

II Época • Año 7 • N° 14 • Julio 2014

# Revista Justicia

ASOCIACIÓN DE JUECES POR LA DEMOCRACIA





# Revista Justicia

II Época • Año 7 • Nº 14 • Julio 2014

© Asociación de Jueces por la Democracia (AJD)  
Barrio Río de Piedras,  
19 avenida y 8 calle S.O.  
Edificio Madeleine, San Pedro Sula,  
Honduras.  
Tel. +504 2550 1292  
E-mail:  
ajuecesdemocracia@gmail.com  
ajdemocracia@poderjudicial.gob.hn

## Junta Directiva Nacional

Presidente: Mandel Tom Pandy Yates  
Vicepresidente: Mario Rolando Díaz  
Secretaria: Reina Iris Mejía  
Tesorera: Clarisa Jiménez  
Fiscal: Camilo Amelec Peralta  
Vocal: Carlos Reyes Sabillón  
Vocal: Lidia Margarita López  
Vocal: José Luis Castellanos

Director de redacción:  
Guillermo López Lone

Esta edición de la revista *JUSTICIA* es posible gracias al auspicio de Dan Church Aid (DCA) e Hivos de Holanda. El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente representa la opinión de los auspiciadores ni de la AJD.

Diagramación e impresión:  
Editorial Guaymurás, Tegucigalpa.  
Diseño de portada: Marianela González

# Índice

## EDITORIAL

- En suspenso la aplicación de la prueba del polígrafo en el Poder Judicial ..... 3

## DEBATE JURISDICCIONAL

- Tres temas sobre el control de constitucionalidad en Honduras  
*Andrés Pérez Munguía* ..... 5
- Derecho Penal y verdad  
(A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal español)  
*José Luis Ramírez Ortiz* ..... 23
- El derecho al Honor y el derecho a la Libertad de Expresión:  
Su problemática en Honduras  
*Julissa Aguilar* ..... 29
- Ilícitud probatoria en el proceso penal hondureño  
*Edwin Noel Ramos Ventura* ..... 46
- El fraude y la ineficacia de los actos celebrados dentro  
del período de retroacción de la quiebra  
*Nicolás J. García Pineda* ..... 54

## INFORME ESPECIAL

- Afectaciones a la independencia judicial  
en Honduras en el marco de la depuración judicial  
y la práctica de las pruebas de confianza ..... 63

## ACTUALIDAD SOCIOJURÍDICA

- Cultura de paz, legalidad y derechos humanos  
*Luis Carlos Nieto García* ..... 83
- La Contraloría del Notariado  
*Nicolás Ochoa Valle* ..... 94



# En suspenso la aplicación de la prueba del polígrafo en el Poder Judicial

**R**ecientemente, la Asociación de Jueces por la Democracia (AJD) interpuso un recurso de amparo para que se suspenda la aplicación de la prueba del polígrafo o detector de mentiras a todos los jueces y juezas, magistrados y empleados del Poder Judicial. La Corte Suprema de Justicia, al conocer inicialmente este recurso, decidió por mayoría de sus integrantes suspender el acto reclamado; es decir, que el polígrafo no podrá aplicarse hasta que no se resuelva la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta prueba.

El polígrafo es, sin duda, una prueba controvertida por las repercusiones invasivas que representa para la privacidad o intimidad de las personas. Es tan poco fiable, que cada vez se usa en menos países; en Estados Unidos se ha visto bajo tales ataques, que el Congreso promulgó una ley que impide a los patronos someter a sus empleados a esta prueba, y su sistema judicial no admite los estudios de polígrafo como pruebas en tribunales.

De igual forma, la legislación procesal penal hondureña prohíbe el uso del polígrafo, en salvaguarda de que las personas acusadas de la comisión de un delito no sean sometidas a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad, tales como el polígrafo o detector de mentiras.

El acto de recurrir el uso del polígrafo se inscribe, para la AJD, en la defensa de los derechos fundamentales de las y los juzgadores. A esta acción se suman las que se emprenden contra los procedimientos disciplinarios que actualmente impulsa el Consejo de la Judicatura, los cuales se cuestionan por considerar que resultan violatorios del principio de legalidad y del debido proceso.

Siendo que la aplicación del polígrafo en Honduras lesiona derechos de orden fundamental y laboral, es pertinente traer a colación que el Ministerio de Trabajo de la República de Chile, en consulta sobre la legalidad del polígrafo, ha señalado que su utilización «pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada» porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador «se estaría inmiscuyendo en las esferas más íntimas de la vida del trabajador, cual es su conciencia y su derecho a reservarse información».

En esta línea de argumentación, podríamos citar más opiniones calificadas, de orden institucional o académico, encontrándose al final que pruebas como la del polígrafo no resisten el análisis o juicio de constitucionalidad. En concreto, esta prueba es incompatible con el derecho a la privacidad y a la intimidad, y ni qué decir que su aplicación contradice la garantía constitucional de la no autoincriminación; es decir, del derecho de no declarar contra sí mismo.

Finalmente, es justo reconocer que la suspensión de la prueba del polígrafo constituye un avance importante en la justicia constitucional, como lo señala la AJD. Y, sin duda, un paso adelante en la tutela de los derechos de las y los juzgadores. Asimismo, «la resolución de la suspensión de la aplicabilidad de la prueba del polígrafo, debería ser el punto de partida para que el Consejo de la Judicatura revise sus actuaciones y las ajuste a la legalidad», como lo ha expresado Mandell Pandy Yates, presidente de la Junta Directiva de la AJD.

# Tres temas sobre el control de constitucionalidad en Honduras

*Andrés Pérez Munguía\**

---

## SUMARIO

I. Los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano, modelos históricos y rasgos actuales. II. Normatividad y supremacía constitucional en Honduras. III. Justicia constitucional y control de constitucionalidad en Honduras.

---

### TEMA I

#### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO, MODELOS HISTÓRICOS Y RASGOS ACTUALES

##### A. Los derechos «del hombre» en el constitucionalismo latinoamericano, modelos históricos y rasgos actuales

Tanto desde la teoría jurídica como desde el Derecho Constitucional Comparado se reconoce la existencia de modelos constitucionales que han servido como referencia para la recepción de los derechos «del hombre» en diversos ordenamientos nacionales. Estos modelos están íntimamente relacionados con la teoría de la constitución que los respalda y a partir de ellos se han desarrollado varias construcciones jurídico-

conceptuales mediante las cuales se han positivizado los derechos del hombre en diferentes momentos, lugares y tradiciones jurídicas, a partir de finales del siglo XVII.

El constitucionalismo contemporáneo es el movimiento filosófico, político y jurídico que tiene por finalidades esenciales la organización de los poderes del Estado y la protección de los derechos de las personas. Si bien encuentra importantes antecedentes en Inglaterra desde el siglo XI hasta el XVII, surge con claridad a partir de finales del siglo XVIII con dos modelos arquetípicos: el francés y el norteamericano. Dichas concepciones están configuradas, básicamente, por el valor que predominantemente se le ha asignado a la Constitución, en uno de los casos como texto político,

---

la colaboración de la Universidad de Pau, Francia. Ha ocupado varios cargos en el sector de derechos humanos, ha sido docente en el curso interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y en tres universidades hondureñas. Ha publicado varios trabajos monográficos y artículos académicos en Honduras y el extranjero.

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH), máster en Bibliotecología por la Universidad de Pittsburgh, y máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, para la cual prepara actualmente su tesis de doctorado con mención internacional, con

en el otro como texto jurídico. Ambos modelos se van desarrollando simultánea y paralelamente<sup>1</sup>.

El primero de los modelos<sup>2</sup> surge a partir de la Revolución francesa y se extiende posteriormente a la mayor parte de Europa continental. Como producto de los abusos de las monarquías absolutas, que se encontraban todavía frescos en la memoria de esas sociedades, las asambleas son vistas como un freno a los ejecutivos y como el único vehículo de expresión de la voluntad popular. Por otro lado, se mira todavía con cierto recelo y temor a los jueces, pues estos funcionarios habían sido nombrados en muchos casos durante el Antiguo Régimen. Estos factores determinan que en la tradición posrevolucionaria la labor jurisdiccional se entienda como mecánica aplicación del Derecho, nunca como creación del mismo, pues eso hubiera implicado arrebatar competencias exclusivas al parlamento. De esta manera se va consolidando un modelo de superioridad política del Legislativo que se traslada también a una supremacía jurídica de su principal producto, la ley.

El segundo es producto de la tradición jurídica

- 1 Pueden verse las diferencias entre los modelos originales (inglés, francés y norteamericano) que identifica G. PECES-BARBA en *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III / BOE, 1999. pp. 145-154; en el plano del valor político o normativo que se le asigna a la Constitución, la sección elaborada por BLANCO VALDÉS en *Nuevo derecho constitucional comparado* / D. López Garrido, M.F. Massó Garrote, L. Pegoraro et al., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 49 ss. En cuanto a las construcciones jurídico-conceptuales específicas, L. FAVOREU y sus colegas emplean términos que en español podrían trasladarse, con cautela, como «concreción», «juridificación» y «traducción» de los derechos del hombre, cuando comparan dos formas concretas de positivación: «derechos fundamentales» y «libertades públicas», en: *Droit de libertés fondamentales*. París: Dalloz, 2000; *in toto*, pero especialmente en las pp. 75-87.
- 2 Las referencias de orden se hacen únicamente por claridad de la exposición, ya que, en términos cronológicos estrictos, la Revolución estadounidense se produjo antes que la Revolución francesa; esto, sin perjuicio que los «padres fundadores» de los Estados Unidos se hayan inspirado, entre otras fuentes, en pensadores franceses.

anglosajona y de las incidencias mismas de la revolución norteamericana<sup>3</sup>. Como es bien sabido, el proceso de independencia de las trece colonias tiene su origen inmediato en la aprobación de tributos aplicables a los pobladores de dichos territorios. Los analistas de la historia constitucional estadounidense coinciden en que, más que el acto de creación de impuestos, lo que mayormente indignaba a los líderes y habitantes de las colonias es que dicha medida se hubiese tomado por un parlamento en el que no se hallaban representados. Aquella consigna de *no taxation without representation* resume en buena medida el malestar de los colonos. Por otro lado, los jueces gozaban en la tradición anglosajona de *Common Law* de cierto prestigio como protectores de los derechos históricos de los ciudadanos y la jurisprudencia había venido siendo una fuente muy importante del Derecho.

Está claro entonces que el temor a los posibles excesos del legislador es el principal punto de partida del modelo normativo de constitución. De ahí que los padres fundadores de la república estadounidense, en especial Hamilton, divisaran la necesidad de diseñar instrumentos que, como el Poder Constituyente y la Constitución, fuesen más poderosos que la ley y su autor, el legislador. La supremacía constitucional sobre la ley termina de asentarse con la célebre decisión de la Corte Suprema del Juez Marshall en la sentencia del caso *Marbury contra Madison* (1803) en la que se

- 3 La conjunción de elementos historicistas e individualistas, así como la teoría del parlamento como «tirano» en la revolución norteamericana que se esboza en estos dos párrafos, proviene, además de *Nuevo derecho constitucional comparado*, supra nota 1, de FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 3ª ed., Madrid: Trotta, 2000, pp. 75-95; MATTEUCI, N. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta / Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 1998, pp. 162, 163, 170-184, 290, 291; MCILWAIN, C. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 16-21, 31; POUND, R. *The development of constitutional guarantees of liberty*, New Haven: Yale University Press, 1957, pp. 55-81.

instaure el *judicial review* y se pasa del control político al control jurisdiccional de la Constitución<sup>4</sup>.

Debe decirse en defensa del modelo francés que éste no se construyó con menosprecio de la Constitución, sino más bien fue el resultado de un proceso de encumbramiento de la ley. Primero, porque se la concebía como un elemento concentrador de *imperium* para el Estado, pero paradójicamente también liberador del individuo, que ponía fin a la pluralidad de órdenes estamentales<sup>5</sup>. Segundo, porque en virtud del asambleísmo que prevalecía, se la entendió, usando términos rousseauianos, como la manifestación de la voluntad general. En otras palabras, las constituciones adscritas a este paradigma, si bien valoradas en tanto expresión de un momento fundacional del pacto político al más alto nivel, carecían de uno de los elementos esenciales del Derecho, la posibilidad de exigir su cumplimiento por medios coercitivos. Por tanto, aunque gozaban de toda la consideración política, no tenían valor jurídico.

Tuvieron que transcurrir casi ciento cincuenta años en la tradición jurídica continental europea para que en las constituciones checa y austríaca de la primera posguerra se establecieran mecanismos de garantía jurisdiccional de la Constitución y Kelsen apuntara, en 1928 que, desde un punto de vista técnico, no era obligatorio el texto de una constitución si no existían los instrumentos y mecanismos para anular un acto contrario a sus preceptos<sup>6</sup>. Este proceso se ve lamentablemente interrumpido, primero, por el surgimiento de los regímenes autoritarios (fascistas, nacionalsocialistas y comunistas) y, luego, por el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial.

La segunda posguerra trae consigo una renovación de la Teoría del Estado y la Constitución, calificada incluso como «neoconstitucionalismo»<sup>7</sup>; y, a partir de ese replanteamiento, viene, tanto como causa y consecuencia, el florecimiento de la justicia constitucional. Se consolidan, entonces, los tribunales constitucionales como intérpretes supremos de la ley fundamental. El caso alemán primero, y el español, posteriormente, devienen ejemplos de cómo estos órganos han llevado a su máxima expresión y desarrollo sus elevadas tareas de control de constitucionalidad a través de la revisión jurisdiccional de las leyes, la protección de los derechos fundamentales y la resolución de los conflictos orgánicos de competencia.

En cuanto al constitucionalismo latinoamericano, debe reconocerse, de salida, que el mismo no configura un «tipo puro», sino más bien resulta de la combinación de las dos tradiciones principales del constitucionalismo occidental. Ese mismo hecho, y el particular contexto en el que le ha tocado operar, le han llevado a la adopción de rasgos y caracteres que lo configuran en la práctica si no como un modelo diferenciado, al menos, como un bloque regional de ordenamientos con muchos rasgos similares. Por citar algunos elementos que podrían apoyar esta posición habría que señalar el común antecedente de la Constitución de Cádiz (1812), la cual marcó, en buena medida, el rumbo constitucional de los países de la región, aún mucho después de la independencia<sup>8</sup>; las especiales adaptaciones de las ideas norteamericanas de federalismo y presidencialismo, y sobre todo de control jurisdiccional difuso de la constitucionalidad a través

4 VILE, J. R. *Essential supreme court decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional law*, 15th ed. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers, 2010, pp. 105-106.

5 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994, pp. 47-97.

6 KELSEN, H. *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)*. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988, p. 150.

7 V. p. ej.: CRUZ, L.M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

8 Puede verse en este sentido la obra colectiva *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: un estudio comparado*. [Sevilla]: Junta de Andalucía, Consejería de Cultura y Medio Ambiente, 1993. En ella pueden encontrarse trabajos de P. Cruz, M. Lorente, R. Blanco Valdés, C. Petit, M. Terol y A. Porras en los que se destaca la influencia de la Constitución de Cádiz en la historia constitucional de diversos países y regiones de Iberoamérica.

de la figura del amparo<sup>9</sup>; y la constitucionalización de los derechos sociales antes, incluso, que adquirieran dicho nivel en otras latitudes, pudiéndose citar, en este sentido, las leyes fundamentales de México 1917, Cuba 1940, Guatemala 1945 y Costa Rica 1949.

Luego de esta necesaria aproximación histórica, se entrará al análisis de dos rasgos que comparten, desde luego con matices, casi todos los ordenamientos latinoamericanos. Para ello, habrá que centrarse en las constituciones latinoamericanas posteriores a 1980. Esto, sin perjuicio de hacer referencia a las cartas magnas anteriores a esa fecha, como las de México, Argentina y Costa Rica, las cuales también han sido objeto de reformas ocurridas después del señalado punto de partida. Estas tendencias tienen que ver con elementos esenciales de la noción de sistema jurídico, tales como fuentes, concepto y contenido de los derechos, órganos y medios de protección y relación del sistema de derechos con el resto del ordenamiento y el entorno general<sup>10</sup>. Seguro es que otro autor podría detectar más y diferentes tendencias, por lo que se recalca que las aquí presentadas han sido seleccionadas pensando en el tema del presente módulo de capacitación.

Debe aclararse, también, que estas características no son exclusivas de América Latina, sino que están conectadas a desarrollos actuales del constitucionalismo a nivel mundial, muy especialmente, del europeo continental. Específicamente, en materia de derechos de la persona, el constitucionalismo contemporáneo está marcado por ciertas tendencias que aparecen especialmente a partir de la segunda posguerra mun-

dial. Las recientes constituciones latinoamericanas, surgidas como consecuencia de los procesos de democratización que se producen en la región durante las tres últimas décadas, recogen varias de esas corrientes pero adaptándolas a las particulares condiciones históricas, sociales y étnico-culturales de estos países. Sin pretensiones de exhaustividad, un primer intento de sistematización hace resaltar dos rasgos de los sistemas de derechos de las constituciones latinoamericanas en la actualidad:

- a. una lectura cada vez más normativa de la Constitución, y
- b. una creciente apertura hacia el Derecho Internacional<sup>11</sup>.

11 En rigor metodológico, y entendiendo que la identificación de rasgos es sobre todo una labor inductiva, la selección de estas características debería sustentarse en una colección de estudios nacionales sobre sistemas constitucionales de derechos. En ausencia de este tipo de obras se ha realizado un intento de sistematización con apoyo en dos tipos de fuentes. Las primeras, de carácter panorámico, que, elaboradas por reputados constitucionalistas, proveen una idea de las principales corrientes a nivel mundial y regional. En este apartado se encuentran, con perspectiva internacional, los trabajos de HABERLE, P. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000; JIMÉNEZ DE PARGA, M. *El constitucionalismo a finales del siglo XX. La reforma de la Constitución Argentina en perspectiva comparada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 11-27; ROLLA, G. *Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 54 (Sept.-Dic. 1998): 39-83; y, con énfasis en Iberoamérica, AGUIAR DE LUQUE, L. *La noción «derechos fundamentales» desde la perspectiva del constitucionalismo iberoamericano*. *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 135-162; COLOMER VIADEL, A. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica, 1990, esp. pp. 61-115; GIL ROBLES, A. *Apuntes sobre el reconocimiento y tratamiento de los llamados nuevos derechos en algunas constituciones de Latinoamérica*. La

9 Para comprender la amalgama de la que es producto el constitucionalismo iberoamericano en esta materia, puede verse FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales, su génesis en el pasado siglo*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1997: 27-77; y del mismo autor, *Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006: 301-352.

10 Para la noción de sistema jurídico de los derechos fundamentales se utiliza como referencia teórica el planteamiento de G. PECES-BARBA en *op. cit.*, capítulos XIV y XV, libro II, pp. 353-412.

Antes de analizar cada uno de ellos, habrá que decir que los rasgos descritos a continuación no siempre presentan un perfil consolidado en todos los ordenamientos latinoamericanos.

## B. Una lectura cada vez más normativa de la Constitución

Si bien la preocupación por el control de constitucionalidad ha estado presente en las leyes fundamentales de Latinoamérica desde el siglo XIX, por la referida instauración del sistema difuso, en el presente la temática recibe un nuevo impulso con la adopción de elementos provenientes del sistema concentrado<sup>12</sup>. Las recientes constituciones latinoamericanas han be-

---

*reforma de la Constitución Argentina en perspectiva comparada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. pp. 103-114; LÓPEZ GUERRA, L. y AGUIAR DE LUQUE, L. en la introducción a *Las constituciones de Iberoamérica*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2001, pp. 15-18. La segunda fuente para esta selección de rasgos fue la revisión cuidadosa de los temas abordados en recientes recopilaciones de trabajos sobre el constitucionalismo iberoamericano por prestigiosos constitucionalistas latinoamericanos y españoles. En este apartado pueden mencionarse colecciones como: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín / Buenos Aires / Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, ediciones de 1995 y siguientes; *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, ediciones de 2002 y siguientes; *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI* / D. Valadés y M. Carbonell, coords. México: Cámara de Diputados / UNAM, 2000; *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica* / R. Hernández Valle y P. Pérez Tremps, coords. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* / Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM, 1998; *Los sistemas constitucionales iberoamericanos* / F. Fernández Segado, D. García Belaúnde y R. Hernández Valle, coords. Madrid: Dykinson, 1992.

12 En la introducción a *Las constituciones de Iberoamérica*, LÓPEZ GUERRA y AGUIAR DE LUQUE se refieren a una «recuperación y relanzamiento del control de constitucionalidad...», *op. cit.*, p. 16.

bido, por así decirlo, de ambos modelos. Sin embargo, las configuraciones que se aprecian en la actualidad son producto de incorporaciones y adaptaciones realizadas en momentos históricos muy diferentes<sup>13</sup>. El primer constitucionalismo del siglo XIX, fiel al modelo francés, generaliza en la región el control político de la constitucionalidad. Luego, comenzando con la experiencia pionera del estado mexicano de Yucatán en 1841 y con variantes más o menos prolongadas en las fechas de adopción, se va estableciendo el control jurisdiccional de la constitución bajo una clara influencia del modelo norteamericano. Por eso se puede decir que, al menos formalmente, este tipo de control aparece en la región latinoamericana antes que en Europa.

En la actualidad, no se puede identificar una dirección única en cuanto al modelo seguido, sin perjuicio de que aparezcan ciertas tendencias sub-regionales como las salas de lo constitucional dentro de las cortes supremas en Centroamérica o los tribunales constitucionales en la zona andina. En todo caso, vistos en su conjunto, estos desarrollos denotan una lectura cada vez más normativa de la Constitución. Ya sea por la implantación de sistemas concentrados o por el surgimiento de los llamados mixtos y paralelos, bien puede hablarse de una suerte de «boom» de la justicia constitucional en América Latina durante las dos últimas décadas.

En la configuración de cada uno de los sistemas principales de control de constitucionalidad, el difuso y el concentrado, intervienen dos variables de particular relevancia: por un lado, la defensa de los derechos fundamentales y por el otro, la preservación de la regularidad del ordenamiento jurídico y la actividad estatal. En principio, el sistema difuso se ha inclinado más, al menos históricamente, hacia la primera de ellas, en tanto que el concentrado lo ha hecho más hacia la segunda<sup>14</sup>. Estas variables tienen también su reflejo en los efectos de las sentencias, particularmente aquellas

---

13 La discusión sobre la evolución en los tipos de control constitucional, la sucesiva influencia de los modelos históricos y la imposibilidad de identificar un modelo único regional en la actualidad se basa en FERNÁNDEZ SEGADO, F. *op. cit.*

14 Basta recordar en este sentido la importancia que otorgaba al problema de la regularidad H. Kelsen en su ya clásico escrito, citado arriba.

que declaran la inconstitucionalidad de una ley, ya que en el sistema difuso las decisiones judiciales (sobre todo de los tribunales inferiores) tienen un efecto de mera inaplicabilidad al caso concreto, en tanto en el sistema concentrado la resolución suele tener efectos derogatorios generales.

En Latinoamérica, se presentan varias modalidades de control jurisdiccional de la constitucionalidad que reflejan, por un lado, la voluntad de homogenizar los ordenamientos con la corriente normativa que se va imponiendo a nivel mundial, y por el otro, la búsqueda de la especificidad en las soluciones concretas adoptadas nacionalmente. Así, se encuentran desde ordenamientos más inclinados hacia el modelo difuso, como el brasileño, hasta los más concentradores, tal el caso de Costa Rica<sup>15</sup>. Este último, por cierto, con la interesante variante de ser «concentrado ordinario», pues el órgano que lleva a cabo el control (la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema), si bien, es funcionalmente especializado, se encuentra dentro del Poder Judicial. Los hay también «difusos corregidos», como el caso de México y Argentina. Sin embargo, es la modalidad paralela (mixta o integral para algunos), una cohabitación del sistema difuso y el concentrado, la que parece tener, al menos en este momento, mayor prevalencia, como se desprende de la situación de Colombia, Guatemala, Honduras, Perú o Paraguay<sup>16</sup>. En algunos países, existe también el control preventivo, más identificado con la tradición francesa.

La realidad de las variantes mixtas que han aparecido en América Latina plantea interrogantes de gran trascendencia. Una de ellas consiste en revisar el asunto de la compatibilidad, o no, del modelo difuso con sistemas jurídicos de tradición civil o Derecho Romano. Al respecto, Brewer-Carías rechaza las obje-

ciones de Cappelletti, relativas a que el control difuso puede funcionar solamente en los ordenamientos de la familia del *Common Law* por existir en ellos el mecanismo del *stare decisis*, señalando que los efectos anárquicos a que podría dar lugar la aplicación, o inaplicación de preceptos constitucionales por jueces con criterios diversos puede ser contrarrestada con varias medidas<sup>17</sup>. Una de ellas sería declarar obligatorios los precedentes sentados por los tribunales superiores; otra, otorgar poderes a la Corte Suprema para que sus decisiones tengan carácter general y obligatorio y, una tercera, establecer a su favor facultades de revisión respecto de las sentencias incidentales de inconstitucionalidad de los tribunales inferiores. Precisamente, la Ley sobre Justicia Constitucional hondureña (Decreto 244-2003), adopta algunas de estas medidas, como denotan los artículos 73, relativo a la doctrina legal de la Corte Suprema en el amparo; 74 y 94, que conceden el conocimiento exclusivo de la garantía de inconstitucionalidad a este tribunal supremo, con efectos derogatorios; 68 y 69 que regulan la consulta obligatoria de las sentencias de amparo dictadas por los jueces de letras, ejercida por las cortes de apelaciones, y la realizada a petición de parte por la Corte Suprema de Justicia sobre las sentencias de amparo pronunciadas por las cortes de apelaciones.

Otra cuestión interesante que plantean los sistemas paralelos es la convivencia misma entre el modelo difuso y el concentrado. En este sentido, el citado autor venezolano opina que la coexistencia es más bien una ventaja, pues permite un control jurisdiccional integral de la constitucionalidad mediante el empleo combinado de mecanismos provenientes de ambos modelos. Así, por ejemplo, se puede realizar el control tanto *a priori* como *a posteriori*, por vía incidental o por vía

15 Se utilizan en este párrafo las clasificaciones y denominaciones empleadas por PEGORARO en *Nuevo derecho constitucional comparado... op. cit.*, pp. 429 ss.

16 Debe aclararse que esta apreciación se hace sobre la justicia constitucional como un todo (incluyendo los procedimientos de amparo, protección o tutela), ya que en algunos de los países mencionados, Honduras incluida, el control jurisdiccional de las leyes ha adoptado un modelo concentrador, dando competencia en esta materia a un solo órgano.

17 BREWER-CARÍAS, A. *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano [1996]*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1996. pp. 173-82. Bajo los auspicios del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), este jurista venezolano colabora, entre junio y agosto de 2002, en la elaboración de la exposición de motivos del proyecto de ley sobre justicia constitucional que presenta la Corte Suprema de Justicia al Congreso Nacional en Honduras.

principal. Este entramado de posibilidades es lo que permite establecer esta modalidad como un sistema mixto dentro del Derecho Comparado<sup>18</sup>, que toma elementos del difuso y del concentrado, pero que a la vez resulta diferente de cada uno de ellos.

Acaso más importante, desde la perspectiva de la adaptabilidad y especificidad de los ordenamientos latinoamericanos frente a los modelos constitucionales occidentales, sería preguntarse si estos sistemas intermedios representan una transición entre un modelo difuso que nunca llegó a cuajar plenamente y uno concentrado que se presenta más adecuado a la tradición jurídica continental de la que es heredero el Derecho Latinoamericano en general; o, si los mismos son la expresión de una solución local de más larga duración. La formulación de una hipótesis firme con respecto a esta cuestión requeriría de suyo un estudio aparte.

Como comentario final a esta sección, habrá que decir que debe establecerse una diferencia conceptual entre normatividad constitucional y jurisdicción constitucional. Si bien hay que reconocer que el control judicial de constitucionalidad es el elemento más importante de una comprensión normativa de la constitución (frente a una comprensión política de la misma), no es el único factor que debe ser considerado para evaluar un caso concreto.

### C. Una creciente apertura hacia el Derecho Internacional

La creciente apertura del Derecho Constitucional hacia el Derecho Internacional es una tendencia mundial cuyo surgimiento es explicable solamente a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. El establecimiento de los sistemas de derechos humanos, el universal como los regionales, con sus correspondientes normativas y órganos de protección, ha permitido un diálogo cada vez más fluido entre ambos ordenamientos. En Europa el trasvase ha operado principalmente, al menos hasta ahora, a través del valor persuasivo que reconocen muchos ordenamientos internos a la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Estrasburgo. En Latinoamérica, la incorporación se viene manifestando mediante la adopción de disposiciones constitucionales que expresamente conceden rango constitucional a los tratados internacionales de

derechos humanos, en algunos casos automáticamente, o en la previsión de cláusulas de catálogo abierto que, si bien algún sector de la doctrina las considera innecesarias ante la ampliación que podría ejercer la jurisprudencia constitucional, legitiman otra puerta de entrada a derechos provenientes del Derecho Internacional. La otra técnica de incorporación empleada en la región es la reproducción directa en los textos constitucionales de derechos (y en varios casos de disposiciones completas), contemplados en las declaraciones y convenios internacionales<sup>19</sup>.

Si hubiera que situarse en el tradicional debate entre dualismo y monismo que ha caracterizado la discusión sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el ordenamiento interno desde finales del siglo XIX y principios del XX<sup>20</sup>, tendría que decirse que las constituciones latinoamericanas de la actualidad, especialmente en lo que atañe a tratados internacionales de derechos humanos, parecen estar

19 En el ámbito internacional, Rolla encuentra tres técnicas concretas de incorporación de normas del Derecho Internacional al Derecho Constitucional interno: la incorporación directa, vía previsiones constitucionales expresas sobre la vigencia de los tratados internacionales; la incorporación indirecta, por medio de la jurisprudencia interpretativa de los tribunales internacionales y; la «mirrored or equivalent incorporation», que viene a ser la reproducción en los textos constitucionales de disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales. ROLLA, G. *op. cit. supra* nota 10.

20 Como se recordará, en términos muy generales, el dualismo o paralelismo era defendido por el profesor alemán Triepel y sostenía que el Derecho Interno y el Internacional son dos sistemas distintos, pues sus fuentes son diferentes, por lo que las relaciones entre ellos se producían únicamente por recepción mutua. En tanto, el monismo o internacionalismo era defendido por la Escuela Austríaca de Hans Kelsen y sostenía la unidad de ambos ordenamientos, con primacía del Derecho Internacional por un principio de jerarquía lógica. Menos conocida, existía también una tercera escuela de nacionalismo constitucional que reconocía la primacía del Derecho Interno. MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*. Madrid: Reus, 1934, pp. 49-52.

18 *Ibid.*, esp. pp. 243-245.

optando firmemente por la doctrina unitaria. En este sentido, tan importante es el hecho que los tratados pasen a formar parte del Derecho Interno, en virtud de su ratificación, como lo es la posición que pasan a ocupar en el sistema de fuentes. En este último, generalmente, sólo por debajo de la Constitución, en lo que a jerarquía normativa corresponde.

En este sentido, aunque se manifiestan diferentes modalidades, la revisión de los textos constitucionales hace patente la tendencia que se viene describiendo. En Colombia, el artículo 93 de la Constitución señala la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el ordenamiento interno. En Costa Rica, el artículo 7 constitucional hace referencia a la supremacía de los tratados, aunque no menciona específicamente los de derechos humanos. Sin embargo, el artículo 48 concede el amparo no sólo a los derechos establecidos en la Constitución sino también a los reconocidos en los instrumentos internacionales, lo cual, según R. Hernández, alcanza también a derechos incluidos en normas internacionales distintas a los tratados<sup>21</sup>. En El Salvador, el artículo 144 de su carta magna establece también la superioridad de los tratados internacionales, si bien no hace alusión directa a los derechos humanos, y, los artículos que le siguen (145-149) caen en cierto detalle reglamentista, posiblemente por los resquemores que han existido tradicionalmente en dicho país hacia los tratados que definen cuestiones territoriales. Por su parte, el artículo 46 de la Constitución guatemalteca establece igualmente la preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno en materia de derechos humanos. Como reporta García Laguardia, esta redacción ha suscitado no pocas polémicas en derredor de si la Constitución misma debe considerarse incluida en la expresión «Derecho Interno»<sup>22</sup>.

En Honduras, el artículo 18 fija la primacía del tratado sobre la ley, pero no se refiere específicamente a las convenciones sobre derechos humanos. La Consti-

tución nicaragüense, en su artículo 46, hace referencia a los derechos reconocidos en una lista específica de instrumentos internacionales, pero no hace relación a su lugar en la jerarquía normativa interna. Siguiendo una técnica diferente, la Constitución paraguaya, en su artículo 137, lista jerárquicamente los diferentes tipos de normas en el ordenamiento (desde una perspectiva de fuentes), colocando los tratados sólo por debajo de la Constitución, si bien no hace referencia explícita a los derechos humanos. En cuanto a Venezuela, el artículo 23 de la nueva Constitución de 1999 eleva el Derecho Internacional a rango constitucional, en tanto que el artículo 31 prescribe el acatamiento de las resoluciones de los órganos internacionales. Vale la pena señalar por último que, posiblemente por haber sido promulgadas mucho antes del movimiento de internacionalización de los derechos humanos, o quizá por las dificultades que suelen existir en algunos estados federales para la aplicación de los tratados, tanto la Constitución mexicana, como la argentina han reflejado esta tendencia por otras vías. En el caso argentino, mediante reforma, que se expresa en el inciso 22 del artículo 75.

En México, a partir de la sentencia recaída sobre el amparo en revisión 1475/98, resuelto el 11 de mayo de 1999 por la Suprema Corte de Justicia, se reconoce, tanto en ámbitos jurisprudenciales como doctrinales, el comienzo de un cambio de sentido en la interpretación del artículo 133 constitucional. Esta nueva dirección, que asume la posición de que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano sólo con respecto a la Constitución Federal, continuó su evolución en la tesis aislada P. IX/2007; sin embargo, importantes juristas mexicanos lamentan que el tema haya quedado excluido de las importantes reformas constitucionales llevadas a cabo en el período 2009-2011. Vale señalar que antes de 1999 se había venido considerando ambos tipos de normas como de igual jerarquía<sup>23</sup>.

21 HERNÁNDEZ VALLE, R. *Derecho procesal constitucional*. 2ª ed. San José, C.R.: Editorial Juricentro, 2001, pp. 123-126.

22 GARCÍA LAGUARDIA, J. M. *Política y constitución en Guatemala. La constitución de 1985 y sus reformas*. 5ª ed. Guatemala: Procurador de los Derechos Humanos, 1997, p. 59.

23 ORTÍZ MAYAGOITIA, G. I. *Derecho internacional y derecho constitucional: un fallo interesante*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer / Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano

Siempre en el plano jurisprudencial, se reportan una serie de ejemplos provenientes de las cortes supremas y tribunales constitucionales de Colombia, Costa Rica, Uruguay, Argentina, Venezuela y Chile, en los que dichos órganos han aplicado disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de Derechos del Niño (por apuntar sólo los instrumentos más citados en las resoluciones) preferentemente sobre el Derecho Interno<sup>24</sup>. En Costa Rica, en particular, y en la sentencia 3435-92 de 11 de noviembre, la Sala Cuarta de la Corte Suprema fue aún más lejos, al expresar en la justificación del fallo que los instrumentos de derechos humanos priman aún sobre la Constitución, si aquellos otorgan un tratamiento más favorable a los derechos invocados en un caso concreto<sup>25</sup>.

