurisdicción de los Tribunales españoles viene atribuida por el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Principio de jurisdicción universal.

1.1.1 Los hechos objeto de denuncia son **crímenes internacionales** de grave trascendencia para la comunidad internacional. Sin perjuicio de ulterior calificación, provisionalmente las conductas descritas en el ordinal cuarto de esta querrella, se subsumen en los **delitos de lesa humanidad y terrorismo de Estado** o, alternativamente, en los tipos **asesinatos, cometidos en el contexto de crímenes contra la humanidad**, o en palabras del Tribunal Supremos en delitos de **asesinato los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho internacional** (STS 798/2007).

La calificación como delito de terrorismo no ofrece, por lo que se dirá, dificultad alguna para justificar la persecución universal. La consideración como delitos de lesa humanidad se ajustarán a la doctrina de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional (AN), cuyo máximo exponente es la sentencia 16/2005, de 19 de abril (caso *Scilingo*) de la Sección Tercera, ponente Sr. De Prada Solaesa, además de poder fundamentarse sólidamente según los principios del Derecho penal internacional que progresivamente, en los últimos años, se van consolidando.

La segunda calificación alternativa –asesinatos cometidos en el contexto de crímenes internacionales o que constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional- se fundamentaría en la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo en su sentencia 798/2007, de 1 de octubre, que revocaba en parte la

citada sentencia 16/2005, de 19 de abril de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Más allá de la inexistencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de otras sentencias que fije definitivamente la doctrina jurisprudencial a seguir respecto del juego jurisdiccional del art. 23.4 LOPJ en relación con hechos susceptibles, de ser calificados como crímenes de lesa humanidad, se adopte, inicialmente, cualquiera de las dos posturas –doctrina del TS o de la AN- este Juzgado Central de Instrucción ostenta plena jurisdicción y, por tanto, competencia para la investigación judicial de estos graves hechos.

La base legal común a ambas posiciones nos la ofrece el art. 23.4 LOPJ que extiende “la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: [...] terrorismo [...] i) Y cualquier otro, que según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. (Redacción LO 13/2007, 19 de noviembre).

1.1.1.1 Justificación de la jurisdicción como crímenes de lesa humanidad y terrorismo de Estado.

En primer lugar, la justificación de la jurisdicción como terrorismo de Estado no ofrece dificultad alguna. En el momento de la comisión delictiva –especialmente en el año de 1989-el delito de terrorismo estaba previsto en el ordenamiento jurídico español (arts. 174 y ss. CP de 1973) y –aunque no sea necesario el requisito de la doble incriminación en la jurisdicción universal (art. 23. 5 LOPJ)-también el CP de El Salvador lo regulaba en los arts. 400 y siguientes (Decreto Legislativo 270, de 13 de febrero de 1973), por lo que, para el delito de terrorismo los tribunales españoles ostentan jurisdicción.

En segundo lugar, respecto del delito de lesa humanidad, el artículo 23.4 *i*) LOPJ también incluye, como delitos perseguibles bajo la jurisdicción universal, a todos los que, *según los tratados o convenios internacionales, deban ser perseguidos en España*.

El sistema que adopta, por tanto, el Derecho español, en la LOPJ, es un sistema mixto. Por un lado, prevé expresamente la jurisdicción universal para determinados delitos enumerándolos por su *nomen iuris* (letras *a*) a *h*) del art. 23.4 LOPJ); y, por otro lado, contempla la jurisdicción universal para aquellos delitos en que así se dispongan en un tratado o convenio internacional (letra *i*)).

Los delitos de lesa humanidad, como sucede, por ejemplo, con los de tortura, no están contemplados expresamente en el art. 23.4 *i*) LOPJ. La inexistencia en el Derecho internacional de convenio alguno específico que regulase el crimen de lesa humanidad, así como la ausencia de su tipificación en el Derecho interno español, hasta su introducción por el art. 607 bis del CP (LO 15/2003, de 25 de noviembre), no impide su acogida bajo el principio universal.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la aplicación de un tipo penal inexistente en el Derecho penal español en el momento de su comisión, aunque sí existente en el Derecho internacional (2.1.1.), por el momento, y en este apartado, justificamos la existencia de los crímenes de lesa humanidad en el momento de ejecutarse los hechos (1989) en el estado del Derecho internacional.

Los crímenes contra la humanidad se definieron, por primera vez, en el Estatuto de Londres de 1945, art. 6 c, como:

“El asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”.

También, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y la Ley núm. 10 del Consejo de Control, contemplaron los crímenes contra la humanidad en los artículos 5c y 2c, respectivamente.

El art. 5c del Tribunal Oriental entendió, por crímenes contra la humanidad, “el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación de otras acciones inhumanas cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por causas políticas o raciales en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen de la jurisdicción del Tribunal, violando o no las leyes nacionales del país donde son perpetrados”.

El art. 2c de la Ley núm. 10 del Consejo de Control definió el crimen contra la humanidad así: “[c]rimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated”.

Los crímenes contra la humanidad se han ido incorporando progresivamente al Derecho internacional convencional. El art. 5 del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (en adelante, TPIY), el art. 3 del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR) y el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI), declararon su competencia para el enjuiciamiento de estos *crímenes internacionales*. También se contempla la competencia, por razón de la materia, respecto de los crímenes de lesa humanidad en los instrumentos de creación y desarrollo de jurisdicciones internacionalizadas o mixtas como, por ejemplo, en los Tribunales Especiales para Sierra Leona (art. 2 del Estatuto), Camboya (art. 1 y 9 del Acuerdo y 5 de la ley interna de 10 de agosto de 2001, reformada el 27 de octubre de 2004), Timor

Este (secciones 4 a 7 del Reglamento 2000/15). También lo prevén otros tipos de tribunales como el de Irak (art. 12 del Estatuto).

El fallo de la Cámara de los Lores, de 24 de marzo de 1999, mantuvo que estos crímenes “graves e inhumanos” deben ser perseguidos” (voto Lord Huton) y que los tribunales nacionales están autorizados y “requeridos” para ejercer su jurisdicción (Lord Brown Wilkinson).

En esta línea argumental es significativa la posición de Lord Mollet, en el referido fallo de la Cámara de los Lores:

“Los crímenes prohibidos por el derecho internacional atraen jurisdicción universal bajo el derecho consuetudinario internacional si se cumplen dos condiciones: primero, que sean contrarios a normas imperativas de derecho internacional; es decir, de *ius cogens*. Y segundo, deben ser graves y de tal escala que puedan justamente ser considerados un ataque al orden legal internacional [...]; la jurisdicción penal de los tribunales ingleses es habitualmente atribuida por la ley escrita, pero complementada por la *common law*. El derecho internacional consuetudinario es parte del *common law*, y de acuerdo a ello, creo que los tribunales ingleses tienen y han tenido siempre jurisdicción criminal extraterritorial respecto de los crímenes que, según el derecho consuetudinario internacional, son de jurisdicción universal; [...] las víctimas pueden demandar al estado ofensor en un tribunal extranjero y está permitido, y de hecho *requerido*, que otros estados condenen y castiguen a los individuos responsables”.

En España, la LO 15/2003 introdujo, entre otras modificaciones del código sustantivo –y como consecuencia de la implementación del ECPI en la legislación interna española, o como afirma su Exposición de Motivos con el fin de coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional- los delitos de lesa humanidad en el art. 607 bis del CP.

Por tanto, se comprueba, sin esfuerzo que los delitos de lesa humanidad formaban parte del Derecho internacional en el momento

de producirse lo hechos y su título jurisdiccional viene concedido por el art. 23.4 LOPJ.

1.1.1.2 Justificación de la jurisdicción como delitos de asesinato en el contexto de crímenes internacional o los cuales constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional. Doctrina del Tribunal Supremo.

En la novedosa construcción que emprende el TS en la sentencia de 1 de octubre de 2007 (caso *Scilingo*) para justificar el cambio de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, respecto de la sentencia del tribunal de instancia y su persecución bajo el principio de justicia universal, dicta una segunda sentencia en la que condena a Scilingo por delitos comunes de asesinato y detención ilegal “los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional”.

El TS corrobora que los hechos perpetrados por Scilingo eran constitutivos de delito, al tiempo de su comisión tanto en España y Argentina (doble incriminación), como en cualquier país civilizado, cumpliéndose de esta forma el requisito de la previsibilidad objetiva de la sanción penal (FJ 6,3). Sin embargo, para el TS, la evolución del Derecho internacional “ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito”. (FJ 6, 3).

Para el TS, estas circunstancias de contexto –violación del núcleo duro de los Derechos Humanos- materializados en el Derecho internacional, desde mucho antes del periodo de comisión de los hechos, añadidas al asesinato y la detención ilegal “aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden

ser tenidas en cuenta para justificar su persecución internacional” (FJ 6, 9).

La citada sentencia del TS se refería a que los hechos individuales especialmente graves como el asesinato o la desaparición forzada de personas, tuvieron en su origen un contexto de guerra que fue evolucionando hacia otro contexto de vulneración del núcleo central de los Derechos Humanos esenciales. Cita, por ejemplo, como instrumentos de Derecho internacional que prevenían y/o ponían estos crímenes situados en esos dos contextos (guerra y violación de Derechos Humanos): el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la Convención para la Prevención y Sanción de Genocidio, el Estatuto del TPIY, el Estatuto de la CPI, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (FJ 6. 3 Y 6. 7).

El TS, en el FJ 8, concluía reiterando que las circunstancias relevantes que acompañan y caracterizan los tipos de asesinato y de detención ilegal pueden ser tenidas en cuenta para justificar la extensión extraterritorial de la jurisdicción española.

El TS, en orden a la tipificación de los hechos, concluye:

“A) La causación dolosa de la muerte de otras personas, así como las detenciones ilegales, estaban previstas como conductas delictivas en el momento de la comisión de los hechos, tanto en Argentina como en España.

B) Las circunstancias relevantes concurrentes en un hecho delictivo, aun cuando no sean típicas, son valorables en el enjuiciamiento, siempre que se acuda a criterios adecuados jurídicamente al ordenamiento.

C) El elemento de contexto característico de los crímenes contra la Humanidad estaba reconocido internacionalmente en el momento de los hechos con límites suficientemente definidos.

D) Las conductas enjuiciadas constituirían en ese momento crímenes contra la Humanidad según el Derecho Penal Internacional consuetudinario.

E) La voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurre el elemento de contexto, estaba establecida internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho Penal Internacional consuetudinario, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial” (FJ 6, 9).

Una vez establecida por el TS, de esa forma, la previsibilidad legal y la calificación de los hechos, justificó la persecución de los mismos por los tribunales españoles, teniendo presente que ni el delito de asesinato ni el de detención ilegal, como delitos comunes, no la existencia de víctimas españolas, autorizan la extensión territorial bajo el principio de justicia universal.

Las razones que ofrece el TS se extractan en las siguientes:

1. Son delitos que atentan a los Derechos Humanos esenciales.
2. La inexistencia de una norma orgánica o procesal atributiva de jurisdicción en el momento de la ejecución de la conducta no impide su enjuiciamiento porque lo relevante es la naturaleza del hecho (FJ 7. 2). El TS recuerda que la creación de los tribunales internacionales *ad hoc* fue posterior a la comisión delictiva y que el Consejo de Seguridad de UN, al instaurarlos, puso el acento en la naturaleza de los hechos.
3. La interpretación teleológica de las normas sustantivas, procesales y orgánicas debe orientarse de forma favorable a la efectiva protección y a la prohibición de lesionar los Derechos Humanos, con el límite impuesto por el significado literal del texto normativo (FJ 7. 2 y 6. 5). En este último razonamiento recuerda que el art. 10.2 CE dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que

la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España. Y, en el FJ 8, insiste en que “[l]as previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales”.

4. La concurrencia de circunstancias ajenas a los tipos penales, pero que son propias de los crímenes contra la humanidad según el *Derecho Internacional Penal* consuetudinario ya en el momento de los hechos (FJ 7. 4). Circunstancias que declaran prácticamente coincidentes con las contempladas en el art. 607 bis CP. En concreto señala que “[l]a condena por los tribunales españoles no podría utilizar formalmente el nomen iuris “*crímenes de lesa Humanidad*” como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirán según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad”.
5. La inclusión en la legislación española (art. 24.4 LOPJ), bajo el principio de jurisdicción universal, de otros delitos de idéntica naturaleza y gravedad, y pertenecientes al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos, como el genocidio o los crímenes de guerra (FJ 7. 4).
6. La existencia de diferentes normas españolas que <<revelan la disposición del Estado español a prestar su contribución a

la persecución de esta clase de crímenes internacionales>> (FJ 7. 5). El TS cita: la LO 15/1994 y la LO 6/2000 que autorizó la ratificación por España de ECPI; el Instrumento de ratificación del ECPI; y la LO 18/2003, de cooperación con la CPI (FJ 7. 5).

7. Y, por último, porque la prohibición de la analogía no afecta a normas procesales u orgánicas, sólo a las sustantivas, y entre el delito de genocidio y los *crímenes contra la Humanidad* <<es apreciable una profunda similitud, no solo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español” (FJ 7. 6.). (sic)

El TS concluye que esta construcción no vulnera el principio de legalidad. En primer lugar, porque la previsibilidad penal respecto de los delitos comunes de asesinato y detención ilegal era indiscutiblemente en el momento comisivo tanto en el derecho argentino (al que se refería el caso) como en el español. En segundo lugar, porque con anterioridad a la ejecución de los hechos existía “la previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la Humanidad”. Y, por último, porque ni puede aplicarse el art. 607 bis CP (*delitos de lesa humanidad*) por ser posterior a los hechos, salvo si fuere favorable, ni puede imponerse una pena superior a la prevista en el momento de la comisión delictiva (FJ 8). (sic)

A tenor de la doctrina del TS expuesta se evidencia también la plena jurisdicción de los tribunales españoles si se mantiene la calificación de asesinato, *los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho internacional*.

1.1.2. Jurisdicción universal absoluta. También “razonabilidad” de la acción penal universal

La regulación histórica de los criterios de atribución de competencia jurisdiccional conduce a que, desde hace más de un siglo, el

legislador español ha declarado competentes a nuestros tribunales para la persecución y enjuiciamiento de hechos delictivos cometidos fuera de nuestras fronteras.

Estos criterios son los que permanecen en la actual LOPJ, y, en concreto, en el art. 23.4 LOPJ. El legislador ha querido que, respecto de los principios de protección (art. 23.3 LOPJ), y de persecución universal (art. 23.4 LOPJ), los Tribunales españoles puedan ejercer su jurisdicción con menores condicionamientos que los exigidos en el principio personal (art. 23.2 LOPJ), lo que se traduce en una mayor protección o tutela a los sujetos pasivos y víctimas de los delitos objeto de aquellos principios.

Por lo que respecta al principio de justicia universal, carece de trascendencia el territorio español, la nacionalidad del responsable del delito, los intereses o la defensa del Estado español, o la nacionalidad de la víctima. Ante este principio lo “español” resulta irrelevante. Español o extranjero el responsable del delito será perseguido por la justicia española. Extranjero o español el ofendido por el mismo será tutelado por la justicia española. **Es la naturaleza del delito la que determina el carácter de la jurisdicción.** Esta naturaleza de crimen internacional y su pertenencia al ordenamiento internacional es lo que autoriza la facultad punitiva tanto de la Comunidad internacional como de las jurisdicciones internas, sin importar dónde se haya cometido el hecho en cuestión, quién haya sido la víctima, o si se puede establecer un punto de conexión con el Estado que persigue el delito.

En definitiva, en la aplicación del principio de universalidad –y también del principio de protección– es competente la jurisdicción española, sea o no punible el hecho en el lugar de ejecución, medie o no denuncia o querrela del Ministerio Fiscal y/u ofendido. Sólo condiciona su ejercicio, a un único requisito: que el presunto delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado y, en este último

caso, que haya cumplido la condena (art. 23.5 LOPJ). Requisito que no concurre en el caso denunciado como se expone *infra* 1.3.2).

El legislador español en la regulación del artículo 23.4 LOPJ, ha sido sumamente explícito en las circunstancias que **conectan** a la jurisdicción española con el ejercicio de la justicia universal y de los elementos que conducen a su **desconexión** y oponibilidad en el ejercicio jurisdiccional. No existen legalmente más “puntos de conexión” y “desconexión” que éstos.

La hipotética inclusión de criterios a la Ley, contradice la legislación internacional a la mayoría del Derecho comparado, a la consolidada doctrina científica, y a la práctica judicial de tribunales internacionales y nacionales. **Las SSTC 237/2005, de 26 de septiembre (caso Guatemala) y 227/2007, de 22 de octubre (caso Falun Gong) dictaminaron que el principio de jurisdicción universal es puro o absoluto** y mantener como hizo el TS (STS 327/2003, de 25 de febrero), otros vínculos de conexión es contrario a la costumbre internacional y al art. 23.4 LOPJ.

A pesar de la doctrina del TC, el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó el Acuerdo de 3 de noviembre de 2005, para unificar criterios tras la STC de 26 de septiembre de 2005. Introduce, a modo de punto de conexión, el denominado *criterio de razonabilidad* en el sentido de que se impedirá la jurisdicción si se aprecia “exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querelante interés directo o relación con ellos”.