---

(CIEDLA), 2000, pp. 529-539; BECERRA RAMÍREZ, M. *Comentarios sobre las tesis P. IX/2007 y P. VIII/2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2007, respecto de la jerarquía de los tratados en el orden jurídico mexicano. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VIII (2008): 861-866; GARCÍA RAMÍREZ, S. *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)* / S. García Ramírez y J. Morales Sánchez. México: Porrúa / UNAM, 2011, pp. 200-206.

24 NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2000*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer / Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), 2000, pp. 200-212.

25 Si bien esta parte de la argumentación de la Sala Cuarta no ha sido cuestionada, pues pareciera seguir la aplicación del principio «pro-homine», o de la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos humanos, el fallo en sí fue objeto de duras críticas. Se trataba de un caso en el cual, un extranjero, casado con una costarricense, invocaba en amparo el derecho que le asiste a las extranjeras desposadas con costarricenses a convertirse en nacionales por naturalización. La Corte, yendo más allá del caso, y en un procedimiento de amparo, no sólo entendió que le era aplicable ese derecho al actor, sino que señaló que donde la Constitución mencionara las palabras *hombre* o *mujer*, éstas debían entenderse como *ser humano*, con lo

De igual manera, resulta muy importante, desde la perspectiva de la profundización de la tendencia en el ámbito judicial, el hecho que varios tribunales nacionales latinoamericanos han receptado como persuasiva, en unos casos, y obligatoria, en otros, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, habrá que decir que el ambiente generalmente positivo hacia la apertura al Derecho Internacional, que se refleja en lo expuesto en esta sección, puede haberse visto favorecido por la no-recepción de la «doctrina del margen de apreciación de los estados» por parte de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos. Esta elaboración jurisprudencial europea sostiene que los estados gozan a lo interno de cierta discrecionalidad sobre el cómo y cuándo aplicar sus obligaciones internacionales en derechos humanos, sobre todo en asuntos políticos o de dominio reservado y situaciones de estado de necesidad<sup>26</sup>.

## TEMA II NORMATIVIDAD Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN HONDURAS

El asunto que debe ser definido aquí es si la Constitución hondureña se configura como un texto

---

cual ponía en peligro disposiciones orientadas a lograr la igualdad sustancial de las mujeres, vía acción afirmativa. VILLALOBOS UMAÑA, J. M. *El valor jurídico de los convenios internacionales sobre derechos humanos en el sistema constitucional costarricense. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2000*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer / Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), 2000, pp. 275-276.

26 VALIÑA, L. El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. M. Abregú y C. Courtis, comps. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) / Editores del Puerto, 1997, pp. 173-197.

normativo o, al menos, con pretensiones de normatividad. Si bien la eficacia normativa directa está determinada en gran medida por la estructura de las disposiciones constitucionales concretas, en general, la Constitución de la República de Honduras establece con bastante claridad, y reiterativamente por cierto, los principios de supremacía y normatividad constitucional.

La supremacía, entendida como suprallegalidad y superioridad sobre el resto del ordenamiento, queda patente en los artículos 64, 184, 185 y 216 de la ley fundamental de los hondureños. Al respecto, la primera de estas disposiciones, integrada en el Capítulo I, «De las declaraciones», del Título III, «De las declaraciones, derechos y garantías», nos señala que:

No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden, que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidas en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan.

La mencionada norma pareciera establecer también un principio de contenido esencial de los derechos, a ser determinado por medio de la interpretación y aplicación de la Ley Fundamental que haga, sobre todo, el juez constitucional. Por su parte, los artículos 184 y 185 establecen la garantía de inconstitucionalidad por la forma o el contenido de las leyes, fijando sus modalidades y la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia en esta materia. Finalmente, el artículo 216 regula el veto presidencial contra leyes emitidas por el Congreso Nacional, contemplando como una de sus motivaciones la inconstitucionalidad y prescribiendo que en dichos casos el Legislativo no podrá someter nuevamente la ley a discusión mientras no se haya pronunciado al respecto la Corte Suprema. Se fija así una suerte de control previo de constitucionalidad, pues el mismo no se presenta en el contexto de un litigio judicial, sino en el marco de una controversia entre poderes del Estado. En estos casos, el Ejecutivo debe señalar específicamente las disposiciones que considera inconstitucionales y los artículos constitucionales que se consideran vulnerados.

La normatividad, por su parte, prescribe que las disposiciones constitucionales son Derecho directa-

mente aplicable, que posee los mecanismos coercitivos para hacerse ejecutar y para sancionar los actos que lo contravengan. De aquí se desprenden sus dos efectos principales. Uno, la potencialidad de aplicar la norma constitucional a un caso concreto, sin necesidad de una disposición legislativa mediadora, en los términos del artículo 320 de la CH, el cual, ubicado en el Capítulo XII, «Del Poder Judicial, del Título V, «De los poderes del Estado», indica:

En casos de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, se aplicará la primera.

El otro efecto, la posibilidad de anular un acto contrario a sus preceptos, se encuentra regulado en los ya citados artículos 184 y 185; los que además se ven reforzados con los efectos derogatorios *erga omnes* de las sentencias recaídas en casos de declaratoria de inconstitucionalidad, según el artículo 316.2 de la CH.

Que el Derecho de la Constitución sea ejecutable implica que debe haber un órgano encargado de aplicarlo. Una revisión atenta del destinatario principal de las disposiciones constitucionales citadas en los párrafos anteriores lleva a concluir que todas y cada una de ellas están dirigidas al juez. En el artículo 64, cuando se dice que no se aplicarán leyes ni disposiciones ejecutivas restrictivas de derechos, se apunta al juez como responsable de pronunciar el Derecho aplicable y como contralor de los actos tanto del legislador como de la administración pública; en el 184 y el 185, donde se señala claramente que es la Corte Suprema quien decidirá sobre los casos de inconstitucionalidad; en el 216, que prescribe el dictamen de la Corte Suprema en los casos en que el Ejecutivo haya vetado un decreto legislativo por considerarlo inconstitucional; y finalmente, en el 320, cuya sistemática nos indica que la incompatibilidad entre norma constitucional y ordinaria a la que hace referencia se lleva a cabo en el proceso de aplicación del Derecho por parte del ente jurisdiccional.

Si bien la Constitución hondureña introduce claramente en su texto una pretensión de normatividad y se percibe un paulatino fortalecimiento de la justicia constitucional, al menos hasta 2009, ciertamente con-

viene modular el optimismo ante la observación de las insuficiencias en la cultura política y judicial del país. Vale la pena, en este sentido, recordar a Loewenstein cuando señalaba que «[e]n lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder»<sup>27</sup>.

### TEMA III

#### JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN HONDURAS

##### A. Panorama general de la justicia constitucional en Honduras

En el presente tema se analizarán las garantías que ofrece la justicia constitucional para lograr la tutela y la efectividad de los derechos contemplados en la Constitución de la República de Honduras (CH) y en qué medida se han aplicado, o pueden ser optimizadas, para la realización de los derechos sociales.

Si hubiese que ofrecer un panorama general de la justicia constitucional hondureña a partir de la reforma constitucional del año 2001, que cambia por completo el capítulo dedicado al Poder Judicial<sup>28</sup>, habría que decir que se ha establecido un sistema

que, comparado con el modelo de la antigua Ley de Amparo de 1936, combina mejor la protección de los derechos consignados en la Constitución y los tratados internacionales suscritos por Honduras con el control de constitucionalidad de las leyes.

Manteniendo un rasgo del sistema anterior, el hábeas corpus y el amparo continúan a cargo tanto de los juzgados de letras y cortes de apelaciones, como de la Corte Suprema, ahora generalmente a través de la nueva Sala Constitucional, en un mecanismo de competencias fijado de acuerdo al rango de la autoridad presuntamente infractora. En este aspecto, no parece haber una diferencia entre tutela ordinaria y extraordinaria de derechos, sino más bien una asignación de competencias con base en las jerarquías de los órganos.

En cuanto al control de constitucionalidad, como ya se ha dicho en el tema primero, al analizarse el rasgo prevaleciente de una lectura cada vez más normativa de las constituciones en Latinoamérica, el sistema adoptado por la Constitución hondureña y la Ley sobre Justicia Constitucional que desarrolla sus garantías, se reputa a sí mismo como de carácter mixto, por combinar elementos del sistema difuso y del sistema concentrado<sup>29</sup>. Este sistema «integral» puede haberse escogido por tres razones concurrentes. La primera razón, y obviamente la más importante, es porque al menos en teoría, la Constitución permite una cohabitación entre método difuso y concentrado. El difuso, en el artículo 320, cuando manda a los jueces a que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria se aplique la primera. Vale señalar que no obstante que este artículo no menciona expresamente a los jueces, la norma ha de entenderse dirigida a ellos, pues se trata de la última disposición del capítulo dedicado al Poder Judicial. Por su parte, la vía concentrada es establecida por la CH cuando en los artículos 184 y 185, ambos en relación con el 316, prescriben que los procedimientos para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sea que se presenten como acción, excepción

27 LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Barcelona, Ariel, 1983, p. 217. Con un tono quizás optimista, este clásico decía, hace más de 40 años, que: «[l]a constitución nominal encuentra su terreno natural en aquellos estados en los que el constitucionalismo democrático occidental se ha implantado, sin una previa incubación espiritual o madurez política, en un orden social de tipo colonial o feudal-agrario ... Iberoamérica continua siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en que se asienta la constitución nominal ... tendrán que pasar primero por un amplio período de aprendizaje bajo la constitución nominal antes de alcanzar la fase del normativismo constitucional», p. 220.

28 Aprobada por Decreto 262-2000, de 22 de diciembre, publicado en *La Gaceta* 29,414 de 26 de febrero de 2001 y ratificada por Decreto 38-2001, de 16 de abril, publicado en *La Gaceta* 29,489 de 29 de mayo de 2001.

29 HONDURAS. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. *Exposición de motivos de la Ley sobre Justicia Constitucional* [con proyecto anexo]. 21 de noviembre, 2002, pp. 1-2.

o cuestión previa a la sentencia expuesta de oficio por un juez, corresponden exclusiva y originariamente a la Corte Suprema, a través de la Sala Constitucional. La segunda razón para la decantación por el sistema mixto tiene su origen, como ya se dijo en este trabajo, en que los sistemas mixtos y paralelos parecen marcar una de las tendencias en materia de justicia constitucional en Latinoamérica. La tercera, que ya revestiría un carácter más bien profesional y personal que institucional, es que el jurista que asesoró principalmente a la Corte Suprema en la preparación del proyecto de Ley de Justicia Constitucional, el profesor venezolano Brewer-Carías, ha sido un partidario de este sistema<sup>30</sup>.

Sin embargo, si se entiende el control de constitucionalidad en sentido estricto, reduciéndolo a la atribución de conocer la inconstitucionalidad de las leyes, difícilmente podrá defenderse la existencia de un efectivo sistema difuso de control en el ordenamiento hondureño. No puede concluirse otra cosa a la luz de las disposiciones recién citadas, particularmente la del artículo 185 (exclusividad de la Corte Suprema en materia de inconstitucionalidad), y de la observación de las limitaciones prácticas del «amparo contra leyes», que todavía contempla el artículo 183.2 de la CH y que la LJC, en su artículo 41.2, desarrolla más bien como un amparo genérico contra normas, al hacer referencia ya no a «ley», sino a «reglamento», tema sobre el cual se ampliará en la sección correspondiente a esta garantía. Así las cosas, el «control difuso» se reduce a que el juez, únicamente para efectos de argumentación y fundamentación jurídica, puede considerar inaplicable una ley a un caso, por contrariar ésta la Constitución, pero sin declaración alguna, particular o general, sobre su anulabilidad.

Sí puede sostenerse, sin embargo, que el artículo 320 de la CH vendría a sumarse a los artículos constitucionales 64, 184, 185 y 216, como soporte de los principios de supremacía y normatividad consti-

30 Sobre la denominación del sistema mixto como «integral» y una lectura en clave de control difuso para el artículo 320 de la CH, véase: BREWER-CARÍAS, A. *La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras (2004)*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 4 (julio - diciembre 2005): 57-77.

tucional, e incluso como guía del sistema de fuentes en el ordenamiento hondureño<sup>31</sup>.

Para cerrar este panorama introductorio, habrá que señalar que la Ley sobre Justicia Constitucional decide colocar el recurso de revisión como otra atribución exclusiva de la Sala Constitucional, probablemente por el hecho de que en la sistemática de la Constitución aparece esta figura en el título de las garantías constitucionales (artículo 186), en el mismo capítulo sobre la inconstitucionalidad. En puridad técnica, si bien el recurso es de naturaleza extraordinaria, éste se contrae a examinar nuevos hechos o revisar los ya conocidos bajo nuevos criterios, por lo que pareciera pertenecer más a la esfera de las salas civiles y penales de la Corte Suprema<sup>32</sup>.

## B. La garantía/recurso de inconstitucionalidad

### 1. Competencia

Ya se ha dicho que resulta difícil argumentar a favor de la existencia de un verdadero sistema mixto o integral de control jurisdiccional de constitucionalidad. En términos estrictos, si se entiende esta

31 Cabe hacer notar que antes de la reforma de 2001, el artículo que originalmente apareció en el texto aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en 1982, bajo el número 315, además del mandato al juez para aplicar preferentemente la norma constitucional sobre la legal ordinaria, contenía un segundo párrafo que leía: «Igualmente aplicará la norma legal sobre toda otra subalterna», con lo que pareciera haber una intención del constituyente por fijar también los principios del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico hondureño. Constitución de la República, Decreto No. 131 de la Asamblea Nacional Constituyente, *La Gaceta* No. 23,612, 20 de enero de 1982.

32 Una revisión histórica constitucional y jurisprudencial de esta figura en Honduras, puede encontrarse en: FLORES VALERIANO, E. *La justicia constitucional en Honduras*. Tegucigalpa: Litografía López, 2006, pp. 105-138. Este autor defiende la tesis de que la revisión debería operar únicamente en materia penal; sin embargo, no se pronuncia en contra de que el recurso siga siendo conocido por la Sala Constitucional.

categoría como la posibilidad de declarar inaplicable una norma legal por ser contraria a la Constitución, esta facultad compete en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia, en su composición plena o a través de la Sala Constitucional. El texto de la Constitución hondureña es reiterativo en este sentido y no deja dudas con relación a que en esta materia se ha adoptado claramente el método concentrado, si bien no a través de un órgano plenamente especializado. Así, el artículo 184 de la CH dispone que a la Corte Suprema le corresponde el conocimiento y resolución originaria y exclusiva de la declaratoria de inconstitucionalidad por razón de forma o de contenido; el 313.5 CH le atribuye al mismo órgano la facultad de conocer las acciones y recursos de casación, amparo, revisión e inconstitucionalidad y; el 316 CH prescribe que la Corte Suprema estará dividida en salas, una de las cuales será la de lo Constitucional, que tendrá a su cargo conocer esos mismos recursos y acciones, salvo el de casación, así como dirimir los conflictos de competencia entre los órganos del Estado<sup>33</sup>. Finalmente, el artículo 74 de la LJC recoge y confirma esta exclusividad, al afirmar que la Corte Suprema, por medio de la Sala Constitucional, será el intérprete último y definitivo de la Constitución a partir de los casos concretos sometidos a su consideración, a través del conocimiento de la garantía de inconstitucionalidad y el control previo de constitucionalidad previsto en el artículo 216 constitucional, este último, por cierto, como remanente del modelo francés.

33 De los tres artículos mencionados en este párrafo, el 184 mantiene su redacción original de 1982; el 313.5 correspondería al artículo 319.12 del texto de 1982, en tanto que el contenido del 316 es una novedad introducida por la reforma de 2001, si bien el antiguo artículo 303 mencionaba que el trabajo de la Corte estaría dividido en salas. Por lo demás, el 313 sufrió una nueva reforma para crear el Consejo de la Judicatura, pero la modificación no afectó el numeral 5 que se cita aquí. Esta última reforma se realizó mediante Decreto 282-2010, de 19 de enero de 2011, ratificado por el Decreto 5-2011, de 17 de febrero de 2011, publicado en *La Gaceta* 32,460 del 7 de marzo de 2011.

Precisamente, sobre la calidad de la Corte como intérprete «último y definitivo en los casos concretos sometidos a su conocimiento», habrá que recordar que el artículo 79 del proyecto remitido al Congreso por la Sala Constitucional el 21 de noviembre de 2002 (que luego de las enmiendas quedó plasmado en el precitado artículo 74 de la LJC) la designaba como «intérprete supremo de la Constitución». Este cambio no es casual y se explica en el contexto del conflicto que mantuvieron el Poder Judicial y el Legislativo, el cual coincidió precisamente con la etapa de recepción y dictamen del proyecto de Ley sobre Justicia Constitucional<sup>34</sup>. Resulta que el 13 de noviembre de 2002, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos interpuso una acción de inconstitucionalidad en la Corte Suprema contra el Decreto 161-99, el cual reformaba por adición el artículo 218 constitucional, que regula los casos de excepción a la sanción y el veto presidencial, para agregar, a los ocho casos ya establecidos, un noveno, referente a las interpretaciones de la Constitución por parte del Congreso<sup>35</sup>.

34 Los detalles de este conflicto pueden encontrarse en: Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. *Informe Anual 2003*. Capítulo II, Seguridad y Justicia.

35 El Decreto 161-99, de 20 de octubre de 1999 y publicado en *La Gaceta* 29,034 del 30 de noviembre de 1999, ratificaba el Decreto 307-98, de 4 de febrero de 1998, publicado a su vez en *La Gaceta* 28,782, el 2 de marzo de 1999. En esta misma línea, el Congreso reformó posteriormente el numeral 10 del artículo 205, contentivo de las atribuciones del Congreso Nacional, para incorporar entre sus funciones la interpretación de la Constitución, lo que podría realizar en adelante con dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros, en sesión ordinaria en una sola legislatura (para la reforma se requiere la ratificación en una segunda legislatura). Esto último fue aprobado mediante Decreto 276-2002, de 8 de agosto de 2002 y publicado en *La Gaceta* 29,861 del 16 de agosto de 2002, ratificado por Decreto 241-2003, de 20 de enero de 2004 y publicado en *La Gaceta* 30,337 del 10 de marzo de 2004. La acción de inconstitucionalidad del Comisionado Nacional atacaba la primera reforma, suponiendo que su declaratoria de inaplicabilidad terminaría alcanzando, en el mismo pronunciamiento, o mediante una acción posterior, a la segunda reforma constitucional sobre el mismo tema.

El 7 de mayo de 2003, la Corte Suprema de Justicia falló favorablemente a las pretensiones del Comisionado Nacional, pero el Congreso, en inobservancia del artículo 316.2 de la CH, decretó ese mismo día no publicar la sentencia, decreto que, por cierto, tampoco fue publicado. Por esta vía, el Congreso Nacional consagra una praxis constitucional en incumplimiento del requisito indispensable de la costumbre jurídica: la convicción y consenso generalizados sobre su obligatoriedad y generalidad<sup>36</sup>. El Poder Legislativo corre, de esta manera, el riesgo de caer en interpretaciones interesadas y casuísticas, pues la interpretación es generalmente una operación previa a la aplicación del Derecho a un caso concreto.

Resulta interesante que el argumento que utiliza el Congreso para no publicar la sentencia de la Sala Constitucional es que el numeral 9 del artículo 218, objeto de la reforma por adición ratificada mediante Decreto 161-99, ya formaba parte de la Constitución y que, la Sala Constitucional, si bien estaba autorizada para expulsar del ordenamiento una norma legal por inconstitucional, no tenía facultades derogatorias de la Constitución<sup>37</sup>. Esta cuestión, en esencia, plantea el problema del parámetro y el objeto del control en los análisis de inconstitucionalidad, el cual abordamos a continuación.

## 2. *Objetos y parámetros del control de constitucionalidad y de convencionalidad*

El artículo 76 de la LJC señala cuatro supuestos en los que procede la acción de inconstitucionalidad.

El primero se deriva directamente del artículo 184 constitucional y se refiere al objeto clásico del

36 Sobre la diferencia entre praxis y costumbre constitucional, y los diferentes tipos de costumbre, puede verse: Hernández Valle, Rubén. *Derecho procesal constitucional*. 2ª ed. San José, C.R.: Editorial Juricentro, 2001, pp. 325-328.

37 Tesis mantenida por el diputado Oswaldo Ramos Soto, actual coordinador de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso Nacional y uno de los protagonistas principales (de parte del Legislativo) en el conflicto de 2003, de acuerdo a conversación mantenida por el autor con el congresista, en junio de 2012.

control jurisdiccional de la constitucionalidad: las leyes que infrinjan preceptos de la ley fundamental. De acuerdo a este artículo, y al 75 de la LJC, la acción podrá presentarse por razón de forma o de contenido. La ley será atacable por la forma cuando se haya aprobado en inobservancia del procedimiento legislativo, contemplado en la propia Constitución (artículos 213-221) o cuando haya sido emitida por órgano incompetente, léase diferente del Congreso Nacional. Mientras tanto, será impugnabile por el contenido cuando las disposiciones de la ley sean contrarias a la Constitución. Además, puede solicitarse la inconstitucionalidad de una ley de manera total o parcial (artículos 76 y 78 LJC); en este caso, con la importante salvedad de que si los artículos o secciones declarados inconstitucionales no pueden separarse de la totalidad de la ley, se declarará la inconstitucionalidad total (artículo 89 LJC). Obviamente, una disposición individual tiene conexiones sistémicas con otras, para formar normas y sectores de regulación; y por tanto, su anulación puede tornar inefectivas a otras disposiciones. Por último, la inconstitucionalidad sólo puede intentarse contra leyes promulgadas, una vez que hayan entrado en vigencia (artículo 78 LJC).

Este primer supuesto del artículo 76 de LJC indica que además de las leyes, procedería la acción de inconstitucionalidad contra «...otras normas de carácter y aplicación general no sometidos [sic] al control de la jurisdicción contencioso administrativa que infrinjan preceptos constitucionales». Atendiendo a lo estipulado en los artículos 1 y 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los reglamentos emitidos por la Administración Pública, central y desconcentrada, quedarían excluidos como objetos de control de constitucionalidad. Por tanto, parecería que solamente los reglamentos promulgados por la Corte Suprema de Justicia, así como los decretos-leyes aprobados por los gobiernos militares, antes de 1982, podrían subsumirse en esta categoría adicional a la que hace referencia el artículo 76.1 de la LJC.

El segundo supuesto del artículo 76 de la LJC introduce una novedad en la tradición jurídica hondureña al indicar que puede intentarse también la acción de inconstitucionalidad contra reformas constitucionales que se hubieren puesto en vigencia

con inobservancia de los requisitos establecidos por la Constitución en esta materia. Aparentemente se trataría de casos de inconstitucionalidad por la forma, por ejemplo, cuando la reforma se adoptara por menos de dos tercios de los diputados o no se ratificara en la subsiguiente legislatura ordinaria (artículo 373 CH); pero también podría interpretarse como aplicable a reformas para asignarse atribuciones que no concedió el constituyente (como la interpretación de la Constitución asumida por el Congreso), o, modificaciones a los llamados «artículos pétreos» o disposiciones intangibles de la Constitución Hondureña (artículo 374 CH). La discusión sobre esta última posibilidad rebasaría los límites de este trabajo, además que, por sus complicaciones jurídicas y políticas (el golpe de Estado de 2009, la posterior reforma del mecanismo de plebiscito y referéndum del artículo 5 constitucional) ameritaría un tratamiento aparte y exclusivo.

Finalmente, el artículo 76 señala otras dos situaciones en las que procede interponer la acción de inconstitucionalidad: cuando se aprueba un tratado internacional que afecta una disposición constitucional sin seguir el procedimiento prescrito en el artículo 17 de la CH, que básicamente manda a que se siga el procedimiento de reforma constitucional, y, cuando un la ley ordinaria se oponga a un tratado o convención debidamente incorporado al Derecho nacional. Estos dos casos, tercero y cuarto del artículo en mención, representan innovaciones en la justicia constitucional hondureña, tanto en lo que atañe al objeto como al parámetro del control jurisdiccional de la constitucionalidad, reflejando de forma concreta el rasgo de apertura hacia el Derecho Internacional al que se hace referencia en la introducción de esta investigación. Ambos, no obstante, tienen anclaje en el texto constitucional, en el artículo 17, que señala el procedimiento para aprobar tratados que afecten disposiciones constitucionales, en el 18, que establece la preeminencia de los tratados sobre las leyes ordinarias, y, en el 63, que adopta un catálogo abierto de derechos y garantías, más allá de las establecidas expresamente en el texto constitucional.

El caso cuarto, que permite la interposición de la acción de inconstitucionalidad cuando una ley ordinaria contraría un tratado o convención del que

Honduras es parte, podría considerarse primero, y más obviamente, como la introducción del *control de convencionalidad*, ya que se evalúa a la ley ordinaria teniendo como parámetro una convención ratificada por el Estado de Honduras<sup>38</sup>. En segundo lugar, podría interpretarse como la recepción en este país de la noción del «bloque de constitucionalidad»<sup>39</sup>. Este concepto, surgido del Consejo Constitucional francés durante la década de los setentas, se ha venido entendiendo, en esencia, como un conjunto de principios y reglas de valor constitucional que, si bien se encuentran fuera del texto o documento constitucional, han sido incorporados, por mandato de la misma Carta o por decisión jurisprudencial, para ser utilizados como parte de los parámetros con que se evalúa la constitucionalidad de una ley. El concepto ha sido recibido en otros sistemas jurídicos, por ejemplo España y Colombia, donde además se ha desarrollado jurisprudencial y doctrinariamente con sus propias características<sup>40</sup>.

38 Sobre el concepto de control de convencionalidad, particularmente referido al caso mexicano con respecto al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, puede verse: FERRER MAC-GREGOR, E. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. Estudios Constitucionales*, 9, 2 (2011): 531-622.

39 Los considerandos 7 y 17 de la sentencia RI 172-2006 de la Sala Constitucional, emitida el 4 de octubre de 2006 en la acción de inconstitucionalidad promovida contra varios artículos de la Ley de Minería, al analizar la relación entre Constitución y tratados internacionales, hacen suyas las posiciones doctrinarias sobre el bloque de constitucionalidad. Honduras. Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial 2006*, pp. 70 ss.

40 FAVOREU, L. *El bloque de la constitucionalidad. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5 (enero-marzo 1990): 45-68; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. *Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después. Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, 54, 1 (2006): 61-98; OLANO GARCÍA, H. A. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales [Universidad de Talca, Chile]*, 3, 1 (2005): 231-242.

En todo caso, antes de continuar habrá que destacar la dificultad que implica el uso de términos provenientes del Derecho Constitucional Comparado, más aún cuando estos asumen sentidos distintos al del país de origen, o evolucionan con el tiempo.

Precisamente, al evolucionar el concepto en Francia, el Derecho Internacional no queda incluido en el bloque. No obstante, la recepción jurisprudencial colombiana sí lo incorpora, tanto en lo que denomina el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, del que forman parte, en virtud de autorización expresa del artículo 93 de la Constitución, el Derecho Internacional Humanitario y los tratados internacionales que contienen derechos humanos cuya vigencia no puede ser suspendida ni aun en estados de excepción; como, en el bloque constitucional *lato sensu*, donde hallan acomodo tratados y convenciones internacionales con categoría superior a las leyes ordinarias, que no alcanzan el rango de normas constitucionales, pero que sin embargo son utilizados como parámetros para evaluar las leyes. Sin perjuicio del desarrollo jurisprudencial y doctrinario propio y nacional que sobre esta cuestión se haga en el futuro en Honduras, es preciso señalar que ni la CH (artículo 18), ni la LJC (artículo 76.4), hacen distinciones entre tipos de tratados y convenciones; sin embargo, el artículo 2 de la LJC, al prescribir las reglas de interpretación y aplicación de este cuerpo normativo, da una especial relevancia a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y manda a tomar en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales internacionales.

En cuanto a los casos que no quedaron incluidos en la regulación del artículo 76 de la LJC, habrá que mencionar el de la inconstitucionalidad por omisión; si bien el artículo 48 sí da una posibilidad de presentar amparos ante omisiones de autoridades que afecten el ejercicio o goce de un derecho. La inconstitucionalidad por omisión, entendida como inactividad o inercia por un tiempo excesivamente largo del Poder Legislativo, con relación a un mandato de legislar establecido en la Constitución, es todavía una figura cuestionada por las limitaciones que pudiera introducir a la libertad del legislador para conformar las normas. Sin embargo, puede argumentarse a su favor partiendo de los principios de supremacía y normatividad constitucional, los

cuales indican que las disposiciones de la Constitución son Derecho y que, en tanto normas jurídicas, pueden ser infringidas por omisión<sup>41</sup>.

Quienes defienden esta figura encuentran su mayor justificación en los mandatos o encargos al legislador, asumidos como órdenes de actuación positiva dirigidas al órgano legislativo para que emita leyes de ejecución y actualización de la Constitución, superando de esta manera las limitaciones de las normas programáticas. Así, de acuerdo a esta tesis, las normas constitucionales conforman un núcleo material indisponible que limita no sólo la libertad de conformación del legislador, sino que también lo hace responsable por la omisión de desarrollo de una norma constitucional<sup>42</sup>.

Dada la tradición jurisprudencial hondureña, inclinada a la moderación a falta de una autorización normativa expresa, resulta difícil, al menos en el corto y mediano plazo, prever sentencias aditivas o con recomendaciones al legislador. Es por ello que quizá sería recomendable el reconocimiento explícito de la inconstitucionalidad por omisión como otra garantía, para lo cual se pueden estudiar experiencias provenientes del Derecho Comparado que ya han adoptado países como Brasil, o la más cercana Costa Rica.

### 3. *Vías de interposición, sujetos legitimados y sustanciación*

De acuerdo al artículo 185 de la CH y el 77 de la LJC, se puede promover la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley por tres vías: (i) acción presentada directamente ante la Corte Suprema de Justicia; (ii) excepción opuesta en un procedimiento judicial en curso, cuando el solicitante alega que se

41 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas, 1998, pp. 123-182; 225-237; 276-303; 449-453.

42 GOMES CANOTILHO, J. J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 69-71, 475; ¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente?: defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43 (En.-Abr. 1995): pp. 12-13.

le está aplicando una ley inconstitucional; y (iii) de oficio por cualquier juzgado o tribunal, antes de dictar sentencia en un caso cuya decisión dependa de la ley impugnada<sup>43</sup>.

Los dos artículos mencionados establecen como requisito de legitimación la existencia de un interés directo, personal y legítimo de quien se considere lesionado por el contenido de la ley impugnada, condición que si bien encabeza la redacción tanto del 185 CH como del 77 LJC, resulta más aplicable a los dos primeros supuestos, el de acción y el de excepción. Debe advertirse que este requisito constituye una reminiscencia del sistema difuso, particularmente de la figura del amparo contra leyes a la que ya se ha hecho referencia en este mismo capítulo, contrariando con ello los elementos concentradores que se han introducido al dar exclusividad de conocimiento a la Corte Suprema y alcance general (*erga omnes*) al efecto de sus sentencias. Estas contradicciones permanecen no sólo porque al reformarse el capítulo constitucional del Poder Judicial en 2001 (artículos 303 al 320) se dejó intacta la regulación sobre la garantía de inconstitucionalidad, que se encontraba en otro capítulo (artículo 185), sino también porque desde su incorporación, junto con el amparo, en la Constitución de 1894 (artículo 128), la inconstitucionalidad ha sido vista en la práctica forense hondureña como un recurso para la defensa de derechos, el cual debía invocarse, obviamente, en casos concretos. Luego, la Constitución de 1957, que sentó las bases de la actual regulación de esta figura, introdujo en su artículo 238 la fórmula del interés directo, personal y legítimo que nos ocupa, así como las dos vías incidentales (excepción y solicitud de oficio en el curso de procesos iniciados)<sup>44</sup>. Sin embargo,

durante los últimos años pueden encontrarse ejemplos en los que la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha considerado que sujetos institucionales llenan el requisito de legitimación exigido, como sucedió en el caso del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (Defensor del Pueblo) al que se ha hecho referencia al comienzo de este capítulo.

En cuanto a la sustanciación, se observan algunas diferencias según se trate de la vía principal (acción) o de las vías incidentales (excepción y solicitud de oficio). La acción de inconstitucionalidad debe plantearse directamente ante la Sala Constitucional y se realiza en abstracto, vale decir sin vinculación a un caso en curso, sobre una ley o parte de ella. Tanto en la excepción como en la solicitud de oficio, las actuaciones incidentales se elevan a la Corte Suprema de Justicia, mientras el caso principal continúa sustanciándose en el juzgado o tribunal de origen, hasta que la Corte Suprema o el tribunal solicitante, según el órgano que alcance primero este momento procesal, cite para dictar sentencia. Sobre la suspensión de los procedimientos, el artículo 77 de la LJC ha desarrollado adecuadamente lo dispuesto en el artículo 185 de la CH.

Independientemente de la vía utilizada, sí hay coincidencia, sin embargo, en la comunicación que se envía al Poder Legislativo, en la intervención no vinculante del Ministerio Público y en los efectos de las sentencias (artículos 316 CH, 80 y 94 de la LJC). Primero, una vez admitida la demanda, se solicita al Congreso Nacional que remita los antecedentes del proceso de elaboración de la ley impugnada, particularmente si la inconstitucionalidad se alega por motivos de forma. Luego, la demanda, o en su caso el escrito de excepción o la resolución motivada del órgano jurisdiccional, según la vía empleada, así como los antecedentes legislativos, son trasladados para dictamen del Ministerio Público, el que estudia el caso a través de la Fiscalía Especial de Defensa de la Constitución.

Finalmente, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial o total de una ley tienen efectos generales, más allá del caso concreto sobre el que hayan recaído, derogando las normas inconstitucionales. El fallo deberá remitirse al Congreso

43 Este tercer supuesto vendría a equivaler con la cuestión de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 163 de la Constitución española.

44 Para los textos de los artículos sobre el recurso de inconstitucionalidad en las constituciones hondureñas anteriores a la actual, se ha utilizado: FLORES VALERIANO, E. *La justicia constitucional en Honduras, op. cit.*, pp. 72-76 y; *Recopilación de las Constituciones de Honduras, 1825-1965* / Instituto de Investigación Jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNAH, Tegucigalpa: Departamento Editorial de la UNAH, 1977.

Nacional, para que ordene su publicación en el diario oficial, y será de ejecución inmediata<sup>45</sup>. Sus efectos son *ex nunc*, por lo que no afectan los negocios y situaciones jurídicas constituidos, resueltos o ejecutados antes de la declaratoria, salvo en materia penal, si favoreciere al procesado o condenado, en concordancia con lo establecido en el artículo 96 de la CH. Adicionalmente, en atención a la regularidad y coherencia

del ordenamiento, el artículo 90 de la LJC prevé una suerte de *ultra petita*, que denomina «efecto extensivo de la declaratoria de inconstitucionalidad», al señalar que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una disposición, podrá extender estos efectos a otras disposiciones que, dentro o fuera de la ley impugnada, tuvieran conexión directa y necesaria con la primera<sup>46</sup>.

---

45 Posiblemente, debido al conflicto entre los poderes Legislativo y Judicial al que se ha hecho referencia, el Congreso suprimió del proyecto original, remitido por la Corte, una disposición que indicaba que si la sentencia no era publicada en el término de cinco días, la Sala Constitucional podía ordenar directamente su publicación (artículo 100 del Proyecto).

---

46 Equivalente a lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, con la diferencia que en éste la conexión o consecuencia sólo puede extenderse a disposiciones de la misma ley o acto con fuerza de ley impugnado.

# Derecho Penal y verdad

(A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal español)

*José Luis Ramírez Ortiz\**

1. En el ámbito de la teoría del derecho es tradicional la distinción entre derecho sustantivo o material y derecho adjetivo o procesal, de tal modo que el segundo no sería otra cosa que el vehículo a través del cual se actúa el primero. Sobre la base de esta diferenciación se ha llegado a considerar el derecho sustantivo como el sector del ordenamiento cargado de valores, por excelencia, y el derecho procesal como la parte del sistema normativo axiológicamente aséptica<sup>1</sup>. Desde este ángulo, el proceso, sustentado en exclusividad en los patrones de la racionalidad empírica, permitiría la obtención de la verdad necesaria para aplicar la norma.

Sin embargo, esta pretendida neutralidad se sustenta en una construcción puramente racional sin base fenomenológica. Por el contrario, la opción por un concreto modelo de proceso penal, en la medida en que puede ser contemplado como instrumento de control social, no es ajena a la concepción que se profesa sobre la orientación que debe presidir las relaciones de los ciudadanos entre sí, y respecto del Estado<sup>2</sup>. Existe

así una evidente correlación entre derecho sustantivo y procesal.

En esta línea, Hassemer<sup>3</sup> ha sostenido que las normas fundamentales del derecho penal no sólo se contienen en el Código Penal, sino también en las leyes de enjuiciamiento criminal y en la Constitución, dado que el derecho penal no solo contiene normas de determinación (mandatos y prohibiciones) dirigidas a los ciudadanos, sino también normas reguladoras de la actuación de los funcionarios públicos y jueces encargados de la investigación y enjuiciamiento de los delitos. En el Estado constitucional, la pena se erige como referente de todo el sistema, al conllevar su imposición la intervención de bienes jurídicos esenciales de aquellos a los que se aplica. Por ello, encuentra su sentido como instrumento del derecho penal en su globalidad, incluido el derecho procesal, de modo que «esta rama del ordenamiento no sólo formula prohibiciones y disciplina, sino que también dibuja el patrón y las estructuras de una relación, respetuosa con los derechos humanos y enmarcada en un Estado de derecho, entre la sospecha de un hecho, el delito, el delincuente y el testigo».

2. Ello nos permitiría afirmar que todo juicio penal supone, en realidad, un doble enjuiciamiento: el de la persona acusada, al objeto de comprobar si, efectivamente, es responsable del hecho que se le atribuye a modo de enunciado hipotético, y el del Estado, con la finalidad de determinar si las fuentes de prueba, convertidas en medios, se han obtenido e incorporado al proceso para confirmar la hipótesis acusatoria regularmente y con sujeción al ordenamiento. Ejemplos de esta vinculación son los efectos que sobre la penalidad

\* Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, orden penal. Miembro de la Junta Directiva del Grupo de Estudios de Política Criminal ([www.gepc.es](http://www.gepc.es)) y del Secretariado de Jueces para la Democracia ([www.juecesdemocracia.es](http://www.juecesdemocracia.es)).

1 Serra Domínguez, M., «Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesal)», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972: «Las normas procesales tienen un carácter esencialmente técnico que impiden o al menos dificultan en modo extremo la introducción de las ideas políticas... Las normas procesales deben únicamente garantizar que el derecho material se concrete de modo irrevocable a través de la declaración judicial en la forma más idónea posible».

2 Fernández Entralgo, Jesús, «Los principios procesales y procedimentales de la LO 7/1988», en *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

3 Hassemer, Wienfried, «¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?», en *Persona Mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

tienen las violaciones de derechos fundamentales cometidas durante el proceso. Paradigmático es el reconocimiento legal de la doctrina jurisprudencial introductora de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, que traduce la vulneración del derecho a un proceso sustanciado en un plazo razonable en la correspondiente reducción penológica. Cauce que está aún por explorar y del que cabe esperar rendimientos en el futuro, como lo demuestra la Sentencia 535/2013, de 4.10.13, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga en el denominado «Caso Malaya», en la que construye una atenuante analógica por violación del derecho a la libertad personal, estimando que las insuficiencias motivadoras de las resoluciones judiciales que acordaron la detención de varios procesados, y, sobre todo, la injustificada transgresión del plazo de detención judicial de 72 horas, debe tener la trascendencia atenuatoria adecuada.

3. Pero la conexión entre lo sustantivo y formal encuentra otra vertiente: el de la capacidad genérica del supuesto de hecho de la norma penal para poder ser investigado y probado en juicio.

Ferrajoli<sup>4</sup> señala que los diversos modelos de control penal se articulan sobre la base de dos elementos: la definición legislativa de la infracción penal y la comprobación jurisdiccional de la misma. A partir de ahí distingue entre el modelo garantista y el autoritario, concebidos como modelos límite o ideales. El primero se identificaría por el carácter formal del criterio de definición de la conducta desviada y el carácter empírico de la hipótesis normativa, así como por el cognoscitividad procesal, entendido como la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica, en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación. Por el contrario, en el modelo autoritario lo característico sería la naturaleza sustancial del criterio de definición de la conducta y la índole no empírica de las hipótesis normativas; lo que se traduciría, en el momento jurisdiccional, en puro decisionismo, pues el objeto de la prueba no podría versar sobre afirmaciones, sobre hechos, sino sobre juicios de valor, por definición no verificables

4 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2006.

ni refutables al no poder ser verdaderos o falsos. En consecuencia, dejaría de ser espacio de saber para convertirse en espacio de poder.

Parece claro, por tanto, que la estructura y el contenido de la norma penal determinan, necesariamente, el tipo de proceso, la naturaleza de la actividad probatoria y, en última instancia, la esencia y fundamento de la decisión judicial. Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal, por esa razón, forman parte del mismo pack normativo que define los espacios de libertad de los individuos al acotar el ámbito (espacial, temporal y material) en que es admisible su persecución y castigo. Constituyendo la traducción directa de un acto de poder, integran una unidad ideológica inescindible que acusa inevitablemente los rasgos del sistema político en que se insertan. De ahí que en el Estado constitucional, del mismo modo que se instauran garantías procesales, se reconocen garantías penales cuya misión es la de limitar el Poder del Estado en el momento de la definición del ámbito de lo perseguible. Los principios de legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, necesidad, lesividad, culpabilidad y los relativos a los fines y cometidos de las penas, constituyen materializaciones de estas garantías.

4. La legislación penal, sin embargo, parece seguir un camino inverso. Sin ánimo de exhaustividad, y por lo que nos interesa, siendo indiferente el juego en cada caso de las mayorías políticas en las cámaras parlamentarias<sup>5</sup>, el derecho penal de la globalización se viene caracterizando por la concurrencia de las siguientes notas<sup>6</sup>:

5 Como demuestra Díez Ripollés, José Luis, «Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas», en *Boletín criminológico*, Instituto Andaluz Universitario de Criminología, marzo 2013.

6 Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en la obra colectiva *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2012; y A. Riquert, Marcelo, *Crisis penal*, Ediar, Buenos Aires, 2007.

- a) Inflación de tipos penales que contemplan, cada uno de ellos, numerosas conductas típicas superpuestas mediante el empleo de verbos de contenido vago («promover, favorecer, facilitar...»).
- b) Multiplicación de preceptos que operan la transformación funcionalista de las clásicas diferenciaciones dogmáticas (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo e imprudencia, etc...) fundadas en la imputación objetiva y subjetiva del delito.
- c) Creación de tipos cuyo núcleo de prohibición ya estaba previsto en otro capítulo o de delitos autónomos respecto de circunstancias agravantes de diversos preceptos de la parte especial (v.gr: la organización criminal), lo que genera graves problemas concursales.
- d) Expansión de delitos de peligro presunto, con lesión del principio de lesividad.

Es evidente que estas técnicas de definición de la desviación penal, dificultan el hallazgo objetivo de la *verdad factual* de la norma.

5. En este estado de cosas, la modificación del Código operada por Ley Orgánica 5/2010 inoculó dos virus que el Proyecto de reforma de Código Penal, en la actualidad en trámite parlamentario en el Congreso, expande en el ordenamiento penal y que suponen, por una parte, una merma de las garantías del proceso y, por otra, una gradual pero intensa transformación de su objeto y, por ende, de la actividad probatoria. Así, y respectivamente, la tipificación de conductas que pugnan con el derecho a la presunción de inocencia y modifican las cargas probatorias inherentes al derecho fundamental y, sobre todo, la generalización de la aplicabilidad de las medidas de seguridad a personas imputables, lo que nos lleva directamente al enjuiciamiento de hechos futuros, aún no ocurridos.

a) Por lo que respecta al primer virus, la reforma introducida por LO 5/2010, con el pretexto de la lucha contra la delincuencia profesional, introdujo la falta reiterada de hurto en el artículo 623.1 CP<sup>7</sup>. El

7 El párrafo primero del artículo 623.1 CP tiene la siguiente redacción: «En los casos de perpetración reiterada de esta

párrafo segundo de este apartado introduce una cláusula definitoria con arreglo a la cual: «Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas».

Una falta cometida es aquella que ya ha tenido lugar en el complejo espacio-tiempo, que tiene entidad histórica, y que es atribuible a la persona a la que se pretende aplicar la respuesta penal agravada. Si la presunción de inocencia opera «...como el derecho del acusado a no sufrir condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable» (STC 81/1998, FJ 3º), no se ve cómo pueda conciliarse con el derecho fundamental la afirmación de que se ha cometido la falta cuando el hecho en que se subsume no ha sido declarado probado por una sentencia firme. El sintagma «falta cometida no enjuiciada» constituye una anomalía, una verdadera contradicción semántica desde la perspectiva constitucional. Pero la expresión «falta cometida enjuiciada» sigue siendo insuficiente, pues el término «enjuiciada» no equivale necesariamente, ni mucho menos, al más restringido «sentenciada en firme».

La dicción legal permitiría que en el juicio en que se pretende aplicar el supuesto agravado de reiteración se afirmara, a tal fin, la existencia de otras denuncias por faltas de hurto que han dado lugar a los correspondientes procedimientos, en trámite, o incluso la existencia de previas sentencias no firmes de condena. La aportación de la prueba documental pertinente podría acreditar, efectivamente, que tales denuncias o sentencias no firmes existen. La cuestión a dilucidar es si de tal dato cabría inferir que tales hechos se han *cometido* y que la persona cuya habitualidad se afirma

falta (hurto), se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado...». El párrafo segundo del mismo precepto se encarga de completar la disposición señalando: «Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas».

es su autora. La respuesta ha de ser, obviamente, negativa: el procedimiento seguido para la sustanciación de las denuncias podría sobreseerse o concluir por sentencia absolutoria. O bien, la sentencia de condena podría ser revocada. En realidad, fueren cuales fuesen los medios de prueba practicados para la acreditación de los hechos, nunca tendrían, por definición, aptitud para destruir la presunción de inocencia, por la sencilla razón de que tal destrucción sólo puede tener lugar en el proceso en que se enjuician tales faltas.

Por tanto, si en un Estado Constitucional sólo tiene sentido predicar de una falta la cualidad de cometida cuando así lo ha declarado una sentencia firme, ha de concluirse que el mandato normativo creado por el legislador, al introducir en la descripción legal las expresiones «falta cometida enjuiciada» y «falta cometida no enjuiciada» alberga múltiples supuestos que implican una responsabilidad penal basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad. Contiene, en definitiva, una presunción en contra del acusado: la de que es autor de otras infracciones que aún no han sido juzgadas o ejecutoriamente sentenciadas. Dicha presunción, por lo demás, determina la agravación de la respuesta punitiva (localización permanente, con posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario). En definitiva, estaríamos afirmando que una persona merece más pena por la mera posibilidad, claudicante, de que haya podido cometer otras faltas. Desde otra perspectiva: la admisión, como *cometidos* de hechos delictivos que no han sido declarados probados como tales en sentencia firme, supone desnaturalizar el concepto mismo de proceso, pues la culpabilidad no es una realidad preexistente al proceso, sino su consecuencia.

Pese a lo anterior, un gran número de sentencias de apelación<sup>8</sup> parte de la validez de la norma. En conse-

8 Entre otras: a) Sentencia dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, 143/2012, número de recurso 111/2011, de 1 de febrero de 2012: «Y en el presente caso, del atestado se desprende la existencia de las condiciones necesarias para apreciar la reiteración delictiva del denunciado en la comisión de faltas de hurto puesto que consta en la diligencia de habitualidad que el Sr Isaac ha sido denunciado en dos ocasiones por la comisión de

cuencia, consideran suficiente para dar por acreditada la reiteración la existencia de otras denuncias.

una falta de hurto a lo largo del año 2011»; b) Sentencia dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, 93/2012, nº de recurso 14/2012, de 30 de enero de 2012. El fundamento de derecho primero contiene el siguiente razonamiento: «En el presente caso obra a folios 21 y ss. documentación relativa a las 10 faltas de hurto imputadas a la recurrente, cometidas entre junio y octubre de 2011, por lo que se puede hablar de reiteración delictiva. Por ello necesariamente debe imponerse la pena de localización permanente, siendo ajustado a derecho y proporcional, a la vista del número de infracciones cometidas tan solo en cuatro meses, su cumplimiento en centro penitenciario». La «imputación», por tanto, se hace equivaler a «comisión»; c) Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, sección quinta, 545/2012, nº de recurso 240/2012: «...dos días después de los hechos, las denunciadas estaban realizando hechos similares en otro establecimiento, por lo que no puede decirse que haya existido arbitrariedad ni falta de motivación, que serían los únicos supuestos en que cabría la rectificación de las penas. En cuanto a la base probatoria de la que resulta esta afirmación de la sentencia, la reiteración de las denunciadas en la conducta enjuiciada, lo que las recurrentes denominan «meras alegaciones del denunciante», constituyen un testimonio y como tal un medio de prueba perfectamente válido sobre la circunstancia valorada por la juzgadora para la determinación de la pena y de su forma de cumplimiento; no se trata pues, de una afirmación gratuita.» Esto es, entiende correctamente construida la reiteración incorporando un hecho posterior al que es objeto de enjuiciamiento, que se da por acreditado sobre la base de la declaración de un testigo; d) Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, sección cuarta, 120/2012, nº de recurso 203/2012, de 13 de marzo de 2012. En la misma línea señala lo siguiente: «La perpetración de la infracción de manera reiterada está descrita en el propio art. 623.1 del Código al indicar que se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas. No se trata de un supuesto de reincidencia, pero la reiteración ha de apreciarse cuando al enjuiciar la falta de hurto en cuestión, conste que el denunciado ha sido

El Proyecto profundiza en esta técnica. Y, con el mismo pretexto<sup>9</sup>, introduce como agravante específica, para los delitos de hurto y robo, la ejecución del hecho «cuando el autor actúe con profesionalidad», lo que se produce «cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional». Del tenor literal se desprende que para colmar las exigencias de la agravación no es necesaria la realización de conducta alguna, sino simplemente la presencia de un concreto elemento subjetivo que impregne la acción del tipo básico lo que exigirá, bien la presencia de capacidades adivinatorias en el juzgador, bien la realización de inferencias contrarias al derecho a la presunción de inocencia sobre las base de medios probatorios tales como denuncias preexistentes contra el sujeto.

Otra plasmación de esta concepción es la dicción del artículo 189.1. párrafo segundo c), que define la pornografía infantil como

Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

Si la *tenencia* o el *acceso* a la pornografía infantil constituyen delito, parece que la mera posesión de material en el que aparezca una persona que *parezca* ser menor sería típica, con lo que la prueba de la mayoría de edad se trasladaría a la persona acusada, con violación del artículo 24.2 CE.

b) Pero, sin duda, el elemento verdaderamente perturbador es la profunda reforma de las medidas de seguridad que, por lo que nos ocupa, afecta al juicio de

condenado o se siguen contra él diversas denuncias por la misma falta de hurto, y que las mismas hayan sido cometidas con una cierta proximidad temporal».

9 El arquetípico delincuente por convicción que obra profesionalmente.

peligrosidad. El artículo 95.1.2) del Proyecto mantiene idéntica redacción que el actual 95.1.2<sup>a</sup>. Por tanto, exige que «del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos», esto es, un juicio de probabilidad referido a posibles comportamientos de una persona concreta. A este respecto se ha dicho, con razón<sup>10</sup>, que no existe constancia de que sea científicamente posible dar, ni por medio de estudios criminológicos ni por los restantes métodos empleados, un pronóstico sobre la probabilidad de que un sujeto concreto cometa un delito. Los pronósticos sirven tan sólo para determinar el porcentaje de delincuentes que, en una muestra determinada, pueden cometer la infracción, pero no valen para establecer *más allá de toda duda razonable* que una persona cometerá un hecho futuro.

En el modelo vigente, las medidas de seguridad encuentran su fundamento en la peligrosidad, si bien ello se basa en que las causas de inimputabilidad (20.1, 2 y 3 CP) son factores criminógenos y puede establecerse, de forma racional, una presunción de que, concurriendo la eximente, concurre también un pronóstico de reincidencia futura. Consecuencia de este planteamiento es que la medida de seguridad se aplica sobre dicho pronóstico, pero su duración y las condiciones de cumplimiento se hacen depender del componente terapéutico vinculado a la causa de inimputabilidad, de manera que la duración de la medida o el tipo de centro de cumplimiento se hacen depender, de forma flexible, de la evolución del tratamiento médico que constituya el contenido de la medida. La lógica es que si el tratamiento tiene éxito, la valoración de peligrosidad es menor. La peligrosidad criminal no actúa de forma autónoma en el sistema, sino vinculada al elemento de la necesidad terapéutica. Solo así se puede justificar que la duración de una privación de libertad, por internamiento, pueda ser superior en un inimputable que en un imputable (en abstracto), dadas las previsiones de los arts. 6.2 y 101.1 CP.

10 Camarena Grau, Salvador, «El Anteproyecto de Código Penal y la criminología de la intolerancia», en *Boletín de la Comisión Penal de Jueces para la Democracia*, 4º trimestre, 2012.

La reforma introduce la posibilidad de imponer medidas de seguridad a personas imputables y, por tanto, toda esa construcción se derrumba. La peligrosidad criminal pasará a operar de forma independiente y autosuficiente, determinando el contenido de las decisiones judiciales. Ahora bien, el concepto de peligrosidad, sin el complemento de la necesidad terapéutica, pone en peligro el principio de taxatividad, derivado del principio de legalidad, si el mismo es predicable respecto al momento judicial de determinar la consecuencia jurídica del delito. Por sí sola, la peligrosidad no es, en relación a la decisión judicial, un hecho a probar, sino una cualidad a declarar, un pronóstico de futuro incierto, y eso comporta la existencia de inevitables déficits en la motivación y un elevado riesgo de arbitrariedad. Ello implica, en definitiva, un incremento exponencial del poder discrecional del juez en el momento de llenar de contenido el elemento nuclear del supuesto de hecho (la peligrosidad), de difícil, cuando no imposible, fiscalización.

La norma penal exige la realización de un diagnóstico y la formulación del correspondiente pronóstico. En la fase de diagnóstico<sup>11</sup>, habrá de realizarse un estudio individualizado de la personalidad del sujeto y circunstancias vitales (formativas, culturales, ambientales, laborales...), así como del hecho cometido, a fin de detectar la existencia de signos indiciarios del riesgo de reiteración delictiva. En la fase de prognosis, se trata de formular ya el juicio de peligrosidad cri-

minal. A tal fin, pueden emplearse varios métodos: el intuitivo, basado en las apreciaciones subjetivas del juez sin apoyo científico; el técnico, basado en procedimientos científicos; y el estadístico, basado en la aplicación de técnicas de predicción con ayuda del cálculo de probabilidades.

La hiperextensión<sup>12</sup> de las medidas de seguridad a personas plenamente imputables provocará una mutación del objeto procesal, de modo que, inevitablemente, adquirirán prevalencia las cuestiones atinentes a la personalidad del sujeto sobre las del hecho. Hecho que, a lo sumo, se valorará como mero síntoma de una personalidad potencialmente peligrosa, circunstancia elevada a verdadero objeto de intervención penal. Para la realización del debido diagnóstico será preciso adentrarse en la vida del sujeto, con lo que el riesgo de vampirización de la «peligrosidad criminal» por la «peligrosidad social» salta a la vista: el juez puede ceder a la tentación de partir de estándares sociológicos estimando como indicio de probabilidad de daño futuro todo lo que resulte contrario o ajeno al modo de vida «mayoritario». Por otra parte, es palmario que la inferencia será siempre y necesariamente abierta, con lo que el pronóstico no dejará de ser un ejercicio de voluntarismo.

Toda norma penal atribuye poder. Cuanto menor sea la verificabilidad fáctica de la norma, mayor poder atribuido. Poder que usurpa el espacio del saber. Derecho sin verdad<sup>13</sup>.

11 Romeo Casabona, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona, 1986.

12 Se generaliza la posibilidad de aplicación de medidas a una heterogeneidad de tipos delictivos que comprenden desde el terrorismo al hurto de uso de vehículos a motor, sin justificación criminológica.

13 Dejamos para otra ocasión el espinoso tema de la supuesta «libertad de interpretación» para los titulares del Poder Judicial, que abre un interesante interrogante que pone sobre la mesa Vives Antón: si todas las interpretaciones posibles de una norma son, a la vez, correctas y expresan lo que la norma verdaderamente dice, la interpretación verdadera es la que realiza cada juez que tiene la potestad de hacerla sólo y exclusivamente porque él puede establecer el auténtico sentido de la ley. Así, la verdad queda librada al poder de los jueces, y los ciudadanos expuestos al abuso.

# El derecho al Honor y el derecho a la Libertad de Expresión:

## Su problemática en Honduras

*Julissa Aguilar\**

---

### SUMARIO

Introducción. I. El derecho al honor y su protección en el ámbito penal de Honduras. II. El derecho a la libertad de expresión y sus limitaciones. III. Tratamiento internacional de la problemática entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. IV. Alternativas para Honduras. Conclusiones.

---

#### Introducción

En el devenir de la historia se ha podido observar la importancia que ha tenido en las diferentes culturas la protección al honor, al grado tal que incluso esta clase de ofensas ha sido penalizada con la pena capital. Pero no podemos soslayar que el Derecho evoluciona constantemente, influenciado por los cambios que ocurren en la sociedad. Así, el Derecho Penal, actualmente, ha llegado a considerarse como una *ultima ratio*, es decir, que es el último recurso que se debe aplicar a un caso concreto, debido a la afectación que implica para el derecho de la libertad.

En este bregar, los Derechos Humanos también han realizado su aporte y en la actualidad existe la tendencia a despenalizar los delitos contra el honor, situación que ya ha sido planteada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, puesto que frente al bien jurídico Honor, también se ha de tutelar el Derecho a la Libertad de Expresión.

No obstante en Honduras, ha existido un incremento de querellas contra el honor; muchas han

sido dirigidas contra varios periodistas, algunas de las cuales provenían de funcionarios o ex funcionarios públicos<sup>1</sup>. Tal situación, y no obstante que muchas querellas son declaradas inadmisibles, no deja de preocupar, especialmente por las connotaciones que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos podrían existir para Honduras, y no solamente en los casos de periodistas, sino también en los casos planteados contra personas que no ostentan tal categoría, pero que han hecho uso de su derecho de Libertad de Expresión al emitir una opinión.

Aunado a ello, existe en la actualidad una disparidad en los criterios que los Tribunales de Sentencia están utilizando para definir si procede o no dar trámite a las querellas que se presentan por estos delitos, ya que en tanto hay algunos tribunales que admiten querellas por situaciones ínfimas o bagatelas que más bien constituyen una falta, hay otros que no admiten absolutamente nada. Por supuesto, no se puede olvi-

---

1 Para mayor información véase, «Propuesta para la despenalización parcial de los Delitos contra el Honor», elaborada por el Comité por la Libre Expresión, Tegucigalpa, 2007.

\* Jueza del Tribunal de Sentencia en Tegucigalpa.

dar que es menester analizar cada caso concreto, sin embargo, es necesario definir criterios básicos que, a la luz de la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos, permitan una mejor implementación de la justicia.

Estas circunstancias son las que han motivado el presente documento, que tiene como propósito contrastar la legislación hondureña con el tratamiento internacional que se le brinda a estos delitos para, finalmente, brindar posibles soluciones al problema que se plantea a los jueces y juezas de Sentencia.

## I. El derecho al honor y su protección en el ámbito penal en Honduras

### a) Reconocimiento jurídico

Como hemos reconocido anteriormente, el honor ha tenido gran importancia a través de la historia y de ahí que su protección haya adquirido cierta relevancia, al grado de considerarlo un bien jurídico protegido en el Derecho Penal.

En tal sentido, el derecho al honor también ha sido reconocido como un derecho humano y se recoge en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>2</sup>, el cual además reconoce el derecho a la protección de la ley contra las injerencias o ataques a la honra o reputación, al igual que el artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que éste también tiene el derecho a la honra y que debe ser protegido por la ley de los ataques que contra la misma se realicen. Por su parte, la Constitución de la República, en su artículo 76, reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

En ese orden de ideas, el legislador hondureño ha pretendido otorgar una protección a este derecho a través de los delitos contra el Honor, regulados en los artículos 155 al 161 del Código Penal, y que consisten en el delito de Injurias, Calumnias y Difamación. Para una mejor comprensión del tema, realizaremos un breve análisis de tales delitos.

2 En adelante la Convención o Convención Americana.

### b) Protección al Honor en el Derecho Penal hondureño

El Derecho Penal hondureño contempla las Calumnias, las Injurias y la Difamación como delitos contra el Honor.

**Delito de Calumnias:** El artículo 155 del Código Penal establece que este delito es «La calumnia o falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio...». Analizando tal descripción, consideramos que este delito debe reunir al menos los requisitos siguientes: 1) la falsedad de la aseveración; 2) que la aseveración consista en imputar a otra persona que ha cometido un delito; 3) que el delito que se impute sea necesariamente un delito de acción pública. Tampoco se puede dejar de lado que en el delito de Calumnias, el elemento subjetivo es el dolo; es decir, el ánimo de querer dañar el honor de una persona y por ello es que el autor, aun con el conocimiento de que las aseveraciones que pronuncia son falsas, emite las mismas, precisamente porque así daña el honor y la reputación de la persona ofendida.

En este punto es importante acotar que Honduras tiene una legislación bastante parecida a la legislación argentina, la cual regula en su Código Penal que «La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública será reprimida con prisión de uno a tres años». Sobre esta legislación, la Corte IDH se pronunció en el caso *Kimel vs. Argentina*, y consideró que tal tipificación penal contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma, debido a la falta de precisión en la normativa penal indicada.

Esto tampoco es ajeno a la situación hondureña, puesto que lo cierto es que los jueces tienen que hacer grandes esfuerzos para lograr extraer, de la descripción que hace la norma, los elementos requeridos para que se configure el tipo penal, dejándose al libre arbitrio del juzgador, el considerar que una acción es o no injuriosa.

Es importante mencionar que en el delito de Calumnias se acepta la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad, puesto que su esencia es la falsa atribución de un delito; por tanto, se deduce que en el caso de probar la veracidad de tal atribución, se excluiría la tipicidad del comportamiento.

**Delito de Injurias:** Está definido en el artículo 157 del Código Penal, el cual indica que será penado por injuria «quien profiera expresión o ejecute acción en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». De lo anterior se colige que este delito tiene los siguientes elementos objetivos: a) Proferir expresión en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, es decir, que esa expresión efectivamente afecte el honor o la credibilidad de la persona ofendida y que además la menosprecie, o, b) ejecutar alguna acción con la finalidad ya indicada.

Estos elementos objetivos requieren que la acción sea suficientemente efectiva como para afectar el bien jurídico protegido que, en este caso, es el honor. Como elemento subjetivo, el delito de Injurias requiere el dolo o *animus injuriandi*, que no es otra cosa más que el dolo referido al hecho típico que caracteriza al delito de injurias, y que implica que el autor profiera las expresiones injuriosas con el ánimo y la intención de deshonrar a la persona ofendida. Poco importa en este caso si las aseveraciones son falsas o verdaderas; por ello, no se permite que se pruebe la verdad de lo aseverado.

Respecto a este tipo penal, también podemos observar las imprecisiones de la norma al momento de describir los elementos objetivos, ya que importa criterios como deshonra, descrédito o menosprecio, y ello conlleva que el juez tenga que realizar interpretaciones sobre estos términos.

**Delito de Difamación:** Se encuentra regulado en el artículo 160 del Código Penal, y se ejecuta «cuando las imputaciones constitutivas de injuria o calumnia se hicieren en forma o por medio de divulgación que puedan concitar en contra del ofendido el odio o desprecio público». De lo anterior parece desprenderse que los elementos objetivos del delito son los siguientes: a) Que se emitan imputaciones constitutivas de injuria o calumnia; b) Que se hicieren en forma o por medio de divulgación que puedan concitar en contra del ofendido el odio o desprecio público; es decir, que puede ser por medios masivos de comunicación o de cualquier otra forma que haga llegar la información al conocimiento de un elevado número de personas. En este caso, el elemento subjetivo también lo constituye el dolo, es decir, la intención de emitir tales expresiones

por medios masivos de comunicación y que, a través de ello, se logre el odio o desprecio del público hacia el sujeto pasivo.

**Publicación de Injuria o Calumnia:** Interesante resulta que también se impone una pena, como si fuera autor de las injurias o calumnias, a aquella persona que publicare o reprodujere por cualquier medio las injurias o calumnias proferidas por otro, según lo establece el artículo 161 del Código Penal. Evidentemente, en este caso se requeriría la existencia del dolo y por tanto el conocimiento que tenga la persona que publicare las calumnias o las injurias que efectivamente estas son tales.

**Bien jurídico protegido:** El bien jurídico protegido de los mencionados delitos es el Honor, el cual debe ser analizado desde dos puntos de vista: objetivo y subjetivo.

Se considera el honor desde el punto de vista subjetivo cuando es la propia persona la que se atribuye determinadas cualidades y hace una valoración de sus atributos, su conciencia, sus méritos y capacidades. Es sumamente difícil que exista un ser humano que no tenga el sentimiento del honor; por tanto, al igual que la dignidad, no es posible que éste se arrebate a la persona, no obstante que puedan proferirse ofensas contra ella.

Por su parte, el honor objetivo es la apreciación y la valoración que hacen los demás de las cualidades ético-sociales de una persona; es decir, consiste en la reputación de la que se disfruta. Por ello, a criterio del derecho penal, resulta relevante el número de personas a quienes se pone en conocimiento del ataque contra el honor, puesto que ello aumenta la infracción que se realiza debido a que el buen nombre está constituido por la estimación que de las personas tienen sus semejantes; por tanto, éste aumenta o decrece según el número de personas que tienen buena o mala opinión sobre determinada persona. Tampoco puede negarse que el daño hacia el honor ha de considerarse tomando en cuenta la idiosincrasia y cultura de un pueblo, puesto que existen expresiones del lenguaje o corporales que, según cada cultura, podrían resultar o no ofensivas.

**Sujeto pasivo:** En principio, toda persona puede ser sujeto pasivo de estos delitos. Sin embargo, se ha

de dejar claro que no es posible autoofenderse. Existen sujetos a los que podría cuestionarse que no tienen el derecho a la honra, como los enajenados, ebrios o personas consideradas deshonestas (como lo sería una prostituta). Pero no se puede soslayar que el Honor es un derecho humano y, por tanto, estas personas también lo ostentan; en consecuencia, pueden ser sujetos pasivos de estos delitos, al igual que lo puede ser un niño pues, como antes se indicó, también a los niños se les reconoce este derecho.

Al ser un derecho humano, la doctrina dominante considera que no se puede afectar el honor de una persona jurídica o de una persona ya fallecida, puesto que, evidentemente, solo pueden gozar del mismo quienes gozan de vida. En este punto resulta curiosa la legislación hondureña, puesto que se aparta de la doctrina dominante que no considera el honor de los difuntos como un bien jurídico a proteger, puesto que el artículo 168 del Código Penal establece: «Si el ofendido muriere antes de transcurrir el término señalado para la prescripción de la acción, o el delito, se hubiere cometido contra la memoria de una persona difunta la querrela podrá interponerse por el cónyuge o cualquiera de los ascendientes, descendientes y hermanos del difunto o herederos del mismo». O sea que en Honduras sí se puede cuestionar el honor de un difunto y, por tanto, sus herederos pueden ejercer la acción penal, situación que resulta incompatible con la posición doctrinaria sobre que el honor es un derecho humano y por ello solo corresponde a las personas vivas.

**Regulaciones especiales de la Ley de Emisión del Pensamiento:** El artículo 8 de la Ley de Emisión del Pensamiento establece que son punibles «las infracciones cometidas en el ejercicio de la libertad de expresión por cualquiera de los medios de difusión que se contemplen, cuando falten al respeto de la vida privada y la moral, considerándose que faltan al respeto de la vida privada cuando se refieren en forma denigrante a la vida exclusivamente de hogar o a la conducta social de las personas y les causen daño en su reputación, en sus intereses o en sus relaciones familiares». No obstante lo que establece este artículo, lo cierto es que no señala una pena abstracta a imponer; por tanto, se colige que se remite a los delitos contra

el Honor regulados en el Código Penal, ya descritos.

El artículo 38 de la precitada Ley de Emisión del Pensamiento establece que «son punibles las siguientes acciones: 1... 2. La difamación y el insulto en todas sus expresiones. 4. El ataque antojadizo sin pruebas contra empresas comerciales e industriales, nacionales o extranjeras, por el solo prurito de vengar agravios o desacreditar a personas e instituciones. 5...6...». Este artículo tampoco establece penas concretas, por lo que los jueces devienen obligados a remitirse a las sanciones que impone el Código Penal. Pero véase que es interesante que en esta norma el legislador haya considerado regular las acciones establecidas en el numeral 4, que habla por un lado de la obligación de probar la imputación y, por otro, de la posibilidad de desacreditar a instituciones cuando, como ya se ha dicho, el derecho al honor es atribuible a los seres humanos.

## II. El derecho a la libertad de expresión y sus limitaciones

### a) *Protección en legislación nacional e internacional*

El derecho a la libertad de expresión se ha establecido en diferentes convenios internacionales sobre Derechos Humanos. Para el caso, el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza el Derecho a la Libertad de Expresión, el cual comprende: «la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

Este derecho está tan ampliamente reconocido, que incluso la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 13, reconoce a los niños este derecho, así como lo reconoce el artículo 13 de la Convención Americana.

En Honduras, el artículo 72 de la Constitución de la República reconoce la libertad de expresión, señalando que «es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura».

### b) *Limitaciones al derecho a la Libertad de Expresión*

Tal como está recogido en el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la Libertad de Expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por tanto, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

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

Como podemos observar, el derecho al honor significa un límite al derecho a la Libertad de Expresión y, por tanto, se ha de realizar una ponderación de los intereses en conflicto, puesto que por un lado las personas tienen derecho al Honor, pero también tienen derecho a expresar libremente su pensamiento y, relacionado con ello, tienen el derecho a la información.