Criterio que, aunque parece contradecir la doctrina constitucional, en todo caso concurre plenamente en los hechos objeto de esta querrela. Además de otros factores históricos y culturales que han presidido las relaciones entre el Reino de España y la República de El Salvador, y de todo lo que se relata en la querrela, de las ocho personas víctimas de tan horrendo crimen, **cinco padres jesuitas**

eran españoles (IGNACIO ELLACURÍA BESCOETXEA, IGNACIO MARTÍN BARÓ, SEGUNDO MONTES, AMANDO LÓPEZ Y JUAN RAMÓN MORENO) y miembros de la Compañía de Jesús, orden religiosa fundada en España.

Todos ellos fueron destinados por la Compañía, desde España a El Salvador para continuar su labor académica y evangélica. Y, todos ellos, en diferentes ámbitos, fueron prominentes sacerdotes, escritores, filósofos, sociólogos, teólogos y defensores de Derechos Humanos. De esta forma cobra, además, especial relevancia, el párrafo cuarto del Preámbulo de nuestra Carta Magna: “Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos Humanos”.

En consecuencia, dados los especiales y particulares extremos que aquí concurre, se adopte el criterio puro, marcado por el Tribunal Constitucional y asumido por el Tribunal Supremo, y/o el de la *razonabilidad*, este Juzgado de Instrucción goza de plena jurisdicción.

1.2. Competencia: Juzgado Central de Instrucción

Nos dirigimos al Juzgado Central de Instrucción, de conformidad con el art. 88 en relación con el 65.1º e) de la LOPJ, al denunciarse hechos cometidos fuera de nuestras fronteras y acogidos bajo el principio de universalidad (art. 23.4 LOPJ).

1.3 Exigencias procesales

1.3.1 Querella. La acción se interpone mediante querrella, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 270 a 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se ejercita bajo una misma dirección letrada y representación procesal, ex art. 113 LECrim, la **acusación popular** conformada por las dos asociaciones querellantes.

Respecto de la acusación popular, el artículo 20.3 LOPJ estableció que *no pueden exigirse fianzas que, por su inadecuación, impidan el ejercicio de la Acción Popular, que será siempre gratuita*. El interés legítimo de las acusaciones populares querellantes es coincidente en cuanto a su finalidad de defensa y promoción de los Derechos Humanos o de la Justicia y, en concreto, de la búsqueda del esclarecimiento de los hechos relatados en la querrela y el enjuiciamiento de sus responsables.

En concreto la APDHE, de acuerdo a sus fines asociativos, ostenta interés legítimo y directo en la presente querrela. Los fines y/u objetivos estatutarios de la referida Asociación querellante popular se concretan, como ya hemos señalado, en “defender los Derechos Humanos en todas sus vertientes y en todos los lugares, velando por el cumplimiento de los ya proclamados y promoviendo el reconocimiento y garantía de los que todavía no estuvieran reconocidos”, y, entre los fines específicos de la misma: “defender, apoyar y proclamar, difundir y desarrollar por todos los medios de expresión la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás resoluciones, dentro de este espíritu, de Organismos Internacionales y Nacionales sobre la problemática de los Derechos Humanos, así como denunciar su violación” (art. 3 de los Estatutos de la APDHE).

Asimismo CJA (Center for Justice and Accountability, en español, Centro de Justicia y Responsabilidad), también ostenta interés legítimo y directo en la presente querrela, toda vez que, reiteramos, es una organización internacional de Derechos Humanos cuya finalidad es poner fin a la tortura y otras serias violaciones de Derechos Humanos alrededor del mundo, así como defender los derechos de los supervivientes en busca de la verdad, justicia y reparaciones. CJA tiene como sus fines primordiales ejercitar acciones legales, civiles y penales, con el fin de exponer y procesar a los violadores de Derechos Humanos, como responsables individuales, y de desarrollar leyes que protejan tales derechos y desarrollen el Estado de Derecho en países en periodos de transición.

1.3.2 Principio de concurrencia de jurisdicciones. Ineficacia de la Ley de Amnistía y cosa juzgada fraudulenta

1.3.2.1 Introducción

La jurisdicción universal se sustenta en la existencia de bienes jurídicos supranacionales. En consecuencia, es un derecho-deber de todos los Estados proteger esos bienes jurídicos pertenecientes al Derecho internacional y perseguir a quienes los lesionan.

En la legislación española, la atribución de la jurisdicción universal con carácter concurrente, se desprende del actual art. 23.4 LOPJ y, antes, de art. 336 LOPJ 1870. En ninguna de estas disposiciones se establece que esta jurisdicción tenga carácter subsidiario. En efecto, el art. 23.4 LOPJ con remisión al 23.2. c), como hemos visto, es claro al respecto: España puede ejercer la jurisdicción universal, siempre que *el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero*. Exige nuestro ordenamiento, como única limitación, la existencia de cosa juzgada. Es decir, los Tribunales españoles no podrán juzgar a personas que hayan sido absueltas (juzgadas), indultadas (juzgadas, condenadas y perdonadas) o penadas (juzgadas y condenadas) por los mismos hechos. En los tres casos, se trata de la excepción de cosa juzgada. La excepción es muy limitada, porque incluso, en el caso de los penados, se permite (sin matriz alguno) volverles a juzgar siempre que se les abone la parte de pena que ya hubieran cumplido (parece que esta posibilidad se referiría a la posibilidad de volver a juzgar sólo en los casos de previo enjuiciamiento fraudulento, ya que otra interpretación vulneraría el *non bis in idem*). Además el indulto tendría que ser compatible con los límites que impone el Derecho internacional (que en caso de crímenes de lesa humanidad normalmente no se permite).

Las repetidas SSTC 237/05 (FJ 3) y 227/05, han determinado que la jurisdicción es concurrente y no subsidiaria.

1.3.2.2. La Ley de Amnistía: nula de pleno Derecho y, por tanto, inoperante

En el apartado quinto de los hechos, nos hemos referido a las leyes de las que se vieron beneficiados los autores, hoy querellados: primero, la Ley Reconciliación Nacional, Decreto núm. 147, de 23 de enero de 1992; y, tras la derogación de ésta, la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz (Ley de Amnistía General), Decreto núm. 486, de 20 de marzo de 1993.

Como se ha dicho, lo LOPJ impone, como requisito, para el ejercicio jurisdiccional que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero”. La correcta interpretación de esta exigencia legal nos lleva a formular las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el Pleno de la Sala de lo Penal Audiencia Nacional, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la vinculación de la Ley de amnistía, en los autos de 4 (caso Scilingo) y 5 de noviembre de 1998 (caso Pinochet).

En la primera de las dos resoluciones, refiriéndose a las Leyes argentinas 23.492 y 23.521, de Punto Final y Obediencia Debida, entonces vigentes, el Pleno de la Sala de lo Penal, por unanimidad, determinó, en contra de la alegación de cosa juzgada de los recurrentes, que: “con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al ius cogens internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos, las indicadas Leyes vienen a ser normas despenalizadoras, en razón de no ejercicio de acción penal a partir de un determinado tiempo o de razón de la condición de sometido a jerarquía militar o funcional del sujeto activo. Vienen a despenalizar conductas, de modo que se aplicación no sería encuadrable en el supuesto de imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del ap. 2 del art. 23 LOPJ), sino en el caso de conducta no punible –a virtud de normas

despenalizadora posterior- en el país de ejecución del delito (letra a del mismo ap. 2 del art. 23 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación del principio de protección o de persecución universal, visto lo dispuesto en el ap. 5 del tan aludido art. 23 LOPJ” (FJ 8).

En la segunda de las resoluciones, desestima la petición del Ministerio Fiscal sobre la concurrencia de litispendencia y cosa juzgada –en Chile se decretó el sobreseimiento definitivo de determinadas causas por efecto del Decreto-Ley 2.191 de 1978 de la Junta de Gobierno de la República por el que se amnistiaba a los responsables de los mismos- con el siguiente razonamiento adoptado también por unanimidad:

“Han de tenerse por imprejuzgados (sic) los delitos a que se ha hecho referencia. Con independencia de que el Decreto-Ley de 2191 de 1978 pueda considerarse contrario al “ius cogens” internacional, dicho Decreto-Ley no debe tenerse por verdadero indulto conforme a la normativa española aplicable en este proceso y es calificable de norma despenalizadora por razones de conveniencia política, de modo que su aplicación no se incardina en el caso del imputado absuelto o indultado en el extranjero (letra c del ap. 2 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino en el caso de conducta no punible –a virtud de norma despenalizadora posterior- en el país de ejecución del delito (letra a del mismo apartado 2 del art. 3 de la Ley citada), lo que ninguna virtualidad tiene en los casos de extraterritorialidad de la jurisdicción de España por aplicación de los principios de protección y de persecución universal, visto lo dispuesto en el apartado 5 del tan repetido art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial” (FJ 8).

Con estas dos resoluciones, tal vez, sería suficiente para fundamentar la inoperancia de la Ley de amnistía salvadoreña a este procedimiento interpuesto en virtud del principio universal, sin

embargo, es necesario avanzar algo más en este aspecto, y ofrecer un segundo argumento, de acuerdo al estado actual del Derecho internacional y del Derecho internacional de los Derechos Humanos, para fundamentar con solidez que **son nulas de pleno, careciendo de efecto alguno.**

La promulgación de leyes que impedían el ejercicio de acciones judiciales, como las de amnistía, se ha justificado en razones de política criminal o en la necesidad de alcanzar la paz social, como interés preponderante a salvaguardar frente a la persecución penal de los destinatarios y beneficiarios de la ley. Justificación que se suele reforzar con argumentos tales como la necesidad de reconciliación nacional o la consolidación de los regímenes democráticos, como puente entre el pasado y el futuro, con el pretexto de alcanzar una sociedad más justa. Por el contrario, la propia evolución y extensión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos obliga a partir de una premisa mayor: la indiscutible primacía en la protección de los Derechos Humanos; por lo que, desde esta perspectiva, es estéril e inútil cualquier debate sobre una hipotética ponderación de uno de los dos bienes en conflicto con ulterior sacrificio de uno de ellos: los Derechos Humanos frente a una pretendida paz social, o la acción penal frente al olvido y el perdón.

El voto concurrente del juez García Ramírez en el caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre vs. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C núm. 75, y, para. 11, Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), sostuvo “[l]a alta convivencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación. Sin embargo, subrayo –como lo hace un creciente sector de la doctrina, y ya lo ha hecho la Corte Interamericana– que esas disposiciones de olvido y perdón “no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio

de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad”, y añadía que “[s]on inadmisibles las disposiciones de amnistía, las de prescripción y el establecimiento de leyes excluyentes de la responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de 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” (para. 41).

En semejantes términos se pronunció la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, de 14 de junio de 2005, para. 14, que declaraba la nulidad de las citadas Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, con efectos *ex tunc*.

Asimismo, en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (CIDH sostuvo que: “El Estado tiene el deber de investigar y sancionar de manera seria las violaciones de los Derechos Humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. Dicha investigación debe incluir la identificación plena de todas las víctimas”.

A este respecto, la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal núm. 5, de la capital federal argentina, de 11 de agosto de 2006 (caso Turco Julián), que fue la primera que se dictó tras la derogación de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, establecía que “[l]a respuesta es que los instrumentos internacionales que establecen esta categoría [crímenes contra la humanidad], así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende, no admiten que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistía o cualquier otro tipo de medidas que disuelva la posibilidad del reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen del tema establecen precisamente el principio opuesto”.

Las denominadas “Comisiones de la Verdad” –y reconociendo su importancia para alcanzar el esclarecimiento de los hechos y para abrir la posibilidad del enjuiciamiento a los responsables de las violaciones de DDHH y lograr la reconciliación– no pueden erigirse en un instrumento sustitutivo de las acciones judiciales. Tampoco pueden suplir a los Estados en su obligación de investigar las violaciones más graves de los Derechos Humanos, de identificar a sus responsables, de someter a éstos a un proceso judicial, y de que las víctimas sean separadas. Asimismo, no se pueden considerar conformes al DI las investigaciones parciales de lo ocurrido, las reparaciones económicas a las víctimas y las simbólicas asunciones de responsabilidad por parte de los Estados (Veáse informes núm. 136/99, caso 10.488 *Ignacio Ellacuría y otros*, El Salvador, de 22 de septiembre de 1999, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para. 229 a 232 y núm. 1/99 caso 10.480 *Lucio Parada Cea y otros*, El Salvador, de 27 de enero de 1999, para. 145).

Hasta el momento presente, estas leyes, como las que aquí nos ocupan, que se han denominado de diversas formas –“leyes del olvido”, “del perdón”, “de renuncia” o “de amnistía”–, son leyes que, al margen de la naturaleza jurídica de cada una de ellas y del concreto instituto al que puedan adscribirse, determinan imperativamente la extinción de la responsabilidad penal de quienes cometieron un hecho típicamente antijurídico, culpable y punible.

En el caso de las amnistías, los poderes públicos, bajo una motivación política, dictan una ley que deroga normas penales con efectos retroactivos con la finalidad de extinguir la responsabilidad penal –la acción pena o la pena– y, generalmente, todos sus efectos. Sobre el efecto de las leyes de amnistía es elocuente, entre otros, el pronunciamiento de la sentencia de la CIDH en el caso *Barrios Altos*.

“[n]ingún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos

[...]. Hay que decirlo y repetirlo con firmeza cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho internacional de los Derechos Humanos, las llamadas “leyes” de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad” (Barrios Altos –*Chumbipuma Aguirre vs. Perú*–, sentencia de 14 de marzo de 2001, Seri C núm. 75, y voto concurrente del Juez Cancado Trindade, para. 26).

El voto razonado y concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la CIDH en el caso *La Cantuta*, de 29 de noviembre de 2006, sintetiza la doctrina de la Corte en materia de autoamnistías:

- a) la vigencia de los deberes de respeto y garantía establecidos en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no obstante los obstáculos de derecho interno que pudieran desencaminar el debido cumplimiento de esas obligaciones asumidas por el Estado, en ejercicio de su soberanía, al constituirse como parte de la Convención;
- b) el consecuente destierro de la impunidad por delitos de suma gravedad –violaciones graves a los derechos humanos- que pudiera provenir de esos obstáculos; y
- c) el deber del Estado de introducir en su orden interno las medidas necesarias para alcanzar la vigencia de aquellos deberes y el destierro de esa impunidad, conforme a lo estipulado en el artículo 2 CADH”.

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, la CIDH ha insistido en la nulidad de las leyes de autoamnistía y la finalidad de éstas para sustraer de la acción de la justicia a los responsables de graves violaciones a los DDHH. La CIDH, a propósito del Decreto Ley núm. 2.191 dictado por la República de Chile, se pronunció en los siguientes términos:

“Los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados” (para. 115) y añade que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“príncipe allant de soi”; Echange des populaions grecques et turques, avis consultatif, 1925 C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados>> (para. 117). Concluye respecto de las leyes de amnistía, que éstas <<conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando en obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”. (para. 119).

También para el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, una amnistía concedida a una persona por la comisión de los crímenes competencia del tribunal –crímenes de lesa humanidad, violaciones del art. 3 de los Convenios de Ginebra, e infracciones graves del derecho internacional humanitario y crímenes según el “Derecho de Sierra Leona”, (abuso de niñas, secuestro de niñas,

destrucción indiscriminada de bienes, incendio de viviendas y otros edificios)- no son obstáculo para el procesamiento (art. 10).

El informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona, de 4 de octubre de 2000, recordó que, en el momento de la firma del Acuerdo de Paz de Lomé, el representante Especial del secretariado general para Sierra Leona añadió a su firma, en nombre de NU, una declaración en la que indicaba que las disposiciones sobre la amnistía del art. IX del Acuerdo (“perdón absoluto e incondicional”) no se aplicarían a los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario (para. 23). También fue expresada esta reserva en el preámbulo de la Resolución 1315 (2000) del Consejo de seguridad de UN. El secretario general califica esta amnistía como ilegal de acuerdo con el DI, por lo que no le reconoce ningún efecto jurídico (para. 24).

La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial –*Prosecutor against Morris Kallon* (case núm. SCSL-2004-15-AR72 (E)) and *Brima Bazzy Kamara* (case Núm. SCSL-2004-16-AR72 (E)), *Decisión on challenge to jurisdiction: Lomé accord amnesty*, de 13 de marzo de 2004- confirmó, después de un amplio análisis de la cuestión, que la amnistía carecía de efecto, y expresamente afirmó que esos crímenes internacionales puede ser perseguidos no solo por el Tribunal Especial sino también por otros Estados de conformidad con el principio de jurisdicción unicversal (para. 85).

Esta doctrina, posteriormente, es ratificada por el mismo Tribunal en otros casos: *Prosecutor against Augustine Gbao* (case núm. SCSL-2004-15-AR72 (E)), *Decisión on Preliminary motion on the invalidity of the agreement between the United Nations and the goverment of Sierra Leona on the Establishment of the Special Court*, de 26 de mayo de 2004 (para. 8). En esta resolución también recuerda que existe una obligación *ius cogens* para la persecución de estos crímenes (para. 9 y 10).

Estos argumentos se reiteran en *Prosecutor against Moinina Fofana* (case núm. SCSL-2004-14-AR72 (E)) *Decisión on Preliminary motion on lack of jurisdiction by Sierra Leone*, de 25 de mayo de 2004 (para. 3). Asimismo, este Tribunal insiste en esta posición en el caso *Prosecutor against Allieu Kondewa, Decisión on lack of jurisdiction abuse of process: amnesty by the Lomé Accord* (caso núm. SCSL-2004-14-AR72 (E), de 25 de mayo de 2004, para. 57), invalidándose todas las referencias sobre la amnistía que hiciese el Acuerdo de Lomé de 1999, y que beneficiasen a los principales responsables de crímenes contra la humanidad. En este sentido, el representante oficial de UN que signó dicho acuerdo, estableció que “Naciones Unidas interpreta que la amnistía no será aplicable a los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otras violaciones de Derecho internacional”.