En tal sentido, el equilibrio de intereses debe obtenerse a través de una ponderación entre el interés público de la difusión de una noticia y el interés que tiene una persona determinada a ser protegida de intromisiones en su intimidad, honor y propia imagen. Al respecto han surgido serias discusiones, especialmente cuando se trata del ejercicio del periodismo, el cual tiene como finalidad informar; pero al transmitir esa información puede dañar el honor de una persona, por lo que se debe valorar hasta qué punto es legítima esa trasgresión para garantizar el derecho a la información.

### c) *Dimensiones del derecho a la Libertad de Expresión*

Del artículo 13 de la Convención Americana —y así lo ha reconocido ampliamente la Corte IDH—, se desprende que el derecho a la Libertad de Expresión comprende dos dimensiones: individual y social.

Al respecto, la Corte IDH ha dicho que la dimensión individual se realiza a través del derecho de expresar pensamientos e ideas, así como recibirlos, y que «ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un dere-

cho de cada individuo»<sup>3</sup>. Por su parte, la dimensión social comprende «un derecho colectivo de recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno»<sup>4</sup>.

Evidentemente, ambas dimensiones resultan muy importantes porque en una sociedad democrática importa sobremanera la participación de la población; a través de la expresión del pensamiento se pueden formar opiniones públicas sobre determinados temas, permitiéndose así incluso la formación de una cultura; por tanto, se requiere que la población esté debidamente informada pero que, a la vez, tenga la posibilidad de emitir sus expresiones sin temor a represalias.

### d) *Prohibición de censura previa*

Por lo antes expuesto, reviste especial importancia la Prohibición de Censura Previa, ya que si existiera, no se permitiría a las personas emitir su opinión; también ha sido controvertido hasta qué punto se afecta el honor de los funcionarios públicos o personas relacionadas con el ámbito público cuando son cuestionadas, situación sobre la que la Corte IDH ya se ha pronunciado, como veremos más adelante.

Sobre la censura previa, el artículo 13.2 de la Convención establece que el derecho a la Libertad de Expresión no puede estar sujeto a la misma. En igual sentido se pronuncia el artículo 72 de la Constitución de la República, que prohíbe la Censura Previa y, además, establece que son responsables quienes abusen del derecho a la libertad de expresión y aquellos que, por medios directos o indirectos, restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

Es importante destacar que por Censura Previa se ha de entender todas aquellas regulaciones directas o indirectas que disuaden a una persona a emitir sus expresiones, ya sean orales, escritas o artísticas. Evidentemente, esto afecta la participación de los ciudadanos en un Estado, pues la finalidad de la censura es, precisamente, mantener un *statu quo* ideológico y político, controlándose de esta manera el desarrollo de la sociedad.

3 Caso *Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

4 *Ibid.*, *supra* nota 4.

En este orden de ideas, la Corte IDH ha establecido que «...cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a «recibir» informaciones e ideas; ...se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno»<sup>5</sup>.

En este punto queda claramente establecido que la censura no solo afecta al individuo, sino que paralelamente priva a toda la sociedad de conocer una publicación, idea, pensamiento, opinión artística, etc., evitando así el consecuente desarrollo de la sociedad, pues ya estableció la Corte IDH que «...la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre»<sup>6</sup>.

No obstante la prohibición de censura, la Convención contempla dos posibilidades para establecer controles preventivos a la libertad de expresión, a saber:

La primera posibilidad está explícitamente incorporada en la Convención, en su artículo 13.4, que establece que «los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección

moral de la infancia y la adolescencia»<sup>7</sup>. Sobre esta permisión a la censura previa, es importante establecer que debe de ser bastante cuidadosa y verificar la efectiva afectación que el espectáculo pueda tener hacia la niñez y adolescencia.

La segunda posibilidad ocurre cuando existe un estado de emergencia que permita la suspensión de garantías, lo cual se desprende del artículo 27 de la Convención Americana, puesto que el derecho a la libertad de expresión no se encuentra regulado expresamente ni incluido en los derechos inderogables que señala el artículo 27.2 de la Convención. Por supuesto, no sería posible suspender este derecho por un tiempo indeterminado y si no se dan las circunstancias propias que establece el artículo 27.1 de la Convención, debiéndose tomar en consideración, además, para imponer toda censura, la proporcionalidad y razonabilidad que la misma guarde con la emergencia en cuestión.

Por otra parte cabe mencionar que los monopolios de los medios de comunicación limitan la libertad de expresión, puesto que esto permite que se controle la información que llega al público e impide que las personas puedan brindar otro tipo de información que no esté acorde a los objetivos que persiguen los medios de comunicación. Asimismo, no puede dejar de considerarse como censura previa el abuso de controles oficiales, e incluso particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, de enseres y aparatos para difundir información.

#### e) *Responsabilidades ulteriores*

Definida la censura previa, conviene establecer que la Convención hace una diferencia muy clara entre ésta y las denominadas Responsabilidades Ulteriores. Es decir, toda persona tiene derecho a expresar su opinión, pero esto no implica que no tenga responsabilidades por emitirlas. Por supuesto, las responsabilidades ulteriores deben tener ciertas características pues, caso contrario, podrían constituirse en una censura previa indirecta.

5 Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No. 5 (en adelante OC-5/85). La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 1 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos). Párr. 30.

6 OC-5/85, párr. 70.

7 En igual sentido se pronuncia el artículo 17.e de la Convención de los Derechos del Niño, aunque en una forma menos restrictiva que el artículo 13.4 de la Convención Americana.

En tal sentido, para el establecimiento válido de las responsabilidades ulteriores, la Corte IDH establece lo siguiente: «El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de la responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

a) La existencia de **causales de responsabilidad previamente establecidas**; b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y, d) Que esas causales de responsabilidad sean «**necesarias para asegurar**» los mencionados fines. Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2<sup>8</sup>.

Así pues, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, como no lo es ningún derecho humano, y se encuentra limitado por otros derechos, como el honor, así como el derecho de protección que se debe brindar a los niños. En tal sentido, los problemas se suscitan al delimitar los derechos en conflicto, y definir las responsabilidades ulteriores.

### III. Tratamiento internacional de la problemática entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión

Conforme a lo apuntado, existen protecciones nacionales y supranacionales al derecho al honor y al derecho de la libertad de expresión. No obstante, ambos derechos, pese a estar constitucionalmente garantizados y protegidos por normas y convenios internacionales, siempre han estado en permanente conflicto, pues el derecho a informar o expresarse libremente colisiona muchas veces con el derecho al honor y la dignidad de la persona; esto se produce cuando la información no se ajusta a la verdad, dañando de ese modo el honor y la reputación del sujeto respecto de quien se emite la información, más aún cuando se realiza a través de un medio de comunicación social.

8 OC-5/85, párr. 39. Las negritas son nuestras.

Por ello, para proteger ese derecho al honor, se ha establecido la existencia de Responsabilidades Ulteriores. El punto en controversia es qué tipo de responsabilidades ulteriores debería existir, ya que hay diversos criterios sobre cómo se deberían establecer tales responsabilidades, puesto que es importante que no se constituyan en una censura previa indirecta. Por tanto, analizaremos los diferentes planteamientos que se dan al respecto.

#### a) *Despenalización de actuaciones que afecten el honor*

En la actualidad existe una tendencia a despenalizar las acciones, lo cual se debe precisamente a considerar al Derecho Penal como la *última ratio* o el último recurso para solventar conflictos individuales y sociales. Lastimosamente, tal situación no es entendida así por los legisladores hondureños, quienes pretenden resolver los conflictos aumentando la penalización de las acciones, ya sea con la creación de nuevos delitos o el incremento de la pena a aplicar en los delitos ya existentes. Esta situación no soluciona los problemas, puesto que para ello más bien se requiere crear políticas adecuadas que mejoren la educación, el acceso al trabajo, la salud, una adecuada alimentación y demás derechos fundamentales que permitan disminuir los altos índices de criminalidad.

En Honduras se han penalizado las acciones que afecten el honor, aunque existen posiciones en el ámbito internacional que señalan que tal penalización puede constituirse en una censura previa indirecta. Por ello se sugiere que tales acciones sean derivadas al fuero civil; no obstante, existe preocupación en el ámbito periodístico de que las sanciones civiles pecuniarias podrían ser extraordinarias y afectar así el derecho a la libertad de expresión.

Sin duda, la persona afectada en su honor y dignidad está facultada para interponer acciones a fin de que su derecho sea protegido e, incluso, se le brinde un resarcimiento por el daño causado. Pero lo cierto es que el Derecho Penal es un instrumento de control social que tiene principios específicos, entre ellos el de la *última ratio*, por lo que no se puede perseguir toda conducta que ocasione un conflicto, si éste puede ser dirimido por la vía extrapenal; caso contrario, se des-

naturalizarían los principios rectores del Derecho Penal moderno, que son la fragmentariedad, su carácter subsidiario y su posición de *última ratio* o alternativa, al cual se debe acudir solo cuando las demás esferas del sistema jurídico se vuelven inoperantes o ineficaces para solventar el conflicto<sup>9</sup>.

De ahí la tendencia a considerar que es necesario despenalizar los delitos contra el honor, habida cuenta de que existen mecanismos menos gravosos que, con igual eficacia, conllevarán a resarcir el derecho al honor vulnerado. Sobre este punto, la Corte IDH ha indicado: «sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido»<sup>10</sup>.

Se considera que si se continúan penalizando las acciones contra el honor, se continuaría concibiendo la idea de perseguir criminalmente a las personas, ya sean periodistas o particulares, por las opiniones que emitan, lo que no resulta compatible en una sociedad en que impera la democracia. Tampoco se puede soslayar la elevada responsabilidad de quienes ejercen labores de comunicación social; por tanto, los excesos en que incurran deben ser sancionados, aunque no con el Derecho Penal. Debido a ello, el Estado debe

9 En igual sentido, «La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado». *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Párr. 76.

10 *Ibid.* *Supra* nota 10. Párr. 77.

equilibrar, en la medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo y la equidad en el flujo de información, de tal suerte que se garantice la libertad de expresión y de información de quien también enfrenta el poder de los medios o del Estado mismo.

La misma Corte IDH ha señalado que «no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales»<sup>11</sup>. En tal sentido, la Corte IDH hace acopio a la jurisprudencia de otros tribunales que promueven la racionalidad y equilibrio que merecen los derechos indicados<sup>12</sup>, y razona que si los Estados deciden conser-

11 *Ibid.* *Supra* nota 10. Párr. 78.

12 Léase al respecto la nota al pie de página No. 57 en el citado *caso Kimel vs. Argentina*: «En el *Caso Mamère* la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que «si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos». La versión original en inglés es la siguiente: «the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honour and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials». *Cfr. Mamère v. France*, no. 12697/03, § 27, ECHR 2006. Asimismo, en el *Caso Castells*, el Tribunal Europeo afirmó que «permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aún penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe». La versión original en inglés señala: «it remains open to the competent State authorities

var sanciones en el ámbito penal, devienen obligados a cumplir requisitos mínimos, a saber:

**Respeto al Principio de Legalidad:** El Principio de Legalidad es conocido con el lema *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de lo cual se desprende que se requiere que la conducta delictiva esté plenamente concebida en la ley, de forma expresa, precisa, taxativa y previa. Ello no solo implica que la norma esté establecida en forma previa, sino que en los términos que se utilicen no se establezcan equívocos, cuya interpretación quede sujeta al criterio subjetivo de los jueces. Sobre este punto, la Corte IDH ha establecido que «La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la auto-

---

to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith». Cfr. ECHR, *Castells v. Spain*, judgment of 23 April 1992, Series A no. 236, § 46. En un pronunciamiento reciente sostuvo que «la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia». La versión original en inglés es: «the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists' freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where other fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in the case of hate speech or incitement to violence». Cfr. *Cumpana and Mazare v. Romania* [GC], no. 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

ridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana»<sup>13</sup>.

Si analizamos el caso de Honduras, podremos observar que el legislador, al definir los delitos contra el honor, no utiliza los requisitos mínimos que la Corte IDH ha señalado, puesto que los términos que se utilizan son sinónimos y además ambiguos, por lo que no hay parámetros objetivos para medir y predecir una posible ilicitud de las expresiones, de tal suerte, que el criterio del juzgador es el único que puede determinar la comisión o no de tales ilícitos.

Al leer detenidamente la legislación penal hondureña respecto a los delitos contra el honor, se puede observar que tienen una gran similitud con la legislación penal argentina, Estado que la Corte IDH consideró responsable en el caso *Kimel vs. Argentina*, por haber vulnerado el principio de legalidad, debido a la regulación que tenía sobre estos delitos. Así, al mantener una legislación similar, Honduras corre el grave riesgo de poder ser también sancionado a nivel supranacional por vulneración al principio de legalidad, debido a la inadecuada redacción de los tipos penales; pero, además, por dejar de aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH a los casos sometidos a juzgamiento.

**Idoneidad y finalidad de la restricción:** Evidentemente, el Derecho Penal siempre puede resultar idóneo para proteger el bien jurídico Honor, puesto que a través de su poder coercitivo puede lograr, si no evitar los daños, ya que es posible que estos ya hayan sido ocasionados, castigar al autor de los mismos.

Los fines perseguidos también son los adecuados y precisamente están acordes a lo que establece la Convención, que es respetar la reputación de los demás. El punto en controversia es si es el medio más adecuado para lograr la reparación, lo cual, por

---

13 Caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Párr. 121.

supuesto, dependerá de la forma en que la víctima se considere reparada en el daño ocasionado; por tanto, el legislador deviene obligado a verificar cuáles serían los mecanismos más idóneos de reparación, puesto que en muchas ocasiones la víctima no estima adecuada la imposición de una reclusión, si tal sanción no compensa el daño ocasionado.

**Necesidad de la medida utilizada:** El hecho de que Derecho Penal resulte idóneo para proteger el bien jurídico Honor no significa que sea necesario aplicarlo, habida cuenta de que pueden existir otros medios menos gravosos para lograr la misma finalidad.

Para el caso, si se brinda información inexacta, y por tanto agravante, existe la posibilidad de realizar una rectificación para corregirla. De hecho, la Ley de Emisión del Pensamiento<sup>14</sup> ya establece el derecho de rectificación o de réplica, debiendo publicar la réplica de la persona que se considera agraviada.

Además de esta posible solución, también se puede utilizar la vía civil, a través de acciones indemnizatorias instituidas conforme a las normas civiles, a fin de resarcir el daño moral y económico ocasionado a consecuencia de la información inexacta y agravante que se ha emitido.

Así, existen otras posibilidades para resarcir el daño ocasionado y no es requisito indispensable que sea el Derecho Penal el que sancione las acciones dirigidas contra el honor o la reputación. De tal suerte que el Derecho Penal no parece necesario para restringir acciones abusivas al derecho a la libertad de expresión, respetándose así también los principios de Subsidiariedad y Mínima Intervención que rigen el Derecho Penal.

**Estricta proporcionalidad de la medida:** La restricción de un derecho, obviamente, implica un

14 «Artículo 32º.- Toda persona natural o jurídica tiene derecho a defenderse decorosamente de los cargos y críticas que se le hagan por la prensa con el fin de desvirtuar los hechos que se le imputen. Artículo 33º.- El derecho de defensa obliga a la publicación en que se hubiere hecho el cargo o la crítica a insertar gratuitamente la réplica de la persona que se considere perjudicada por informaciones, artículos o comentarios periodísticos de cualquier clase» (Ley de Emisión del Pensamiento).

sacrificio del mismo; por tanto, la limitación que se realice debe ser para conseguir una finalidad mayor, de manera que ese sacrificio no resulte exagerado o desmedido.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado: «...la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo»<sup>15</sup>.

En tal sentido, se requiere realizar un juicio de ponderación entre los derechos en conflicto. Al respecto, la Corte IDH ha expresado que, «Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra»<sup>16</sup>.

Por tanto, deberán analizarse las consecuencias del proceso penal al que la persona se encuentra sometida en contraste con el daño ocasionado. Para el caso, el estrés de someterse al proceso, la restricción de la libertad ambulatoria si esa fuese la pena a imponer, los antecedentes penales que se establezcan e incluso el efecto estigmatizador que pudiera tener la condena, no parecen proporcionales al daño ocasionado.

15 OC-5/85, párr.46.

16 Cfr. Caso Kimel vs. Argentina. *Supra* nota 10. Párr. 84.

En Honduras, no obstante que la pena de los delitos contra el honor resulta por ley conmutable<sup>17</sup>, es decir, que se puede pagar cierta cantidad de dinero para no cumplir la pena de reclusión, no es menos cierto que no por ello deja de ser una situación gravosa para el acusado, puesto que todavía queda subsistente el antecedente penal, e incluso se sanciona doblemente la acción, puesto que por un lado se impone una pena de reclusión y, por otra, se obliga al acusado a indemnizar civilmente el daño causado, por la vía de la ejecución de la responsabilidad civil.

Aunado a lo anterior, también debe analizarse cuál es la finalidad de la imposición de una pena; esto ha sido objeto de gran discusión en el ámbito doctrinario pero, en definitiva, no discrepamos en que la pena tiene finalidades de prevención general y una prevención especial, entendiéndose la primera como aquella que se dirige hacia el colectivo y la segunda como la dirigida a la persona.

Finalmente, no se puede soslayar que ha sido una opinión preponderante la utilización de la pena para las llamadas finalidades «Re», ampliamente criticadas por un sector de la doctrina. Tomando en consideración esas finalidades, la pena tampoco parece adecuada, ya que no tiene el efecto disuasivo deseado, ni logra el efecto de inculcar en la persona el respeto a la ley y a los valores jurídicos, lo cual ya ha sido probado en la práctica.

Otra situación a analizar es el uso de la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad que se exige en Honduras para el delito de Calumnias. Evidentemente, los periodistas devienen en la obligación de constatar, en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamentan sus opiniones; por tanto, es válido que se les exija que actúen con diligencia en la búsqueda de información. No obstante, lo cierto es que resulta desproporcionado que se exija que se pruebe el delito que se ha imputado, puesto que ello conlleva a que la persona emisora de las frases que se consideren calumniosas o injuriosas, realice actos

de investigación que, en ocasiones, incluso se le dificulta realizar al Estado, aun cuando cuenta con todo un aparato de investigación. De tal suerte que esto se constituye en abuso de poder del Estado, puesto que se exige a un particular realizar una función que en realidad corresponde al Estado: investigar y probar la comisión de hechos punibles perseguibles de oficio. En tal sentido, no existe proporción entre la exigencia impuesta por la ley de demostrar la verdad, y la finalidad pretendida por el Derecho Penal que es, como antes indicamos, realizar una prevención general y especial.

Sobre este punto, la Corte IDH ha considerado que la exigencia de la *exceptio veritatis* es una limitación excesiva a la libertad de expresión que no es consecuen- te con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención, al señalar que: «El efecto de esta exigencia resultante de la sentencia conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad»<sup>18</sup>.

Nótese que, en el caso de Honduras, incluso se impone sanción, como si fuera autor, a aquella persona que publique o reproduzca las injurias o calumnias inferidas por otro<sup>19</sup>. Esto tampoco resulta proporcionado, en tanto se impide a las personas participar en un tema que podría resultar de interés público, afectando también el derecho a la información de la población, e impidiendo la discusión de temas de interés público.

#### b) *Situación de los funcionarios públicos*

Es importante diferenciar entre las críticas que se refieren a las labores de los funcionarios públicos y las que se refieren a su vida privada. Las personas tienen derecho a la vida privada y así lo reconoce el artículo 11.2 de la Convención. Por vida privada se ha de entender el espacio de actuación reservado únicamente a la persona y limitado a la intrusión de los demás; es decir, que solo le concierne a la persona tomar ciertas decisiones relativas a su existencia. En

17 Artículo 161 del Código Penal: «Solamente serán conmutables de derecho: La prisión a razón de cinco (L 5.00) por día; y, la reclusión hasta cinco (5) años a razón de diez (L 10.00) lempiras por día».

18 Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párr. 133.

19 Artículo 61 del Código Penal de Honduras.

la amplitud del derecho a la vida privada también se encuentra inmerso, o bien podríamos decir que es conexo, el derecho al honor.

Obviamente, los funcionarios y personas cuyas vidas privadas revisten especial interés para la colectividad, están sujetos a mayores escrutinios que un particular; por tanto, su vida privada podría ser objeto de críticas y discutida entre un mayor número de personas y, por supuesto, en el ámbito periodístico. Al respecto es importante recordar que en una sociedad democrática debe existir, a través de la opinión pública, un control de las actividades estatales, lo cual no solo fomenta la transparencia, sino que también permite evaluar el funcionamiento de los aparatos del Estado.

Por ello, la Corte IDH ha considerado que debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público, y ha establecido que: «En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático». Y asegura la Corte que «Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestas a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público»<sup>20</sup>.

20 Cfr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Nota 20. Párrs. 128 y 129.

Sobre esa base, tampoco parece factible que se brinde una especial protección a los funcionarios públicos, puesto que por un lado se imposibilita debatir un tema que sea de interés público y, por otro, se irrespeta el principio de igualdad que impone la Constitución de la República. En Honduras, si bien es cierto fue abolida la figura del Desacato —lo cual significa un avance sustancial en garantizar la libertad de expresión—, todavía no se impide de manera expresa que los funcionarios públicos no puedan utilizar el ámbito penal cuando se consideren ofendidos en su honor o reputación, pues el artículo 166 del Código Penal establece: «Los delitos de calumnia, injuria o difamación sólo pueden ser perseguidos en virtud de querrela de la parte agraviada, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública o instituciones del Estado, y, en general, si constituyeren otro delito especialmente penado en este Código. Para este efecto se reputan también autoridad los jefes de las naciones amigas o aliadas, sus representantes diplomáticos y los demás que, según el Derecho Internacional deban comprenderse en esta disposición».

Esta regulación vulnera de manera flagrante el principio de igualdad, puesto que la acción penal ya no será privada sino pública; es decir, que podrá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, que tiene un poder de investigación que no es concedido a los particulares, para investigar los daños que se le ocasionan en su honra y su reputación; por tanto, se trata a los ciudadanos de manera desigual. Si bien es cierto que una persona que es funcionaria pública representa al Estado, no es menos cierto que todos los temas referidos al Estado pueden ser debatidos por la población. Además, el bien jurídico Honor es personalísimo, por lo que su reparación debe ser exigida únicamente por la persona que se sienta directamente ofendida; no se requiere que el Estado mueva todo su aparato de persecución penal para ello, ya que tal situación no resulta proporcionada con el posible daño ocasionado ni con los principios democráticos que permiten críticas y cuestionamientos a los funcionarios públicos.

#### IV. Alternativas para Honduras

Hemos analizado ampliamente el derecho al honor y a la libertad de expresión, así como los conflictos que en relación a éstos se han originado. No obstante, este trabajo no sería útil si no se propusieran opciones con las que se podría contar en Honduras para establecer las responsabilidades ulteriores que sirvan como protección al derecho al honor y, a la vez, garanticen la libertad de expresión sin que se consideren una censura previa.

##### a) *Despenalizar los delitos contra el honor y sancionar dichas transgresiones por la vía civil*

La primera opción —quizás más radical pero que tal vez a la larga sería más saludable para el derecho a la libertad de expresión—, es la despenalización de las acciones dirigidas contra el honor y que se busque resarcir el daño por la vía civil.

Por supuesto, esto exige requerimientos mínimos en el ámbito civil que garanticen la celeridad del proceso, y que el resarcimiento sea proporcional al daño ocasionado. Para el caso, debe establecerse adecuadamente cuál sería el procedimiento civil más idóneo para realizar estas acciones y también debe probarse debidamente por el demandante cuál es el daño ocasionado, tal como debería hacerse cuando se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente de un delito.

En Honduras, la Ley de Emisión del Pensamiento ya establece la posibilidad de aclarar información; sin embargo, tal situación únicamente está dirigida a medios de comunicación y no se refiere a aquellos casos en que están involucrados particulares que no han utilizado medios de comunicación. En tal sentido, también es menester regular por la vía civil los casos en que solo estén involucrados particulares.

Disentimos de la posición de quienes señalan que la despenalización debería realizarse únicamente cuando se trate de periodistas, puesto que esto conllevaría una vulneración del principio de igualdad recogido en la Constitución de la República, al tratar en forma diferente situaciones similares, solamente por la condición especial del sujeto activo del delito.

En todo caso, si se pretende despenalizar los delitos contra el honor, lo idóneo sería establecer reglas claras en el ámbito civil y señalar concretamente las acciones que pueden ser perseguidas por esa vía, considerando la gravedad del daño ocasionado y estableciendo sanciones que no sean excesivas, pero que sí puedan lograr un efecto reparador en el daño causado.

##### b) *Modificación legislativa de los delitos contra el honor*

Podría ocurrir que los legisladores no consideraran propicio para la política criminal de Estado la despenalización de los delitos contra el honor; en ese caso, debería realizarse una revisión de dichos delitos y establecer concretamente las acciones que constituyen el tipo penal, de manera que sean expresas, precisas, taxativas y previas, para que no exista duda en los juzgadores sobre la aplicación de dichas normas al caso concreto.

También devienen obligados los legisladores a compatibilizar las normas establecidas en la Ley de Emisión del Pensamiento y el Código Penal, puesto que en la primera se establece una sanción cuando no se ha publicado la aclaración<sup>21</sup>, en el segundo se establece una sanción mucho mayor<sup>22</sup>.

21 «Artículo 35º.- El periódico escrito o hablado que sin causa justificada se niegue a publicar la réplica o defensa del reclamante o que demore su publicación por más de tres días, incurrirá en una multa de cien a quinientos lempiras, que hará efectiva gubernativamente la Gobernación Política respectiva, sin perjuicio de publicar la defensa o réplica en la edición subsiguiente» (Ley de Emisión del Pensamiento).

22 «Artículo 165.- Si el ofendido lo solicita, los directores y en su defecto, dueños o gerentes de los medios de comunicación en que se haya hecho publica calumnia, injuria o difamación, insertarán en ellos la retractación, explicación satisfactoria o sentencia condenatoria, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de su recepción o del termino que el Tribunal haya señalado. La contravención de esta norma, después de un segundo requerimiento de igual plazo, se sancionará con multa de quince mil (lps.15, 000.00) a treinta mil (lps. 30,000.00) lempiras, sin perjuicio de la publicación respectiva» (Código Penal).

c) *Inaplicación de la normativa penal referida a los delitos contra el honor por parte de los jueces de Sentencia*

Hemos de distinguir —en forma sucinta, puesto que el tema es más amplio de explicar que lo que permite este sencillo trabajo—, entre el Bloque de Constitucionalidad, Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad.

En relación con el Bloque de Constitucionalidad indicaremos que se encuentra constituido no solo por la Constitución de la República, sino también por todos aquellos tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos de los que Honduras forma parte. Existe en el ámbito doctrinario nacional algunas discusiones respecto a qué es lo que prevalece, si el tratado o la Constitución de la República, por lo que hemos de apuntar que la misma Constitución, en su artículo 17, es clara al indicar que cuando se aprueba un tratado que afecte aspectos contenidos en la Constitución, se seguirá el procedimiento de reforma de la misma. De ahí, pues, que el tratado se considere también parte de la Constitución y no está ni encima ni debajo de ésta, sino que integran un solo cuerpo.

El Control de Constitucionalidad constituye, en primer lugar, la interpretación del derecho por parte de los jueces y su adecuación, no solo con la Constitución sino con todo el Bloque de Constitucionalidad; en este punto es importante destacar que en el ámbito de los Tribunales de Sentencia existe una diversidad de criterios sobre diferentes aspectos de la ley, especialmente el Código Procesal Penal. Por tanto, deviene obligada la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Penal, a ir sentando pautas y unificando criterios, lo cual, obviamente, debe realizar a través de la jurisprudencia que vaya emitiendo, que también debe ser considerada como parte del Control de Constitucionalidad.

En segundo lugar, el Control de Constitucionalidad implica considerar a la Constitución como norma fundamental, puesto que ésta se aplica en preeminencia a las Leyes Ordinarias<sup>23</sup>, lo cual ratifica la idea de que este control corresponde al juez. En este proceso de

23 Artículo 18 de la Constitución de la República.

control, el Juez deviene obligado a establecer en forma concreta el significado de la norma constitucional y a establecer su preeminencia sobre la norma ordinaria, habida cuenta la fuerza vinculante que tiene la Constitución de la República. En este orden de ideas, si el tratado o convenio tiene un rango constitucional, el juez también puede dejar de aplicar una ley ordinaria que se oponga al primero, y realizar este mismo control de constitucionalidad.

Sobre el Control de Convencionalidad ya la Corte IDH ha establecido que «La Corte es consciente que los Jueces y Tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>24</sup>.

Los jueces no pueden ignorar el Bloque de Constitucionalidad; por tanto, la aplicación del derecho contenido en las convenciones y los tratados de los que Honduras forma parte también es competencia ineludible de los tribunales. En consecuencia, si hubiese una diferencia entre un tratado o convención y una ley ordinaria, prevalecerá el primero, tal como lo establece la Constitución de la República. Ahora bien, la situación en controversia, para algunos doctrinarios, se origina cuando la Constitución se opone a un tratado o convención; a nuestro criterio esto no amerita

24 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párr. 124. El resaltado es nuestro.

mayor discusión, puesto que si el tratado o convenio ha sido aprobado mediante el procedimiento que se sigue para las reformas a la Constitución de la República, se entiende entonces que el tratado o convenio que se le oponga, ya ha sido aprobado mediante el procedimiento indicado; por ende, está modificando la Constitución, y se integra a la misma formando un solo cuerpo normativo.

Otro aspecto a tomar en cuenta en el Control de Convencionalidad es que los jueces también devienen obligados a respetar la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, puesto que es la intérprete última de la Convención. Esta obligación se origina en el hecho de que el Estado de Honduras es signatario de la Convención y se ha sometido a la jurisdicción de la Corte IDH. Honduras es Estado Parte de la Convención Americana desde el 8 de septiembre de 1977 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 9 de septiembre de 1981.

De ahí pues que, existiendo ya una resolución de la Corte IDH sobre la legislación argentina<sup>25</sup>, muy similar a la hondureña, y que se ha impuesto a Argentina la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, los jueces hondureños también pueden considerar el Bloque de Constitucionalidad y realizar el Control de Convencionalidad, por lo que podrían dejar de juzgar los delitos contra el honor que regula el Código Penal, en virtud de ser difusos en sus regulaciones y vulnerar el principio de legalidad.

Ahora bien, ¿cuál sería el procedimiento que deberían seguir los jueces y juezas de Sentencia? El artículo 74 de la Ley de Justicia Constitucional establece que «únicamente la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional, como intérprete último y definitivo de la Constitución en los casos concretos sometidos a su conocimiento, tiene la facultad originaria y exclusiva para conocer de la garantía de inconstitucionalidad conforme a los artículos 184, 313 numeral 5) y 316 de la Constitución, y del control previo de constitucionalidad previsto en el artículo 216 de la misma». Es decir, que es la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de lo Constitucional, la que puede decidir si una norma es inconstitucional o no;

25 Cfr. Caso Kimel vs. Argentina. *Supra* nota 10. Párr. 67.

por tanto, los jueces de Sentencia deberán interponer el Recurso de Inconstitucionalidad, según lo dispone el artículo 77 numeral 3 de la Ley de Justicia Constitucional<sup>26</sup> y seguir el procedimiento que establecen los artículos 87 y 88 de esta ley<sup>27</sup>.

26 «Artículo 77.- DE LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y su derogación, podrá solicitarse por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

- 1) Por vía de acción que deberán entablar ante la Corte Suprema de Justicia;
- 2) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial; y,
- 3) **También el órgano jurisdiccional que conozca en cualquier procedimiento judicial, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su derogación, antes de dictar resolución.**

En los casos contemplados en los numerales 2) y 3), se elevarán las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia siguiéndose el procedimiento hasta el momento de la citación para sentencia, a partir de lo cual se suspenderá el procedimiento judicial de la cuestión principal en espera de la resolución sobre la inconstitucionalidad» (Ley de Justicia Constitucional). El resaltado es nuestro.

27 «Artículo 87.- DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO. Los órganos jurisdiccionales podrán solicitar de oficio a la Sala de lo Constitucional que declare la inconstitucionalidad de una ley o alguno (s) de sus preceptos y su derogación, cuando conociendo en cualquier procedimiento judicial, consideren que la ley o alguno (s) de sus preceptos aplicable al caso, es contrario a la Constitución de la República o a un Tratado o Instrumento Internacional y que de dicha ley o precepto legal depende el fallo que deben dictar».

«Artículo 88.- DEL DEBER DE SEÑALAR LA LEY O PRECEPTO QUE SE PRESUME INCONSTITUCIONAL. El Órgano Jurisdiccional que solicite de oficio la declaración de inconstitucionalidad, dictará una resolución motivada, en la cual señalará con precisión y claridad la ley o precepto legal que supone violatorio de la Constitución, y por que la decisión del juicio depende de la aplicación de esta ley o precepto legal» (Ley de Justicia Constitucional).

En todo caso, la utilización de este procedimiento quedaría sujeta, exclusivamente, a la competencia de los Tribunales de Sentencia y sería una forma de establecer claramente, por medio de la Sala de lo Constitucional, si efectivamente las normas que instituyen los delitos contra el honor vulneran el principio de Legalidad, como ya lo ha planteado la Corte IDH.

*d) Realizar un Juicio de Proporcionalidad en los casos que se planteen ante los Tribunales de Sentencia*

Es de todos conocido que los derechos fundamentales no son absolutos, habida cuenta de que pueden estar limitados por otros derechos igualmente protegidos constitucionalmente. Pero aun cuando no son absolutos, los límites que pueden imponerse han de ser interpretados con criterios restrictivos y de forma que sean más favorables a los derechos.

Por ello, al encontrar derechos en conflicto debemos hacer un Juicio de Proporcionalidad, también conocido como ponderación de principios, en el cual se analiza la limitación que se ha efectuado al derecho con la finalidad de valorar si está justificada o no constitucionalmente. Esa justificación constitucional de la limitación requiere que se cumplan tres requisitos:

- a) El Juicio de Adecuación; es decir, que se debe analizar si el medio utilizado es el adecuado, idóneo, útil, eficaz, para conseguir el fin propuesto por el legislador;
- b) El Juicio de Necesidad, que consiste en definir si la medida es necesaria, indispensable o imprescindible. Este juicio también es conocido como Juicio del Medio Alternativo menos lesivo y se hace respondiendo a la pregunta si había un medio alternativo menos lesivo al derecho limitado; y,
- c) El Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto, en el que se analiza haciendo un juicio valorativo sobre el peso que corresponde respectivamente a cada uno de los derechos o bienes que constituyen los términos de la relación entre el medio y el fin. Cuanto más importante es el grado de afectación del de-

recho fundamental limitado, tanto mayor ha de ser la importancia de los bienes o derechos que a él se le oponen. Por tanto, la intensidad de la intervención ha de ser proporcional a los intereses del bien que se protege. Mediante esta fase del juicio se intenta determinar si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de proteger.

Distinguidas así las características del Juicio de Proporcionalidad, conviene señalar que los jueces de Sentencia también tienen la opción de aplicarlo a los casos concretos que se estén ventilando ante ellos. Por ello, conviene analizar quién es el sujeto activo del delito, qué función estaba desempeñando al momento de la comisión del hecho, cuál era la finalidad al difundir la información, etc., y también se debe considerar la situación especial del sujeto pasivo; es decir, si éste se trata de una persona que tiene calidad de funcionario o sus actuaciones tienen interés para la sociedad, etc.