El gobierno camboyano concedió, por Decreto de 14 de septiembre de 1996, la amnistía al Ministerio de Asuntos Exteriores y Viceprimer Ministro del Gobierno de la Kampuchea Democrática, leng Sary condenado en 1979 por genocidio. Sin embargo, el Acuerdo entre UN y el Gobierno Real de Camboya, determinó expresamente que el gobierno camboyano no pedirá la amnistía ni el perdón para ninguna persona que fuera condenada por el Tribunal Especial de Camboya. Añade, además, que serán las Salas Especiales las que determinen el alcance el perdón otorgado a leng Sary (art. 11 del Acuerdo).

El art. 16 del Acuerdo entre NU y la República libanesa, relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para El Líbano, comprometió al gobierno libanés a no conceder ninguna amnistía a persona alguna, por ningún delito competencia del Tribunal y, expresamente, determina que la amnistía ya concedida respecto de esas personas y delitos no impedirá el procesamiento. En semejantes términos se pronuncia el art. 6 del Estatuto.

Asimismo, el Tribunal Constitucional sudafricano, en la sentencia del caso *Azanian People Organization (AZAPO) y otros vs. El Presidente de la República de Sudáfrica y otros*, de 25 de julio de 1996, estableció que cuando el art. 6(5) del Protocolo II de las Convenciones de Ginebra de 1977, se refiere a “amnistía más amplia posible”, ello no excluye el procesamiento por crímenes internacionales.

En relación a nuestro país, es de ineludible mención la reciente Recomendación del Comité de Derechos Humanos de NU a España, en su sesión 94^a, celebrada en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 13 al 31 de octubre de 2008. En la misma, el Comité se pronunció respecto de la vigencia en España de la Ley de Amnistía de 1977, recordando al Estado español que “la amnistía relacionada con graves violaciones de derechos humanos está en contradicción con las disposiciones del Convenio” y recomendando “la abolición de la Ley de Amnistía de 1977 y [que] tome medidas legislativas que garanticen la no aplicabilidad de limitaciones legales a los crímenes contra la humanidad por la jurisdicción nacional”.

Igualmente, el principio 7 de Princeton (The Princeton Principles On Universal Jurisdiction) prescribió que: “1. Las amnistías son generalmente incongruentes con la obligación de los Estados de promover la depuración de responsabilidad por delitos graves en virtud del Derecho internacional tal como se especifican en el Principio 2, apartado 1) [piratería, esclavitud, crímenes de guerra, crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad, genocidio y tortura]. 2. El ejercicio de la jurisdicción universal respecto de delitos graves en virtud del Derecho internacional tal como se especifican en el Principio 2, apartado 1), no se verá obstaculizado por amnistías que sean incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales del Estado cesionario”.

Del mismo modo, la norma consuetudinaria 159, recopilada por el Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional, en el

ámbito del derecho internacional humanitario, dispone: “[c]uando, hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, salvo a las personas sospechosas o acusadas de hacer cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello”.

Sobre la ilegalidad de algunas leyes de amnistía por la condición o calidad de los órganos que emana, en el caso concreto del Decreto Ley núm. 2.191 que otorgaba la amnistía a los responsables de los crímenes cometidos en la República de Chile desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1978, la CIDH ha señalado que:

“[I]a ley de amnistía [...] es un acto emanado del régimen militar que derrocó al Gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende en setiembre de 1973. Proviene por consiguiente, de autoridades que carecen de todo título o derecho pues no fueron elegidas ni designadas de manera alguna, sino que se instalaron en el poder por la fuerza, después de deponer al gobierno legal, en violación de la Constitución. Un gobierno de hecho carece de título jurídico porque si un Estado se ha dado una Constitución, todo lo que no esté de acuerdo con ella es contrario a Derecho”. (ComIDH Informe núm. 34/96, de 15 de octubre de 1996, Casos núms. 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282, Chile; Informe núm. 36/96, de 15 de octubre de 1996, Caso núm. 10.843, Chile; Informe núm. 25/98, de 7 de abril de 1998, Casos núm. 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.705, Chile; Informe núm. 133/99, de 19 de noviembre de 1999, Caso núm. 11.725, Chile; Informe núm. 61/01, de 16 de abril de 2001, Caso núm. 11.771, Chile).

Asimismo, la comisión de Derechos Humanos de NU, en su 61ª sesión de 8 de febrero de 2005, aprobó los Principios Generales para combatir la impunidad (Principio I). Entre ellos:

- El derecho inalienable a la verdad, en los casos de crímenes como los que hoy dan origen a esta querrela (Principio II);
- El derecho de la víctima a saber (Principio IV), como un derecho imprescriptible a conocer las circunstancias en las que se produjeron la violencia, la muerte o las desapariciones;
- El derecho a la justicia (Principio XIX), en concreto, a la justicia penal;
- El derecho a la jurisdicción universal (Principio XXI);
- El derecho a la imprescriptibilidad, en caso de crímenes imprescriptibles, según el derecho internacional (Principio XXIII);
- El derecho a la restricción y otros medios relacionados con la amnistía (Principio XXIV). La amnistía es reconocida como una medida que puede ser beneficiosa en casos de acuerdos de paz. Sin embargo, en la letra a) de dicho principio, se establece manifiestamente que **los perpetradores de crímenes bajo el derecho internacional, no se pueden beneficiar de esas medidas mientras que el Estado no haya cumplido las obligaciones del Principio XIX**, por tanto, hasta que el Estado no haya dispuesto lo necesario, mediante investigaciones independientes e imparciales, sobre las violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho internacional humanitario y haya tomado las medias precisas respecto a los perpetradores, particularmente en el área de la justicia criminal, con exigencia la responsabilidad, juzgándoles y condenándoles, en su caso.

En definitiva, los crímenes contra la Humanidad están excluidos de cualquier prohibición legal respecto de su persecución mediante el recurso de los Estados al dictado de leyes de amnistía, por su incompatibilidad con los postulados de Derecho internacional.

La verdadera finalidad de las leyes de amnistía que aquí nos ocupan no es otra que garantizar la impunidad de los autores de los crímenes. Las leyes de impunidad, aunque en ocasiones pudieran estar próximas a la prescripción del delito y/o de la pena, son leyes, por lo general de amnistía, al *perdonar*, con efectos retroactivos a

la comisión de los hechos, a los autores de los mismos; también impiden, desde la entrada en vigor de la ley, la legítima persecución de los ilícitos penales cometidos durante un espacio temporal concreto.

La CIDH, en el referido caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* ha sostenido que:

“[e]l asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa solo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso” (para. 129).

La referida sentencia del caso *Almonacid*, concluyó que:

“El estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.

El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia” (para. 5 y 6 del fallo).

La CIDH, en la sentencia de 18 de diciembre de 2003, caso contencioso, *Bulacio vs. Argentina* (Serie C, núm. 100), sobre el plazo razonable y la tutela judicial de las víctimas se pronunció así:

“Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. [para. 114]

El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos” [para. 115].

En el caso concreto de El Salvador, la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, de 1993, vulnera diversos preceptos de la Constitución de la Republica salvadoreña, que establece, en su art. 244 que: “ La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley, y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el periodo presidencial dentro del cual se cometieron”, por tanto, dicho precepto veta la figura de la autoamnistía.

El art. 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, recordamos, excluía la aplicación de la amnistía a quienes, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieran participado en graves hechos de violencia acaecidos desde el 1 de enero de 1980, y que por tanto requiriesen con más urgencia, el conocimiento público de la verdad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, han declarado repetidamente que la Ley de Amnistía de El Salvador viola las obligaciones internacionales vinculadas para dicho Estado.

Asimismo, ambas instituciones han recomendado a El Salvador derogar, anular o sustituir esa ley, ya que su vigencia constituye una incuestionable violación al deber que el Estado salvadoreño tiene de prevenir investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos y, en la medida de lo posible, de reparar a las víctimas. Así:

En el caso *Hermanas Serrano-Cruz vs. El Salvador* (CIDH (SER. C) No. 120. Párr. 218, de 1 de marzo de 2005), la Corte Interamericana señaló que la Ley de Amnistía de El Salvador, y como consecuencia de su aplicación, la falta de toda investigación y procesamiento de los responsables de la desaparición forzada de dos menores durante una operación milita, vulnera los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. El Salvador se convirtió en parte de la Convención en 1978 y reconoció la competencia de la Corte en 1995.

Igualmente, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, en 1993, inmediatamente después de que el legislativo salvadoreño, bajo la presidencia del hoy querellado **ALFREDO CRISTIANI**, aprobara la Ley de Amnistía, señaló su preocupación y recomendó su rescisión, pues en opinión de la Comisión, la Ley de Amnistía no permitía que se siguieran las recomendaciones de NU tras la firma de los **Acuerdos de Paz**.

La ley de amnistía además impidió que se cumplieran importantes recomendaciones de la Comisión de la Verdad contenida en el Grupo Cuarto, titulado “Medidas Tendientes (sic) para la Reconciliación Nacional”.

La Comisión Interamericana, en su informe sobre la situación de los Derechos Humanos en El Salvador y en el caso *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez vs. El Salvador* (Caso 11.481, ComIDH, Informe núm. 37/00, OEA/Ser.L/V/II.106, doc.3 rev. en 671, párraf. 131 (1999)), advirtió al Estado salvadoreño que la Ley de Amnistía era contraria a las obligaciones que se desprenden del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dicho artículo establece que un Estado no puede unilateralmente invocar su derecho interno con el fin de eludir una obligación impuesta por un tratado internacional.

Asimismo, la Comisión Interamericana enfatizó que la Ley de Amnistía violaba la propia Constitución salvadoreña, la cual señala en su art. 144 que “ninguna ley puede derogar o modificar aquello que se haya acordado por aplicación de un tratado internacional que tenga efecto en El Salvador. En caso de conflicto entre la ley y el tratado, el tratado debe prevalecer”.

Durante más de quince años consecutivos y de manera consistente, la Comisión Interamericana ha seguido denunciando la Ley de Amnistía de El Salvador declarándola ilegal y contraria al Derecho internacional y a las obligaciones de El Salvador como Estado.

En el caso *Masacre las Hojas vs. El Salvador* (Caso 10.287, informe núm. 26/92, ComIDH), la Comisión Interamericana concluyó que la Ley de Amnistía de El Salvador constituye una clara violación de la obligación del gobierno salvadoreño de investigar el crimen y castigar a los responsables de la masacre (en Las Hojas) de setenta y cuatro civiles.

En semejantes términos, en el caso *Lucio Parada Cea et vs. El Salvador* (caso 10.480, informe núm. 1/99), la Comisión sentó que el Estado salvadoreño había vulnerado el art. 4 de la Convención Americana (derecho a la vida), tras ser torturados y asesinados varios granjeros por parte de algunos miembros del Ejército de El Salvador. En este caso, la Comisión señaló, de manera contun-

dente, que la ejecución de las amnistías anula obligaciones internacionales impuestas sobre las partes firmantes de la Convención a la vez que una ley de amnistía priva a un amplio sector de la población del derecho a recibir justicia en sus justas demandas contra aquellos que cometieron los abusos. La **Comisión** señaló, por último, que la Ley de Amnistía de El Salvador violó el derecho a obtener justicia de las víctimas, al no llevar adelante la investigación y enjuiciamiento de los responsables de estos actos de tortura.

El informe núm. 136/99, caso 10.488 Ignacio Ellacuría y otros, El Salvador, de 22 de septiembre de 1999, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recomendó al Estado salvadoreño:

1. “Realizar una investigación completa, imparcial y efectiva, de manera expedita, conforme a estándares internacionales, a fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones encontradas, sin perjuicio de la amnistía decretada.
2. Reparar igualmente las consecuencias de las violaciones enunciadas, incluido el pago de una justa investigación.
3. Adecuar su legislación interna a los preceptos de la Convención Americana, a fin de dejar sin efecto la ley conocida como de Amnistía General”.

Asimismo, en dicho informe, la Comisión estableció que en el caso de los *Jesuitas* se produjo: la violación del derecho a la vida, del art. 4.1 CADH (para. 144 a 169); una omisión estatal del deber de investigar y sancionar a los responsables en este caso, en base al art. 1.1 de la CADH (para. 170 a 188); la vulneración del derecho a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva, de los arts. 8 y 25 de la CADH, respectivamente, (para. 189 a 196); y señaló que la Ley de Amnistía General era incompatible con las obligaciones

internacionales del Estado salvadoreño en materia de derechos humanos. (para. 197 a 209).

Por último, es relevante que **la Corte Suprema de Justicia de El Salvador haya declarado inconstitucional la aplicación automática de la Ley de Amnistía**. El 26 de septiembre de 2000, en **Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (casos 24-97 y 21-98)**, la Corte Suprema limitó la aplicación de la Ley de Amnistía, dejando a discreción de cada juez instructor el resolver como cuestión preliminar si la aplicación de la ley al caso concreto vulneraría o no las obligaciones internacionales del Estado y/o el deber de proteger un derecho fundamental. Si el juez instructor estimara la concurrencia de alguno de estos dos supuestos, -señaló el órgano supremo- la Ley de Amnistía no debe ser aplicable. A pesar de esta decisión la Fiscalía General de la República ha invocado la Amnistía en todos los casos para no investigar cuando se trata de violaciones graves de Derechos Humanos.

Por tanto, y de acuerdo con la doctrina y fundamentos señalados, las leyes citadas son inoperantes y no existe impedimento legal alguno para la instrucción y posterior enjuiciamiento de estos hechos.

1.3.2.3 Cosa Juzgada Fraudulenta

En el apartado sexto de la querrela se expone detenidamente el proceso penal seguido en El Salvador contra los querrelados y las irregularidades de las que fue objeto. Procedimiento que, como se concluye, fue fraudulento. No se respetó las reglas del “juicio justo” y, en última instancia, se buscó la impunidad de los acusados.

La aplicación concurrente del principio de justicia universal persigue un doble efecto: por un lado, evitar fraudes con finalidades de impunidad, como la incoación de procedimientos judiciales en los Estados donde se haya cometido el delito con el propósito de aparentar el ejercicio de una auténtica actividad jurisdiccional; y por

otro, la celebración de juicios aparentemente imparciales e independientes cuando la realidad es otra bien distinta, este es, conseguir la calificación de cosa juzgada. Cosa juzgada, en todo caso, devaluada al ser fraudulenta o aparente.

En este sentido, si efectivamente, los procedimientos concluyeron por resolución firme que produjo efectos de cosa juzgada; o, por sentencia firme, debió desplegar todo sus efectos la garantía interna e internacional universal (art. 14.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) de la prohibición del *ne bis in idem*, sin embargo, **el ejercicio fraudulento de la administración de justicia con la única finalidad de aparentar una autentica, independiente e imparcial acción de la justicia y ajena a cualquier voluntad real de someter a los presuntos responsables de crímenes internacionales a los tribunales de justicia (cosa juzgada fraudulenta o aparente), debe posibilitar –por exigencias de justicia, por la garantía y tutela de los derecho de la víctima, por el respecto al debido proceso y con todas las garantías y por los postulados del Derecho internacional en materia de protección de los Derechos Humanos- el inicio de una nueva acción penal. La cosa juzgada devaluada, fraudulenta o aparente cede ante las exigencias de justicia.**

Desde esta perspectiva de justicia aparente o fraudulenta, otorgar una jurisdicción preferente y no concurrente podría consolidar un vacío jurisdiccional, la impunidad de los crímenes y, en consecuencia, la privación del derecho a la tutela judicial efectiva para las víctimas o, en definitiva, un ejercicio jurisdiccional eficaz.

Este argumento es el que marca la evolución y desarrollo del Derecho Internacional. El art. 20 ECPI, después de determinar el test para verificar si, por parte de los Estados, existió o no voluntad de actuar en un asunto judicial determinado (art. 17.2 y 3), permite la celebración de un nuevo proceso cuando el procedimiento no hubiere sido instruido en forma independiente e imparcial según

las debidas garantías reconocidas en el Derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatibles con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia.

Los parámetros que fija el ECPI parten de verificar si se ha iniciado un procedimiento, o celebrado el juicio, con el propósito de sustraer a determinadas personas de la responsabilidad de los crímenes de su competencia; si se han producido demoras injustificadas con la intención de evitar determinadas comparencias ante la acción de la Justicia; o si ha concurrido ausencia de independencia e imparcialidad en la sustanciación de procesos que, dadas las circunstancias, sea incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la acción de la justicia.

El propio ECPI, sobre la incapacidad para el ejercicio jurisdiccional, exige examinar si el Estado, debido al colapso de su administración de justicia o por carecer de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no esta por otras razones en condiciones de llevar a cado el juicio (art. 17.3).

A este respecto, es ilustrativo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, de 13 de julio de 2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros” en el que, respecto a la denominada en el derecho argentino *cosa juzgada irrita*, declara:

“más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia tanto al definir la garantía del “ne bis in idem” como la cosa juzgada [...] [T]anto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, tales

procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en la impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho de lo penal internacional con un nuevo proceso. [...] Los principios que, en el ámbito nacional, se utiliza para justificar el instituto de la cosa juzgada y “ne bis in idem” no resultan aplicables respecto de los delitos contra la humanidad, porque los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y, por ende, no admiten que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche” (par. 35 y 37).