Igualmente, los jueces de Sentencia deben considerar la gravedad de la acción y ponderar si puede considerarse un delito o, por el contrario, una falta que debe ser dirimida en el ámbito del Juzgado de Paz. Es precisamente aquí donde ocurre la falencia al principio de Legalidad, puesto que queda a criterio de los juzgadores definir la gravedad de la acción, lo cual puede dejar lugar a distintos criterios que, en definitiva, debe de unificar la Corte Suprema de Justicia.

### Conclusiones

- Los derechos al honor y a la libertad de expresión no son absolutos; por tanto, deben imponerse limitaciones a los mismos, pero esas limitaciones deben ser lo menos lesivas posibles y acordes a la protección de un interés público.
- Una vez analizada la jurisprudencia de la Corte IDH y contrastada con la normativa legal hondureña, podemos afirmar que los delitos contra el honor, regulados en los artículos 155 al 169 del Código Penal, vulneran el principio de Legalidad que debe regir en el Derecho Penal;

además, la aplicación de estos delitos está contra los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad y necesidad del mismo Derecho Penal, puesto que existen otros medios menos lesivos que pueden proteger el honor y la reputación de las personas. Asimismo, la penalización de las acciones contra el honor pueden ser consideradas como una censura previa indirecta hacia el derecho a la libertad de expresión, lo que va en contra de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

- En Honduras, si bien se ha optado por penalizar las acciones dirigidas contra el honor, también existen opciones para inaplicar tales sanciones penales; en todo caso, si no se desea dejar de aplicarlas, también es facultad de los Tribunales de Sentencia realizar los juicios de proporcionalidad adecuados, a fin de aplicar la norma penal solamente en aquellos casos realmente graves, de tal suerte que no se limite la libertad de expresión que debe regir en un Estado democrático.

# Ilicitud probatoria en el proceso penal hondureño

*Edwin Noel Ramos Ventura\**

La aplicación de la doctrina de la prueba ilícita o prohibida no solo concita el interés mundial, sino que su aplicación representa un problema no fácil de resolver, en parte quizá, por su conexión con los derechos fundamentales y la tendencia de los estados democráticos a la vulneración de los mismos ante el incremento de la criminalidad, producto del narcotráfico o crimen organizado, y con la idea de dar mayor seguridad a cambio de restricciones a la libertad o a las libertades personales o derechos fundamentales.

No obstante esa realidad, en nuestro país entró en vigencia, en el año 2002, el Código Procesal Penal (CPP), que derogó el Código de Procedimientos Penales de 1985, y que establece en el art. 200 la doctrina de la prueba ilícita o prohibida, o de «los frutos del árbol envenenado». Para entonces, no podíamos imaginar siquiera la importancia que la aplicación de esta doctrina tendría en el nuevo proceso acusatorio, y lo problemático y complejo que resultaría en la práctica forense asimilar su aplicación.

Son las tendencias jurídico doctrinales de la tradición jurídica de Estados Unidos de América y de la tradición jurídica europea, a las que se acude para explicar la doctrina comúnmente conocida como los «frutos del árbol envenenado», así como a las tesis atemperadoras como: la buena fe, el descubrimiento inevitable, la fuente independiente, y la doctrina de la conexión de antijuricidad.

En nuestro país, la incidencia de los derechos fundamentales en la doctrina de la prueba prohibida o ilícita recogida en el artículo 200 del CPP, se relaciona con lo establecido en el art. 100 de la Constitución de 1982, sobre el derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones; sin embargo, la nueva Ley Especial sobre Intervención de las Comunicaciones Privadas, que deroga el art. 223 del CPP, es la norma

que, a partir de enero de 2012, establece pormenorizadamente la intervención de las comunicaciones. Sin duda, la referida ley ha generado un amplio debate en la opinión pública, incluidas las acusaciones y contracusaciones del sector político, de ser un instrumento al servicio de la clase gobernante para espiar impunemente las comunicaciones privadas.

El tema de las comunicaciones tiene importancia, en el sentido de que los seres humanos tenemos derecho a una comunicación secreta y reservada; por tanto, el Estado debe garantizarnos que ningún extraño, sin control jurisdiccional, invada lo secreto o íntimo de cada individuo.

Además del derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, las intromisiones corporales plantean un conflicto entre el interés público y el respeto a los derechos individuales, como el derecho a la integridad física, síquica y moral, la dignidad y el honor, y a la búsqueda de la verdad para el castigo de los delitos. Nos preguntamos: ¿debe el cuerpo humano, y especialmente el del imputado, convertirse en un objeto o instrumento de investigación del delito, para proteger los intereses de la sociedad, sin incurrir los órganos de persecución en un grave agravio a los derechos humanos más elementales, como la dignidad, la integridad y la no autoincriminación?

Por ello, la inutilizabilidad de la prueba ilícita constituye parte fundamental en la aplicación de la doctrina de la prueba ilícita o prohibida. Dicha ineficacia se articula con la vulneración de derechos individuales que recorre desde la inadmisión hasta la expulsión o exclusión del proceso de la prueba ilícita o prohibida, extendiéndose a la prueba derivada de esta.

Al respecto vale decir que, lamentablemente, en el transcurso de 12 años<sup>2</sup> es muy poca o casi inexistente

\* Master en Derecho Procesal Penal.

2 El nuevo Código Procesal Penal entró en vigencia en febrero de 2002.

la jurisprudencia sobre el tema. Sin duda, las resoluciones judiciales emanadas de la Corte Suprema de Justicia tienen un valor indiscutible que nos permiten conocer la interpretación y aplicación de la doctrina de la prueba ilícita o prohibida, pero, desafortunadamente, esta doctrina o jurisprudencia es muy escasa o no está sistematizada para su consulta.

Para una mejor comprensión del tema de la prueba prohibida o ilícita, resulta obligado entender que esta doctrina se estableció en Estados Unidos de América mediante la *regla de exclusión* como norma jurisprudencial, estableciendo que: «Los materiales probatorios (*evidence*) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales para la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados»<sup>3</sup>.

Mediante la regla de exclusión se establece que la prueba que se considera prohibida o ilícita es aquella que fue obtenida vulnerando derechos fundamentales o procesales constitucionales; es decir, toda aquella prueba obtenida inobservando la garantía de los derechos humanos. Al respecto, la doctrina «de los frutos del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree*) en el proceso penal estadounidense plantea una prohibición de valoración probatoria a los medios de prueba derivados de la prueba obtenida ilícitamente; así, en la regla de exclusión, la prueba cuestionada es la claramente directa o primaria, verbigracia, en el arresto previo, interrogatorio o allanamiento. Sin embargo, en algunas ocasiones, la prueba cuestionada de ilícita es de naturaleza indirecta, secundaria o derivada a la prueba que se obtuvo vulnerando derechos procesales constitucionales.

Esto ocurre cuando, por ejemplo, se obtiene una confesión respetando las garantías para ese acto de prueba, pero a partir de un arresto ilegal, o la prueba o evidencia es habida luego de una confesión obtenida ilegalmente. Es decir, esta doctrina le niega toda validez a la prueba obtenida a través del efecto reflejo, porque si es nulo el acto principal por ilegítimo, también lo será la derivada como accesorio.

3 ARMENTA DEU T., *La prueba Ilícita*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 29-30.

Esta doctrina tiene su sustento en que sobre la búsqueda de la verdad procesal debe privar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, porque aceptar lo contrario, resultaría a todas luces contradictorio a los principios del sistema de justicia.

Si bien Estados Unidos estableció un tratamiento claro respecto de la prueba ilícita o prohibida, este difiere al tratamiento dado en Europa, por ejemplo, puesto que no obstante estar recogido en la IV enmienda (derecho a no sufrir registros y confiscaciones irrazonables), la V enmienda (derecho a no declarar contra sí mismo), VI enmienda (derecho a estar asistido de letrado), y la XIV enmienda (derecho al debido proceso), el tratamiento distinto radica en la concepción que se adoptó desde un principio respecto a la regla de exclusión en el sentido de entender que la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida tenía como objetivo el efecto disuasorio y la integridad judicial<sup>4</sup>.

Así que la observancia de la regla de exclusión en Estados Unidos no siempre ha sido posible, generando posiciones encontradas; por ejemplo, en la primera mitad del siglo XX quedó marcada por la polémica entre Benjamin Nathan Cardozo y Oliver Wendell Holmes.

Cardozo defendió la posición tradicional a partir de la cual, «cuando se acredita la autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, debe castigarse ambos ilícitos: el crimen descubierto y la obtención de la prueba; de otra manera, un delincuente podía quedar libre por el error policial».

Holmes afirmaba que es en verdad deseable que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para tal fin, *pero* también es deseable que el gobierno no se ponga al mismo nivel que aquellos, y que pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente, y agrega: «por lo que a mí concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen de la acción de la justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno»<sup>5</sup>.

4 *Ibid.*, pp. 27-28.

5 *Ibid.*, p. 1, citando al Juez Oliver Wendell Holmes, nota de pie de página en FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: La prueba ilegítimamente obtenida», en CGPJ, *Cuadernos de derecho judicial*, IX, 1996, pp. 71-72..

A partir de 1976, se advertía de la imposibilidad de cerrar los ojos a los costos sociales de la regla de exclusión obligatoria en supuestos de impunidad de notorios criminales por infracciones policiales leves, y surge una nueva tendencia que marca el inicio del declive en la observancia de la *regla de exclusión* con el surgimiento de las distintas tesis atemperadoras como: la buena fe de quien comete la ilicitud, el descubrimiento inevitable, y la obtención mediante fuente independiente.

La denominada *doctrina de la buena fe* también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana (caso León, 1984)<sup>6</sup>. El ejemplo típico es precisamente el del policía que realiza un allanamiento de morada con orden judicial que cree válida, pero que después es declarada nula, admitiéndose la prueba hallada porque el policía ha actuado de buena fe (*good faith*). El fundamento de esta tesis es que, aunque la orden de registro sea falsa o sin motivación, la policía lo practica bajo la creencia de que la orden es legítimamente expedida.

Mediante la tesis del *descubrimiento inevitable*<sup>7</sup> se pretende valorar pruebas reflejas o derivadas de las originales que se obtuvieron vulnerando derechos fundamentales. Por ejemplo, un acusado que la policía interrogó, a pesar de que se había prohibido interrogarlo, y, confesando el homicidio, condujo a la policía hacia donde había ocultado el cuerpo, el cual estaba cubierto de nieve. El interrogatorio mediante el cual se supo del homicidio es ilegítimo (prueba original) y el descubrimiento del cuerpo es una prueba refleja o derivada de la ilícitamente obtenida; sin embargo, se sostiene que el cuerpo siempre hubiera sido descubierto porque la policía estaba buscándolo desde antes de la declaración y, en todo caso, se hubiera descubierto cuando la nieve se derritiera.

Un caso típico de *fuentes independientes*<sup>8</sup> es cuando la policía registra un local sin orden judicial; posteriormente obtiene una orden de allanamiento, y

6 *Ibid.*, p. 29.

7 GÓMEZ COLOMER J. L. y AAVV, *La prueba en el Proceso Penal, Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 143-144.

8 *Ibid.*, p. 484.

las pruebas presentadas a las autoridades judiciales para obtener la orden no fueron producto del registro ilegal original. La policía entró al local sin orden judicial, observó marihuana a la vista, se fue, y obtuvo la orden para un allanamiento basado en información ajena al registro ilegal. Como resultado del allanamiento, se descubrió la marihuana vista originalmente, la cual fue usada contra los acusados.

En el contexto de lo antes relacionado, se puede afirmar que, no obstante que Estados Unidos de América ha sido el máximo exponente mundial en materia de prueba ilícita, la concepción de la regla de exclusión, como efecto disuasorio, entraña en sí misma la argumentación para sustituir la regla de exclusión por otro remedio que obtenga la disuasión de las fuerzas del orden. Por su parte, el Tribunal Constitucional de España, inspirado en la doctrina estadounidense, marca el principio de la teoría o doctrina de la prueba ilícita o prohibida en una de sus sentencias, al establecer categóricamente que:

aunque careciendo de regla legal expresa sobre la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición *preferente de los derechos fundamentales* en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental<sup>9</sup>.

Así, la regla general expresa, establecida en la Ley de Organización del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, artículo 11.1 establece que: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». A partir de este precepto legal expreso, se infiere claramente que el ámbito de la prohibición de la valoración no se extiende a cualquier supuesto de prueba ilícita, sino única y exclusivamente a la que haya infringido

9 ALCAIDE GONZALES J. M., *Guía práctica de la prueba penal, jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuricidad*, Edit. Dijusa, Madrid, 2005, p. 440.

alguna norma constitucional y tuteladora de los derechos fundamentales<sup>10</sup>.

Actualmente, el Tribunal Constitucional de España implementa y desarrolla la doctrina de la «conexión de antijuricidad», que representa un giro doctrinal significativo en el nuevo tratamiento de la prueba ilícita, entre las pruebas originarias y derivadas; es decir que para esta doctrina, las pruebas directas obtenidas con violación de derechos fundamentales no deben surtir efectos. En esto es idéntica a la teoría de la fuente directa, pero la problemática la plantea en relación con las pruebas derivadas o reflejas.

Según la teoría de la fuente directa y la prueba refleja del artículo 11.1 de LOPJ, «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»<sup>11</sup>; es decir que las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales, no surtirán efecto en términos generales. Sin embargo, según esta doctrina de la «conexión de antijuricidad», las pruebas derivadas o reflejas no siempre serán excluidas, pues habrá que establecer que se hayan vinculadas a las que vulneraron derechos fundamentales de modo directo, es decir, establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas, resultando lo que se denomina *conexión de antijuricidad*. Si por el contrario la prueba derivada o refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho fundamental, sería constitucionalmente legítima.

### Los derechos fundamentales y la prueba ilícita en Honduras

En el principio hicimos referencia a la incidencia de los derechos fundamentales en la doctrina de la prueba prohibida o ilícita, razón por la cual cabe puntualizar que los derechos individuales, establecidos en el título III del capítulo II de la Constitución

10 *Ibid.*, p. 44. art. 10.1 CE (La dignidad de la persona, los derechos inviolables, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social).

11 *Ibid.*, pp. 448-450.

Política de 1982, equivalen a derechos fundamentales, clasificados como Derechos civiles, Derechos políticos, Derechos económicos, sociales y culturales, Derecho de solidaridad de los pueblos. De este universo de derechos, la Constitución hace una categorización particular de derechos individuales-fundamentales, que no es más que los derechos que establecen límites al poder público, para dar paso a una esfera de libertades individuales frente a la intervención del Estado.

No debemos olvidar que el tema de cuáles derechos deben ser considerados como fundamentales y cuáles no, también ha sido muy discutido en España, donde se establece como derecho fundamental el derecho a la educación, no así el derecho a la propiedad privada, mientras que nuestra Constitución establece como derecho fundamental el derecho a la propiedad privada y no establece como derecho fundamental el derecho a la educación.

La determinación de cuáles derechos ostentan la categoría de derechos fundamentales en la Constitución de 1982 tiene su importancia en el tema de la prueba ilícita, pues generalmente esta prueba se establece como aquella que vulnera derechos fundamentales. Así que, si bien no se puede dar por agotado el tema de cuáles derechos deben considerarse fundamentales y cuáles no, sí reiteramos que, para efecto de considerar la incidencia de los derechos fundamentales en la doctrina de la prueba ilícita, debemos considerar derechos fundamentales únicamente los establecidos en el capítulo II «De los derechos individuales», pues la ilicitud o prohibición de prueba está relacionada con derechos individuales como el derecho a la integridad, al honor, la intimidad, la inviolabilidad domiciliaria, al secreto de las comunicaciones, al derecho de defensa, y a un proceso con todas las garantías.

### La inviolabilidad del secreto de las comunicaciones

Respecto al derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, la Constitución de 1982 exige la previa resolución judicial para que sea posible decretar una intervención de las comunicaciones, especialmente las postales, telegráficas y telefónicas; sin embargo, nada dice la Constitución sobre la forma que dicha resolución debe revestir, ni sobre la necesidad o no de su motivación.

Sin embargo, la Ley Especial sobre Intervención de las Comunicaciones Privadas (LESICP) en su artículo 5, Principio 4 Reserva Jurisdiccional, establece: *La intervención de las comunicaciones solamente podrá autorizarse por el órgano jurisdiccional competente, en forma escrita y debidamente motivada*; así que la motivación es un requisito para la constitucionalidad de la injerencia, reclamado por el principio de proporcionalidad, porque el incumplimiento del deber de motivación induce a pensar que el órgano actuante no ha realizado el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto, por lo que, ante su falta de fundamentación, la medida puede tacharse de desproporcionada.

Claro está, la ley en comento nada dice sobre cuál habrá de ser el contenido concreto de la resolución motivada. Lo cierto es que debe entenderse que el juez, en la motivación, explicará detalladamente a las partes afectadas las razones de su resolución, informando de esta forma el razonamiento lógico que ha seguido para, partiendo de los hechos presentados, llegar a la decisión que va a imponer. Por medio de esta justificación es posible determinar si la resolución emitida por el órgano judicial es adecuada al caso presentado o si, por el contrario, no responde a la legalidad vigente.

Luego, siempre en el ámbito de la motivación, cabe preguntarse si el juez, al momento de motivar la intervención de las comunicaciones, deberá tomar en cuenta la existencia de indicios de la comisión de un delito, o si bastará la existencia de meras sospechas. Al respecto, la doctrina jurisprudencial y la doctrina científica son unánimes en advertir que no debe olvidarse que la ley exige indicios, que son distintos de las meras sospechas. Además, los indicios, como es obvio, debe constatarlos el juez a la vista de los elementos existentes en la causa, no bastando únicamente las sospechas policiales<sup>12</sup>.

La decisión judicial debe exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que justifiquen la concurrencia del presupuesto habilitante de la intervención, como la imputación de un delito grave, los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios en la posible

12 RIVES SEVA A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 142-144.

existencia, así como la conexión del usuario o de los usuarios de los teléfonos con los hechos. La precisión de los indicios es indispensable, como un *prius* lógico de los también obligados juicios sobre la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, pues su legitimidad constitucional exige que, mediante la intervención de las comunicaciones telefónicas, sea posible alcanzar el objetivo pretendido, que no exista una medida menos gravosa para su consecución y que el sacrificio del derecho fundamental reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes y derechos, atendiendo la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre.

Esta necesidad de establecimiento o valoración del indicio de criminalidad del sujeto sobre quien pueda decretarse una medida de intervención telefónica, es fijada en el derecho comparado. Así el Código de Procedimiento Penal de Italia de 1988, en el art. 267, dispone que la autorización se otorgará mediante decreto motivado cuando existan graves indicios y la intervención resulte absolutamente indispensable a los fines de proseguir las investigaciones. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, art. 579.3, dispone que, de igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos.

En el caso de Honduras, ni el art. 223 del CPP, que regulaba la intervención telefónica, y que fue derogado por la Ley Especial sobre Intervención de las Comunicaciones Privadas, ni la precitada ley, establecen como presupuesto para la autorización de la medida de intervención la existencia de indicio; por ello, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de España, la doctrina mayoritaria y el derecho comparado, se puede concluir que en Honduras, así como está regulado en la LESICP, la intervención de las comunicaciones telefónicas sería ilícita, en tanto la motivación que autoriza la medida limitativa de un derecho fundamental se basaría en meras sospechas y no en indicios, ya que la

existencia de indicio no es un presupuesto que exige esta ley especial.

En relación con el principio de proporcionalidad —un aspecto muy importante a valorar al momento de motivar la autorización para la intervención de las comunicaciones—, si bien la Constitución de 1982 no regula específicamente el principio de proporcionalidad, su rango constitucional se puede deducir de al menos tres artículos. En primer lugar, el citado principio está en estrecha conexión con el Estado de Derecho y sus pilares básicos, como la justicia y la libertad consagrados en el art. 1 de la CRH. De esta manera, la «libertad» expresa la opción valorativa realizada por la Constitución y dota de contenido al principio de proporcionalidad, al inclinar la balanza, en caso de duda, a favor de la efectividad de los derechos fundamentales.

También el art. 321 de la CRH recoge, dentro de los principios generales del derecho, la prohibición de la arbitrariedad en la actuación de los servidores del Estado, que deben actuar con razonabilidad, observando los límites establecidos, estableciendo un equilibrio entre los intereses generales y los derechos individuales, a fin de no lesionar la esencia misma de los derechos fundamentales.

Por su parte, el art. 59 de CRH, en su párrafo segundo, eleva a rango constitucional la dignidad humana y, el art. 64, abre el camino por el cual ha de llegarse al reconocimiento de la proporcionalidad en la aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales

De este modo, la LESICP, en el art. 5.1, preceptúa *proporcionalidad*: «La intervención de las comunicaciones tendrá carácter excepcional y solo podrá realizarse cuando resulte útil para una investigación penal y se justifique la medida, ponderándose un equilibrio entre lo que se pretende lograr con la medida y el derecho que ha de resultar afectado».

Uno de los presupuestos importantes del principio de proporcionalidad es el principio de legalidad y, con base en el mismo, la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, en cuanto medida limitativa de un derecho fundamental, debe estar prevista legalmente; es decir, no basta que una ley procedimental contemple la posibilidad de intervención, sino que dicha ley debe establecer los presupuestos y

requisitos de la limitación y, entre estos, debe establecerse la existencia del indicio de participación criminal. Esta es precisamente una de las grandes debilidades de la LESICP pues, aunque su art. 6 establece que la intervención de comunicaciones orales o entre personas presentes, solo podrá autorizarse si existen indicios, el art. 16, que hace referencia a la admisibilidad de la intervención, dispone que «el Juez para decretar la intervención de las comunicaciones valorará en la resolución la gravedad, la utilidad, la necesidad e idoneidad, proporcionalidad y la pertinencia», pero nada dice sobre la valoración de los indicios de participación criminal.

La autorización judicial de intervención, sin estimar los indicios de participación de la persona cuyo derecho al secreto de las comunicaciones sea limitado, será siempre desproporcional, en tanto se estaría dictando una medida grave limitativa de un derecho fundamental por simples o meras sospechas. En definitiva, para que una medida de intervención telefónica pueda ser considerada lícita, no basta con que se encuentre recogida en el art. 100 de la Constitución de la República y una norma legal desarrolle su régimen jurídico, sino que los presupuestos, requisitos y límites que configuren ese régimen y condicionen su eficacia, han de respetar también el principio de proporcionalidad.

### **Intervenciones corporales y prueba ilícita**

Finalmente, deseamos compartir sobre intromisiones corporales ilícitas. Al respecto vale decir que, según la doctrina continental europea, se hace diferencia entre lo que son inspecciones personales de lo que son las intervenciones corporales, aunque con un denominador común: ambas afectan derechos fundamentales<sup>13</sup>.

Nuestra legislación procesal penal se decanta por clasificar las intromisiones corporales en: *Intervenciones corporales* (exámenes y extracción de muestras art. 107 CPP) e *inspecciones personales*, subdividiéndolas en registros personales o cacheos, e inspecciones personales propiamente dichas, como las practicadas en

13 HUERTAS MARTIN M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 372, nota de pie de página. 508.

zonas anatómicas íntimas (la boca, el ano y la vagina, art. 206 CPP); excluye de la necesidad de intervención judicial los registros o cacheos, excepción que viene dada tanto por su intrínseca levedad, como por su urgencia y necesidad a efectos del cumplimiento de los fines propios de las funciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad.

En cuanto a los exámenes corporales y extracción de muestras, el derecho que se verá afectado por regla general es el derecho a la integridad (física, psíquica y moral, art. 68 CRH), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al *grado de sacrificio*, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves. Leves cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean objetivamente consideradas susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo —como el pelo o uñas—, o incluso de algunos internos, como los análisis de sangre; y graves, en caso contrario, como las punciones lumbares, extracción de líquidos cefalorraquídeos, de semen, etc.

Del texto del art. 107 CPP se desprenden los presupuestos legitimadores para que se pueda practicar válidamente una intervención corporal; contrario sensu, cualquier intervención corporal para practicar exámenes corporales o extracción de muestras como extracción de sangre, líquido cefalorraquídeos, orina o semen, etc., sería una prueba prohibida o ilícita, así como aquella que se derive directa o indirectamente de esta.

Al respecto, comentaré brevemente el numeral 7): «Debe de contarse con el consentimiento del imputado o sospechoso». Esto porque, el art. 88 de la Constitución, prevé que no podrá ejercerse violencia ni coacción sobre las personas para forzarlas a declarar; y siendo que el imputado sujeto del proceso con derechos y garantías se instrumentaliza como fuente de prueba, por analogía se establece que no puede ser obligado a aportar prueba en el proceso que, eventualmente, pudiera ser valorada en su perjuicio. Igualmente, sobre el particular, el art. 207 CPP parágrafo 3, establece que en ningún caso se empleará violencia para practicar exámenes corporales.

El numeral 9) «Necesidad e idoneidad». Cuando no pueda determinarse la verdad con otra prueba, es decir que resulte imprescindible para determinar la verdad sin la intervención corporal, *se podrá ordenar la intervención corporal aun contra la voluntad del imputado*. Es de hacer notar que este apartado de la norma ordinaria disminuye y tergiversa el precepto constitucional del art. 88 citado en el numeral 7. Por tanto, en nuestra opinión, debe declararse su inconstitucionalidad.

Según el art. 206 CPP, las inspecciones corporales son medios de investigación y reconocimiento del cuerpo humano que afectan derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física psíquica y moral, y al honor y la intimidad; si bien en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal y a la integridad síquica por tratos inhumanos y degradantes, si dichas inspecciones personales o corporales recaen sobre zonas anatómicas íntimas como boca, ano y vagina mediante exploraciones anales y vaginales, donde el recato y el pudor son exponentes profundamente significativos.

Por tanto, el derecho a la intimidad y a la integridad síquica puede resultar vulnerado, por lo que su práctica debería ser prohibida en nuestra legislación y, en el peor de los casos, habrá de ser respetuosa, cumpliendo con todos los requisitos y garantías, excluyéndose, de igual modo, el empleo de la fuerza física, por resultar degradante e incompatible con la prohibición prevista en el art. 88 de la CRH pues, de acuerdo al referido precepto, la violencia física, psíquica y moral, así como la coacción, se prohíbe como método de investigación de la autoridad administrativa y policial. Estos presupuestos deben ser celosamente observados si no queremos que el descubrimiento de la verdad se haga a cualquier precio que conlleve la ilicitud de todo lo actuado y, consecuentemente, la absolución según los casos.

Sobre el particular, López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos<sup>14</sup> se muestran claramente contrarios

14 HUERTAS MARTIN M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, p. 376, nota de pie de pág. 552.

a este tipo de inspecciones, y agregan que así como se establece el respeto a la parte externa del cuerpo humano, mediante la prohibición de la tortura, también debe respetarse la parte síquica del hombre, siendo un derecho del acusado guardar silencio, no responder las preguntas de los investigadores, sin embargo, no parece tan sencillo conseguir el mismo respeto para los anos y vaginas».

La práctica de intervenciones corporales en el proceso penal determina graves intromisiones en la intimidad del imputado, convirtiéndolo en fuente y, por tanto, instrumento de prueba, desnaturalizando su condición de sujeto en el proceso con una serie de derechos. Estas intervenciones corporales pueden dar como resultado pruebas incriminatorias perjudiciales para el sujeto pasivo; de ahí que se plantea el problema de si el derecho a guardar silencio del imputado puede verse afectado por este medio de investigación. Al respecto, vale señalar que, dado que de la intervención corporal pueden derivarse elementos incriminadores para el sujeto pasivo, en los que el órgano judicial sentenciador puede fundamentar su convicción, su práctica puede equipararse al de una declaración, limitándose entonces su derecho a guardar silencio.

En nuestra opinión, la práctica de intromisiones corporales coactivamente (intervenciones corporales y/o inspecciones corporales) violentan el derecho a guardar silencio. Por tanto, si se ha de respetar el derecho del imputado a no declarar contra sí mismo, debe respetarse el derecho de no autoincriminarse mediante intervenciones en su cuerpo, pues si se le ha de someter por la fuerza para que su cuerpo se convierta en la fuente de prueba, que eventualmente puede incriminarlo, el mismo efecto sería que se le someta por la fuerza a declarar.

Como lo hemos expresado, el derecho consagrado en el art. 88 CRH de no forzar al imputado a declarar, es extensivo a no forzar al imputado al sometimiento a intervenciones corporales. Sobre el particular, nos parece ambiguo que el art. 107 CPP, párrafo 3, preceptúa que la intervención podrá ser incluso contra la voluntad del imputado, es decir, en forma coactiva; y el art. 207 CPP, párrafo 3, preceptúa que «en ningún caso se empleará violencia para practicar el examen corporal...». Por ello ha de enten-

derse que el art. 207, párrafo 3, está en consonancia con el art. 88 de la CRH, en el sentido de que no se podrá ejercer violencia sobre las personas para obligarlas a declarar. Entonces, ¿cómo ha de entenderse lo manifestado por la ley procesal, cuando preceptúa que se puede practicar la intervención incluso contra la voluntad del imputado? Si el imputado se opone, ¿ejercerá violencia la autoridad policial para reducir su resistencia? O actuar contra la voluntad del imputado, ¿implica tan solo que la autoridad le advertirá que está obligado a permitir la intervención, y que si no lo permite le parará en perjuicio jurídico?

A nuestro entender, si el imputado se resiste a permitir la intervención, no se puede ejercer violencia para obligarlo y, en todo caso, el actuar contra su voluntad implicaría que su falta de colaboración en la intervención corporal podría traerle como consecuencia el delito de desobediencia, por ejemplo. Obviamente, tampoco nos parece correcto que la resistencia a no colaborar se sancione con el ilícito penal de desobediencia, pues el imputado, al resistirse, simplemente estaría haciendo uso de su derecho de no autoincriminarse.

En conclusión, podemos afirmar que:

1. Las pruebas obtenidas según las excepciones establecidas en la LESICP, sin resolución judicial, son prohibidas o ilícitas y el juzgador debe excluirlas mediante el control difuso de constitucionalidad.
2. Los artículos 6 y 16 de la LESICP son contradictorios, pues el primero exige el indicio como elemento legitimador para la intervención de comunicaciones entre presentes, en el interior de un domicilio, y el segundo permite la intervención de comunicaciones sin la exigencia del indicio.
3. En nuestro proceso penal, la intervención de las comunicaciones, las intromisiones corporales y los registros domiciliarios vulneran garantías procesales constitucionales, por no exigir como requisito para la autorización judicial la existencia del indicio de participación criminal.

# El fraude y la ineficacia de los actos celebrados dentro del período de retroacción de la quiebra

Nicolás J. García Pineda\*

---

## SUMARIO

---

Introducción. I. La retroacción de la quiebra: concepto y alcance temporal. II. Naturaleza de la ineficacia de los actos celebrados en el período de retroacción. III. El fraude como presupuesto para la declaración de ineficacia de los actos.

---

### Introducción

La declaración de quiebra, consecuencia del estado patrimonial crítico<sup>2</sup>, origina un conjunto de efectos en la esfera jurídica y económica. Dichos efectos se extienden incluso a los actos que el quebrado haya celebrado con anterioridad a la declaración de quiebra<sup>3</sup>, los que pueden resultar ineficaces,

pese a la concurrencia de los requisitos esenciales para su validez. De esta manera, el concepto de seguridad jurídica sobre los actos celebrados entre partes contratantes puede verse alterado en caso de que una de ellas sea declarada en estado de quiebra. Ello, en virtud de que la ley otorga un sitio privilegiado al principio *par conditio creditorum*, salvaguardando el equilibrio e igualdad de los créditos, precisamente por la «certeza del derecho», en el sentido que reviste mayor interés la custodia de los créditos de la masa, que la eficacia de los actos que condujeron al estado de insolvencia<sup>4</sup>. Evidentemente, esto precisa un tratamiento metódico.

---

\* Defensor Público, máster en Derecho Empresarial, doctorando en Derecho Tributario y Derecho Mercantil.

2 SANDOVAL LÓPEZ, R., *Derecho comercial. La insolvencia de la empresa*, t. IV, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 82.

3 Esta situación particular se debe a que, como ha señalado GOMA LANZÓM, I., «La retroacción de la quiebra en la jurisprudencia. Estado actual» en *La Notaría – Revista de revistas*, Núm. 11, Barcelona, noviembre 2000, p. 539, en la quiebra, todas las reglas normales se alteran porque el principio que rige estos procedimientos es el *par conditio creditorum*, que implica que, configurada la situación, se afecta por igual a todos los acreedores, resultando injusto mantener un sistema de ejecuciones individuales sobre el

---

principio de prioridad en el tiempo del embargo (*prior tempore, potior iure*), resultando más adecuado un sistema de ejecución colectiva que tutele los intereses de todos en base a un tratamiento igualitario.

4 Al respecto, no ha faltado quien advierta la imputación de inconstitucionalidad a diversos institutos del ámbito concursal, en relación, *vid.* CIMINELLI, Juan, *Cuestionamientos de constitucionalidad a diversos institutos concursales*, Librería Virtual Astrea, 2001.

El presente trabajo pretende discutir la configuración del fraude como presupuesto de ineficacia de los actos celebrados dentro del período de retroacción de la quiebra, atendiendo ciertas cuestiones conceptuales y hermenéuticas sobre la retroacción misma y la ineficacia de los actos. Lejos de agotar la temática, pretendemos ahondar en elementos puntuales cuya discusión dé lugar a plantear el estado de la ciencia, amparados en el derecho comparado, para luego ofrecer las observaciones relativas al caso. Esto sin dejar de conocer la poca habitualidad con la que los procesos de quiebra son conocidos por los tribunales de la República, especialidad huérfana de reconocimiento, razón por la cual consideramos de utilidad dirigir los esfuerzos en esta dirección.

## I. La retroacción de la quiebra: concepto y alcance temporal

La retroacción de la quiebra se introduce en el ordenamiento jurídico hondureño como un instrumento de reintegración patrimonial, con la finalidad de hacer efectivos los pagos a los acreedores, atendiendo a la igualdad de los créditos. En una primera aproximación, podemos definir la retroacción de la quiebra como la consecuencia patrimonial que la declaración de quiebra produce sobre determinados actos y contratos celebrados en fecha anterior a la insolvencia, que quedan sin efecto por suposición de fraude o para evitar las injusticias de los beneficiados en perjuicio de la masa<sup>5</sup>. La retroacción tiene por objeto la recomposición o reintegración del patrimonio del deudor, para restablecer su activo con los bienes que ha fragmentado de la masa en fraude de sus acreedores<sup>6</sup>. Asimismo, se ha destacado como una medida instru-

mental para delimitar con mayor precisión el activo, clarificando el desbalance<sup>7</sup>.

El art. 1332 del Código de Comercio (CCom) dispone que la sentencia en que se haga la declaración de quiebra, contenga la fecha a que deban retrotraerse sus efectos. De esta manera, el CCom adopta la teoría amplia<sup>8</sup> para determinar la época en la cual pueden hacerse efectivas las acciones revocatorias. En este sentido, cabe destacar la potestad otorgada al órgano jurisdiccional para disponer sobre el alcance temporal de la retroacción en el derecho hondureño, en contraste con otros ordenamientos jurídicos que son determinados por la ley, como el derecho español, que señala como rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (art. 71 de la Ley Concursal)<sup>9</sup>; o aquellos determinados por el órgano jurisdiccional, pero limitados por la ley, como el derecho argentino, que fija un límite máximo de dos años (art. 116 de la Ley de Concursos y Quiebras), otorgando a la judicatura la potestad de fijar, dentro de ese plazo, la fecha desde la que operará la retroacción; y el derecho peruano, que establece que la fecha de retroacción del concurso es la que corresponda al día 270 natural inmediato anterior a la fecha de la sentencia de declaración de concurso, sin perjuicio de que el juez pueda establecer como fecha de retroacción

5 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 30ª ed. (corregida y aumentada por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G.), Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2004, p. 851.