También los arts. 10 y 9 de los Estatutos del TPIY Y TPIR, respectivamente, facultan a sus tribunales para proceder a un nuevo enjuiciamiento del acto, por el que inicialmente se sometió a juicio, fue considerado como un delito ordinario, o si la vista celebrada por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, o tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

En parecidos términos, por ejemplo, se pronuncia el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano. Reconoce la concurrencia de jurisdicciones entre la del Tribunal y la de los tribunales nacionales, aunque determina la preferencia del primero en caso de conflicto (art. 4) y también otorga plena eficacia a la cosa juzgada excepto cuando “las actuaciones del tribunal nacional no fueron ni imparciales ni independientes o tuvieron por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal por los delitos que son competencia del Tribunal o si la causa no fue tramitada con la diligencia necesaria”, y, en caso, de fuera condenado el Tribunal Especial tendrá “en cuenta la media en que haya cumplido la pena que le haya impuesto un tribunal nacional por el mismo acto”.

El Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona determina, en términos semejantes, que el Tribunal Especial tiene jurisdicción concurrente con los tribunales de Sierra Leona y primacía respecto de éstos (art. 8.1 y 2).

La CIDH, en el referido caso *Almonacid*, sostuvo que el principio *ne bis in idem*:

“[A]un cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos a la derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*” (sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, para. 154. Véase también *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, para. 131).

Doctrina que es reiterada por la CIDH en el caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162, para. 153. También es sumamente ilustrativa la reflexión del citado voto razonado del juez Sergio García Ramírez a esta sentencia:

<<11. El debido proceso, en suma, es cimiento de la sentencia. Sucede -si se permite la analogía- lo que ocurriría con un edificio: si se carece de cimiento la edificación se derrumba y habrá que construir de nuevo sobre base firme. Solo por este medio y con este método se legitima la definición de los derechos y la asignación de los deberes al cabo de la contienda que se desarrolla ante una autoridad dotada de potestades jurisdiccionales. No hay debido proceso –y por lo tanto no hay definición plausible de derechos y deberes- cuando se ausentan las garantías judiciales previstas en el artículo 8 CADH. Y si no hay debido proceso, tampoco hay verdadera sentencia, ni cosa juzgada, ni espacio para la operación del principio *ne bis in idem*.

12. El Derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso “a modo”, celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite q subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia.

13. ¿Implica esto la decadencia de la cosa juzgada –frecuentemente cuestionada en materia penal- y la supresión del *ne bis in idem*, con riesgo general para la seguridad jurídica? La respuesta, que *prima facie* pudiera parecer afirmativa, no lo es necesariamente. No lo es, porque bajo las ideas expuestas no se disputa la eficacia de la *res judicata* ni de la prohibición de segundo juicio cuando aquélla y éste se fincan en las disposiciones aplicables y no entraña

ni fraude ni abuso, sino garantía de un interés legítimo y amparo de un derecho bien establecido. No se combate, pues, la “santidad” de la cosa juzgada ni la firmeza del primero juicio –a título, entonces, de único juicio posible-, sino la ausencia de resolución legítima –esto es, legitimada a través de un debido proceso- a la que se atribuye eficacia de cosa juzgada e idoneidad para sustentar el *ne bis in idem*>>.

El principio 9 de los citados de *Princeton*, después de recordar la vigencia y la garantía del principio *nom bis in idem*, en el apartado primero declara que <<los simulacros de procesamiento y los castigos irrisorios que resulten de una condena de otros procedimiento no serán reconocidos dentro de la garantía que proclama ese principio>>.

Sobre el principio *nom bis in idem*, su alcance en el ámbito internacional, la interpretación del art. 23.2 c) LOPJ y de los arts. 54 y 55 del Convenio de Schengen; y sobre la cosa juzgada y la posibilidad de condenar por los mismos hechos aunque exista sentencia extranjera anterior, es ilustrativa STS 380/203, de 22 de diciembre, a la que nos remitimos.

Sirve también como ejemplo sobre el alcance de la cosa juzgada el art. 12.1 a y 12.2 e de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega, fruto de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002. En el primer caso se denegará obligatoriamente la entrega si el reclamado ha sido juzgado definitivamente por los mismos hechos por un *Estado miembro distinto del Estado de emisión, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, o este en esos momentos en curso de ejecución o ya o pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena*. Por el contrario, la denegación es facultativa en el segundo caso (art. 12.2 e) cuando, concurriendo los mismos requisitos, el reclamado haya sido juzgado en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea.

Como hemos dicho antes, los tribunales españoles, a tenor del art. 23.2 c) LOPJ, no podrán juzgar a personas acusadas de los delitos enumerados en el art. 23.4 LOPJ que hayan sido ya absueltas (es decir, juzgadas), indultadas (es decir, Juzgadas, condenadas y perdonadas) o penadas (es decir, juzgadas y condenadas) por los mismos hechos. En los tres casos se trata de la excepción de cosa juzgada.

La excepción es muy limitada porque, incluso en el caso de los penados, se permite (sin matiz alguno) volverles a juzgar siempre que se les abone la parte de pena que efectivamente hubieran cumplido. Parece que esta posibilidad se referiría a la posibilidad de volver a juzgar sólo en los casos previo enjuiciamiento fraudulento.

En el caso *Carpio-Nicolle vs. Guatemala* (CIDH (ser. C) No. 117; 22 de noviembre de 2004), la CIDH determinó que se había producido cosa juzgada fraudulenta tras haber sido identificadas diversas irregularidades durante el proceso judicial, no habiendo obrado los jueces con la debida “independencia e imparcialidad”. La CIDH estimó que el proceso “estuvo contaminado por graves vicios”, produciéndose una vulneración del derecho a las garantías judiciales y a la protección jurídica, teniendo en cuenta: la falta de investigación, la falta de apropiada aplicación de la prueba obtenida y la trayectoria judicial guatemalteca de falta de investigación y persecución de violaciones de Derechos Humanos.

Asimismo, en el caso *Gutiérrez-Solar vs. Colombia* (CIDH (ser. C) No. 132; 12 de septiembre de 2005) la Corte señaló que no violaba el principio *ne bis in idem*, a pesar de la existencia de una sentencia absolutoria firme, al reabrir y conocer de un caso de tortura cuando dicha sentencia era consecuencia de un juicio fraudulento en violación de las reglas de debido proceso. El Juez de la CIDH, Sergio García Ramírez –después de señalar la importancia de respetar el principio *ne bis in idem* y la cosa juzgada- razonó que “la jurisdicción internacional respecto de los derechos humanos [...] no podrá ser efectiva o incluso existir si las decisiones emitidas

por los tribunales nacionales son consideradas incuestionables en todos los casos”.

En nuestro caso, los querellados fueron *supuestamente enjuiciados* en El Salvador por un tribunal de instancia penal por los crímenes objeto de esta querrela. Sin embargo, el proceso se desarrolló en medio de numerosas irregularidades, entre otras: amenazas graves a los miembros del Ministerio Fiscal al intentar desempeñar su función de investigación, destrucción de pruebas clave, denegación de declaraciones de testigos esenciales, que se negaron a ratificar su testimonio tras ser amenazados por miembros de la Fuerza Armada de El Salvador, así como la existencia de amenazas graves contra los miembros de jurado (civiles), que fueron los encargados de emitir un veredicto respecto del crimen de los jesuitas españoles y su empleada doméstica y la hija de ésta.

Consecuencia de ello fue que sólo dos de los acusados fueron declarados culpables del crimen de asesinato y el resto, todos ellos militares, fueron absueltos. Estos últimos fueron a su vez indultados y puestos en libertad por aplicación de la Ley de Amnistía.

Las irregularidades del proceso seguido en El Salvador demuestran la concurrencia de cosa juzgada, aparente y fraudulenta. De acuerdo con la limitación a la excepción española y reciente jurisprudencia internacional, no se puede considerar que alcanzara el estado de cosa juzgada y, por lo tanto, una excepción al ejercicio de la justicia universal allá donde las reglas del debido proceso no se hayan respetado o cuando los jueces y, en este caso, además el Jurado no hayan actuado con la independencia e imparcialidad debida.

1.4 Inaplicabilidad de la L.O. 18/2033, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

El art. 7 de la LO 18/2003, de 10 de diciembre regula las relaciones entre el Estado español y la CPI cuando los presuntos

autores no sean nacionales españoles, se trata de hechos sucedidos en otros países y los delitos sean competencia objetiva de la CPI.

Se mantiene, por tanto, intacto el ejercicio jurisdiccional universal por parte de nuestros Tribunales al no concurrir los elementos de conexión exigidos por la Ley de Cooperación.

En nuestro caso, dejando al margen, otros elementos que impiden la Competencia de la Corte, El Salvador ni firmó ni, consecuentemente, ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El gobierno salvadoreño, argumentó, para justificar tal postura, que algunas de las disposiciones del Estatuto vulneraban la Constitución de El Salvador, a saber, la pena de prisión perpetua; la extradición y la entrega de nacionales a la Corte; la posible afectación al principio de prohibición de la afectación penal múltiple, *o ne bis in idem*; y el desconocimiento de fueros, privilegios e inmunidades a funcionarios de gobierno.

La Corte Penal Internacional, en todo caso, carece de efectos retroactivos (art. 11 y 12) por lo que sólo podrá enjuiciar crímenes cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, esto es, el 1 de julio de 2002.

2. CALIFICACIÓN INICIAL DE LOS HECHOS

Los hechos denunciados deben situarse en el contexto de una grave crisis que azotó El Salvador, y que tuvo como consecuencia una cruenta guerra civil que duró más de 10 años (1980 a 1992) y que acabó con la vida de más de 79.000 civiles, dando origen a una represión sistemática contra las comunidades religiosas, especialmente la jesuita, que se identificó por su apoyo a los más oprimidos.

La masacre del 16 de noviembre de 1989, de los jesuitas de origen español IGNACIO ELLACURÍA BESCOETXEA, IGNACIO MARTÍN BARÓ, SEGUNDO MONTES MOZO, AMADO LÓPEZ QUINTANA, JUAN RAMÓN MORENO PARDO, JOAQUÍN

LÓPEZ Y LÓPEZ, su empleada doméstica, **JULIA ELBA RAMOS** y la hija de ésta, **CELINA MARICETH RAMOS**, en la **UCA**, planeada y ordenada por el Alto Mando del Ejército salvadoreño y llevada a cabo por el Batallón del Ejército salvadoreño **ATLACATL** en la **UCA**, fue una muestra más de la brutalidad a la que miles de civiles fueron sometidos en ese periodo.

Como ya hemos anunciado al principio de los fundamentos jurídicos de esta querrela los hechos relatados los podemos subsumir provisionalmente, y sin perjuicio de posterior calificación a resultados de las investigación, en crímenes de lesa humanidad y terrorismo en concurso con ocho delitos de asesinato o en ocho delitos de asesinato cometidos en el contexto de crímenes internacionales y en un delito de terrorismo.

2.1. Lesa Humanidad

Sin perjuicio de lo que resulte de la investigación e instrucción de los hechos y de la calificación más beneficiosa (CP de 1973 o CP actual) para los querellantes inicialmente calificamos los hechos de **un delito de lesa humanidad del art. 607 bis del CP con la causación de ocho muertes alevosas** (art. 406 CP vigente en el momento de los hechos, y actual art. 139).

2.1.1. El crimen de lesa humanidad

En principio, y a los efectos de esta querrela, analizaremos el crimen de lesa humanidad partiendo del art. 607 bis del CP. El mismo, introducido mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, prescribe que:

“Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión en tales hechos:

1º. Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

Este precepto, protege la paz internacional, los Derechos Humanos y libertades fundamentales de los grupos no dominantes y perseguidos (“por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”), pudiendo ser autores directos, tanto los particulares y los representantes de la autoridad del Estado donde se comete un delito, como los representantes de la autoridad del Estado que toleren su comisión (art. II Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad), con pleno conocimiento (dolo directo) de que las actuaciones llevadas a cabo son parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En la referida sentencia 16/2005, de 19 de abril, de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se establece con indudable y acertada precisión, respeto de los elementos del tipo, que:

“En cuanto a los elementos definidores del delito de lesa humanidad, la jurisprudencia del Tribunal de la ex Yugoslavia, a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto, ha venido estableciendo una serie de elementos o puntos definidores del delito y su prueba, que por su utilidad y aplicabilidad al presente caso, sistematizamos a continuación:

1) El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil. ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22 Feb. 2001; (Apples Chamber) 12 Jun. 2002. Párr. 90.

2) No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero sí un número suficiente (representativo de ella) ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic, (Apples Chamber) 12 Jun. 2002, párr. 90.

3) La población ha de ser predominante civil. ICTY Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26 Feb. 2001, párr. 180; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31 Mar. 2003, párr. 235; Jelusic, (Trial Chamber) 14 Dic. 1999, párr. 54.

4) La presencia de no civiles no priva del carácter civil a la población. Prosecutor V. Kupreskic el al. (Trial Chamber) 14 Ene. 2000, para 549.

5) Procede hacer una interpretación amplia del concepto de población civil. Jelusic, (Trial Chamber) 14 Dic. 1999, párr. 54; Prosecutor V. Kupreskic el al. (Trial Chamber) 14 Ene. 2000, para. 547-549.

6) La protección se refiere a cualquier población civil independiente de que sea a la propia población civil. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29 Nov. 2002, párr. 33;

7) La exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político “de facto”;

8) El ataque debe ser generalizado o sistemático; Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22 Feb. 2001, para. 431;

Generalizado: Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26 Feb. 2001, para 179; BlasKic (Trial Chamber) 3 Mar.2003, párr. 206;

Sistemático: Kunarac, Kovac and Vukovic (Apples Chamber) 12 Jun. 2002, párr. 94; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31 Mar. 2003, párr. 236 ; BlasKic (Trial Chamber)3 Mar.2000, párr. 203.

8) El ataque es el que debe ser generalizado o sistemático; no los actos del acusado.

9) Puede ser calificado como crimen contra la humanidad un simple acto, si está en conexión con un ataque generalizado o sistemático; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26 Feb. 2001, para 178; Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14 Ene. 2000, para 550.

10) Es necesario tener en cuenta que existen muchos factores definidores de cuando un ataque es “generalizado o sistemático”; y que son inferibles del contexto.

11) Los ataques deben ser masivos o sistemáticos o que se ejerzan en el marco de una política o plan estatal, pero no es imprescindible que se dé este último elemento.

12) Intencionalidad. El autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29 Nov. 2002, párr. 37;

13) Los motivos del sujeto resultan irrelevantes. Kunarac, Kovac and Vukovic (Apples Chamber) 12 Jun. 2002, párr. 103; Tadic (Apples Chamber) 15 Jul. 1999, párr. 270-272; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26 Feb. 2001, para. 187.

14) Resulta irrelevante si los actos son directamente contra la población civil o simplemente contra una persona concreta. Lo relevante es que el ataque sea contra la población civil y no los actos concretos. Kunarac, Kovac and Vukovic (Apples Chamber) 12 Jun. 2002, párr. 103.

15) La intencionalidad discriminatoria solo es necesaria para el delito de persecución. Tadic (Apples Chamber) 15 Jul. 1999, párr. 283, 292, 305; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26 Feb 2001, para 186; BlasKic (Trial Chamber) 3 Mar. 2000, para. 244, 260; Todorovic (Trial Chamber) 31 Jul. 2001, para. 113.

16) Conocimiento: El autor debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático. Kunarac, Kovac and Vukovic (Apples Chamber) 12 Jun. 2002, párr. 102, 410; Tadic (Apples Chamber) 15 Jul. 1999, párr. 271; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26 Feb. 2001, para 185; BlasKic (Trial Chamber) 3 Mar. 2000, para 244, 247; o alternatively admite el riesgo de que sus actos formen parte de él. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29 Nov. 2002,

párr. 37; Blaskic (Trial Chamber) 3 Mar. 2000, para 257; Krnojelac (Trial Chamber) 15 Mar. 2002, párr. 59.

Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto.

17) No son necesarios conocimientos de los detalles del ataque. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Apples Chamber) 12 Jun. 2002, párr. 102; Krnojelac (Trial Chamber) 15 Mar. 2002, párr. 59.

18) No es necesario que el partícipe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos. Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26 Feb. 2001, para 185.

19) Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc. Blaskic (Trial Chamber) 3 Mar. 2002, para 258-259.

20) Tratándose de delitos subyacentes, en caso de homicidio no es necesario el cadáver para la existencia del delito. Krnojelac (Trial Chamber) 15 Mar. 2002, párr. 326”.

2.1.2. Aplicación del art. 607 bis a hechos anteriores a su regulación, pero vigentes en el Derecho internacional

La repetida sentencia 16/2005, de la Sección 3ª de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (*caso Scilingo*), establece, en relación a la aplicación del tipo previsto en el art. 607 bis a hechos anteriores a su entrada en vigor, lo siguiente:

“Como ya avanzamos en momento, el primer y aparentemente mayor problema, que inmediatamente vamos a tratar, para la aplicación del precepto penal contenido en el art. 607 bis del CP referido a los crímenes de lesa humanidad lo constituye el de su no vigencia en el momento de la producción de los hechos dada

su reciente incorporación al derecho positivo español. El art. 9.3 de la CE, al garantizar el principio de legalidad también se refiere al de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables. El art. 26 CE, expresamente establece que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquel momento”. Se plantean, pues, varios problemas relacionados con el principio de legalidad y tipicidad de las normas penales: retroactividad, certeza y previsibilidad de la norma penal aplicable. [...]

1.1) En cuanto a [...] la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos, consideramos que **ha quedado suficientemente resuelto con lo que hasta ahora venimos diciendo y que es el hilo conductor de estos razonamientos. Partimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los estados al ser una norma de “ius cogens” internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar**

1.2) En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la **formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) nullum crimen nulla poena sine lege, en el derecho internacional se articula como de nullum crimen sine iure, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de**

los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la lex se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales de derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación.

El precedente de la anterior afirmación está **en los juicios del Tribunal de Nuremberg que no se limitó a juzgar y condenar los crímenes de guerra que eran los convencionalmente preexistentes, sino que se crearon nuevas categorías de delitos evitando que muchas otras conductas distintas de los crímenes de guerra quedaran fuera: los crímenes contra la paz (hoy de agresión) y el crimen contra la humanidad.** El argumento utilizado fue que debía ceder el principio de *nullum crimen sine lege* cuando representaría una inmoralidad mayor dejar sin castigo determinadas conductas especialmente atroces. El art. 6 del acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, que pretendía dar un salto definitivo en la lucha contra la barbarie al pretender la condena a nivel internacional lo que hasta ese momento estaba condenado solamente por los derechos estatales, y no en todos, se basa en criterios ético jurídicos para salvar el escollo que representa la falta de tipificación penal previa y puede decirse que deja de aplicar en sentido estricto el principio de legalidad. El art. 6 c) relativo a los crímenes contra la humanidad actuaba como “norma de cierre”; que se proponía cerrar la salida a las posibles escapatorias destinadas a obstaculizar el castigo de los autores de graves atropellos. Esta norma que vulneraba desde el punto de vista penal clásico el principio de legalidad y el principio de no retroactividad de las normas penales, fue sin embargo calificado como “monumento de la civilización jurídica moderna”; “punto de referencia en la lucha contra la barbarie”; Detrás del art. 6 están Auschwitz, Mathausen, Ravensbruck, Treblinka, etc. (A. Cassese).

Pero hay otros argumentos derivados del propio desarrollo actual del Derecho internacional y de la significación de la noción de comunidad internacional.

En primer lugar indicar, **se debe evitar que un principio que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del estado se convierte en una barrera protectora que proteja a un [sujeto que] ataca masivamente los derechos más elementales de los ciudadanos.**

En segundo lugar, que **difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia** (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas.

1.3. La naturaleza mixta que en la actualidad tiene los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, produce unos determinados efecto como consecuencia de la interacción de normas internacionales de varias clases. La cristalización en normas escritas añade un importante plus de taxatividad y de previsibilidad a la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional. El Estatuto de CPI, del ICTY y Ruanda ha venido a recoger aquellas normas que incuestionablemente forman parte del “ius cogens”; internacional y vienen a definir el “núcleo esencial”; de la conducta prohibida u ordenada, al menos desde el punto de vista de la garantía criminal estrictu sensu, aunque estimamos que al menos en lo que se refiere al Estatuto del CPI, también desde la perspectiva de la garantía penal”.

[...] debemos negar el argumento, ya que **estimamos que no tiene ningún fundamento y carece del menos sentido, de que el legislador español, al introducir dicho precepto penal (art. 607 bis CP) se estaba limitando a permitir en el ordenamiento**

español pero solo de cara al futuro y para el ámbito interno español, la persecución de este tipo de crímenes, a modo de dar formal cumplimiento a la exigencia derivada del principio de complementariedad del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la obligación de cooperar con dicho tribunal, dejando sin previsión en derecho interno la norma penal internacional que ya desde hace décadas castigaba ese tipo de conductas. Ello significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos”

Aplicando esta doctrina a nuestro caso, se comprueba fácilmente que los hechos también se pueden subsumir en delitos de lesa humanidad.

2.2. Delitos de asesinato cometidos en el contexto de crímenes contra la humanidad o delitos de asesinato los cuales constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional vigente.

De acuerdo con lo que hemos avanzado al inicio de esta fundamentación de *iure*, y que damos enteramente por reproducida, ésta sería la calificación, conforme con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la anteriormente mencionada sentencia 789/2007.

En el CP vigente en el momento de los hechos (1989), se regulaba el delito de asesinato en el art. 406, que preceptuaba:

“Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.º Con alevosía.
- 2.º Por precio, recompensa o promesa.
- 3.º Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.
- 4.º Con premeditación conocida.

5.º Con ensañamiento, aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido”.

En el Código Penal vigente, el asesinato está regulado en el art. 139, cuya redacción exceptúa las circunstancias 3ª y 4ª del anterior tipo de asesinato previsto por el art. 406 del Código Penal de 1973.

3. Terrorismo

En cuanto a la existencia del delito de terrorismo, hay que señalar que en España estuvieron en vigor sucesivas leyes reguladoras de la materia antiterrorista y que, en concreto, los arts. 260 y ss. Del CP vigente en aquél momento, calificaban como terrorismo la realización de asesinatos, homicidios, con la finalidad, bastante genérica, de “atentar contra la seguridad del Estado, del orden público” finalidad que, además, de otros contenidos, comprende claramente la no utilización de las vías legales para oponerse al Estado, promover su cambio o actuar en favor del mismo.

Respecto a la inexistencia de delito de terrorismo por faltar la organización amada, elemento indispensable del mismo, en primer lugar, la aplicación de la legislación vigente de España, no hace necesario para un enjuiciamiento por el delito de terrorismo la existencia del elemento banda armada, pues los ya derogados arts. 260 y ss. permitían incluso el denominado terrorismo individual. La aparición del citado elemento organizativo surgen en el Código de Justicia Militar (Ley de 15 de noviembre de 1971) que posteriormente se anexiona al propio Código penal común para constituir, en la legislación dictada durante el llamado proceso de democratización, un elemento esencial en la definición del delito de terrorismo que pervive hasta nuestros días.

Por tanto, si se aplica la legislación vigente en el momento de iniciarse la comisión de los hechos el elemento banda armada no

resulta en modo alguno necesario para dirigir la acción penal por el delito de terrorismo.

No existe ningún obstáculo para calificar a los grupos que actuaron en El Salvador, como una autentica banda armada donde los elementos de jerarquía, organización, disponibilidad de armamento y voluntad de la asociación por encima de los actos concretos de ejecución claramente existían. Tampoco es óbice para esta calificación, que la organización estuviera compuesta precisamente por parte del ejército del propio Estado que, actuando al margen de la legalidad, no merece otro calificativo que el de banda armada. Por otra parte, no es obstáculo para la exigencia de responsabilidades penales que la expresión terrorismo de Estado tenga, en efecto, y en el ámbito del Derecho interno, un significado más pasional o periodístico que jurídico pues a quien se pretende juzgar, con no puede ser de otro modo, es a las personas físicas que ejecutaban las acciones delictivas, participaban en las mismas o inducían su realización, sin que para ello sea obstáculo que ocuparan puestos de relevancia política o formaron parte del Ejército del Estado como se ha demostrado, por ejemplo, en España tras el procesamiento y condena de personas que formaron parte incluso del propio Gobierno de la nación. De igual modo, no hay que olvidar que junto a las bandas de militares también cometieron estos hechos delictivos organizaciones paramilitares o civiles y que las acciones terroristas de desapariciones, asesinatos, torturas, etc., comenzaron en ambos países incluso antes de producirse el golpe militar por lo que ningún obstáculo habría tampoco para calificar los hechos como terrorismo subversivo o encaminado, como finalmente se produjo, a la toma del poderes político.

Los hechos ocurridos el 16 de noviembre de 1989 se subsumen, igualmente, en el delito de terrorismo, cuyo elemento subjetivo característico, la finalidad de subvertir el orden constitucional, supone la utilización de la violencia al margen de las reglas

del Estado de lo que puede realizarse tanto desde fuera como desde dentro del propio Estado.

La expresión terrorismo de Estado se emplea contra aquellos sistemas políticos que vulneran sistemáticamente los derechos humanos o también, contra aquellas actuaciones más o menos circunstanciales que, incluso en el marco de un Estado de Derecho, manifiestan un afán represivo excepcional, desproporcionado o ejecutado al margen de todo procedimiento regular.

En principio, son terroristas aquellos Estados que aplican una violencia extrema e indiscriminada contra sus ciudadanos o contra ciudadanos de otros países, que ejercen su fuerza sin sujeción al Derecho y que vulneran sistemáticamente los derechos humanos. En suma, son terroristas aquellos Estados que merecen un juicio moral y político fuertemente negativo, sin que exista ningún inconveniente en reconocer que en el modelo del Estado de Derecho pueden desarrollarse tendencias autoritarias y represivas o que sus autoridades pueden recurrir a métodos terroristas y ello tanto en el plano interno como en el internacional.

En todo caso, en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural la legislación antiterrorista suele caracterizar jurídicamente este fenómeno por la existencia de dos elementos que deben darse conjuntamente para que pueda operar esta calificación y así se requiere que las actuaciones o conductas delictivas se realicen con una finalidad de contenido político y, además, que se lleven a cabo desde una estructura organizada o banda armada que es, realmente, el sujeto activo del delito, por lo que debemos comprobar si ambos elementos están presentes en el denominado terrorismo de Estado.

En cuanto al primero de los elementos que caracterizan el terrorismo, la finalidad política, se ha negado que concurra en estos casos porque, según se ha llegado a decir, en el de Estado no se practica en terrorismo subversivo, esto es con intención de destruir

el Estado, sino muy al contrario de preservarlo o defenderlo aunque sea por medios jurídicamente reprobables; de este modo se señala que la finalidad política sólo puede ser jurídicamente relevante en materia penal cuando lo que se persigue es el cambio o modificación sustancial de la forma de Estado, es decir, la sustitución por otro del sistema político.

Es errónea esta interpretación del elemento teleológico o finalista y además no debe prosperar en ningún caso en un Estado que se proclama de Derecho y ello porque en estos casos la índole o la clase de finalidad política que se persiga debe ser perfectamente irrelevante por muy radical o heterodoxo que pueda ser su contenido; de este modo, cabe decir que la actuación de una organización terrorista portadora de un programa político sólo adquiere desvalor jurídico, sólo puede ser penalmente reprochable, por el uso de la violencia para hacer efectivo ese programa político, es decir, por la no utilización de los cauces democráticos como forma de lucha política. Es cierto que, normalmente, el programa político de estos grupos será efectivamente transformador, revolucionario, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide conceptuar como terrorista a un grupo políticamente conservador o contrarrevolucionario que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario y, en definitiva, nada impide acoger también, y este es el fondo de la cuestión, los supuestos del denominado terrorismo de Estado, esto es, del terrorismo practicado desde dentro del sistema político.

Es más, quienes dicen utilizar la “vía violenta” para defender al Estado no se limitan a una actuación de mera preservación del mismo sino que persiguen, en realidad, también su transformación frontal. En definitiva, negar que el método democrático sea válido para acabar con los enemigos del Estado es negar no sólo la eficacia

de ese método democrático en casos concretos sino negar también el sistema mismo que se caracteriza justamente por la regularidad de su actuación.

En cuanto al segundo de los elementos de la definición de terrorismo, la existencia de una banda armada u organización terrorista, hace referencia a la necesidad de actuar estructurada y organizadamente y esta exigencia tiene su base en que realmente solo desde una auténtica asociación normativizada, donde sus miembros actúan con la seguridad que procura el sometimiento a la jerarquía, donde hay disponibilidad total de armamento y, sobre todo, una finalidad o un objetivo social por encima de las voluntades de los asociados, es posible decir que realmente se pone en peligro la actividad regular del Estado. No cabe duda alguna que, en este sentido, que la actuación de la milicia con una absoluta disponibilidad de personas, medios y armamento y bajo un plan perfectamente organizado cumple sobradamente los requisitos de actuación organizada que se requieren en estos casos y, como reiteradamente hemos señalado en cuantas ocasiones hemos tenido de pronunciarnos sobre esta cuestión, cuando el Ejército, la Armada o sus miembros en común asociación y acuerdo actúan de la manera [señalada] no merecen otra denominación que la de banda armada pues se actúa con absoluto desprecio por la vida y la integridad de las personas y al margen de la legalidad pero con la mejor y más sofisticada de la estructuras asociativas.

Por lo tanto, los querellados también son responsables de delitos de terrorismo organizado en grado de consumación previstos y penados por el Anexo 2 del Código penal de 1973 o por el art. 572.1.1º del mismo texto legal de 1995.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Todos los querellados, excepto ALFREDO CRISTIANI BURKARD, responden en concepto de autores (arts. 12 y 14 CP de 1973 y arts. 27 y 28 CP de 1995).

ALFREDO CRISTIANI responde, por el momento, y con perjuicio del resultado de esta investigación, del delito (o como) encubridor.

El CP de 1973, vigente el 16 de noviembre de 1989, fecha en la que se produjeron los hechos objeto de esta querrela, preveía, en su art. 12.3, que: “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas [...] los encubridores”.

Por su parte, el art. 17.2 del anterior CP, contenía la siguiente definición de esta forma de participación:

“Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: [...]

2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, para impedir su descubrimiento”.

El CP de 1973, de conformidad con su art. 54, y en lo relativo a la pena aplicable para el encubrimiento, preceptuaba:

“A los encubridores de un delito consumado, frustrado o intentando se les impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo delito”.

Por tanto, y a diferencia del CP vigente, como ahora exponremos, el encubrimiento constituía una forma de participación en la comisión de un delito, junto con la autoría y la complicidad.

Se castigaba el encubrimiento, como modalidad de participación en el hecho delictivo, por ser el sujeto que llevaba a cabo la conducta comisiva, un obstáculo para la Administración de Justicia, o bien, por causar una lesión al bien jurídico quebrantado por el delito.

En el CP de 1995, actualmente en vigor en nuestro país, el encubrimiento es tipificado como un delito independientemente en el art. 451, redactado conforme a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Dicho precepto, establece:

“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: [...]

2º. Ocultando, alternando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos, para impedir su descubrimiento.

3º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de un delito de [...] genocidio, lesa humanidad, delito contra las personas bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio [...].”

En el caso previsto en el segundo párrafo, se regula el favorecimiento real, mientras que el tercer párrafo del art. 451 prevé el denominado favorecimiento personal.

La introducción por la referida LO 15/2003 del art. 451.3ºa), en lo referente al delito de lesa humanidad, se deriva de la inclusión del art. 607 bis en nuestra ley penal sustantiva, que tipifica el referido delito, así como de la trascendencia de los delitos contra la Comunidad Internacional, incluidos en el Título XXIV del Código, dando así respuesta a las exigencias derivadas de la Resolución 3074 de la Asamblea General NU, de 3 de diciembre de 1973, sobre principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

Las STS 67/2006, de 7 de febrero (por todas), define el encubrimiento como:

“Una conducta dotada de su propio contenido de injusto en la medida en que ayuda al autor o al partícipe en un delito a alcanzar el agotamiento material de sus propósitos o a conseguir burlar la acción de la justicia, con lo cual el injusto cometido cristaliza y hasta se agranda en lo material, amén de que se frustra la reacción punitiva. Pero en modo alguno el encubrimiento contribuye al injusto anteriormente realizado por los partícipes.

Elementos comunes a las tres variantes típicas son: a) la **comisión previa de un delito**, [...]; b) el segundo es de carácter normativo: **el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictuales impunes**; c) un elemento subjetivo consiste en **“el conocimiento de la comisión del delito encubierto”**, lo que se traduce por la exigencia de un actuar doloso en cuanto se requiere no una simple sospecha o presunción, sino un conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual que también satisface el requisito de conciencia de la comisión previa de un hecho delictivo y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos” (negrita añadida).

Asimismo, y respecto al tipo del art. 451.2º, el Alto Tribunal, en su sentencia de 19 de febrero de 2006, establece que el término “ocultar” debe interpretarse:

“en su acepción gramatical de esconde o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa”, y que la acción ha de recaer sobre el “cuerpo, efectos o instrumentos” del delito (V. SSTS de 6 de febrero de 1982 y de 15 de febrero de 1993), y lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión” (negrita añadida).

Asimismo, existe encubrimiento, independientemente de que los autores no hayan sido condenados (STS de 24 de septiembre de 1982, por todas).

En el caso de la presente querrela, es evidente que ALFREDO CRISTIANI, al menos, debe responder como encubridor de los ocho asesinatos ejecutados el 16 de septiembre de 1989 y, todo ello, sin perjuicio que, en el momento procesal oportuno, se determine qué CP es más favorable, el de 1973 o el de 1995.

Para la comprobación de los hechos relatados, solicitamos que, por el momento, se practiquen las siguientes **DILIGENCIAS DE PRUEBA:**

1.- Que se libre Comisión Rogatoria a la República de El Salvador con el fin de que:

- 1.1. Se notifique la presente querrela a todos los querrelados.
- 1.2. Testifical: se practique la declaración testifical de: Sidney Blanco y Henry Campos; Belisario Amadeo Artiga, ex Fiscal General de la República y el Juez Ricardo Zamora.
- 1.3. Documental: Que se remita testimonio completo de las actuaciones seguidas en el Juzgado Cuarto de lo Penal de San Salvador, relativas a los hechos acaecidos en la UCA el 16 de noviembre de 1989.