6 GÓMEZ BALMACEDA, R., y EYZAGUIRRE SMART, G., *El derecho de quiebras*, t. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 249.

7 FONOLL PUEYO, J. «Los efectos de la declaración de concurso», en *Vía crisis. Revista electrónica de derecho concursal*, Núm. 20, Lima, diciembre 2006, pp. 19 y 20.

8 Los criterios sobre la determinación del inicio del período de retroacción (criterio materialista o restringido y amplio), surgen como producto de las distintas interpretaciones del *Code de Commerce* francés, sobre esto *vid.*, SANDOVAL LÓPEZ, R., *Derecho comercial*, p. 119. Sobre la teoría amplia, con detalle, *vid.* CARBONELL O'BRIEN, E., *Banca y suspensión de pagos: mecanismos alternativos de reingeniería legal*, Ed. Color Graphics, Lima, 1999, pp. 64 y ss.

9 Sobre esto, *vid.* FERNÁNDEZ RUIZ, J. L. y MARTÍN REYES, M. de los A., *Fundamentos de derecho mercantil*, t. II, 3ª ed., Ed. Edersa, Madrid, 2001, pp. 9 y ss.

una anterior a la fecha antes señalada (art. 112 de la Ley de Concursos Mercantiles)<sup>10</sup>.

El objetivo perseguido consiste en que la retroacción alcance la manifestación de cesación de pagos, denominándose este lapso «período de sospecha»<sup>11</sup>. Por tanto, la potestad jurisdiccional para determinar la fecha de retroacción no puede configurarse como una facultad absoluta, carente de lineamientos, ya que ha de referirse al período de sospecha; es decir, la determinación de la época debe remitirse al momento de cesación de pagos (art. 1319 del CCom), al menos de una forma relativa o aproximada. Por otro lado, resulta evidente que el sistema no consagra como fin primordial el amparo de la seguridad jurídica de los terceros que han contratado con el deudor, ya que su tratamiento flexible otorga amplias facultades discrecionales, sin ofrecer elementos orientativos<sup>12</sup>.

En vista de que nuestro sistema adopta la teoría amplia, resulta preciso aludir a ciertos elementos que arrojen luz al tribunal para la determinación de la fecha

hasta la que habrán de retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra. En primer término, convendrá remitirse al informe del síndico sobre las causas que hubieran dado lugar a la quiebra, y demás situaciones y circunstancias que hayan incidido para el estado de insolvencia (art. 1356, apartado VI del CCom). En segundo lugar, se deberá considerar lo expresado por la intervención, la junta de acreedores y lo expuesto por el propio deudor, contrastando la prueba ofrecida, y los argumentos de las distintas partes<sup>13</sup>.

A consecuencia de la bipolaridad de intereses propios de este escenario, surgen posiciones contrapuestas; en primer lugar, los acreedores, quienes pretenderán llevar la fecha de la retroacción lo más atrás posible, para dar mayor amplitud a la recomposición patrimonial; y, en segundo, el deudor y los terceros, quienes buscarán acortarla, para sustraerse a la revocación de los actos realizados.

En conclusión, la ausencia de lineamientos sobre la fijación de la fecha de retroacción se traduce en una facultad discrecional que, visto desde la perspectiva de terceros, atenta contra la seguridad jurídica. Toda orientación sobre la que el juez sustente su decisión, debe ser tamizada por el objeto del proceso de quiebra y las condiciones y circunstancias que sitian la imposibilidad patrimonial en cada caso concreto. Con la pretensión de equiparar el derecho hondureño a las tendencias modernas, se precisa que la ley contemple un plazo límite para la retroacción.

## II. Naturaleza de la ineficacia de los actos celebrados en el período de retroacción

En términos generales, la declaración de ineficacia de los actos tiene como consecuencia fundamental la obligación de las partes a la restitución de las respectivas prestaciones. El tercero queda obligado a reintegrar a la masa aquello que hubiera recibido del deudor y, asimismo, tiene derecho a exigir de éste la

10 En este sentido, *vid.* ARROYO RAMÍREZ, M., «Aproximaciones al nuevo derecho concursal», en *Vía crisis. Revista electrónica de derecho concursal*, Núm. 29, Lima, septiembre 2007, p. 15.

11 LORENZO, Facundo, «Período de sospecha en la quiebra», en *Vía crisis. Revista electrónica de derecho concursal*, Núm. 11, Lima, marzo 2006, pp. 1 y 2.

12 En relación, BERROCAL LANZAROT, A. I., «La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación», en *Cuadernos de derecho y comercio*, Núm. 54, Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, octubre 2010, p. 203, señala que la fijación rígida y uniforme constituye un notable avance en la legislación española, por cuanto asegura una mayor seguridad jurídica con respecto a terceros. En este mismo sentido apunta SANDOVAL LÓPEZ, R., *Derecho comercial*, p. 120, aludiendo al derecho chileno.

Por otro lado, se ha criticado que la rigidez del plazo puede dar lugar a que el deudor haga uso fraudulento del mismo, llevando a cabo acciones de despatrimonialización con anterioridad a los dos años para evitar el ejercicio de la acción rescisoria concursal, en estos términos, *vid.* CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 141.

13 GRAZIABILE, Darío, «Bases para el estudio del sistema de inoponibilidad concursal», en *Vía crisis. Revista electrónica de derecho concursal*, Núm. 23, Lima, marzo 2007, p. 4.

entrega de todo aquello que hubiera recibido, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes objeto del acto. Deberán restituirse los bienes o derechos que le hubiera dado el deudor en las mismas condiciones en que fueron recibidos y, en consecuencia, a reintegrar el elemento patrimonial con todos sus accesorios. Habrá de entregar también los frutos que en su caso se hubiesen producido, o los intereses generados (art. 1467 del CCom)<sup>14</sup>.

Frente a la aparente «poco importante» divergencia terminológica, en la doctrina se ha discutido sobre la naturaleza de la ineficacia<sup>15</sup> de los actos comprendidos dentro del período de retroacción. Con su génesis en el derecho francés, la teoría de la ineficacia desdobló dentro de su género principalmente dos especies. En primer término la «nulidad», que priva de

efectos al acto respecto a las partes, por adolecer de un vicio en sus elementos esenciales; y en segundo lugar, la «inoponibilidad», que suprime la validez frente a terceros, pero mantiene la validez *inter partes*, debido a circunstancias exteriores al acto.

El avance legislativo trajo consigo otras figuras regulando la misma situación; de esta forma se ha hablado de «impugnación» en el derecho alemán (art. 129 de la *Insolvenzordnung*); «rescisión» en el derecho español (art. 71 de la Ley Concursal); «nulidad» en el derecho francés (art. 621 del *Code de Commerce*); «inoponibilidad» en el derecho chileno (art. 76 de la Ley de Quiebras), y llanamente «ineficacia» en el derecho argentino (art. 118 de la Ley de Concurso y Quiebra) y brasileño (art. 129 de la *Lei de Falências*)<sup>16</sup>.

Incardinando la cuestión en el derecho hondureño, el art. 1463 del CCom dispone: «Serán ineficaces frente a la masa todos los actos que el quebrado haya hecho antes de la declaración de quiebra o de la fecha a que se retrotraigan sus efectos, defraudando a sabiendas los derechos de los acreedores, si el tercero que intervino en el acto tenía conocimiento de este fraude». De conformidad con la disposición *ut supra*, claramente el derecho hondureño consagra la ineficacia *latu sensu*, sin aludir a la especie dentro del género. Consideramos adecuado limitar la discusión al encuadramiento de la ineficacia comprendida en el art. 1463 del CCom en alguna de las figuras originalmente concebidas (nulidad o inoponibilidad), en razón de que las nuevas tendencias no se alejan de este planeamiento original, ni de sus efectos. Optar por la aplicación entre la nulidad y la inoponibilidad no es un asunto baladí, ya que sus efectos son similares, más no idénticos; por tanto, es adecuado adoptar un criterio atendiendo a los efectos que derivan de la ineficacia en el derecho hondureño en este contexto. Para la determinación de la especie es importante referirnos a ciertas situaciones que plantean ambas figuras.

Los efectos de la nulidad y de la inoponibilidad vienen determinados por su alcance, por lo que es necesario hacer alusión a los efectos dimanantes de ambas instituciones jurídicas. El asunto no puede prosperar si no descendemos al terreno de los ejemplos

14 En estos términos, *vid.* BERROCAL LANZAROT, A. I., «La acción rescisoria concursal», p. 239.

15 Sobre esto, resulta primordial referirnos a CHIAPERO DE BAS, S. y JURRYENT DE SANDOVAL, B., «Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos», en A.A. V.V., *Clases de derecho civil. Parte general* (Dir. BERTOLDI DE FOURCADE, M. V.), Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, pp. 87 y ss., quienes señalan que la ineficacia *latu sensu* comprende multiplicidad de supuestos de naturaleza heterogénea, ésta se desdobra en la invalidez o nulidad y en la ineficacia *strictu sensu*. En la nulidad o invalidez, el acto jurídico no produce sus efectos propios en razón de que el vicio afecta alguno de sus presupuestos esenciales en el momento mismo de la concertación del negocio. Se trata de una ineficacia estructural, pues atiende a la fase de formación del negocio y los vicios atacan la estructura intrínseca del mismo. En cambio la ineficacia, en sentido restringido, alude a supuestos de actos jurídicos válidos, intrínsecamente bien constituidos, en los que concurren motivos extrínsecos, sobrevenidos en el desarrollo ulterior del negocio que impiden que el acto realice la función económica social para el que fue creado. Se trata de una ineficacia funcional, pues supone un acto válido, sus presupuestos de validez están en regla, pero no produce sus efectos propios por circunstancias extrínsecas de naturaleza funcional. Asimismo, la ineficacia *strictu sensu* se subdivide en absoluta, que engloba la rescisión, revocación y resolución; y relativa, que comprende la inoponibilidad.

16 GRAZIABILE, Darío, «Bases para el estudio del sistema de inoponibilidad», p. 8.

concretos. Así, v. gr., suponiendo que el quebrado haya vendido bienes de su activo después de declarada la quiebra, la doctrina ha planteado las implicaciones de la nulidad e inoponibilidad, señalando que, si hay nulidad, el que contrató con el quebrado no podrá pedir el cumplimiento del contrato, porque ese contrato no es apto para generar obligaciones. Por otro lado, si ese contrato es inoponible, será válido y surtirá efecto entre el quebrado y su contratante, de modo que puede pedirse su cumplimiento una vez acabado el proceso de quiebra, o durante la quiebra sobre los otros bienes no comprendidos en el desasimiento, p. ej., los que adquiera en el futuro a título oneroso; pero si se pretendiera hacer efectivo su pago en los bienes comprendidos en la masa, se hará valer la excepción de inoponibilidad. Si como consecuencia del contrato nulo el quebrado hubiese enajenado esos bienes, el que contrató con él no adquiere el dominio de los bienes, ni tendrá un justo título para adquirir el dominio por la prescripción ordinaria; por tanto, esos bienes son reivindicables. En cambio, si se aplica la inoponibilidad, como el acto es válido, el comprador adquirirá el dominio por la tradición, pero la masa podrá alegar su inoponibilidad y desconocer su eficacia, recuperando el bien. Pero si hay suficientes bienes del quebrado para afrontar el pago de los créditos, la masa no se interesará en deducir la inoponibilidad, lo que no puede ocurrir por la vía de la nulidad, ya que la nulidad absoluta no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes y, con ello, no podría convalidarse el acto, salvo que concurra la prescripción extraordinaria (arts. 1589, 2284 y 2284 Código Civil)<sup>17</sup>.

17 GÓMEZ BALMACEDA, R., y EYZAGUIRRE SMART, G., *El derecho de quiebras*, pp. 219 y 220. Establecida la diferencia desde una perspectiva práctica, los autores señalan que la diferencia –desde el prisma teórico–, estriba en que la nulidad es un vicio del acto y la sanción afecta al acto en sí mismo, mientras que la inoponibilidad no ataca al acto, sino a sus efectos. La nulidad destruye el acto y con ello no produce efecto para nadie, en cambio la inoponibilidad deja subsistente el acto, pero le quita eficacia a sus efectos, cuando tales efectos perjudican a terceros, esto es, respecto de aquellos a quienes dichos efectos puedan alcanzar, es decir, la inoponibilidad no produce efectos *erga omnes* como ocurre con la nulidad.

Por otro lado, se ha señalado que la circunstancia de que la ineficacia ostente la calificación de inoponibilidad y no de nulidad, tiene importancia en cuanto a que las consecuencias de esta sanción son doblemente relativas. En primer término, respecto de las personas que pueden pedir su declaración; y en segundo, porque la ineficacia opera frente a la persona en cuyo favor está establecida y en la medida necesaria para evitar que dicha persona sufra perjuicio. La inoponibilidad, en consecuencia, sólo puede ser solicitada por la masa representada por el síndico y no puede ser ejercida por cualquiera persona que tenga interés en ello, como sucede con la nulidad absoluta (art. 1589 del CC). Amén de esto, como hemos señalado, si el estado de quiebra concluye por algún medio legal, los actos que el quebrado haya podido ejecutar durante el desasimiento y antes de la quiebra en el período sospechoso mantendrán su valor pleno y no estarán expuestos al ataque de terceros invocando su nulidad por este motivo<sup>18</sup>.

A nuestro criterio, al disponer el art. 1463 del CCom, que la ineficacia opera frente a la masa y no *erga omnes*, no existe razón para restar eficacia al acto entre las partes. Claramente, la norma resguarda únicamente los intereses de la masa, legitimándola, alejándose de la posibilidad de invocar la invalidez por un tercero. Es por lo antes expuesto que podemos afirmar que la ineficacia a la que se refiere el art. 1463 del CCom, reviste la forma de inoponibilidad<sup>19</sup> y no de nulidad, conservando el acto jurídico su eficacia entre las partes. Una vez aclarada la cuestión, es preciso el estudio del fraude, como presupuesto para declarar la inoponibilidad de los actos celebrados dentro del período de retroacción y, de esta forma, reintegrar los bienes objeto de dichos actos a la masa.

### III. El fraude como presupuesto para la declaración de ineficacia de los actos

A efectos de claridad, es imperativo trazar un orden sistemático para abordar esta temática. Siendo así,

18 SANDOVAL LÓPEZ, R., *Derecho comercial*, p. 121.

19 Pese a que la figura se presente novedosa en el derecho hondureño, cabe destacar que en el CCom ya se contempla, aunque en un contexto distinto, *vid.* art. 452 del CCom.

es esencial apuntar que el art. 1463 del CCom presu- pone tres requisitos para la declaración de ineficacia de los actos celebrados dentro del período de retroacción. Estos son, en primer término, que los actos se hayan celebrado dentro del período de sospecha, cuestión ya discutida en el primer apartado. En segundo término, la voluntad fraudulenta del deudor, esto es, que el fraude se haya realizado a sabiendas, *ergo*, implica la existencia de fraude. En tercer lugar, el conocimiento del fraude por parte del tercero que intervino en el acto. Sobre estos últimos dos puntos recae la discusión del presente apartado, que tiene por objeto dilucidar la cuestión del fraude como requisito de la ineficacia. Para ello es vital, en primer término, conceptualizar el fraude y su configuración como presupuesto en el contexto de la quiebra. Posteriormente hemos de discutir las presunciones legales de existencia de fraude, para luego abordar la prueba del conocimiento del fraude por parte de terceros.

### 1. *El fraude en el contexto de la quiebra: concepto y configuración como presupuesto*

A lo largo de la legislación civil y mercantil se atisba una respuesta constante ante la presencia del fraude, su rechazo y sanción. El régimen de la quiebra no es la excepción a esta regla; en este sentido, basta con citar el art. 1463 del CCom, que vuelve inoponibles los actos celebrados dentro del período de retroacción, en caso de existir fraude al celebrarse el negocio jurídico. Y es que no es por mero capricho o casualidad legislativa que el fraude se sanciona en diversas disposiciones<sup>20</sup>.

20 En estos términos, *vid.* DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. «Faus omnia corrumpit. Notas sobre el fraude en el Derecho Civil», en AA. VV., *Doctrinas esenciales. Derecho civil* (Dir. TAVOLARI OLIVEROS, R.), Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pp. 615 y 616. Señala el autor que existe un principio general que excluye todo efecto del acto fraudulento. La frase *faus omnia corrumpit* lo traduce. Pero la reacción contra el fraude en las normas positivas es variada, porque en ocasiones se otorga un medio específico de reacción, como la nulidad, o la revocación; en otras se paraliza el efecto del acto, adoptando la forma de inoponibilidad, como es el caso que nos ocupa.

El fraude se define como engaño, abuso o maniobra inescrupulosa<sup>21</sup>. Por su parte, el art. 1463 del CCom se refiere al fraude contra los acreedores, que buscan, a través del sistema de inoponibilidad, reintegrar bienes a la masa para ver satisfechos sus créditos. De esta forma, en una primera aproximación podemos definir fraude, en el ámbito de la quiebra, como el engaño o maniobra realizada por el deudor, tendente a burlar el pago de los créditos a los acreedores. Para formarnos una noción más amplia, es imprescindible analizar la forma mediante la cual el quebrado realiza dicha maniobra. El asunto es resultado adecuadamente por la doctrina española, que señala que las acciones fraudulentas consisten en conductas mediante las cuales se favorece a unos acreedores en perjuicio de otros, o se sustraen bienes del patrimonio, a fin de que estos no sufran las consecuencias subsiguientes al estado de insolvencia<sup>22</sup>. En esta tesitura podemos afirmar que el fraude en la quiebra se define como todo acto del deudor, celebrado mediando engaño, que vulnera el principio *par conditio creditorum*, favoreciendo a determinados acreedores, o disminuyendo su patrimonio, con el objeto de excluir el pago a los acreedores cuyos créditos comportan la masa de la quiebra.

Aclarado el aspecto conceptual, iniciamos la discusión sobre la configuración del *consilium fraudis* como condición esencial para la declaración de inefica-

21 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas*, p. 423. En relación con el asunto, el autor se refiere a la «enajenación en fraude de acreedores» (p. 366) señalando que, dado que el patrimonio del deudor es la garantía común de sus acreedores, las legislaciones, con el fin de conservar la solvencia de aquél y proteger los intereses de éstos, tachan de fraudulentos aquellos negocios que disminuyen el patrimonio con el fin de perjudicar a los acreedores.

22 FERNÁNDEZ RUIZ, J. L. y MARTÍN REYES, M. de los A., *Fundamentos de derecho mercantil*, p. 15. Asimismo, *vid.* NOVILLO, Mario, y BELIGOY, Lilian, «Vicios del acto jurídico. Simulación, fraude y lesión», en AA. VV., *Clases de derecho civil. Parte general* (Dir. BERTOLDI DE FOURCADE, M. V.), Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, p. 111, quien define negocio fraudulento como el celebrado de mala fe por un deudor insolvente, o por caer en ese estado, para privar a sus acreedores de la garantía sobre la cual pueden hacer efectivos sus créditos.

cia de los actos. En el derecho hondureño, el art. 1463 del CCom incuestionablemente remite al fraude, a diferencia del derecho español<sup>23</sup>, argentino<sup>24</sup>, brasileño<sup>25</sup>, *inter alia*. Esta divergencia ha de ser contrastada con el objeto de las acciones de reintegración patrimonial desde una perspectiva funcional, en relación con las demás figuras que la ley otorga para la consecución de dicho objeto; concretamente, en este plano nos referimos a la acción revocatoria o pauliana, contemplada en el art. 1370 del CC. La norma dispone: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

La disposición constituye el precepto autorizante para que, bajo el supuesto de que el deudor celebre actos encaminados a evitar el pago de sus acreedores, mediando fraude, los acreedores puedan impugnarlos. Desde esta posición, cabe cuestionarnos en qué radica la diferencia en relación con los requisitos entre el sistema de impugnación de los actos instituido por la

- 23 En sentido, manifiesta BERROCAL LANZAROT, A. I., «La acción rescisoria concursal», pp. 193 y ss., que bajo el sistema concursal instituido por la Ley Concursal, se abandona el sistema del CCom español, sustituyendo el sistema de retroacción del concurso (que se califica de «perturbador») por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, aunque no hubiera existido intención fraudulenta por parte del deudor, en el período de dos años anteriores a la declaración de concurso.
- 24 Ante el silencio legislativo, la doctrina ha optado por una interpretación prescindiendo del fraude, en estos términos, *vid.* GRILLO, Horacio, *Algunas reflexiones en torno a la prueba del conocimiento por parte del tercero del estado de cesación de pagos del deudor como presupuesto de viabilidad de la acción revocatoria concursal*, Librería Virtual Astrea, 2001, p. 1.
- 25 En el derecho brasileño, se niega expresamente la configuración del fraude como elemento esencial para la declaración de ineficacia de los actos celebrados dentro del período de retroacción, *vid.* art. 129 de la *Lei de Falências*.

acción revocatoria o pauliana del art. 1370 del CC, y la acción tendente a declarar ineficaces los actos celebrados dentro del período de retroacción de la quiebra instituida por el art. 1463 del CCom.

A nuestro criterio, considerando que en ambos casos el fraude se presenta como un elemento esencial, la *ratio* de la norma especial (art.1463 del CCom), adquiere un matiz difuso, por cuanto no ofrece una solución directa a la cuestión concreta que difiera sustancialmente de la norma ordinaria (art. 1370 del CC). El fraude, como presupuesto en el contexto de la quiebra, vuelve la existencia de la acción redundante, en vista de que el ordenamiento jurídico cuenta ya con una disposición a través de la cual se puede conseguir la ineficacia de los actos en caso de configurarse el fraude, sin la limitante de que el acto haya sido celebrado dentro el período de sospecha y del conocimiento del tercero. Es por esta razón que algunos ordenamientos jurídicos prescinden del fraude como presupuesto, contemplando figuras que resultan funcionalmente más adecuadas a los procesos de quiebra, sin perjuicio de la posible aplicación de aquellas instituciones complementarias de orden civil común<sup>26</sup>.

Por encima de la observación señalada, hemos de tomar en consideración que el art. 1463 del CCom comprende la existencia del fraude como requisito

- 26 En el derecho español, la limitación temporal de las acciones rescisorias concursales no excluye el régimen general de revisión de los actos rescindibles del deudor concursado, pues los arts. 1111 y 1291 del Código Civil español surten plena eficacia también durante el concurso y tanto el deudor concursado, como la administración concursal, tienen la posibilidad de ejercitarlos. En este sentido, *vid.* BERROCAL LANZAROT, A. I., «La acción rescisoria concursal», pp. 193 y ss., y MARTÍN REYES, M. de los A. «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa: breves apuntes sobre una reforma esperada», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril 2004, pp. 916 y ss. En la jurisprudencia, *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8ª, de fecha 9 de abril de 2008.
- Siguiendo esta línea en el derecho chileno, *vid.* SANDOVAL LÓPEZ, R., *Derecho comercial*, p. 128; y GÓMEZ BALMACEDA, R., y EYZAGUIRRE SMART, G., *El derecho de quiebras*, pp. 274 y ss.

esencial para la declaración de ineficacia de los actos celebrados dentro del período de sospecha, *ergo*, pese a su carácter desacertado, al no diferir de la acción revocatoria ordinaria, la judicatura deberá exigir su cumplimiento, atendiendo al imperativo mandato legal. El argumento lo sustentamos en el principio de legalidad, bajo el que, aun frente a la poca utilidad práctica del fraude como presupuesto para declaración de inoponibilidad de los actos, el juez habrá de apreciar el mismo para la procedencia de la acción, de conformidad con la dicción de la disposición. Bajo este esquema, destacan las presunciones legales de fraude instituidas por la ley, que ante un sistema que no se presenta con la mayor coherencia y simplicidad, de cierta forma se adecúa y rescata el principio teleológico de la normativa, fijando supuestos concretos bajo los cuales la configuración y prueba del fraude se acredita con relativa facilidad<sup>27</sup>.

## 2. Presunciones de existencia de fraude

El CCom establece un doble sistema de presunciones legales que conducen a la certeza, por parte del tribunal, sobre el hecho que el quebrado ha actuado defraudando a sabiendas los derechos de los acreedores. En primer lugar, el art. 1464 del CCom contempla dos supuestos que instituyen las presunciones *iuris et de iure*. En segundo término, el art. 1465 del CCom establece dos casos sobre los que pesa una presunción *iuris tantum*. En este orden, nos disponemos a discutir ambas presunciones legales.

### 2.1. Presunciones *iuris et de iure*

El art. 1464 del CCom establece dos supuestos sobre los que opera una presunción de la existencia del fraude de acreedores, sin que se admita prueba en contrario. En primer término, la disposición contempla los actos y enajenaciones a título gratuito, ejecutados a partir de la fecha de retroacción, y en los que, sin ser

27 En sentido similar en el derecho chileno, apuntan GÓMEZ BALMACEDA, R., y EYZAGUIRRE SMART, G., *El derecho de quiebras*, p. 253, al sostener que la acción revocatoria concursal no difiere de la ordinaria en cuanto a su naturaleza, sino que sólo varían por la mayor facilidad de prueba.

gratuitos, la prestación recibida por el quebrado sea de valor evidentemente inferior a la suya. La norma busca volver ineficaces aquellos actos que representen una efectiva despatrimonialización<sup>28</sup> que no conlleve una contraprestación, o que sea ostensiblemente inferior<sup>29</sup>.

En segundo término, la norma comprende los pagos de deudas y obligaciones no vencidas, hechos por el quebrado, con dinero, títulos-valores, o de cualquier otro modo. La disposición engloba los pagos, con independencia de la forma en que se hagan; dicho de otro modo, únicamente se atiende al significado patrimonial que representa el pago. Esta presunción se sustenta en el hecho que, en caso de encontrarse en estado de insolvencia, la mala fe se pone de manifiesto al realizar pagos anticipados, ya que presupone la disposición de bienes sobre los que otras deudas pudieran tener preeminencia.

### 2.2. Presunciones *iuris tantum*

Siguiendo su orden, el art. 1465 del CCom instituye dos supuestos sobre los que pesa una presunción que admite prueba en contrario. En primer término, contempla los pagos de deudas vencidas, hechos en especie diferente a la que correspondiere, dada la naturaleza de la obligación<sup>30</sup>. En este sentido, la presunción se fundamenta en el posible hecho de disminución del

28 Al referirnos a una efectiva despatrimonialización, aludimos al hecho de que quedan fuera del supuesto aquellos actos que consistan en la prestación de servicios que suelen o pueden ser retribuidos económicamente, pero realizados con gratuidad, en los cuales no hay una merma patrimonial efectiva por parte de quien se obliga, ni comporta enriquecimiento y empobrecimiento correlativos entre las partes, en relación, *vid.* HINESTROSA, Fernando, *Derecho civil. Obligaciones*, Ed. Biblioteca Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969, p. 339.

29 Para obtener un concepto de lo que resulta ostensiblemente inferior, es conveniente remitirse a los usos y costumbres de comercio sobre el acto concreto.

30 El caso responde a una infracción al principio de identidad del pago, en relación, *vid.* ÁLTERINI, Atilio Anfbal, AMEAL, Óscar José, y LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 107.

patrimonio bajo la premisa de que se entregan bienes cuyo valor real no corresponde a lo debido.

En segundo lugar, se presume en fraude de acreedores si el deudor constituye derechos reales sobre sus bienes, en garantía de obligaciones anteriores a la fecha de retroacción, para los que no hubiere convenido dicha garantía, o con motivo de créditos, préstamos en dinero, efectos o mercancías, anteriores o no a la fecha indicada, cuya entrega no se verificare al tiempo de otorgarse la obligación, ante fedatario público y testigos que intervinieren en ella.

En cuanto a la prueba, el art. 1465 del CCom establece la presunción salvo que el interesado pruebe su buena fe; por tanto, la carga recae sobre el deudor o el tercero, es decir, cualquiera de estos deberán desvirtuar la concurrencia del fraude en dicho acto, para que la ineficacia no los alcance. Esto se encuentra en consonancia con el criterio de facilidad y disponibilidad al que deberá atender el juez en relación con la *onus probandi* (art. 238.5 del Código Procesal Civil, CPC).

### 3. El conocimiento del tercero sobre el fraude

Como tercer y último requisito para la declaración de ineficacia de los actos, el art. 1463 del CCom señala el conocimiento del fraude por parte del tercero que intervino en el acto. Sobre esto cabe discutir dos cuestiones que presentan un grado de oscuridad al momento de aplicar la norma.

En primer término, nos referimos al contenido del conocimiento del fraude; dicho de otra forma, sobre qué debe versar el conocimiento por parte del tercero. La doctrina ha sostenido que el tercero que contrató con el deudor debía conocer el estado de impotencia patrimonial en que se encontraba, es decir, poseía la *scientia decoctionis*<sup>31</sup>. El alcance del conocimiento sobre la situación deberá ser valorada en cada caso concreto, sin embargo, este conocimiento no puede interpretarse como certeza absoluta sobre el estado patrimonial del deudor, ya que ello conllevaría al conocimiento y consideración del balance, cartera de clientes, estrategia comercial, entre otros elementos de difícil adjudicación.

31 GRILLO, Horacio, Algunas reflexiones en torno a la prueba del conocimiento, p. 1.

En segundo lugar aludimos a la prueba de este conocimiento. Al ser un presupuesto para la declaración de ineficacia, se instituye como un elemento constitutivo, y por tanto, corresponde al actor probarlo (art. 238.1 del CPC). La prueba del conocimiento adquiere un matiz indiscutiblemente ambiguo, ya que probar a ciencia cierta el efectivo conocimiento por parte del tercero sobre el estado de impotencia patrimonial representa gran dificultad, en ocasiones incluso para el propio deudor<sup>32</sup>. En la doctrina, la discusión dio origen a dos teorías denominadas del «conocimiento efectivo», consistente en, como su nombre lo indica, probar el conocimiento por parte del tercero del estado de cesación de pagos del deudor; y de la «cognoscibilidad», orientada a probar si tal estado era conocible para quienes se comportasen diligentemente<sup>33</sup>.

Considerando ambas tesis, por la dificultad de probanza de la cuestión, alcanza mayor coherencia la teoría de la cognoscibilidad, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso concreto; v. gr., si se trata de una empresa con notoria dificultad económica, el conocimiento se adquiriría con facilidad por parte de aquellos que comercian en el mismo rubro; en el caso de una empresa sólida en su recorrido, que pasa por una etapa de difícil transición, el conocimiento se obtendría sin complejidad por parte de aquellos que le suministran bienes, al notar una disminución gradual y significativa de los pedidos. Sin perjuicio de esto, somos del criterio que en cuanto a la prueba del conocimiento en el terreno de la práctica, lo frecuente sería ofrecer prueba indiciaria o conjetural y no concluyente, debido a la dificultad material de probar fehacientemente aspectos relativos a la intimidad de conciencia del tercero, salvo que sus actos formen plena convicción de mala fe en razón de la manifiesta finalidad pretendida. *De lege ferenda*, deberá prescindirse del fraude y la prueba del conocimiento para la declaración de inoponibilidad de los actos; el primero, por contar el ordenamiento jurídico con mecanismos que cumplen una función análoga, exigiendo menos requisitos; y el segundo, por la dificultad que implica aportar prueba que acredite dicho extremo.

32 MAFFÍA, Osvaldo, *Derecho concursal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 630.

33 GRILLO, Horacio, *op. cit.*, p. 2 y ss.



AFECTACIONES A LA INDEPENDENCIA JUDICIAL  
EN HONDURAS EN EL MARCO DE LA DEPURACIÓN JUDICIAL  
Y LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS DE CONFIANZA

Audiencia Pública  
150 Periodo Ordinario de Sesiones  
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Washington, D.C., 25 de marzo de 2014



# Situación del Estado Democrático de Derecho en Honduras

## INTRODUCCIÓN

Sin duda, el poder judicial en Honduras pasa en estos momentos por una situación crítica, pues a los problemas de independencia judicial, que han sido notorios en los últimos años, tanto antes como después del golpe de Estado de junio de 2009, hay que sumar la entrada en vigencia de la nueva legislación, expresada en la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial que, lejos de venir a ordenar y fortalecer institucionalmente, lo que ha provocado es una situación de inestabilidad para los jueces, juezas y magistrados(as), en particular por el carácter autoritario con que se está aplicando esta Ley, cuyo énfasis principal se expresa en el carácter disciplinario, con franco menoscabo de las garantías judiciales del debido proceso.

Siempre creímos, desde nuestra perspectiva asociativa, que la nueva Ley del Consejo de la Judicatura debería ser el instrumento legal que viniera a sentar las bases de la reforma judicial en nuestro país, y que la instauración del Consejo de la Judicatura debería suponer no solo la separación de la función administrativa de la jurisdiccional, sino que la existencia de este organismo iba a constituir un paso adelante para la modernidad de nuestro Poder Judicial. Pero, más temprano que tarde, nos dimos cuenta de que el espíritu de la reforma parecía disiparse, primero por las incongruencias de la Ley respecto al marco disciplinario<sup>1</sup> y, poco tiempo después, por la forma en que el Congreso Nacional eligió a los miembros del Consejo de la Judicatura, acto en el cual se transgredió la forma de representación e integración de este órgano, y concluyó con la exclusión de los representantes de la Asociación de Jueces por la Democracia<sup>2</sup>, negándoles su derecho de formar parte de esta entidad de gobierno del Poder Judicial.

La realidad que hoy vivimos, honorables Comisionados de esta Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es de marcado retroceso y de profunda afectación a la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional. Por ello acudimos nuevamente a estas sesiones

- 1 Inexplicablemente el legislador, al momento de discutir y aprobar la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, omitió incluir en la misma el catálogo de las conductas constitutivas de falta y las sanciones correspondiente, inobservando de manera inexcusable el principio de legalidad; en su lugar decidió remitir estos aspectos del régimen disciplinario a la elaboración de un reglamento a cargo del Consejo de la Judicatura.
- 2 Ver el acápite «El nombramiento e integración del Consejo de la Judicatura violentando la normativa legal», en el Informe: *La Independencia Judicial en Honduras: Erosionada en el marco de la crisis institucional*, presentado por AJD ante la CIDH, durante el 149 periodo de sesiones, el 28 de octubre de 2013.

temáticas, con el interés de poner en conocimiento de ustedes y de los representantes del Estado hondureño de la grave problemática por la que estamos atravesando; en esta ocasión queremos llamar la atención sobre tres temas concretos, interrelacionados en el fondo y que, para efectos de exposición, los dividiremos en: 1. Las actuaciones del Consejo de la Judicatura y sus repercusiones sobre el principio de legalidad y las garantías judiciales, 2. La vigencia y obligatoriedad de las pruebas de confianza, y, 3. La denominada depuración judicial y las consecuencias en la estabilidad y la independencia judicial.