2.- Que se libre Comisión Rogatoria a Estados Unidos con el fin de que se practique la siguiente prueba:

- 2.1. **Testifical:** de William McCollum miembro de la Delegación que viajó a El Salvador como parte de la Comisión del Congreso de los Estados Unidos presidida por Joseph Moackley del 11 al 14 de Febrero de 1990, y del mayor del ejército de Estados Unidos Erick Buckland.

3. Que se practiquen todas aquellas diligencias que se deriven de las anteriores, y además que entienda procedentes el Juzgado.

En su virtud, y ejercitando en nombre de nuestra representada la acción penal,

SOLICITAMOS AL JUZGADO, que teniendo por presentada esta querrela, con sus copias y los documentos que se acompañan, la admita a trámite de incoar diligencias previas y nos tenga como acusación popular en la representación que debidamente dejamos acreditada; acuerde unir las respectivas escrituras de poderes en la forma interesada; se sirva tener por formulada querrela por delitos de CRIMENES DE LESA HUMANIDAD Y TERRORISMO o delitos de ASESINATO en el contexto de crímenes contra la humanidad contra todas las personas enumeradas en el apartado III de esta querrela, y contra cualquier otra persona que pueda resultar.

Es justicia que pido en Madrid a trece de noviembre de dos mil ocho.

Lda. Almudena Bernabeu García

Lda. Carmen Lamarca Pérez

Ldo. Manuel Ollé Sesé" (sic).

"295-2011

Zc/frga

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:
San Salvador, a las doce horas y seis minutos del día 24 del día veinticuatro de Agosto de dos mil once.

El presente proceso constitucional de Habeas Corpus ha sido promovido por el abogado Lisandro Humberto Quintanilla Navarro, a favor de los señores **Oscar Alberto León Linares, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Antonio Ramiro Ávalos Vargas, Tomas Zárate Castillo y Oscar Mariano Amaya Grimaldi.**

Tiénese (sic) por recibido el escrito suscrito por el Licenciado Quintanilla Navarro, mediante el cual manifiesta cumplir la prevención efectuada por esta Sala.

Analizada la pretensión y Considerando:

I) MEDIANTE RESOLUCIÓN DE ESTE TRIBUNAL DE LAS DOCE HORAS Y VEINTICINCO

Minutos del día diecisiete de Agosto del dos mil once, se previno al peticionario para que señalara de manera concreta y precisa: (a) el acto o actos a los que atribuye la inminente y real restricción a la libertad física de sus representados; (b) la o las autoridades emisoras de los mismos y (c) los motivos específicos de naturaleza constitucional que atribuye a cada una de ellas.

Lo anterior en virtud que, en la solicitud de habeas corpus, se identificó que existían contradicciones respecto al acto sobre el que se reclamaban las vulneraciones constitucionales, al mencio-

narse indistintamente: i) La difusión roja de INTERPOL, ii) la orden internacional de captura generada a partir del auto de procesamiento emitido por el juzgado central de instrucción número seis de la Audiencia Nacional Reino de España y iii) La aplicación del tratado de extradición entre la Republica de El Salvador y el Reino de España.

De igual forma se requirió la identificación específica de las autoridades a las que se atribuían las vulneraciones constitucionales que debía de efectuar el peticionario tomando el cuenta la jurisprudencia de esta sala respecto a que solo autoridades pertenecientes al Estado Salvadoreño podían ser demandados en esta sede.

Finalmente, a partir de la determinación precisa de los aspectos señalados, se debían indicar los motivos Constitucionalmente relevantes en los que fundamentaban las vulneraciones constitucionales alegadas.

II) MEDIANTE EL ESCRITO RELACIONADO EN EL PREÁMBULO DE ESTA RESOLUCIÓN, EL PETICIONARIO EXPUSO:

1. Que en el momento de la presentación del Hábeas Corpus no se tenía certeza de la existencia de una orden de captura internacional, pues solo se contaba con una citación efectuada a dichas personas para que se presentara a un Juzgado Central de Instrucción número seis de la Audiencia Nacional de España el día veintiséis de Julio de dos mil once, y que de no hacerlo se decretaría su prisión provisional.

Sin embargo en razón de la presentación voluntaria de los señores Espinoza Guerra, Guerra Cerritos, Ávalos Vargas, Zárate Catillo y Amaya Grimaldi, el jefe de la división INTERPOL El Salvador informo a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia la publicación de notificaciones rojas por parte de la Secretaría

General de INTERPOL con fecha cuatro de Agosto de este año, a solicitud de la Oficina Central Nacional de INTERPOL de Madrid, en contra de los señores Espinoza Guerra, Guerra Cerritos, Ávalos Vargas, Zárate Catillo y Amaya Grimaldi, entre otros, en razón de ser requeridos por los delitos de Asesinato, Terrorismo, Crímenes contra la Humanidad o delitos contra los derechos de gentes. No así del señor León Linares, según la transcripción que se realiza de dicho documento.

Apartir de ello se afirma que "el acto al que se atribuye la eminente y real restricción a la libertad física de nuestros mandantes, es la Notificación Roja () porque esa notificación roja, habilita a las Oficinas de INTERPOL en nuestro país, para que proceda la localización de nuestros mandantes y solicitar a la policía local, esto es a la Policía Nacional Civil, ayuda para proceder a la captura de los mismos".

Se concluye que "la INTERPOL local y la policía Nacional Civil son las autoridades que, a partir de aquellos antecedentes, son los que directamente han emitido la orden de restricción a la libertad individual de mis poderdantes, y también del señor Oscar Alberto León Linares".

No obstante ello, con posterioridad señala que "en el caso de los señores JOSÉ RICARDO ESPINOZA GUERRA, GONZALO GUEVARA CERRITOS, ANTONIO RAMÍREZ ÁVALOS VARGAS, TOMAS ZÁRATE CASTILLO Y ÓSCAR MARIANO AMAYA GRIMALDI () estimamos que su situación es de tener restringida su libertad individual ambulatoria, y por lo tanto, bajo esa circunstancia derivada de su presentación voluntaria a la Brigada Especial de Seguridad Militar de las Fuerzas Armadas, da lugar a esta Sala para que conozcan de dicha restricción no para prevenirla, si no para estimarla en su legalidad, según todos los antecedentes debidamente expuestos" (sic).

2. En relación con las autoridades demandadas indico que, a partir de la prevención efectuada por esta Sala en la que se sostuvo no ser posible demandar a autoridades que no pertenezcan a los Órganos del Estado Salvadoreño, "es lógico" que, a pesar de que la autoridad emisora de la difusión roja es la Secretaría General de INTERPOL, en virtud de la orden de captura girada por el Juzgado Central de Instrucción número seis de la Audiencia Nacional, Reino de España, tales autoridades no pueden ser consideradas demandadas en este proceso. En consecuencia, se afirmó que las autoridades demandadas son:

- a. El Comisionado Marco Antonio Mariona Escalante, en su calidad de jefe de división INTERPOL El Salvador, "pues en esa sede se recibió la Notificación Roja en contra de nuestros mandantes, y el que tiene la facultad de localizarlos y solicitar auxilio a la Policía Nacional Civil, para que proceda a la captura de los mismos".
- b. El comisionado y doctor Carlos Ascencio, en su calidad de Director General de la Policía Nacional Civil, "ya que al solicitar auxilio policial el jefe de División INTERPOL El Salvador, tiene la facultad de ordenar que se proceda a la captura de de nuestros mandantes".

3. Respecto a los motivos de naturaleza Constitucional Propuso:

A. Principio constitucional de seguridad jurídica: sobre este tópico el pretensor hizo referencia a los antecedentes presentados en su solicitud de hábeas corpus sobre el juzgamiento en nuestro país, efectuado en virtud del asesinato de los sacerdotes jesuitas y sus colaboradoras; lo que, a su entender, genera "seguridad jurídica, porque no pueden ser procesados nuevamente nuestros mandantes, pues ya existió un pronunciamiento de las

autoridades competentes, declarando extinguida la acción penal por prescripción" (sic)

B. Principio constitucional de prohibición de doble persecución o múltiple juzgamiento *–non bis in idem–*: al respecto dijo que los hechos que han dado lugar a la notificación roja ya fueron juzgados en nuestro país, por lo que no pueden ser nuevamente juzgados, sobre todo por un "tribunal extranjero que ninguna jurisdicción tiene en nuestro país"; en ese sentido, "no pueden JAMAS volver a ser juzgados y una orden de captura internacional que se base en los mismos hechos juzgados, es ilegal, arbitraria, y lo más grave, INCONSTITUCIONAL, y por lo tanto, no puede ser ejecutada".

En este punto aclara el peticionario que, en el caso del señor León Linares, si bien nunca ha sido procesado por tales delitos, la seguridad jurídica de que no puede serlo surge de "la Amnistía como la de la Prescripción de la Acción Penal, ambas instituciones procesales penales que implican extinción de la acción y responsabilidad penal" (sic).

4. Finalmente, solicita a este tribunal se ordene a las autoridades demandadas que no se proceda al cumplimiento de la notificación roja en contra de los señores León Linares, Espinoza Guerra, Guevara Cerritos, Ávalos Vargas, Zárate Castillo y Amaya Grimaldi, por violación a los principios constitucionales de seguridad jurídica y de doble o múltiple persecución, ordenando la libertad de los que se encuentran con la misma en restricción, y previniendo la no captura de aquellos que tienen la amenaza de ser capturados en base a dichas ilegalidades".

III. Como asunto previo a analizar la pretensión planteada en el presente hábeas corpus, es pertinente hacer referencia al examen inicial que se realiza sobre la solicitud presentada en este

proceso constitucional, a efecto de verificar el cumplimiento de las condiciones necesarias para emitir una decisión sobre lo requerido.

En el proceso de hábeas corpus, la solicitud que la impulsa debe contener, al menos, un acto generador de violaciones constitucionales con incidencia directa en el derecho de la libertad física de las personas a quien se pretenda favorecer, cuya ejecución pueda ser atribuida a la autoridad que se indica como responsable del mismo.

Entonces resulta necesario que la pretensión formulada por el peticionario en el hábeas corpus se fundamenta en un agravio constitucional, es decir, que se base en transgresiones a normas constitucionales, pero, además, que las mismas se encuentren vinculadas directamente con una afectación al derecho de libertad física que sufre el favorecido; pues de lo contrario, se entendería que la pretensión se encuentra viciada v. gr. Resolución de HC 49-2004 fecha 20/01/2005-.

IV. Dispuesto de lo anterior, esta Sala, en primer lugar, debe pronunciarse en relación con la situación del señor Oscar Alberto León Linares.

Como cuestión previa a emitir la resolución correspondiente en cuanto a él, es preciso indicar que para proceder al análisis constitucional de un asunto debe verificarse si, en el momento de plantearse la pretensión, el acto reclamado está produciendo un agravio en la esfera jurídica del que pretende ser favorecido con el habeas corpus, pues si al iniciarse el proceso constitucional, el acto cuestionado no está surtiendo efecto alguno, el agravio alegado deviene inexistente, y ello viciará la pretensión sentencia HC 205-2008, del 16/06/2010-.

Por tanto a solicitar la protección constitucional, el que pretende ser favorecido con el habeas corpus debe de estar sufriendo afectaciones en sus derechos de libertad física, dignidad

o integridad física, psíquica o moral, derivadas de la actuación u omisión de alguna autoridad o particular contra la que se reclama; para si, en caso de emitirse una decisión estimatoria, hacer cesar dichas incidencias, restableciéndose, si eso fuera el caso, tales derechos –v. gr. sobreseimiento HC 176-2007, del 15/01/2010–.

Tomando en cuenta lo anterior, es de señalar que, a partir de lo indicado por el pretensor, el acto que amenaza el derecho de libertad física del señor León Linares es la notificación roja emitida por la Secretaria General de INTERPOL, a hacerse efectiva por parte de INTERPOL El Salvador.

Sin embargo en su misma solicitud al señalar las personas en contra de quien se ha emitido tal notificación roja, se refiere únicamente a los señores Rafael Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldi, Antonio Ramiro Ávalos Vargas, Tomas Zárate Castillo y René Emilio Ponce Torres.

De manera que, aun y cuando el actor afirma que el agravio en contra del señor León Linares deviene de la inminencia del cumplimiento de la aludida notificación roja, con posterioridad, de sus propias manifestaciones, se advierte que en su contra no se ha emitido tal notificación; lo que lleva a este tribunal a determinar que el peticionario, de manera reflexiva, ha señalado dos circunstancias contradictorias.

Tal situación –la inexistencia de un agravio constitucional en el derecho de libertad física del aludido señor–, genera un vicio insubsanable en la pretensión, que impide su análisis de fondo y provoca su rechazo liminar, mediante la improcedencia.

V. Como segundo aspecto, es preciso referirse a la situación de los señores José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara

Cerritos, Antonio Ramiro Avalos Vargas, Tomas Zárate Castillo y Oscar Mariano Amaya Grimaldi.

Para tal efecto, es necesario tomar alguna de las manifestaciones del abogado pretensor, en su escrito de cumplimiento de prevención, específicamente en relación con la determinación de acto o actos que alega inciden en el derecho de libertad física de sus representados.

1. Como se señaló en el considerando II de esta resolución, el Peticionario refiere que el acto al que se atribuye la eminente y real restricción a la libertad física de sus mandantes es la notificación roja, la cual habilita a la oficina de INTERPOL en nuestro país, para que proceda a su localización y solicitar a la policía local, esto es, a la Policía Nacional Civil, ayuda para proceder a la captura de los mismos.

Más adelante indica que, en el caso de los señores Espinoza Guerra, Guevara Cerritos, Avalos Vargas, Zárate Castillo y Amaya Grimaldi (sic), estos tienen restringida su libertad individual ambulatoria, y por lo tanto, bajo esa circunstancia derivada de su presentación voluntaria la Brigada Especial de Seguridad Militar de las Fuerzas Armadas, es preciso que esta Sala intervenga, no para prevenir la restricción, si no para estimarla en su ilegalidad. Y finalmente, en su petitorio, solicita que no se proceda al cumplimiento de la notificación roja, ordenando la libertad de quienes se encuentran con la misma en restricción y previniendo la captura de aquellos que tienen amenaza de ser capturados.

2. Es así que, no obstante esta Sala requirió el señalamiento del acto o actos unívocos los cuales, a criterio del pretensor, provocan vulneración a los derechos fundamentales, en referencia a los señores Espinoza Guerra, Guevara Cerritos, Avalos Vargas, Zárate Castillo y Amaya Grimaldi (sic), el peticionario describe dos

actos que, según se advierte de sus propias manifestaciones, no pueden subsistir de forma simultánea.

Ello porque el pretensor, por un lado, señala que existe una amenaza en contra de la libertad física de sus mandantes, provocada por la notificación roja emitida por INTERPOL y, por otro, en relación de las mismas personas, afirma que su libertad física se encuentra restringida, como consecuencia de su presentación voluntaria a instalaciones militares.

3. Más allá de la imposibilidad de sostener que los señores Espinoza Guerra, Guevara Cerritos, Ávalos Vargas, Zárate Castillo y Amaya Grimaldi se encuentren en una situación de restricción de libertad física, ordenada por alguna autoridad, que pudiera ser controlada por esta Sala; es importante indicar que el peticionario no ha sido capaz de proponer de forma clara y coherente cual es el acto o actos siempre que sea posible su existencia simultánea cuyo control constitucional requiere de este tribunal, tomando en cuenta que, en los términos en que plantea su pretensión el abogado Quintanilla Navarro, o pende una amenaza de restricción al derecho de libertad en contra de sus representados o ésta se ha ejecutado, dando paso, en este último supuesto, a una restricción material de su libertad.

4. Entonces, al no determinarse con claridad el acto o actos cuyo control constitucional se requiere a esta Sala, resulta aun dudosa la delimitación de las actuaciones que a criterio del peticionario han generado afectación de la esfera jurídica de los señores Espinoza Guerra, Guevara Cerritos, Ávalos Vargas, Zárate Castillo y Amaya Grimaldi; por ello, deberá rechazarse la petición del abogado Quintanilla Navarro, por medio de la inadmisibilidad, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, cuyo tenor literal expone que la falta de aclaración

o corrección oportuna de la prevención, produce la referida declaratoria. Disposición que, de acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal resolución HC 193 – 2007, de fecha 13/6/08, entre otras, se aplica analógicamente en el proceso de hábeas corpus. Es decir, aunque el solicitante presentó un escrito pretendiendo cumplir la prevención efectuada por esta Sala, en el no logró superar los aspectos confusos de su inicial planteamiento, de manera que aquella no fue aclarada de forma oportuna.

Finalmente es de referir, que, no obstante este tribunal efectuó una prevención en relación con el acto o actos, las autoridades demandadas y los motivos de naturaleza constitucional que se atribuía a cada una de ellas, al determinar que el primero de los aspectos aludidos no ha sido establecido de forma clara por el pretensor, es infructuoso realizar el análisis de los demás elementos mencionados.

Con Fundamento en los argumentos expuestos y según lo dispuesto en los Artículos 13 y 18 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala resuelve:

1. Declárese improcedente la pretensión de hábeas corpus planteada a favor del señor Oscar Alberto León Linares, por no existir agravio constitucional.
2. Declárese inadmisibile la solicitud presentada a favor de los señores José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Antonio Ramiro Avalos Vargas, Tomas Zárate Castillo y Oscar Mariano Amaya Grimaldi, por no haberse subsanado la prevención efectuada por esta Sala.
3. Notifíquese.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San Salvador, a las quince horas con cincuenta y cuatro minutos del veinticuatro de Agosto del dos mil once.

Recibido el oficio No. 1999 procedente el juzgado décimo segundo de Paz de esta ciudad, al cual se anexan diligencias judiciales y comunicación del Ministerio de la Defensa Nacional, así como los oficios No. 474/JR/BIFE/11 y No. 476/JR/BIFE/11 provenientes de la división de INTERPOL El Salvador a cargo de la oficina central de INTERPOL – El Salvador, documentos que posteriormente se detallarán en la resolución, y que están relacionados con los señores Rafael Humberto Larios Lopez, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Ávalos Vargas Tomas Zárate Castillo: así como los escritos presentados por los Licenciados Lisandro Humberto Quintanilla Navarro, Juan Héctor Larios Larios y Eduardo Cardoza Rodríguez.

Sobre el presente caso se hacen las consideraciones siguientes:

I. ANTECEDENTES:

A. -Revisada la documentación pertinente, esta Corte advierte, que el Juez Décimo Segundo de Paz, de esta ciudad, remitió el oficio registrado como SE, de fecha ocho de agosto del presente año, procedente del Despacho del Ministerio de la Defensa Nacional de El Salvador y otros documentos, mediante el cual pone a disposición de esta Corte a los señores mencionados en el preámbulo de esta

resolución; quienes supuestamente se encuentran bajo detención preventiva voluntaria, en la Brigada Especial de Seguridad Militar (BESM), por haber tenido conocimiento que existe en su contra una supuesta notificación roja a nivel internacional, con origen en una orden de captura girada por el Juez Central de Instrucción, No. 6 de la Audiencia Nacional de España, en virtud que en dicho tribunal se promueve un proceso penal en contra de ellos, por los supuestos delitos de Asesinato, Terrorismo, Crímenes de Lesa Humanidad o contra el Derecho de Gentes, en perjuicio de los sacerdotes Jesuitas Ignacio Ellacuría Beascochea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amado López Quintana, Juan Ramón Moreno Pardo, Joaquín López y López, y de la empleada Elba Julia Ramos y su hija Celina Mariceth Ramos.

Por otra parte, el referido juez de Paz expone que, en virtud de no haber sido comisionado, por esta corte, para el conocimiento del suplicatorio, no se encuentra autorizado para darle trámite a lo solicitado por el Ministro de la Defensa Nacional, por lo que envía íntegramente la documentación correspondiente a este Tribunal, con el fin que designe un Juzgado para conocer de cualquier tipo de trámite que apareje la presentación voluntaria de los supuestos solicitados por el Reino de España. Finaliza diciendo el Juzgador, puso a disposición de esta Corte a las mencionadas personas quienes se encuentran en la Brigada Especial de Seguridad Militar de la Fuerza Armada de El Salvador (sic).

Dentro de este contexto, de la documentación adjunta al oficio No. 1999, se advierte que la misma se compone del oficio registrado como SE procedente del Despacho del Ministerio de la Defensa Nacional; el oficio No. 55 remitido por el Comandante de la Brigada Especial de Seguridad Militar; resolución proveída por el Juez Décimo Segundo de Paz de esta ciudad, en la que se da por recibido de los anteriores oficios; acta de inspección en las instalaciones de la referida Brigada Militar; y la comunicación enviada

al Jefe de División INTERPOL –El Salvador a cargo de la Oficina Central Nacional INTERPOL– El Salvador, requiriéndole provea informe a la Corte Suprema de Justicia sobre la existencia de la notificaciones rojas.

Consta en el acta de presentación voluntaria, de fecha siete de agosto de dos mil once, que ya se apersonaron a la Brigada Especial de Seguridad Militar, ubicada en San Salvador, los señores Rafael Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Avalos Vargas, y Tomas Zárate Castillo, quienes aportaron sus datos generales y sus números de documentos únicos de identidad; habiendo expresado en esa oportunidad lo siguiente... "todos (son) militares en situación de retiro, quienes se han enterado por sus propios medios que existe en su contra una supuesta notificación roja a nivel internacional y según lo expresaron los mencionados señores, que [no] reconocen la legitimidad ni la legalidad de dicha orden de captura internacional y su consecuente notificación roja, así como la competencia y jurisdicción de la autoridad judicial que la ha emitido; no obstante se presentan con la finalidad de CONSTITUIRSE EN DETENCIÓN PREVENTIVA, mientras se le resuelva su situación jurídica en la Honorable Corte Suprema de Justicia, sobre la procedencia o no de una posible solicitud de EXTRADICIÓN proveniente del Reino de España, conforme al Tratado suscrito entre el Reino de España y la Republica de El Salvador, donde están siendo procesados por el Juez Central de Instrucción Numero Seis de la Audiencia Nacional de España, con sede en la ciudad de Madrid, en el expediente=identificado con Referencia NOVENTA Y SIETE/DIEZ (D P TRES NOVENTA Y UNO/CERO OCHO 97/10 DP391/08), por imputárseles supuesta participación en los delitos de Asesinato, Terrorismo, Crímenes de Lesa Humanidad o contra el Derecho de Gentes, de acuerdo

a la legislación Criminal del España, en perjuicio de la vida de los Sacerdotes Jesuitas Ignacio Ellacuría Beascochea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amado López Quintana, Juan Ramón Moreno Pardo, Joaquín López y López, y de la empleada Elba Julia Ramos y su hija Celina Mariceth Ramos.

Manifiestan que se presentan a esta sede militar, además con la finalidad de ponerse a disposición del Ministerio de la Defensa Nacional para que los remita y los ponga a la orden de la autoridad judicial, correspondiente. Que todas las personas antes citadas se han presentado a esta sede haciéndose acompañar del abogado Lisandro Humberto Quintanilla Navarro... (sic)”

Asimismo, se advierte, que el expresado Juez de Paz, mediante el oficio No. 1998, solicitó al Jefe de División INTERPOL-El Salvador, que informara en el menor tiempo posible, a la Corte en Pleno si existía notificación roja a nivel internacional en contra de los señores militares en condición de retiro antes enunciados.

En este orden de ideas, el 8 de agosto de 2011, dicho juez de Paz, por resolución de ese mismo día, en síntesis expuso que: A) dió por recibido la documentación proveniente del referido Ministro de la Defensa nacional; B) indico la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de los procesos de extradición y de velar por la pronta y cumplida Justicia, de conformidad con lo señalado en el Art 182 No. 3 y 5 de la Constitución; C) que su sede judicial, es decir, el Juzgado Décimo Segundo de Paz, no está facultado para conocer sobre la posible detención de los ya mencionados señores, por no contar con una comisión expresa de la Corte Suprema de Justicia como en casos anteriores; D) que para efectos de informar debidamente a la Corte Suprema de Justicia consideró pertinente verificar lo manifestado por el Ministro de la Defensa Nacional constituyéndose a las instalación de la Brigada Especial de Seguridad de la Fuerza Armada, y solicitó a INTERPOL-El Salvador informara a la brevedad posible a la Corte, la existencia de la notificación roja

a nivel internacional contra las personas relacionadas, E) ordenó remitir a la Corte Suprema de Justicia las diligencias, a fin de hacer del conocimiento de la Corte en Pleno de la detención voluntaria de los señores Rafael Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Avalos Vargas, y Tomas Zárate Castillo; y F) puso a los referidos señores a disposición de la Corte Suprema de Justicia.

B.- Según las diez certificaciones de notificación roja publicado en el sistema automatizado de búsqueda de INTERPOL, que remitiera a esta Corte el Jefe de División INTERPOL-El Salvador a cargo de la oficina Central Nacional INTERPOL – El Salvador, mediante el oficio No. 476/JR/BIFE/11 el 10 de agosto del año en curso, el Juez Central de Instrucción No. 6, España (sic) expidió la orden de detención contra los señores Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Ávalos Vargas, y Tomas Zárate Castillo y la del señor René Emilio Ponce Torres. El día 26 de Julio de 2011, en el Sumario No. 92/2010. Habiéndose puesto a conocimiento de la Oficina Central INTERPOL – Madrid España y a la Secretaria General de la OIPC – INTERPOL, con referencia EEG 1/A829 al 27 de Julio de 2011; Activándose con ello la detención roja a nivel internacional contra las citadas personas, publicándose esta el 4 de agosto de 2011.

II) SOBRE LA COMPETENCIA DE ESTA CORTE

El artículo 182 de la Constitución atribución 3ª, entre otras, confiere exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, la atribu-

ción de conocer y resolver sobre lo principal y accesorio de la extradición.

A partir de este precepto constitucional y la atribución 4^a de ese mismo artículo, la Corte tiene exclusiva competencia para conocer de todo trámite de asuntos internacionales v.gr., la asistencia mutua penal, el exequátur, y la extradición, entre otros.

Este mandato constitucional, faculta a la Corte en Pleno, el estudio de cada caso, en particular de extradición, sea en su forma activa o pasiva; y a resolver sobre los procedimientos relacionados a la misma, ejerciendo, un control de constitucionalidad, legalidad y lo establecido por el Derecho Internacional.

Con base a lo expresado, se confirma la competencia de esta Corte para conocer de la situación contenida en las diligencias que ha remito al juez Décimo Segundo de Paz en San Salvador y a la enviada por la Oficina Central Nacional de INTERPOL – El Salvador, relativo a la notificación roja de los señores mencionados en el párrafo primero de esta resolución.

III) SOBRE LA NOTIFICACIÓN ROJA

Conocer sobre los efectos de la notificación roja supone aceptar su existencia, y si bien hasta este momento no se tiene certificación integra de la misma, si existe constancia y extracto oficial responsabilizado por el Jefe de División INTERPOL –El Salvador a cargo de la Oficina Central Nacional INTERPOL –El Salvador. La situación actual de los militares ha sido originada por la existencia de la notificación roja activada por la orden de captura girada por el Juez Español y por la probabilidad de captura derivada de la misma.

a) De la naturaleza. La notificación roja es el aviso y requerimiento de la Secretaria General de la Oficina Central INTERPOL, con sed en Lyon, Francia, hacia sus afiliadas en el mundo, para la

búsqueda y localización de un sujeto sobre quien recae una orden de captura judicial, para que sea procesado o para que cumpla una pena impuesta. Por tanto, su naturaleza no es judicial sino administrativo-policial, de origen extranjero.

- b) Del procedimiento y autoridades.** La notificación roja se tramita iniciando con su requerimiento en la misma resolución judicial de orden de captura del extraditable, pasando por la Oficina Central Nacional (OCN) del Estado requerido, luego por la Secretaría General de la INTERPOL que califica y autoriza la procedencia del requerimiento de notificación roja y finalmente llega hasta la OCN del Estado requerido, que es la encargada de buscar y localizar al extraditable, de conformidad al ordenamiento jurídico interno del Estado respectivo. En El Salvador la OCN o División INTERPOL de la Policía Nacional Civil (PNC) es la encargada de localizar el extraditable, como una actividad meramente policial que no necesita autorización judicial.
- c) Del valor de la notificación roja** En cuanto a la notificación roja cabe decir, que es una figura distinta a la regulada en el Art. 10 del Tratado de Extradición, entre la Republica de El Salvador y el Reino de España, (en adelante “el Tratado de Extradición”), constituyendo la misma, un mecanismo eminentemente de búsqueda y localización policial de fugitivos, actividad que se desarrolla en el marco de la cooperación policial entre los países por medio de la Organización Internacional de Policía Criminal, organismos que en todo caso, no ostenta la representación de Estado alguno, por lo que sus actuaciones en los diferentes países, se circunscribe a la búsqueda y localización policial de personas perseguidas por la ley, mas no a la captura de las mismas, ni equivale a una solicitud de detención provisional con fines de extradición. La notificación de la notificación roja, es administrativamente no judicial (sic).

IV) SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA CON FINES DE EXTRADICIÓN

De conformidad con la Constitución y el Tratado de Extradición, esta corte es el único tribunal competente para conocer de la detención preventiva con fines de extradición, por lo que, en el caso que nos ocupa, si el Reino de España la hubiese solicitado formalmente, invocando el referido Tratado, cumpliendo con los requisitos, por medio de las autoridades respectivas, y por las vías que establece, esta Corte estaría obligada a resolver concediendo o denegando la detención preventiva; Sin embargo, no le consta a esta Corte que el Reino de España haya solicitado formalmente la detención preventiva con fines de extradición de las personas mencionadas en el preámbulo de esta resolución, Arts. 182 atribuciones 3ª de la Constitución de la República, y 1, 2 y 10 del Tratado de Extradición.

a) De la naturaleza

la detención preventiva con fines de extradición es una figura *Sui generis* que se requiere ser analizada en 2 aspectos, uno interno y otro externo. Internamente supone que el Estado requerido permite que una persona sea privada de su libertad, lo que para El Salvador constituye una privación o restricción a un derecho fundamental y constitucional, que no puede ser autorizado administrativamente sino solo por autoridad judicial. Externamente supone que la orden de captura está originada en una resolución proveniente de un Juzgado o tribunal extranjero, que pretende se ejecute en territorio de otro Estado, por lo que, el Estado nacional en ejercicio de su propia soberanía debe autorizar la ejecución de la orden de captura. Por lo tanto, la detención provisional con fines de extradición, en parte corresponde a una figura auxiliar y complementaria del proceso penal (el que se sigue en el extranjero), y en parte es

una especificidad del Exequátur, cuya esencia consiste en autorizar que se ejecute resolución extranjera en territorio nacional. Arts. 182 atribuciones 3ª y 4ª de la Constitución.

b) Del procedimiento y de las autoridades

La detención provisional con fines de extradición y la extradición misma requieren que sean solicitadas por una autoridad diplomática que es la que representa ordinariamente al Estado requirente, utilizando los conductos diplomáticos; o bien, que sea solicitada por un órgano competente que es la que representa especialmente a los Estados para los fines del contenido de un Tratado en particular, pudiendo realizar las comunicaciones por la vía diplomática o por la vía directa entre los órganos competentes.

En lo concerniente a la extradición y a la detención preventiva con fines de extradición entre El Salvador y el Reino de España, el Tratado de Extradición establece que las partes son los Estados y los órganos competentes son, para El Salvador la Corte Suprema de Justicia, y para el Reino de España el Ministerio de Justicia, quienes pueden comunicarse por la vía diplomática o por la vía directa, esta última, opera únicamente para la detención provisional con fines de extradición, sin embargo, no le consta a esta Corte que el Reino de España haya presentado solicitud alguna en tal sentido.

c. Del valor de la detención preventiva con fines de extradición

No existiendo entonces solicitud de detención preventiva con fines de extradición ni de extradición, esta Corte se encuentra inhibida para decretarlas o denegarlas.

Es oportuno reafirmar que la Constitución le atribuye a la Corte Suprema de Justicia la competencia exclusiva sobre la extradición, tanto en lo principal como en lo secundario o complementario, por lo tanto la Corte es filtro jurídico político, supremo, único e ineludible para que en el interior del país se pueda proceder a realizar actos

de ejecución sobre la extradición, sobre la detención preventiva con fines de extradición y sobre la captura con la misma finalidad.

Es necesario aclarar que la aparente facultad que confiere a la Policía Nacional Civil el Código Procesal Penal vigente en su artículo 327 numeral 3 para proceder a la captura sin orden judicial, en este caso, resulta inaplicable, debido a que el proceso penal que es lo principal, se inició en España antes de la entrada en vigencia del expresado código. Esto de conformidad con el artículo 504 del mismo cuerpo legal, el cual establece que solo es aplicable para los procesos futuros, tanto en lo principal como en lo secundario, como en aplicación del Art. 15 de la Constitución de la República que regula: *“nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate...”*

V) CONCLUSIÓN

Los señores Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Ávalos Vargas, y Tomas Zárate Castillo, no están en detención preventiva con fines de extradición porque no ha sido decretada, no se encuentran bajo la orden de autoridad judicial o policial alguna, pues no existe solicitud de detención con fines de extradición o solicitud de extradición que haya sido solicitada ni anunciada de conformidad con el Tratado de Extradición.

La Policía Nacional Civil no está facultada para capturar a los señores mencionados, porque no existe orden judicial; y es de puntualizar que, ningún Juez de la República puede ordenar su captura sin previa autorización expresa de esta Corte, que [es] el único tribunal competente para resolver sobre la detención preventiva con fines de extradición, directamente o por delegación (sic).

En cuanto a lo manifestado en sus respectivos escritos por los Licenciados Quintanilla Navarro, Larios Larios y Cardoza Rodriguez, apoderados de los señores Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Ávalos Vargas, y Tomas Zárate Castillo, esta Corte estima innecesario pronunciarse sobre los mismos, en vista del contenido de la presente resolución.

VI) RESOLUCIÓN

POR TANTO, fundándose en las consideraciones hechas y en los preceptos jurídicos contenidos en los artículos 1, 15, 28, 182 atribución 3ª de la Constitución de la Republica; 1, 2 y 10.1 del Tratado de Extradición entre la Republica de El Salvador y Reino de España y 504 del Código Procesal Penal, esta Corte **RESUELVE**:

- A. DECLÁRESE** que en este caso la notificación roja activada sobre los señores Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, José Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Ávalos Vargas, y Tomas Zárate Castillo implica únicamente aviso de localización.
- B. DECLÁRESE** que no existe solicitud de detención preventiva con fines de extradición que haya sido recibida por esta Corte proveniente del Reino de España, con relación a los señores antes mencionados y por tanto esta Corte esta imposibilitada de resolver al respecto.
- C. DECLÁRESE** que de conformidad al Tratado de Extradición, no existe detención preventiva con fines de extradición en contra de los señores antes aludidos, con relación a la imputación realizada en su contra por el delito de Asesinato, Terrorismo, y

Crímenes de Lesa Humanidad o contra el Derecho de Gentes de acuerdo a la Legislación Criminal de España, en perjuicio de la vida de los sacerdotes Ignacio Ellacuría Beascochea, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes Mozo, Amado López Quintana, Juan Ramón Moreno Pardo, Joaquín López y López, y de la empleada Elba Julia Ramos y su hija Celina Mariceth Ramos; ni ninguna otra privación, restricción, o limitación de sus libertades ambulatorias originadas en la misma causa.