## I. LAS ACTUACIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS GARANTÍAS JUDICIALES

Nos interesa en este apartado dejar constancia de algunas actuaciones del Consejo de la Judicatura que causan profunda preocupación en el ámbito de la judicatura. Destacamos por su importancia lo atinente a lo que se ha dado en llamar la depuración judicial. Este proceso, si es que se le puede llamar así, inicia en noviembre de 2013 con la destitución de Donaldo Calero, Juez Penal de Yuscarán, El Paraíso, y la suspensión de Jacobo Gutiérrez, también Juez Penal de Yuscarán<sup>3</sup>. Posteriormente, estas acciones se ampliaron y, a inicios del mes de diciembre, fueron suspendidos de forma indefinida cinco jueces<sup>4</sup> más, incrementándose esta cifra el 11 de diciembre, cuando el Consejo de la Judicatura decide suspender a siete jueces y juezas<sup>5</sup>; estas cifras continuaron incrementándose cada semana, al punto que a la fecha son treinta y tres (33) los jueces y juezas suspendidos, y al menos cinco jueces han sido destituidos. A ello debe sumarse un importante número de auxiliares judiciales que también han sido suspendidos y destituidos.

Sobre las causas de estas suspensiones y destituciones, en el caso de jueces y juezas, el Consejo de la Judicatura ha estimado que se ha incurrido por los represaliados en: «incumplimiento a resoluciones dictadas por Cortes de Apelaciones y tribunales superiores, participar en juicios mediando un interés directo, otorgamiento de medidas sustitutivas no permitidas, irrespeto a la jefa de Personal y Coordinación de un Juzgado y retardo en aplicación de justicia»; asimismo, «acreditación de firmas en inspecciones y comparecencias en las cuales los funcionarios no estuvieron presentes; detención ilegal y por no excusarse de conocer juicio en caso en el que ameritaba hacerlo», etc.

Sobre estos motivos en que se fundan las suspensiones no es nuestra pretensión entrar en consideraciones sobre el fondo, aunque es claro que una buena parte de las causas son objeto de corrección mediante los recursos judiciales. Interesa, en todo caso, determinar el carácter sumario y de buena forma arbitrario en que se han producido estas medidas disciplinarias.

3 <http://www.tiempo.hn/sucesos/noticias/destituyen-a-juez-y-suspenden-a-otro>

4 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/Suspenden-a-cinco-jueces-hondurenos>

5 <http://www.proceso.hn/2013/12/10/Nacionales/Consejo.de.la/79375.html>

En efecto, habría que cuestionar en primer lugar que estas suspensiones y destituciones se hayan practicado en contradicción con el principio de legalidad, es decir, sin que la ley contemple el catálogo de faltas y sanciones, fundando estas sanciones en un régimen disciplinario establecido en una circular que no alcanza siquiera el carácter de reglamento.

Del mismo modo, que las suspensiones se hayan realizado sin que la ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial les conceda atribuciones a los Consejeros para realizarlas, y se impongan bajo la justificación de realizar actos de investigación y no como sanción, cuando en la práctica su carácter es punitivo o sancionador. Asimismo, que estas suspensiones provisionales no tengan fecha de finalización, y que durante su duración a las y los suspendidos se les prive arbitrariamente de su salario.

Importa también que estas sanciones no puedan ser objeto de recurso, pues se consideran por los Consejeros como irrecurribles<sup>6</sup>, con lo cual se violenta el derecho de los agraviados a conseguir que estas decisiones se revisen y que se les restituya en sus derechos. De esta forma se violenta una de las garantías judiciales esenciales del debido proceso, como es la de disponer de un recurso sencillo y eficaz.

Interesa que las decisiones tomadas por el Consejo de la Judicatura para estas suspensiones carecen por completo de la más elemental motivación, estableciéndose únicamente como causal la de «tener denuncias que fueron declaradas con mérito por parte de la Inspectoría General de Juzgados y Tribunales»<sup>7</sup>.

Pero, ante todo, nos preocupa que estas sanciones, de carácter masivo e injustificadas, se amparen en un propósito de depuración judicial<sup>8</sup>, que lo que está produciendo es un clima intimidatorio que perjudica seriamente el entorno institucional para la independencia de los jueces y juezas, quienes se consideran inquietados o perturbados con estas medidas, siendo que los juzgadores no saben si una resolución enmarcada en la ley puede ser objeto de acción disciplinaria<sup>9</sup>, de conformidad a los precedentes citados anteriormente.

## II. LA VIGENCIA Y OBLIGATORIEDAD DE LAS PRUEBAS DE CONFIANZA

De igual o mayor preocupación que las suspensiones y destituciones arbitrarias, es el tema de la entrada en vigencia y obligatoriedad de las pruebas de confianza, entre las que destacan: las psicométricas, toxicológicas, el polígrafo y la investigación patrimonial. Estas han empezado

6 El acta o las actas que ordenan las suspensiones establecen en su parte final: La presente resolución surtirá efectos a partir del día diez de diciembre del presente año [2013]. **La misma es irrecurrible**. Ver acta de esa fecha anexa a este informe. (El énfasis es nuestro).

7 *Ibid.*, ver acta de fecha 10 de diciembre de 2013.

8 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Sucesos/Acciones-para-depurar-Poder-Judicial-no-estandar-reglamentadas>.

9 Comunicado de la Asociación de Jueces por la Democracia, «Posicionamiento de AJD respecto a las recientes sanciones disciplinarias aplicadas a jueces y juezas», de fecha 22 de enero de 2014.

a aplicarse desde el pasado 17 de marzo, cuando los miembros del Consejo de la Judicatura, encabezados por su presidente, decidieron voluntariamente someterse a las mismas<sup>10</sup>. Y anunciaron que serán aplicadas en el corto plazo a todos los jueces, juezas y magistrados.

La aplicación de las denominadas pruebas de confianza se desarrolla después de que la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial fuera reformada<sup>11</sup>. Según declaraciones del presidente del Consejo de la Judicatura, abogado Jorge Rivera Avilés, las pruebas de confianza, y en particular la del polígrafo, serán aplicables después de que los titulares, al igual que suplentes, del Consejo de la Judicatura hayan cumplido cada uno de estos instrumentos; entonces les tocará el turno a los funcionarios de juzgados y tribunales con jurisdicción nacional, seguidos por los que tienen expedientes disciplinarios pendientes, quienes decidieron someterse voluntariamente y, para finalizar, el personal restante del Poder Judicial<sup>12</sup>.

La convocatoria a las pruebas de confianza por el Consejo de la Judicatura se funda en el artículo 3 reformado de la Ley del Consejo inciso m) que estipula:

Practicar a los magistrados de Cortes de Apelaciones, jueces, funcionarios, personal administrativo, jurisdiccional y técnico del Poder Judicial de manera general o selectiva evaluaciones de confianza como las toxicológicas, sicométricas, psicológicas, de polígrafo, los estudios e investigaciones de patrimonio.

Respecto a las pruebas de confianza, y en particular a la del polígrafo, la AJD interpuso el 11 de marzo un Recurso de Amparo por estimar que esta prueba, de ser practicada, ocasiona violación de derechos constitucionales, en especial a la garantía de no autoincriminación contemplada en el artículo 88 de la Constitución, que dispone que «Nadie puede ser obligado en asunto penal, disciplinario o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad»; por tanto, resulta incompatible con esta norma someterse a la prueba de polígrafo, puesto que esta, claramente, riñe con la norma constitucional citada, por cuanto puede constituir una forma de autoincriminarse<sup>13</sup>.

La AJD sostiene que las pruebas de confianza,

10 <http://elheraldo.hn/Secciones-Principales/Sucesos/Consejo-de-la-Judicatura-se-somete-a-pruebas-del-poligrafo-este-martes>

11 Decreto No. 291-2013, mediante el cual se reforman los artículos 3 y 4 de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial.

12 <http://tiempo.hn/portada/noticias/jorge-rivera-aviles,-el-primero-en-someterse-a-pruebas-de-confianza>

13 El amparo está pendiente de que la Sala Constitucional lo resuelva y que decida cautelarmente si se suspende el acto reclamado; en este caso, la aplicación de la prueba del polígrafo.

...en lugar de ir a la raíz de los graves problemas de las instituciones de justicia, atacan los efectos y no las causas que provocaron la crisis en estos entes. Y prevalece bajo este esquema simplista una cuestión maniqueísta de funcionarios «malos» y funcionarios «buenos», sin detenerse a cuestionar la problemática que dio lugar a que estas instituciones se pervirtieran, por ejemplo los débiles o inexistentes controles internos, los mecanismos inadecuados de selección o reclutamiento, la falta de capacitación o formación y, por supuesto, la politización partidaria de estas instituciones, y haberles permitido, a quienes las dirigen, actuaciones al margen de la legalidad y favorecedoras de la impunidad<sup>14</sup>.

En torno a la prueba del polígrafo, hay que apuntar que su aplicación está prohibida en el proceso penal hondureño, que dispone que la persona imputada tendrá derecho «A no ser sometida a técnicas o métodos que alteren sus capacidades de conocimiento y comprensión del alcance de sus actos o su libre voluntad, tales como: malos tratos, amenazas, violencia corporal o psíquica, torturas, aplicación de psicofármacos, hipnosis y polígrafo o detector de mentiras»<sup>15</sup>. Es evidente que la norma que debería prevalecer es la precitada, por tener su origen en una ley general que tutela derechos de las personas que son investigadas por la comisión de un ilícito, circunstancia que se asemeja a la utilidad que se le quiere dar al polígrafo en materia administrativa.

Es ilustrativo, sobre la prueba poligráfica, traer a colación las recientes declaraciones que ofreciera el destacado jurista y ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni, en una visita a nuestro país. Cuando un periodista le preguntó que si creía en el polígrafo, respondió: *No creo en lo absoluto en el polígrafo, y por otra parte al funcionario hay que respetarle su dignidad. Pero aquí se está aplicando a todo mundo, no solo a policías, y es determinante para seguir en un cargo.* Agregó al final: ***Dentro de poco, el próximo paso, va a ser inyectarle cinco centímetros de pentotal sódico en vena al examinado y listo, es más seguro que el polígrafo***<sup>16</sup>.

En suma, el interés manifiesto en las pruebas de confianza, junto a la preeminencia de los procedimientos disciplinarios, no hace más que reflejar el carácter restrictivo de las ejecutorias del Consejo de la Judicatura, en detrimento del impulso de acciones tendientes al fortalecimiento institucional como la evaluación del desempeño, la formación inicial y continua, y la convocatoria y realización de concursos transparentes para el ingreso a la carrera judicial, aspectos en los cuales el Consejo pareciera no interesarse, y que son en buena medida las causas del deterioro progresivo de la judicatura en nuestro país. En otras palabras, se atacan los efectos pero se descuidan o no se les presta interés formal a las causas de la problemática.

14 Véase Informe: La Independencia Judicial en Honduras , *op. cit.*

15 Artículo 101 numeral 7) del Código Procesal Penal.

16 <http://www.latribuna.hn/2014/03/15/eugenio-raul-zaffaroni/> (el resaltado es nuestro).

### III. LA DENOMINADA DEPURACIÓN JUDICIAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA ESTABILIDAD Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Cuando se habla de depuración y se atiende al significado de esta palabra, encontramos en Wikipedia<sup>17</sup> que depuración puede referirse a: «La eliminación, física o burocrática, o el castigo o represión política de un colectivo opuesto». El término es sinónimo de: «Proscripción. Caza de brujas. Purga. Macartismo». Igual se señala que puede significar: «La búsqueda de la pureza en cualquier ámbito (moral, racial, estético, etc.)<sup>18</sup>. Es interesante también la definición político-sociológica de depurar, cuyo significado es: «separar, investigar a una institución, los funcionarios o sus actos para conocer sus posiciones políticas e ideológicas y su eventual separación<sup>19</sup>».

En efecto, la palabra *depuración* y sobre todo la frase *depuración judicial*, tiene la fuerza o repercusión de que estamos ante una situación de eventuales separaciones en masa de la carrera judicial, en un contexto de persecución y de investigaciones dirigidas a determinado(s) grupo(s) de jueces y juezas. Queda la sensación de que otros grupos de juzgadores no serán sujetos de esta depuración por su cercanía con las instancias que la realizan.

Seguro que habría sido más convincente que, en lugar de hablar o efectuar una depuración judicial de corte autoritario, el Consejo diseñara un plan de evaluación del desempeño de carácter general para todos los juzgadores, funcionarios y empleados, y que al mismo se le hubiera dado publicidad. Asimismo, que se impulsaran las reformas a la Ley del Consejo para incorporar en su cuerpo legal las faltas y sanciones, acompañadas de un régimen disciplinario respetuoso del debido proceso. Desafortunadamente, lo que tenemos es el anuncio de que las consecuencias de la depuración judicial alcanzarán al 50% de jueces y funcionarios<sup>20</sup>, y que quedan al menos por delante cinco años de depuración<sup>21</sup>. En estas circunstancias, desde la AJD nos preguntamos: ¿cómo no aterrarse y sentirse en un ambiente de carácter intimidatorio?

#### Hechos y cifras de la denominada depuración judicial

Las acciones de depuración judicial que está impulsando el Consejo de la Judicatura iniciaron a finales del mes de noviembre de 2013, y tienen como característica sobresaliente que se están llevando a cabo violentando el debido proceso, el principio de legalidad y otros derechos fundamentales de jueces y juezas, por lo que no cumplen con el propósito de adecentamiento y fortalecimiento del Poder Judicial, como exponemos a continuación.

17 <http://es.wikipedia.org/wiki/Depuraci%C3%B3n>, consultada el 17 de marzo de 2014.

18 *Ibid.*

19 <http://es.thefreedictionary.com/depurar> consultada en fecha 17 de marzo de 2014.

20 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/De-ser-necesario-Poder-Judicial-se-depuraria-el-50>

21 <http://www.laprensa.hn/inicio/476423-96/depuracion-del-poder-judicial-de-honduras-durara-5-anos>

## a) Prisión preventiva para dos juezas

### **CASO DE MARÍA ELENA FONSECA, JUEZA DE EJECUCIÓN PENAL DE TRUJILLO, COLÓN**

El Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial fue electo por el Congreso Nacional el 6 de septiembre de 2013, mediante Decreto 215-2013, publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* del 23 de septiembre de ese mismo año<sup>22</sup>.

El 10 de octubre de 2013 tuvo su primera sesión, en la cual los Consejeros tomaron posesión de sus cargos; en consecuencia, quedó instalado dicho órgano de gobierno, anunciando desde ese momento que iniciaría «un proceso de depuración del personal judicial»<sup>23</sup>; el consejero vicepresidente Teodoro Bonilla expresó que investigarían «93 casos de irregularidades en la aplicación de la justicia»<sup>24</sup>.

El 18 de noviembre de 2013 el Consejo de la Judicatura suspendió de su cargo a María Elena Fonseca, jueza de Ejecución Penal de la ciudad de Trujillo, departamento de Colón, por supuestas irregularidades al emitir una carta de libertad provisional a favor del supuesto narco-trafficante Alex Adán Montes Bobadilla<sup>25</sup>. El 19 de noviembre, el Consejo ratificó la suspensión y convocó a la jueza a audiencia de descargos<sup>26</sup>; el 26 de noviembre trascendió por los medios de comunicación que la jueza Fonseca había sido destituida por el Consejo de la Judicatura<sup>27</sup>.

El 2 de diciembre, cuando se dirigía a la Dirección de Administración de Personal para ser notificada oficialmente de su acuerdo de despido, la jueza Fonseca fue capturada en el estacionamiento del edificio judicial por un contingente de efectivos de la Policía Militar, pues el Ministerio Público la acusó de los delitos de abuso de autoridad y prevaricato. Actualmente la profesional del Derecho se encuentra guardando prisión preventiva en la cárcel de mujeres en Támara, Francisco Morazán.

### **CASO DE WENDY VANESSA CABALLERO REYES, JUEZA DE LETRAS DE LO PENAL CON JURISDICCIÓN NACIONAL**

El 20 de diciembre de 2013, la jueza Wendy Caballero fue capturada en el aeropuerto de San Pedro Sula, por efectivos de la Policía Militar y de la Dirección de Lucha contra el Narcotráfico, acatando una orden de captura librada en su contra, por la sustitución de la prisión preventiva al presunto jefe de una pandilla y narcotraficante, Alexander Montes. Actualmente enfrenta un proceso por los delitos de abuso de autoridad, cohecho y prevaricato, y se encuentra bajo la medida de prisión preventiva en la cárcel de mujeres, en Támara.

22 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/Publicada-en-La-Gaceta-eleccion-de-concejales>

23 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/Se-instala-Consejo-de-la-Judicatura>

24 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/Investigaran-93-irregularidades-en-CSJ>

25 <http://www.proceso.hn/2013/11/18/Term%C3%B3metro/Consejo.de.la/78200.html>

26 <http://proceso.hn/2013/11/19/Nacionales/Ordenan.audiencia.de/78279.html>

27 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Sucesos/Destituyen-a-jueza-que-libero-a-supuesto-narco>

Sin entrar a valorar la veracidad de las imputaciones contra las juezas —puesto que debe respetarse su derecho a la presunción de inocencia—, además del enorme impacto intimidatorio que ha generado, entre jueces y juezas, la forma en que fueron capturadas y sometidas a prisión preventiva, cabe señalar los siguientes aspectos: no se les respetó su derecho al antejuicio garantizado en el Código Procesal Penal y en la Ley del Consejo de la Judicatura<sup>28</sup>, aduciendo que la primera ya estaba despedida, y que la segunda, según una fuente del Consejo de la Judicatura, había renunciado<sup>29</sup>; se les sometió automáticamente a detención judicial y luego a prisión preventiva, en virtud de lo establecido en el artículo 184 reformado del Código Procesal Penal, puesto que la acusación por prevaricato en contra de ellas se encuentra dentro de la lista de delitos que no pueden ser juzgados en libertad<sup>30</sup>; las audiencias iniciales correspondientes fueron realizadas en unidades militares sin acceso al público<sup>31</sup>; y el manejo de sus casos por los medios de comunicación ha sido sumamente lesivo a su honra y dignidad, además de ser una condena anticipada por el repudio de la opinión pública que se ha generado hacia ellas.

Sobre estos hechos relacionados con el juzgamiento de las dos juezas, es pertinente manifestar que, al realizarse las audiencias en unidades militares, se restringe o se causa menoscabo al debido proceso pues, obviamente, el recinto militar crea un marco restrictivo para el ejercicio de las libertades judiciales, contrario a lo que sucede en el ámbito natural de la judicatura, que es por excelencia el espacio donde se desarrolla en toda su amplitud el principio de audiencia. Llama la atención que estas audiencias se hayan desarrollado de esta forma y, sobre todo, que

28 «Artículo 60.- La competencia para el conocimiento de causas criminales que se sigan contra los jueces o magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, se rige por el Código Procesal Penal, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto sobre el antejuicio regulado en el mismo texto legal «.

29 <http://www.laprensa.hn/sucesos/judiciales/439948-98/honduras-dictan-auto-de-prision-contra-exjueza-wendy-caballero>

30 «Artículo 184 Sin perjuicio de que el órgano judicial en la etapa respectiva determine como criminalidad organizada las acciones delictivas, por la forma y modalidad como se ejecutaron las mismas, no procede la imposición de medidas sustitutivas de la prisión preventiva en los delitos siguientes: 1) Homicidio: excepto en los casos en donde después de valorada la prueba evacuada en la audiencia inicial, se determine que el imputado actuó en una causa de justificación, establecida en el Artículo 24 del Código Penal; 2) Asesinato; 3) Parricidio; 4) Violación; 5) Trata de personas; 6) Pornografía infantil; 7) Secuestro; 8) Falsificación de Moneda y Billetes de Banco; 9) Robo de vehículos automotores terrestres, naves aéreas, buques y otros bienes similares y, el robo de ganado mayor; 10) Magnicidio de Jefe de Estado o de Gobierno Nacional o Extranjero; 11) Genocidio; 12) Asociación ilícita; 13) Extorsión; 14) Delitos relacionados con Armas de Guerra; 15) Terrorismo; 16) Contrabando, en los casos de los Artículos 392-A y 392-B, en los numerales 1), 2), 5), 11), 13), 14), 15), 16), 17), 18), 19) y 21 del Código Penal; 17) Defraudación Fiscal en los casos tipificados en el Artículo 392-D, en los numerales 1), 2), 9), 10), 11), 12), 14), 15) y 19) del Código Penal; 18) Delitos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes; 19) Lavado de Activos; 20) Prevaricato; y, 21) Femicidio».

31 <http://www.laprensa.hn/sucesos/judiciales/429895-98/prision-preventiva-a-exjueza-que-libero-a-supuesto-narco-hondureno>

hayan sido toleradas en ese espacio por los integrantes del Consejo de la Judicatura, en cuanto ellos son los rectores del gobierno administrativo del Poder Judicial.

#### b) Suspensiones y despidos de jueces y juezas

El 19 de noviembre de 2013, trascendió por los medios de comunicación la destitución de Donald Calero, juez penal de Yuscarán, El Paraíso, y la suspensión de Jacobo Gutiérrez, también juez penal de Yuscarán<sup>32</sup>.

El 4 de diciembre de 2013, el Consejo de la Judicatura informó a los medios de comunicación, a través del vocero de la Corte Suprema de Justicia, que acordó: «suspender del cargo de jueces, de manera indefinida, a Mario Gerardo Ramírez Flores, juez de Letras de lo Civil de San Pedro Sula; Pedro José Villanueva, juez de Letras Penal de Ocotepeque; Guillermo Felipe Bustillo Osorio, juez coordinador del Juzgado de Letras de Comayagua; Jessy Paulita Ventura Rivera, jueza de Letras Penal de La Ceiba, y Mauricio Enrique Argeñal Arreola, juez de Familia de Tegucigalpa». El comunicado de la Corte Suprema de Justicia informó que «el Consejo resolvió aplicar la sanción correspondiente al encontrar incumplimiento a resoluciones dictadas por Cortes de Apelaciones, participar en juicios mediando un interés directo, otorgamiento de medidas sustitutivas no permitidas, irrespeto a la jefa de Personal y Coordinación de un juzgado, y retardo en aplicación de justicia»<sup>33</sup>.

El 11 de diciembre de 2013, nuevamente por los medios de comunicación, se dio a conocer la suspensión de los siguientes jueces y juezas: Ramón Enrique Barrios Maldonado, juez de Tribunal de Sentencia de San Pedro Sula; Karla Lizeth Romero Dávila, juez de Tribunal de Sentencia de Francisco Morazán y Yesika Dolores Granados, juez de Tribunal de Sentencia de Francisco Morazán; Angel Ubence Perdomo Cárcamo, juez de Letras de Santa Bárbara; Norma Lizeth Fuentes Morales, juez de Letras de Familia de Tegucigalpa; Luis Alonso Chacón Valladares, juez de Letras de la Sección Judicial de Yoro; Martha Georgina Escalante, juez del Juzgado de Letras de Choloma, Cortés, y Yamilé Delgado Dubón, secretaria general del Juzgado de Letras Penal de San Pedro Sula. En el despacho noticioso se estableció que, «Según informe oficial presentado por la Inspectoría de Tribunales las causas se relacionan con retardos injustificados en la administración de justicia, cambios de medidas violentando lo establecido en el ordenamiento jurídico, incumplimiento a resoluciones dictadas por Tribunales Superiores como las Cortes de Apelaciones y la Sala Constitucional, entre otras»<sup>34</sup>.

En fecha 8 de enero de 2014, a través de diferentes medios de comunicación, «el portavoz del Poder Judicial, Melvin Duarte, confirmó la suspensión provisional de Esteban Daniel Quevedo, Gladis Ochoa Sierra y Karla Magdalena Vásquez, quienes se desempeñan como Jueces de Letras del Juzgado Penal de Tegucigalpa; asimismo, se ordenó la suspensión de Lourdes

32 <http://www.tiempo.hn/sucesos/noticias/destituyen-a-juez-y-suspenden-a-otro>

33 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/Suspenden-a-cinco-jueces-hondurenos>

34 <http://www.tiempo.hn/portada/noticias/suspendidos-otros-siete-jueces>

Barahona Andino, Juez de Letras Penal del Trabajo de Tegucigalpa y Yobany Valladares Aly, Juez de Letras Departamental de Santa Bárbara»<sup>35</sup> y «se destituyó al juez interino de Puerto Lempira, Gracias a Dios, el abogado Roberto Carlos Amaya Talavera»<sup>36</sup>. Según trascendió por los medios de comunicación, «los motivos para estas suspensiones se relacionan con la sustitución de la medida de prisión preventiva por medidas sustitutivas contraviniendo lo ordenado por Cortes de Apelaciones; acreditación de firmas en inspecciones y comparencias en las cuales los funcionarios no estuvieron presentes; detención ilegal y por no excusarse de conocer juicio en caso en el que ameritaba hacerlo, entre otras»<sup>37</sup>. Asimismo, «el vicepresidente del Consejo de la Judicatura, Teodoro Bonilla, anunció más acciones disciplinarias como parte del proceso de depuración a lo interno del Poder Judicial»<sup>38</sup>.

El 16 de enero de 2014, nuevamente el portavoz de la CSJ confirmó la suspensión de cinco jueces más: el juez de letras de Catacamas, Olancho, Alex Eduardo Pavón; la jueza de Letras de La Esperanza, Intibucá, Vilma Rodríguez; el juez de Ejecución de Danlí, El Paraíso, Jorge Mejía; el juez del Tribunal de Sentencia de Trujillo, Colón, Henry Duarte; el juez Titular de Letras de Trujillo, Colón, Camilo Peralta, quien es el fiscal de la Junta Directiva de la AJD y, además, la secretaria de Inspectoría de los Tribunales de La Ceiba, Yessenia Cruz. También se destituyó a dos secretarios de los juzgados de Jurisdicción Nacional: el secretario adjunto, Wilmer Geovanny Caballero y Marcial Noé Macedo<sup>39</sup>. Según el vocero, «entre las suspensiones como en los casos anteriores hay diversas motivaciones, entre ellas retardo en dictar sentencia de varios meses o hasta años, lo que ha dado lugar a demandas en las cuales había elementos suficientes para declarar sin lugar la misma, mora en la tramitación de sentencias, interés manifiesto en la emisión de constancias de antecedentes penales de delitos graves, entre otros»<sup>40</sup>.

El 29 de enero fueron suspendidos Carlos Rivas, juez de Letras de lo Civil de Francisco Morazán, y Ernesto Cubero, juez de Letras del Trabajo de Puerto Cortés<sup>41</sup>; y el 6 de febrero fue suspendido Román Pineda Mendoza, juez de Letras de lo Contencioso Administrativo de Francisco Morazán<sup>42</sup>.

El 12 de febrero fueron suspendidos Hilman Nolasco Inestroza, magistrado interino de la Corte de Apelaciones de Santa Rosa de Copán; Milton Rubén Sandoval Mejía, juez de Letras de lo Civil de Francisco Morazán; Víctor Manuel Meléndez Castro, juez de Letras de Tocoa, Colón y Yelen Yudith Medina, juez de Paz Móvil de Francisco Morazán. Además, David Silva

35 <http://www.proceso.hn/2014/01/08/Nacionales/Camina.depuraci.C/80577.html>

36 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/Destituyen-a-un-juez-y-suspende-a-otros-cinco>

37 [http://www.poderjudicial.gob.hn/Noticias/Paginas/CJ\\_Ord\\_Suspensiones.aspx](http://www.poderjudicial.gob.hn/Noticias/Paginas/CJ_Ord_Suspensiones.aspx)

38 <https://honduprensa.wordpress.com/tag/consejo-de-la-judicatura/page/6/>

39 <http://www.tiempo.hn/portada/noticias/consejo-de-judicatura-de-la-csj-suspende-a-cinco-jueces-y-destituye-a-dos>

40 <http://www.latribuna.hn/movil/2014/01/17/al-banquillo-mas-jueces/>

41 <http://www.latribuna.hn/movil/2014/01/29/a-la-calle-dos-jueces-investigados-por-actos-irregulares/>

42 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Sucesos/Suspenden-a-juez-de-lo-Contencioso-Administrativo>

Torres, secretario adjunto del Juzgado de Depuración de Causas Penales y Carlos Solórzano, empleado técnico de la planta telefónica<sup>43</sup>.

El 18 de febrero de 2014 suspendieron a Eloy Ederio Flores Palos y Ángela Cristina Cabrera Solís, el primero juez de Paz del municipio Villeda Morales, departamento de Gracias a Dios y la segunda juez de Paz de Corquín, Copán. También en esta fecha fue suspendido Ángel Rafael Rodríguez Amador, guardia de seguridad del Poder Judicial<sup>44</sup>.

El 25 de febrero fueron suspendidos German Wahisan Fuentes Pon, secretario adjunto del Juzgado de Letras de Francisco Morazán, Emelina del Carmen Avendaño, escribiente del Juzgado de Letras Penal de la Sección Judicial de Tegucigalpa, y José Cristóbal García Santos, archivero del Juzgado de Letras de La Ceiba, Atlántida<sup>45</sup>.

En fecha 4 de marzo de 2014 fueron suspendidos Carlos Enrique Aldana Dubón, secretario del Juzgado de Letras Departamental de Ocotepeque, Guillermo Humberto Cáliz, secretario del Juzgado de Letras Seccional de Danlí, El Paraíso, y Jacobo Ulises Murillo Amaya, defensor público en Puerto Cortés<sup>46</sup>.

En total, hasta la fecha, el Consejo de la Judicatura ha suspendido a 33 jueces y juezas, 7 auxiliares judiciales y un defensor público, mientras que ha destituido a al menos 5 jueces y juezas.

### c) Consideraciones jurídicas sobre las acciones de depuración judicial

1. Tal como se lo hemos hecho saber a los y la integrante del Consejo de la Judicatura y la Carrera Judicial, mediante notas de fechas 12 de diciembre de 2013 y 21 de enero de 2014, apoyamos todas las acciones que impulse el Consejo de la Judicatura, en función de investigar y corregir las actuaciones de funcionarios(as), empleados(as), jueces, juezas y magistrados(as) que sean contrarias a la ley, a efecto de que en el Poder Judicial se pueda contar con funcionarios y empleados judiciales honestos, profesionalmente capaces e independientes, que impartan justicia con imparcialidad y tutelen efectivamente los derechos fundamentales de los y las usuarias del sistema.
2. No obstante, es necesario que todas estas acciones disciplinarias se realicen *con respeto a los principios que informan el debido proceso*, tal como lo establece el artículo 62 de la Ley del Consejo de la Judicatura<sup>47</sup>; y es en este punto que nuestro colectivo asociativo tiene serias dudas y preocupaciones, que exponemos a continuación:

43 <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Sucesos/Consejo-de-Judicatura-suspende-a-cuatro-jueces>

44 Información proporcionada por la Oficina de Transparencia del Poder Judicial.

45 *Ídem.*

46 *Ídem.*

47 «Artículo 62.- La responsabilidad disciplinaria de los Empleados y Funcionarios Judiciales se deducirá siguiendo los procedimientos establecidos en esta Subsección y en todo caso con respeto a los principios que informan el debido proceso «.

A. De conformidad con los artículos 63<sup>48</sup>, 64<sup>49</sup> y 68<sup>50</sup> de la Ley del Consejo de la Judicatura, las infracciones, las sanciones y el procedimiento disciplinario serán establecidos en reglamentos de conformidad con los plazos señalados en el artículo 70<sup>51</sup> de la misma Ley, debiendo ser previamente socializados con las partes interesadas. Estos reglamentos aún no ha sido elaborados, ni aprobados, ni publicados en el Diario Oficial *La Gaceta*.

En consecuencia, siendo que la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, en el párrafo primero del artículo 75<sup>52</sup>, derogó expresamente la Ley de la Carrera Judicial de 1980 y todavía no se han aprobado los reglamentos relacionados con el régimen disciplinario, resulta que desde la entrada en vigencia de la nueva Ley, es decir, desde el 18 de enero de 2012 hasta la fecha, no existe normativa legal ni reglamentaria aplicable en esta materia, por lo que las actuaciones del Consejo de la Judicatura no cuentan con un marco legal que las sustente. La disposición transitoria contenida en el artículo 75<sup>53</sup> solamente establece que la Ley de Carrera Judicial será aplicada a los procesos iniciados con la vieja Ley, pero no establece qué disposiciones se aplicarán desde la entrada en vigencia de la nueva Ley y la aprobación de los reglamentos correspondientes.

---

48 «Artículo 63.- Las infracciones que generan responsabilidad disciplinaria a los empleados y funcionarios se clasifican en graves, menos graves y leves, conforme la calificación que al efecto establezca el respectivo reglamento de la presente Ley».

49 «Artículo 64.- Las sanciones a las respectivas infracciones serán establecidas en el Reglamento de la presente Ley».

50 «Artículo 68.- El procedimiento disciplinario se iniciará tan pronto se tenga noticia de la comisión de alguna de las infracciones previstas en esta Subsección. El Consejo actuará por iniciativa propia, como consecuencia de informe remitido desde los sistemas de inspección y evaluación o por denuncia de cualquier ciudadano y se sustanciará de conformidad a lo que establezca el respectivo reglamento «.

51 «Artículo 70.- En el plazo máximo de un año contado a partir de la instalación del Consejo, éste elaborará y aprobará los reglamentos y manuales necesarios para el funcionamiento de sus órganos y servicios dependientes, comisiones de evaluación, escalafón judicial, inspección de tribunales y escuela judicial, adoptando asimismo las medidas que sean necesarias para que unos y otros puedan realizar sus funciones en la forma prevista por esta ley, los que previo su aprobación deberán socializarse con las partes interesadas».

52 «Artículo 75.- Quedan derogados la Ley de la Carrera Judicial de 1980, contenida en el Decreto 953 de fecha 18 de junio de 1980, así como su respectivo Reglamento y el Reglamento Interno del Consejo de la Carrera Judicial, ambos de 1988 «.

53 «Artículo 75 Asimismo los procesos de investigación que han sido incoados antes de la entrada en vigencia de esta Ley, serán conocidos por la Inspectoría y se resolverán de conformidad con la Ley Vigente al momento de su origen».

Lo anterior se agrava porque el artículo 317 de la Constitución de la República establece que: «Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, **suspendidos**, trasladados, descendidos, ni jubilados, sino por las causas y con las garantías previstas en la ley» (la negrita es nuestra), por lo que no es posible que las infracciones, sanciones y procedimiento disciplinario sea establecido en un reglamento, sino que este marco regulatorio en materia disciplinaria debe estar establecido en la ley. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley [, y] que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa<sup>54</sup>.

B. Con el propósito de suplir esta omisión legal, el Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, supuestamente en sesión del 29 de octubre del presente año, aprobó un régimen disciplinario hecho público por la red interna de correo electrónico del Poder Judicial, mediante Oficio No. 216- CJYCJ-2013 de fecha 5 de diciembre de 2013, contenido en la Circular No. 5, lo cual hace «mientras se elabora el reglamento que dispone la Ley»; únicamente contiene cuatro artículos en los que se establecen las faltas, las sanciones y los lineamientos generales del procedimiento, tal como lo hacía la anterior Ley de Carrera Judicial ya derogada. Estimamos que este régimen no consigue superar la omisión de carácter legal que se observa en la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, en cuanto a establecer de manera previa y taxativa las faltas, sanciones y el procedimiento correspondiente, puesto que no tiene siquiera categoría de reglamento y, además, no puede ser aplicado de manera retroactiva para las investigaciones anteriores al 29 de octubre de 2013, en virtud de lo establecido en el artículo 96 de la Constitución de la República<sup>55</sup>.