- D. DECLÁRESE** que esta Corte de justicia es el único tribunal competente para conocer y resolver sobre las extradiciones, tanto en lo principal como en lo accesorio, auxiliar o complementario, y que por tanto es el filtro jurídico – político, único, supremo e ineludible en esta metería
- E. DECLÁRASE** que la Policía Nacional Civil no puede proceder a la captura con fines de extradición sin orden judicial, y ningún Juez de la República puede decretar la detención preventiva con fines de extradición sin delegación expresa de esta Corte.
- F. COMUNÍQUESE** esta resolución a los señores Humberto Larios López, Juan Rafael Bustillo Toledo, Juan Orlando Zepeda Herrera, Francisco Elena Fuentes, Jose Ricardo Espinoza Guerra, Gonzalo Guevara Cerritos, Oscar Mariano Amaya Grimaldy, Antonio Ramiro Ávalos Vargas, y Tomas Zárate Castillo, a través de sus mandantes Juan Héctor Larios Larios, Eduardo Cardoza Rodriguez y Lizandro Humberto Quintanilla Navarro.
- G. CERTIFÍQUESE** esta resolución al Juez Décimo Segundo de Paz de San Salvador, al Ministerio de la Defensa Nacional, al Director de la Policía Nacional Civil y al Jefe de la División INTERPOL – EL SALVADOR encargado de la Oficina Central Nacional INTERPOL – El Salvador, para los efectos legales consiguientes.
- H. ARCHÍVESE** las presentes diligencias (sic).-

"VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA DOCTORA MIRNA ANTONIETA PERLA JIMÉNEZ

La Sala de lo Constitucional de El Salvador sostiene que el derecho de petición es la facultad que asiste a toda persona, sea nacional o extranjera, natural o jurídica, para dirigirse a las autoridades públicas formulando una solicitud, denuncia, demanda, queja o recurso.

Bajo esa línea, el tribunal constitucional señala, que el ejercicio del derecho de petición, exige a los funcionarios estatales responder o contestar las solicitudes que se les planteen, lo cual no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, si no que la autoridad correspondiente debe resolverla conforme a las facultades que legalmente le han sido conferidas en forma congruente y oportuna, siendo necesario que aclarar que ello no implica que la respuesta deba ser necesariamente favorable a lo pedido (SENTENCIA DEFINITIVA DE PROCESO DE AMPARO. Ref. 245-2007, de fecha 25/XI/2009).

Relacionado a lo anterior está el principio de congruencia, el cual la jurisprudencia constitucional define como la adecuación entre las pretensiones de los sujetos procesales y la parte dispositiva de la resolución judicial. De ello, que las sentencias deben de ser claras, precisas, y deben resolver sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados; no se admite la falta de correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve. (Sentencia Definitiva de Proceso de Amparo. Ref. 966-2002, de fecha 15/XII/2004).

Del mismo modo, la Sala de lo Constitucional ha afirmado que uno de los elementos que conforman el contenido del derecho a la

seguridad jurídica, es la obligación de dar a conocer los motivos por los cuales se decide, positiva o negativamente, determinada petición o pretensión; por lo tanto, el deber de motivar una resolución no es más que una manifestación del derecho a la seguridad jurídica.

Desde la perspectiva del derecho constitucional, la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación resultante hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, condiciones indispensables para la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho.

Se entiende entonces, que la petición no es solo el resultado que el peticionario pretende obtener sino también el fundamento jurídico en virtud del cual pide, que es lo que en la terminología procesal clásica se denomina causa de pedir o causa pretendi (Sentencia Definitiva Procesal de Amparo. Ref. 840-2003, de fecha 6/X/2004).

Conforme a la atribución tercera del Art. 182 de la Constitución de la Republica de El Salvador, corresponde a la Corte Suprema de Justicia: Conocer de las causas de presas y de aquellas que no estén reservadas a otra autoridad; ordenar el curso de los suplicatorios o comisiones rogatorias que se libren para practicar diligencias fuera del Estado y mandar a cumplimentar los que proceden de otros países, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados; y conceder la extradición. Así mismo, la atribución 14ª que se refiere a las demás que determine la Constitución y la ley.

Según el Art. 144 inciso primero de la Constitución: *los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la república al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.*

En esa línea la Republica de El Salvador y el Reino de España, convinieron en la suscripción bilateral del **Tratado de Extradición entre la Republica de El Salvador y el Reino de España**, el diez de marzo de mil novecientos noventa y siete, el cual fue ratificado por el Decreto Legislativo No. 143 de fecha 13/11-1997, publicado en el Diario Oficial No. 236, Tomo 337, publicado el 17/12/1997.

Dicho Tratado Internacional –ley vigente del país–, tiene como fin el hacer más eficaz la cooperación entre los dos países en la esfera de la prevención y de la represión de la delincuencia mediante la concertación de dicho instrumento de extradición, por medio del cual cada una de las partes conviene a conceder a la otra la extradición de las personas reclamadas para ser procesadas o para el cumplimiento de una sentencia dictada por autoridad competente de la parte requirente por un delito que dio lugar a la extradición.

Así, el artículo uno del Tratado establece la **obligación de conceder la extradición cuando así se solicite y de conformidad con lo dispuesto en el Tratado**; en los casos de procesar o cumplir una sentencia dictada por autoridad competente de la parte requirente, por un delito que de lugar a la extradición.

En su Art. 2, se identifica a las **autoridades competentes**, siendo que en el caso de España, el órgano competente será el **Ministerio de Justicia del Reino de España**, y en el caso de la **Republica de El Salvador, la Corte Suprema de Justicia**. El canal de comunicación entre ambos órganos es la vía diplomática.

Luego, el Art. 3 se refiere a los delitos que dan lugar a la extradición y las excepciones se regulan en el Art. 4. Se establece además los motivos para denegar obligatoriamente la extradición – Art. 6–, el derecho de denegar la extradición de nacionales –Art. 7–. Por su parte el Art. 8 considera los casos de entrega aplazada o temporal de la persona reclamada o extraditada.

Seguidamente, se desarrolla lo referente a la **solicitud de extradición**. El Art. 9, señala que la solicitud de extradición se

formula por escrito y deberá contener concretamente una serie de requisitos plasmados en dicha disposición. Igualmente, se requiere que **en caso que la solicitud sea de extradición por procesamiento,** además de la información especificada en el párrafo 1 del citado artículo, **deberá de ir acompañada de la copia de la orden de detención o de la orden de arresto expedida por la Autoridad Correspondiente de la parte requirente.** Pero, en caso de que la solicitud sea de extradición para el cumplimiento de una sentencia, además de la información especificada en el párrafo 1 de la disposición citada, deberá de ir acompañada de : a) la copia de la sentencia aplicable al caso, que tenga fuerza ejecutoria; b) información relativa a la persona a la que se le haya notificado dicha sentencia. Finalmente, se establece que los documentos presentados por las partes contratantes en la aplicación del referido Tratado, deberá de estar sellados y firmados por las autoridades correspondientes.

El Art. 10 del Tratado contempla el **caso de detención preventiva.** De esa manera, dispone literalmente que:

- "1. En **caso de urgencia,** por la parte requirente podrá pedir que se proceda a la detención preventiva de la persona reclamada **hasta la presentación de la solicitud de extradición. LA SOLICITUD DE DETENCION PREVENTIVA se TRANSMITIRIA a las Autoridades Correspondientes de la Parte requerida (sic), bien por conducto diplomático, directamente por correo, o telégrafo, a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL),o por cualquier otro medio que quede constancia escrita o que sea aceptado por la Parte requerida.**
2. En la petición de detención preventiva figurarán la filiación de la persona reclamada, con indicación de que se solicitará su extradición; una declaración de que existe uno de los documentos mencionados en el artículo 9 que permiten la aprehensión de la persona; una declaración de la pena que se le pueda imponer o se le haya impuesto por el delito cometido, incluido el tiempo en

que quede por cumplir de la misma, y una breve descripción de la conducta constitutiva del presunto delito.

3. La parte requerida **RESOLVERA SOBRE DICHA PETICIÓN** de conformidad con su legislación y comunicará sin demora su decisión a la Parte requirente. () (El sombreado, mayúsculas y subrayado es nuestro) (sic)".

En este contexto, se presenta ante la Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, documentación proveniente del Juzgado Décimo Segundo de Paz de San Salvador, sobre la disposición por parte del Señor Ministro de Defensa Nacional a esa sede judicial, de los señores Rafael Humberto Larios Lopez, Juan Rafael Bustillo, Juan Orlando Zepeda y otros, quienes son requeridos por el Juez Central de Instrucción No. 006, Madrid, Reino de España, por la supuesta comisión de delitos contra crímenes de lesa Humanidad y terrorismo, asesinato en el contexto de crímenes de guerra. En virtud, de que las referidas personas se presentaron de manera voluntaria a la Brigada Especial de Seguridad Militar, de la Fuerza Armada de El Salvador, a fin de que se resuelva su situación jurídica por parte de esta Corte sobre la presunta petición de extradición en su contra efectuada por parte de las autoridades españolas.

Consta el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

- a) Oficio No. 1999 del Juzgado Décimo Segundo de Paz de San Salvador, de fecha 08 de los corrientes, con anexos, 10 folios, a fin que esta Corte designe Juzgado competente para conocer de cualquier tipo de trámite que apareje la presentación voluntaria, de los supuestos solicitados por autoridad del Reino de España, y poniendo a disposición de la Corte a los supuestos solicitados; b) Oficio No. 474/JR/BIFE/11 de INTERPOL, El Salvador, mediante el cual informan que la Secretaria General de INTERPOL con sede en Lyon, Francia, ha publicado notificaciones rojas con fecha 04 de los corrientes, a petición de la Oficina de Interpol, Madrid, Reino de

España, contra Rafael Humberto Larios Lopez, Juan Rafael Bustillo y otros, en un folio.

Ahora bien en el caso *sub lite* el Juez Décimo Segundo de Paz de San Salvador, en su oficio solicita concretamente a esta Corte se pronuncie acerca del tribunal competente para conocer sobre la petición realizada por el Ministro de Defensa Nacional de El Salvador, sobre la procedencia o no de una posible solicitud de extradición proveniente del Reino de España, que motivó a los señores Rafael Humberto Larios Lopez, Juan Rafael Bustillo Toledo y otros, a constituirse en detención preventiva voluntaria en la Brigada Especial de Seguridad Militar; asimismo, son puestos a disposición de la autoridad judicial y en deposito en las instalaciones de referida Brigada, y bajo la custodia correspondiente.

En efecto, la petición realizada ante autoridad judicial conlleva la respuesta congruente de lo solicitado. Así, para el caso esta corte, conforme a la atribución tercera del Art 182 de la constitución, debe comisionar a la autoridad judicial respectiva o ejecutarla de manera directa, en caso de que se haya dispuesto resolución debidamente motivada sobre la detención provisional de una persona, al obedecer solicitud de extradición por Convenio ratificado por los países, siempre que los supuestos del convenio se cumplan en el caso de que se trate.

Tal y como se advierte de lo anterior, para activar el pronunciamiento correspondiente sobre la procedencia o no de la detención provisional de un nacional, **Debe de mediar una solicitud previamente en ese sentido (sic).**

Al inicio de este análisis se advirtió que el derecho de petición se formula a través de una solicitud, denuncia, demanda, queja o recurso. Estos medios de formulación pueden ser verbales o escritos. Su pretensión puede ser clara, sin efecto de ilícito, imposible o absurdo, entre otros requisitos que la doctrina y la jurisprudencia establecen.

En relación a la solicitud de extradición o a la solicitud de detención provisional por extradición, cabe tomar lo antes señalado en relación al tratado de extradición entre la Republica de El Salvador y el Reino de España.

Debe existir un análisis relacionado con la obligación de conceder extradición, los órganos competentes para la ejecución del Tratado, delitos que dan lugar a la extradición, análisis de excepciones de delitos, motivos de existencia para denegar obligatoriamente la extradición, derecho de denegar la extradición de un nacional, motivos para denegar facultativamente la extradición, entrega aplazada o temporal, solicitud de extradición, solicitud de detención preventiva con fines de extradición, etc.

Para ello, primeramente debe de solicitarse. El Tratado en su art. 9 establece la forma y fondo del escrito de solicitud de extradición y el art. 10 del Tratado establece del mismo modo los requisitos de fondo y forma, en caso de solicitar la detención preventiva de la persona reclamada con fines de extradición.

En lo que concierne al caso en estudio –detención preventiva con fines de extradición conforme al Tratado–, se advierte del expediente de las presentes diligencias, **LA INEXISTENCIA DE PETICIÓN FORMAL POR LA AUTORIDAD CORRESPONDIENTE DE LA PARTE REQUIRIENTE, CONFORME AL ART 10 DEL TRATADO, a fin de que este tribunal cuya competencia deriva del Art 2 de dicho Tratado-, responda sobre la procedencia o no de dicha solicitud, de acuerdo al numeral 3 del art 10 del Tratado.**

Es decir, en el expediente, no consta el recibo de petición alguna de detención preventiva por autoridad del Reino de España, dirigida a esta Corte Suprema de Justicia, a fin que, conforme a las disposiciones del Tratado de Extradición entre ambos países, esta Corte se pronuncie sobre la detención de los supuestos reclamados. En consecuencia, la obligación de

responder deriva precisamente del derecho de pedir, y, al no existir petición expresa, tampoco deberá de existir respuesta en igual sentido.

De ello, que los principios de congruencia y de legalidad y el derecho de seguridad Jurídica, se cumplen, tanto que en esta Corte no tiene la obligación de responder sobre lo que no se le pide debidamente.

Sobre esta base, a la petición de Juez Décimo Segundo de Paz de San Salvador, debió responderse en ese sentido, ósea, (sic) que esta Corte, no está en la obligación de nombrar autoridad judicial para conocer sobre la supuesta detención preventiva voluntaria de los supuestos reclamados, en virtud de la inexistencia de solicitud de detención preventiva de los señores Rafael Humberto Larios Lopez, Juan Rafael Bustillo Toledo y otros. Y, en consecuencia, declarar no ha lugar la competencia de la Corte, sobre el caso en discusión, y por tanto, tener por no aceptada la disposición de los supuestos reclamados a la orden de esta Corte.

Ahora bien, respecto a la voluntad de los supuestos reclamados de ponerse a disposición de autoridad judicial, bajo la figura de detención preventiva voluntaria, eligiendo una infraestructura militar para dicho fin. Cabe mencionar que el Art 13 de nuestra Constitución establece que:

“Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o de prisión si no es de conformidad con la ley, y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente.

La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiere practicado.

La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido, a

recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término”.

Se desprende de lo anterior, que la ley no establece en ninguna disposición la figura de detención preventiva voluntaria. Ningún sujeto puede detenerse a sí mismo. Conforme al concepto básico de detención, esta se define como la privación provisional de la libertad ordenada por autoridad competente.

Conforme a lo señalado por el Art. 13 de la Constitución, se advierte que deben mediar ciertos elementos de operatividad para considerar que se está en presencia de una detención provisional, como la acción de detener a una persona provenga de una autoridad administrativa o judicial, por ejemplo; que exista un pronunciamiento de autoridad o se cumplan las condiciones de *in Fraganti*; la existencia de ciertos presupuestos típicos de las medidas cautelares, como el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, y el *periculum in mora* o peligro de fuga, a efecto de garantizar la excepcionalidad en su aplicación, etc.

Por tanto al no configurarse lo establecido por la Constitución ni las leyes de la Republica, en el caso planteado no puede considerarse la existencia de una detención preventiva, puesto que como se advierte de lo señalado por el Ministro de Defensa, existe una especie de encierro voluntario de los señores en referencia, en un recinto militar, pero ello no constituye por si una acción de autoridad que debe resolverse por la autoridad judicial, puesto que en un acto voluntario como del que se trata, está en la esfera de libertad ambulatoria de los individuos; depende mas bien de la autoridad militar pronunciarse al respecto, precisamente por el uso de las instalaciones militares.

Así mi voto razonado.

San Salvador, veinticuatro de Agosto de dos mil once.
Dra. Mirna Antonieta Perla Jiménez" (sic)

In memoriam

Calamandrei fue abogado. Lo fue con todas las potencias de su alma. No se redujo a patrocinar litigantes ni asesorar clientes. Estudió la abogacía: la función y la misión del abogado. O, mejor, sintió esa misión y vivió esa función. Como sintió y comprendió la función judicial. Por eso *Troppi avvocati* y el *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, no son descripciones ni aun siquiera impresiones de la vida profesional; son esta misma vida en toda su dramática intensidad; el abogado y el juez enfrentándose en la lucha diaria por la justicia para coincidir en la realización de ésta; el abogado incorporándose un día a la función judicial, y el juez, a veces, una vez jubilado, descubriendo en la defensa de los intereses del cliente, facetas no contempladas desde el sitial del juzgador; el juez y el abogado percibiendo al morir, uno y otro, la grandeza de su función.

Santiago Sentís Melendo