54 Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227. Párr. 99. Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197. Párrs. 77-78. Ver también, Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268. Párrs. 189, 191 y 192. En igual sentido, Corte IDH. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266. Párrs. 145, 147 y 148.

55 «Artículo 96.- La Ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva Ley favorezca al delincuente o procesado».

- C. La suspensión sin goce de salario, que ha sido aplicada a más de una veintena de jueces y juezas hasta el momento, constituye irrefutablemente una acción de carácter sancionatorio, que ha sido impuesta violentando el derecho de defensa y la presunción de inocencia, aunque el Consejo de la Judicatura pretenda establecer lo contrario, al consignar literalmente en las resoluciones de suspensión: «sin que esta suspensión constituya una sanción para los investigados».
- Esta sanción de suspensión, al llevar aparejada la interrupción del pago de los salarios correspondientes, y siendo que se no se ha establecido en la resolución correspondiente el período de duración de la medida, por lo que puede prolongarse por mucho tiempo, coloca a los sancionados en un estado de terrible precariedad en relación con la posibilidad de cubrir sus necesidades económicas y las de sus familias, lo que se agrava con el hecho de que no pueden ejercer la profesión del derecho de manera independiente, porque aún ostentan la condición de jueces y tienen prohibido el ejercicio de la procuración.
- D. El Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial no tiene atribuciones para ordenar la suspensión provisional de jueces y juezas, puesto que el literal c) del artículo 53 de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial<sup>56</sup> no le otorga esas facultades por las siguientes razones:

- Dicho artículo, que se encuentra en el Capítulo III Sección II DE LA INAMOVILIDAD, establece los casos en que se suspende la condición de empleado o funcionario judicial, cuando dice: «Cuando así lo hubiere acordado el Consejo, temporal o definitivamente, por razones disciplinarias»; entonces debe entenderse que se trata de una suspensión acordada por el Consejo, como resultado de la finalización de un proceso disciplinario. De la redacción misma «Cuando así lo hubiere acordado», se colige que no se le está dando una facultad adicional al Consejo en este artículo, sino que se alude a la atribución que tiene dicho órgano de imponer suspensiones como sanciones disciplinarias.
- Asimismo, dicha atribución debería estar debidamente determinada en cuanto a su tiempo de duración, los casos específicos en que pudiera ser impuesta, y la necesidad de que sea proporcional e impuesta a través de una resolución debidamente fundamentada.

---

56 «Artículo 53.- La condición de empleados y funcionarios judiciales se suspenderá en los casos siguientes: a) Por incapacidad temporal sobreviniente; b) Por auto de prisión decretado por delito; y, c) Cuando así lo hubiere acordado el Consejo, provisional o definitivamente, por razones disciplinarias. Tan pronto se acredite, a satisfacción del Consejo, el cese definitivo o la inexistencia de la causa que dio lugar a la suspensión, el o la funcionario o empleado judicial reasumirá su cargo, con los derechos y los sueldos, bonificaciones o cualquier otro beneficio dejados de percibir en el caso de haber sido improcedente la suspensión».

- La suspensión y la retención del pago de salario solamente pueden ser acordados por el Consejo como una sanción disciplinaria producto de la conclusión de un procedimiento llevado a cabo «con respeto a los principios que informan el debido proceso»<sup>57</sup>.

E. El párrafo último del artículo 75 de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial establece:

Asimismo los procesos de investigación que ha sido incoados antes de la entrada en vigencia de esta Ley, serán conocidos por la Inspectoría y se resolverán de conformidad con la Ley Vigente al momento de su origen.

Además, el artículo 96 de la Constitución de la República establece:

La ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva Ley favorezca al delincuente o procesado.

En virtud de los preceptos arriba transcritos, aun cuando pudiera pensarse —lo cual reiteramos que es totalmente inaceptable— que el Consejo tiene atribuciones para este tipo de suspensiones, en los procesos de investigación y disciplinarios que se iniciaron antes de la entrada en vigencia de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, no es posible aplicar el artículo 53 de dicha Ley.

- A. Las suspensiones y despidos de jueces y juezas han sido dados a conocer a los medios de comunicación, a través del portavoz de la Corte Suprema de Justicia, sin que previamente hayan sido notificados a los perjudicados, expresando que las razones de estas medidas son por encontrarse «hechos graves», que «podría ser retardo malicioso (de la justicia) o negligencia de los funcionarios», «irregularidades en el procedimiento de ejecución de la pena», «mora en la tramitación y emisión de sentencias», «interés manifiesto en algunas circunstancias con las emisión de constancias de antecedentes penales a favor de imputados de delitos graves», entre otros, con lo cual prácticamente se les ha condenado por la opinión pública como jueces y juezas que cometen actuaciones irregulares en el desempeño de sus funciones, sin que se les haya dado posibilidad de defenderse ni ante el Consejo de la Judicatura ni ante los medios de comunicación.
- B. De la lectura de las resoluciones de suspensiones acordadas por el Consejo de la Judicatura, las cuales son todas literalmente idénticas, se evidencia que no contienen una motivación suficiente que establezca de manera clara y lógica la

57 Artículo 62 de la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial.

explicación de las razones que llevaron a ese órgano administrativo a tomar esas medidas sumamente lesivas, ni se citan las normas legales en las cuales se fundamenta la supuesta ilicitud de las actuaciones. Además, en las mismas se establece que son «irrecorribles», con lo cual se está violentado el derecho a la protección judicial, que debe asegurar la posibilidad de un recurso sencillo, rápido y efectivo, de conformidad con el artículo 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos<sup>58</sup>, que según la jurisprudencia del Sistema Interamericano es aplicable, no solo a las resoluciones judiciales, sino también a las de carácter administrativo sancionador, puesto que pueden implicar afectación de derechos fundamentales.

3. En torno a estos procesos disciplinarios que está sustanciando el Consejo, nos preocupa el carácter sumario y masivo que están adquiriendo, lo que arroja a la fecha más de 20 juezas y jueces suspendidos y, al menos, 3 jueces y 3 auxiliares, despedidos.

#### d) Consecuencias de la depuración a la independencia e imparcialidad judicial

- Estos procedimientos y sus correspondientes anuncios cada semana, desde el pasado mes de diciembre, han terminado causando en la judicatura un ambiente de permanente angustia y perturbación por el carácter incierto de quien o quienes podrían ser los juzgadores(as) que, en el corto plazo, pueden ser objeto de estas sanciones. Este tipo de presiones resultan contrarias a lo establecido en los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, lo cual ha sido recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Respecto a la garantía contra presiones externas, los Principios Básicos disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan «basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes,

---

58 Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
  - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
  - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
  - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo». Asimismo, dichos Principios establecen que «[n]o se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial»<sup>59</sup>.

- En este orden de cosas, estas suspensiones y sanciones periódicas inciden en originar, de cierto modo, un clima intimidatorio que afecta el normal desenvolvimiento de las actuaciones jurisdiccionales, por cuanto los juzgadores nos consideramos inquietados al momento de resolver, pues no sabemos si el alcance de una resolución que consideramos enmarcada en la ley puede acarrear una sanción disciplinaria. Cuestión que es contradictoria desde el punto de vista legal, pues las decisiones jurisdiccionales únicamente pueden ser objeto de los recursos procesales y, en casos específicos o particulares, de la correspondiente acción penal cuando así corresponda, y cuando se haya agotado la garantía del antejuicio a los juzgadores(as)<sup>60</sup>.
- Asimismo, inquieta que las sanciones disciplinarias que está imponiendo el Consejo puedan afectar a los jueces que han venido sosteniendo posiciones críticas ante las actuaciones de las autoridades del Poder Judicial en los últimos años; para el caso, los miembros de la Asociación de Jueces por la Democracia, y que estas decisiones pudieran lesionar o menoscabar la libertades de asociación, reunión y de expresión a que tienen derecho los jueces y juezas, de conformidad con la Constitución y la Ley.

#### IV. PETITORIO

Para concluir, quisiéramos plantear algunas solicitudes concretas:

En primer lugar, solicitamos que la Comisión Interamericana, en su comunicado de final de audiencias, exprese su preocupación por las acciones relacionadas con la denominada *deputación judicial* que actualmente impulsa el Consejo de la Judicatura en Honduras, en particular, sobre las suspensiones y destituciones realizadas contraviniendo el principio de legalidad y las garantías del debido proceso.

En segundo lugar, que la CIDH manifieste su preocupación por la gravedad que implica someter a los juzgadores a pruebas como la del polígrafo y las toxicológicas, y exhorte al Estado de Honduras a adoptar las medidas necesarias para revisar estas actuaciones.

59 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C NO. 268. Párr. 190

60 Al respecto la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial, establece categóricamente en el segundo párrafo del artículo 62, lo siguiente: «La interpretación y aplicación de las leyes hechas por los jueces y magistrados en el cumplimiento de sus funciones en ningún caso podrán ser objeto de corrección disciplinaria».

En tercer lugar, reiteramos a la CIDH nuestra solicitud para que se valore la realización de una visita *in loco* de la Comisión a Honduras, para conocer y analizar directamente los principales problemas que se enfrentan en el sistema de justicia, en particular la fragilidad de la independencia judicial, y que contemple recomendaciones al Estado, al menos sobre lo siguiente:

1. Que el Consejo de la Judicatura impulse acciones para el fortalecimiento institucional y la independencia judicial; en especial, procesos de nombramiento y ascenso de jueces y juezas previamente establecidos en la ley, públicos, transparentes y basados en los conocimientos y méritos profesionales.
2. Definir parámetros para mecanismos de evaluación a los funcionarios judiciales, y que se utilicen para hacer más eficaz la administración de justicia. También definir criterios restrictivos para las pruebas toxicológicas y la del polígrafo por su carácter invasivo a la intimidad y vulneración a la dignidad.
3. La implementación de procesos disciplinarios que respeten el debido proceso, con causales y sanciones previa y claramente determinadas, y con recursos de impugnación efectivos.
4. La conformación de una comisión especial para la investigación del asesinato de la jueza Mireya Mendoza.
5. Mecanismos de protección efectivos para operadores de justicia y sus familias.
6. Medidas o procedimientos para que la elección de magistrados(as) de la Corte Suprema de Justicia se realice con base en criterios de idoneidad y capacidad, y no por razones de orden político partidario.

Finalmente, solicitamos que se inste al Estado de Honduras a abrir espacios de discusión y debate que fortalezcan el movimiento asociativo judicial, respetando los derechos de los jueces y juezas a la participación en los órganos de gobierno como el Consejo de la Judicatura; asimismo, la libertad de asociación, de expresión y de reunión.

# Cultura de paz, legalidad y derechos humanos<sup>1</sup>

*Luis Carlos Nieto García\**

## Resumen

Legalidad y derechos humanos no son conceptos enfrentados, aunque con la gestión de la crisis parece que se quiere disociar «lo legal» de la teoría de los derechos humanos. La internacionalización de los derechos humanos, los sistemas constitucionales, las cartas de derechos han concluido en un concepto de «legalidad exigente» que impide un desarrollo normativo que colisione con las tablas de derechos. La precarización de los derechos, síntoma preocupante de nuestras democracias, se está visualizando con mayor fuerza en el actual escenario de crisis. En este marco es preciso insistir en la vigencia de la teoría de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos y sociales, que son los que están siendo más afectados y la necesaria interrelación entre todos ellos. A modo de ejemplo se analizan derechos proclamados en la Convención sobre los Derechos del Niño y la contradicción en su aplicación práctica.

## 1. Consideraciones previas

En un curso sobre cultura de paz es importante señalar como reflexión previa la paradoja que actualmente se está produciendo en relación con la precarización de los derechos en países que han sido centrales en la elaboración de la teoría de los derechos humanos, mientras que en sociedades que se han considerado injustamente periféricas en esta tarea están intentando ampliar los derechos ciudadanos, como es el caso de América Latina, y recientemente con la llamada primavera árabe en Oriente Próximo y norte de África. Mientras que en estas regiones ha habido un reclamo importante por la extensión y consolidación de los derechos y las garantías, si bien en algunas de ellas con incierto resultado final, en los lugares que fueron centrales se recortan y suprimen derechos alcanzados con enorme esfuerzo colectivo, desvertebrando el Estado de Derecho.

Esta situación afecta el contenido de la ponencia porque en Europa, a partir de los sistemas constitucionales posteriores a la segunda guerra mundial, se ha identificado la legalidad con la producción normativa, con la defensa de la norma que emana del poder democrático, que en definitiva desarrolla los principios y valores constitucionales y cuya interpretación por los jueces se entendía que debía hacerse siempre a favor de la efectividad del derecho. Una legalidad enmarcada en sistemas constitucionales estables que interrelacionaban el Estado social con el democrático y con el de derecho, que han dado una estabilidad a ese planteamiento a partir del gran pacto que surge en la posguerra mundial a partir de 1945 y al que España se incorpora con la Constitución de 1978. El desarrollo de estos sistemas constitucionales ha permitido la

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el curso «Cultura de paz, derechos humanos y justicia en el siglo XXI» celebrado en el Consejo General del Poder Judicial (España), marzo 2013.

\* Luis Carlos Nieto García, especialista en Derecho de Menores. Juez de Jurisdicción de menores en Ávila, España.

inclusión de catálogos de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos que han ido configurando una legalidad en sintonía con estos derechos; en nuestro caso concreto, a través de la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se produce a partir de los años ochenta.

La tendencia positiva en la tensión creadora del derecho se articulaba sobre la identificación entre la legalidad y las tablas de derechos humanos, tanto las constitucionales como las de los tratados internacionales (la similitud entre las mismas provocó el conocido debate constituyente en nuestro país sobre la necesidad de recoger una tabla concreta de derechos en la propia Constitución, o bien hacer una referencia normativa a los tratados internacionales, que se saldó con la incorporación a nuestro texto constitucional de un catálogo de derechos y una remisión interpretativa a los tratados). En definitiva, existía una tendencia a articular una legalidad dentro de un sistema constitucional, cuya parte dogmática eran los catálogos de derechos fundamentales, con un reconocimiento de los derechos sociales y una apuesta por la igualdad a través de criterios redistributivos, y en la base de todas las categorías de derechos el concepto de dignidad humana como elemento de extensión y reconocimiento de los derechos humanos a todas las personas.

Sin embargo, esta realidad está cambiando radicalmente. Se ha iniciado un proceso de vaciamiento del estado social con el argumento del exceso de gasto que supone su mantenimiento y su incidencia en el control del déficit público, se abandonan los objetivos igualitarios y redistributivos que son su esencia y se crea una situación en la que se recortan los derechos laborales de los trabajadores, los hipotecados pierden sus viviendas y la ciudadanía en general ve reducidas las prestaciones sociales.

En esta nueva realidad se intenta desvincular lo «legal» de la teoría de los derechos humanos y del sistema constitucional. La legalidad debe estar al servicio del cumplimiento de los objetivos económicos y del control del déficit público al que estamos obligados por instancias supranacionales, se dice. Esta tendencia que vincula legalidad con poder exclusivamente, con procesos legislativos autónomos sin referencia a los derechos, supone la desconstitucionalización de

los derechos sociales y está cada día más asentada en grandes medios de comunicación, que muestran todo esto como símbolo de modernidad y eficiencia.

Esto está permitiendo en estos momentos que esa legislación básica se apruebe al margen del control parlamentario, normalmente a través de decretos leyes, cuyo contenido entra en colisión con la doctrina de los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales y en las propias constituciones. Esta forma de legislar y su contenido concreto están dejando al descubierto el peor síntoma de nuestras democracias, que es la precarización de los derechos, especialmente los de los sectores excluidos, haciendo que grupos importantes de ciudadanos se sientan al margen de un sistema de representación que está recortando derechos fundamentales básicos, sin control en el proceso de elaboración. El distanciamiento que se está dando entre la legalidad ordinaria y el contenido de los derechos humanos en las políticas de gestión de la crisis hace que nos encontremos ante una realidad nueva, y que haya pasado a un primer plano el debate sobre los derechos sociales a la educación, a la salud y a la subsistencia, entre otros.

## 2. La expansión de los derechos humanos y su efecto en las legislaciones internas

De la introducción anterior se puede llegar a la conclusión de que legalidad y derechos humanos no son conceptos enfrentados, ni se puede considerar que exista colisión o enfrentamiento entre ambos. El fin de la legalidad debe ser el reconocimiento y el establecimiento de un sistema de garantías de los derechos humanos, concretar el contenido de estos, especialmente en un momento en que los derechos humanos se han incorporado a los tratados internacionales. Cuando se produce esa colisión, el juez debe analizar todo el material normativo de que dispone para aplicar el derecho y resolver el conflicto desde la lógica del respeto a los derechos humanos. Esta reflexión es esencial en un momento en que la reivindicación fundamental de las reclamaciones ciudadanas contra los recortes de derechos que se están dando como consecuencia de la gestión de la crisis no se basan ya en la exigencia

de una concepción de la democracia, del sistema político, sino en la idea, más abstracta pero también más potente, de justicia, y ponen en el centro del debate la consideración de que los derechos humanos son eso, derechos; que no son disponibles y que tienen su raíz en la dignidad de las personas, independientemente de sus circunstancias personales o sociales.

Además, este retroceso en la profundización de los derechos se da precisamente después de que la cultura de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX ha tenido un efecto expansivo importante, ha influido en las legislaciones internas europeas y lo ha hecho fundamentalmente mediante la incorporación a los ordenamientos internos de los derechos que se contienen en los tratados internacionales. También ha sido determinante como mecanismo de interpretación de las normas nacionales. Ha sido una dinámica de internacionalización de los derechos humanos que, en un proceso imparable, ha contribuido de forma esencial a que la legalidad interna de los países refleje el contenido de esos derechos humanos.

El reconocimiento por el derecho internacional contemporáneo de los derechos fundamentales de todo ser humano, afirma el profesor Carrillo Salcedo<sup>2</sup>, da una nueva dimensión a los principios generales del derecho en virtud del consenso general mundial existente acerca del «rechazo a la barbarie» y explica cómo se ha pasado del principio tradicional de «no intervención» en los asuntos internos de los Estados, al principio opuesto del deber de injerencia de la comunidad internacional respecto de las violaciones graves y masivas de los derechos humanos. Los derechos humanos fundamentales y el rechazo de la barbarie, de acuerdo con una noción jurídica de dignidad intrínseca de todo ser humano han creado un núcleo duro de derechos humanos inderogables y absolutos. Todo ese andamiaje de derechos humanos afecta la concepción de la legalidad, especialmente en un momento de crisis en el que parece que todo se desmorona y que ninguna institución está al margen de esa idea de fin de ciclo.

Pues bien, esta internacionalización de los derechos humanos es el punto de partida para intentar

analizar y valorar cual es el corsé, la barrera que suponen esos derechos al legislador y la libertad de interpretación judicial que, con referencia en esos derechos humanos, tenemos desde la jurisdicción; obviamente, aplicando la ley y ejerciendo la esencia de nuestra función que es la garantía, la protección de los derechos de las personas. Se trata de analizar esa especie de pie forzado que supone toda esa estructura de derechos fundamentales al legislador, especialmente en un momento en que existe un nexo claro entre crisis y restricción del contenido de los derechos humanos, que se está saldando con una importante precarización de los derechos, especialmente de los excluidos, lo que supone una ruptura del pacto social posterior a la segunda guerra mundial a que se hacía referencia.

En momentos como el actual, en los que se producen cambios de paradigma, es cuando no se puede olvidar la capacidad comunicativa del discurso jurídico que está cargado de un importante efecto pedagógico. El derecho va a desempeñar un papel central en la tensión democrática de la lucha por los derechos, pues cualquier programa de recortes de derechos siempre va a apelar al derecho como fuente de justificación, pues todo poder intenta amparar sus actuaciones en la legalidad. Por eso el derecho y su interpretación son un ámbito de disputa permanente, como afirman Asens y Pisarello<sup>3</sup>, para los que resistir al derecho en nombre del derecho está lejos de ser una contradicción en estos momentos históricos, pues «la legalidad de nuestra época es una legalidad exigente, buena parte de ella consiste en tratados, constituciones y cartas impensables sin la derrota de los fascismos y otras dictaduras que asolaron el siglo XX», que han pasado a integrar el código genético de una legalidad que reconoce derechos universales y principios garantistas, que entraña límites y controles a todo tipo de poderes y que está situada en la cúspide de los ordenamientos jurídicos.

Por eso en esta época de crisis esa «legalidad exigente», que afirman los autores citados, puede poner en evidencia «la sinrazón jurídica, además de ético-política de muchas actuaciones del poder»<sup>4</sup>. Pri-

2 Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a la barbarie*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

3 Jaume Asens y Gerardo Pisarello, «La ilegalidad del poder», *Público*, 7 de febrero de 2012.

4 *Ibidem*.

vando de asistencia sanitaria a una persona extranjera en situación irregular o cuando se desahucia a una familia con hijos porque no puede pagar un alquiler o una hipoteca sin resolver el problema de su derecho a una vivienda digna, no solo se está produciendo una injusticia sino que se están conculcando libertades elementales y garantías con las que todo Estado aspira a legitimarse. En estos casos el poder intenta salvar la contradicción con constituciones y tratados con la producción de una nueva legalidad formal, que supone una vuelta de tuerca más en la precarización de los derechos.

Estamos, por tanto, ante una realidad que está cambiando esencialmente a causa del deterioro que están sufriendo los derechos fundamentales constitutivos del Estado Social como consecuencia de la gestión de la crisis, derechos que tienen carácter vinculante por emanar del núcleo común de la dignidad de la persona. Y ante este cambio de la realidad, los instrumentos y los conceptos de análisis de la legalidad deben cambiar. El profesor Carlos de Cabo<sup>5</sup> analiza los cambios esenciales que se han producido desde que la Constitución española de 1978 constitucionaliza el Estado Social, hasta llegar a la situación actual en la que considera que la realidad ha cambiado radicalmente y, en consecuencia, los instrumentos para analizar esa nueva realidad deben cambiar también. Considera que el cambio ha sido tan repentino y profundo, que el equipo intelectual con el que se aborda su conocimiento ha quedado definitivamente anticuado y que la última reforma constitucional significa la destrucción de Estado Social como elemento central y articulador de la Constitución, produciéndose un ilegítimo proceso «desconstituyente-constituyente». La última reforma de la Constitución española de septiembre de 2011, que modifica el artículo 135 introduciendo el principio de estabilidad presupuestaria y el límite del déficit público (BOE de 27 de septiembre de 2011), «ha posibilitado en el nivel subconstitucional, las medidas destructoras de la base real del Estado Social que, a su vez, se han hecho violentando de nuevo el orden

5 Carlos de Cabo, «Propuesta para un constitucionalismo crítico», *Jueces para la Democracia, información y debate*, nº 76, marzo 2013.

jurídico y democrático, comprobándose la tesis de que la crisis de Estado Social conlleva la del Estado Democrático y la del Estado de Derecho y de que los reales enemigos de la Constitución no están «extra» o «anti» sino «intrasistema»<sup>6</sup>.

El argumento del constitucionalista pone de manifiesto la inescindible vinculación que existe entre los derechos civiles y políticos y los sociales, frente a las interpretaciones hegemónicas que han trasladado siempre el mensaje de la división de los mismos con fundamento en la teoría de las generaciones de los derechos, lo que implica una distinta dimensión axiológica y una distinta jerarquía para los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales. Sin embargo como señala Marco Aparicio<sup>7</sup> «día a día constatamos con mayor crudeza cómo la gestión de la crisis financiera y económica nos habla de la profunda indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos y, también, de sus titulares, de los sujetos».

### 3. La interdependencia de los derechos humanos de las distintas generaciones ante la crisis

Esa profunda indivisibilidad de los derechos de las distintas generaciones, que afirma el profesor Aparicio, es lo que se está poniendo de manifiesto con la actual crisis, pues las dinámicas sociales muestran cómo los recortes de los derechos sociales (educación, salud, tutela judicial, subsistencia, vivienda) no se pueden mantener si no se recortan derechos civiles y políticos (libertad de expresión, manifestación, participación). Esa interdependencia es lo que se pretende fundamentar en este apartado para relacionar ese bloque de derechos fundamentales con ese principio de legalidad exigente del que hablamos en el capítulo anterior.

Si bien los derechos humanos tienen una conformación histórica y se han ido elaborando en distintas etapas, lo que se conoce como las generaciones de

6 *Ibidem.*

7 Marco Aparicio, «Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos en las personas inmigradas». En prensa.

derechos, hoy no se puede analizar el conjunto de los derechos humanos tal y como los conocemos actualmente sin valorar la interrelación e interdependencia que existe entre los derechos de las distintas generaciones. La revista PAPELES, del Centro de Investigaciones para la Paz, publicó en un número reciente un trabajo del profesor Guillermo García<sup>8</sup> en el que analizaba la interrelación e interdependencia entre los derechos de las distintas generaciones. Su conclusión no puede por menos que compartirse: los derechos humanos no son derechos escindibles, separables, sino que todos tienen características comunes como derechos que tienen su fundamento en la dignidad de la persona.

El conjunto de los derechos humanos posee una dimensión y un carácter histórico que refleja el grado de conciencia y de consenso logrados en un momento determinado, dando respuestas a una problemática y unas circunstancias históricas concretas, en torno al ideal de justicia social. Merece la pena detenerse en el planteamiento de la tesis de la interdependencia entre los derechos de las distintas generaciones de derechos humanos para analizar el vínculo necesario que tienen con el concepto de legalidad, siguiendo el análisis que hace Guillermo García.

En la teoría clásica de los derechos humanos se suelen encuadrar como derechos de la primera generación a los derechos civiles y políticos (o derechos de la libertad) porque con esta naturaleza fueron los derechos proclamados en las primeras declaraciones de derechos humanos. Son derechos proclamados frente a los regímenes despóticos. Exigen sobre todo abstención por parte de los poderes públicos y «en su versión más democrática los derechos civiles y políticos son oponibles a los poderes públicos y privados así como a otros individuos, con el fin de hacer respetar la esfera individual de cada cual»<sup>9</sup>.

Por otra parte, los derechos de la segunda generación, los económicos, sociales y culturales o derechos de la igualdad, exigen la intervención de los poderes públicos con el fin de que los individuos puedan ha-

cer efectivos sus derechos. Son derechos que afectan fundamentalmente a los individuos más pobres y desfavorecidos que carecen de medios y recursos para lograrlos por sí solos. Surgen en los siglos XIX y XX de forma paralela al desarrollo del movimiento obrero.

Finalmente, los derechos humanos de la tercera generación aparecen por la toma de conciencia de la humanidad de la necesidad de lograr una mejor calidad de vida, de fortalecer la convivencia pacífica, incluso de garantizar la supervivencia de un planeta más habitable. Entre estos, a modo de ejemplo, el derecho a la paz, contra la guerra; el derecho al desarrollo, contra la pobreza; a un medio ambiente sano frente al deterioro del medio natural. Son derechos que tienen su raíz en «la solidaridad o fraternidad que debe existir entre los seres humanos para hacer respetar y proteger los valores y aspiraciones que se consideran comunes a todos y por tanto universales»<sup>10</sup>.

Pues bien, partiendo del carácter histórico de la conformación de los derechos humanos, el autor llega a la conclusión de que las características específicas de las distintas generaciones de derechos (oponibilidad, exigibilidad y solidaridad) confluyen en las tres generaciones, por lo que «todos los derechos humanos son oponibles, exigibles y requieren de la solidaridad y de la cooperación para hacerlos efectivos, por lo que lo singular de cada una de las generaciones de derechos humanos no es solamente la incorporación de nuevos derechos sino también la incorporación de nuevos modos de concebir, interpretar y aplicar tanto los nuevos derechos como los tradicionales»<sup>11</sup>.

Por tanto, la precarización de los derechos sociales necesariamente va a suponer que los derechos civiles y políticos y los de la solidaridad se debiliten, pues pertenecen a una estructura común. La vinculación e interdependencia entre todos los derechos humanos, siguiendo el argumento que expresaba el profesor Carlos de Cabo<sup>12</sup>, hace que el retroceso en los derechos constitutivos del Estado Social pone en crisis también el Estado Democrático y el Estado de Derecho, pues para poder mantener los derechos económicos,

8 Guillermo García, «Los derechos humanos ante las crisis capitalistas», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 118, verano 2012.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 Carlos de Cabo, *op. cit.*

sociales y culturales es necesario ejercitar derechos y libertades fundamentales que se ubican entre los derechos civiles y políticos. La restricción de un derecho de los denominados sociales va a llevar aparejada la restricción de otros derechos civiles y políticos frente a los movimientos y colectivos que se oponen a ello. Es la constatación precisa que hace el profesor Marco Aparicio de cómo «se puede constatar cada día con mayor crudeza cómo la gestión de la crisis económica y financiera nos habla de la profunda indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos»<sup>13</sup>. Y esto sucede precisamente por el carácter histórico de estos derechos que, como ya se ha dicho, van surgiendo y se van moldeando en torno al ideal de justicia social, esa idea de justicia que surge con fuerza precisamente en estos momentos en que los derechos aparecen más debilitados, precisamente cuando se produce la decadencia de los principios clásicos de Estado de Derecho (legalidad, publicidad, control) con la correspondiente evaporación de la soberanía popular, como ya decía hace casi veinte años el filósofo del derecho Mariano Maresca, quien convocaba a «reabrir el concepto y el ámbito de la democracia para encontrar en esa sede un lugar habitable para la justicia»<sup>14</sup>.

Esta idea genérica pero fuerte de justicia es lo que está en estos momentos en boca de todas las demandas ciudadanas que se oponen a los recortes de derechos y no tiene que ver solo ni fundamentalmente con el derecho positivo, con la legalidad concreta, sino con la idea de dar un trato igual a todas las personas, sin discriminación y sin arbitrariedad, una idea expansiva en este momento que desde la ética jurídica clásica es lo único que puede dar contenido al derecho. Es el equilibrio entre «paz jurídica» y justicia del que habla Karl Larenz en su *Derecho justo*<sup>15</sup> como elemento central de la idea de derecho. En sus fundamentos de ética jurídica analiza la relación dialéctica que se da entre paz jurídica y justicia, que hace que ambos conceptos se condicionen recíprocamente y asegura

13 Marco Aparicio, *op. cit.*

14 Mariano Maresca, «El lugar de la justicia», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, nº 20, marzo 1993.

15 Karl Larenz, *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

que «a la larga la paz jurídica no está asegurada si el ordenamiento que subyace a ella es injusto y se siente como tal cada vez más», y solo con un orden justo se puede contrarrestar el «derecho del más fuerte».

Veamos dos ejemplos de distintas generaciones de derechos en los que se puede ver la necesaria interrelación de los derechos humanos, de la legalidad concreta y de la idea de justicia.

En el caso actual de los desahucios, límite moral del sistema, según el sociólogo Emir Sader<sup>16</sup>, se puede observar esa dialéctica. La idea motriz de las plataformas articuladas en defensa de las personas que son objeto de desahucio es la injusticia que supone que ciudadanos, menores incluidos, se queden sin hogar y que, desde los poderes públicos, no se articulen soluciones respetuosas con el derecho a una vivienda digna. Pero también hacer frente a la injusticia de un procedimiento que, frente a una parte poderosa, deja indefensa a la parte más débil de la relación contractual, dando una apariencia de legalidad a lo que en realidad es dejar sin contenido un derecho constitucional. Resolviendo sobre este extremo que era una reclamación básica de las plataformas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, en su sentencia de 14 de marzo de 2013 (trae causa de la decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona) declara que cuando existan cláusulas abusivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez que conozca del proceso puede acordar medidas cautelares; entre ellas, la suspensión de la ejecución hipotecaria y el juez nacional podrá entrar a valorar el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor. Es evidente que en este caso la idea de justicia reclamada por los afectados ha tenido una concreción judicial por iniciativa de un juez, que ha dado un paso en la defensa del derecho a una vivienda digna, pero para que se tuviera conciencia del gravísimo problema, los afectados han precisado ejercer otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, asociación, reunión o manifestación.

Por eso la insistencia en la interdependencia que existe entre todos los derechos fundamentales que constituyen una estructura interrelacionada. Como

16 Entrevista a Emir Sader, *El País*, 1 de marzo 2013.

decíamos, la libertad, la igualdad y la solidaridad son conceptos entrelazados e interdependientes en la medida que no se puede entender ni hacer realidad cualquiera de ellos aisladamente y sin tener en cuenta los otros. De aquí la necesidad de postular las características esenciales de cada una de las generaciones de derechos humanos como propias de todos los derechos humanos.

Además, todos necesitan de la solidaridad como se puede ver claramente cuando el foco se centra en derechos humanos de la tercera generación. Tomaremos como ejemplo el derecho al desarrollo, derecho humano básico en la lucha contra la pobreza.

El derecho al desarrollo está citado tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente en la Declaración sobre Derecho al Desarrollo (aprobada por resolución de la Asamblea General de las NNUU de 4 de diciembre de 1986). Este derecho sirve como principal acicate en la lucha contra la pobreza y se recoge «como un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos tienen derecho a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y al beneficio de ese desarrollo».

La reivindicación de este derecho es predicable y lógicamente más insistente en los países que viven en situación de pobreza estructural; es en estos lugares donde ha de insistirse más en él como elemento clave en la lucha contra la pobreza. Sin embargo, hoy la pobreza se está empezando a instalar en nuestras sociedades. El informe de UNICEF sobre «la infancia en España»<sup>17</sup> habla del incremento en un 10% de los menores que se encuentran por debajo del umbral de la pobreza en los últimos dos años y un incremento alarmante de la inequidad que provoca que la distancia entre los más ricos y los más pobres haya aumentado (de 5,3 veces en 2007 a 6,9 en 2011). Los datos son alarmantes por los efectos que pueden tener sobre los menores.

17 La infancia en España 2012- 2013. El impacto de la crisis en los niños, UNICEF.

Hace unos cuatro o cinco años, parecía que la frontera de la pobreza estaba situada de forma nítida al sur de nuestro país y una parte importante de los recursos y de las energías se utilizaban para blindar esas barreras de hambrientos «no comunitarios». Hoy no está claro que dentro de unos años nosotros no estemos al sur de esa frontera, y estar al sur de esa frontera siempre ha sido peligroso. Lo cierto es que los límites de la pobreza empiezan en los suburbios de nuestras ciudades y que los recortes en los servicios básicos como educación, salud, justicia nos hacen intuir un país más pobre.

Sin embargo, el concepto de pobreza no es solo económico; países o ciudades con importantes índices de crecimiento económico no mejoran los niveles de vida de sus habitantes y el crecimiento no contribuye a paliar la pobreza (se ponen como casos paradigmáticos Guinea Ecuatorial, Bangladesh, incluso Ciudad Juárez). Pero lo que aquí interesa es reflexionar sobre la estrecha relación que existe entre pobreza y ausencia de respeto a los derechos humanos (importante para relacionar la interdependencia que existe entre todos los derechos). En definitiva, ver que existe una vinculación esencial entre reconocimiento de derechos y reducción de la pobreza. Hasta tal punto, que puede considerarse como causa fundamental de la pobreza la negación de los derechos humanos.

El crecimiento económico y el aumento de los niveles de ingresos son importantes para promover el derecho al desarrollo, pero si no se aborda la cuestión de los derechos de las personas pobres se fracasará en el reto de acabar con la pobreza, como afirma Irene Kanh en su libro *La verdad no escuchada*<sup>18</sup>, pues con demasiada frecuencia los que sufren marginación lo hacen por causas de género, raza, lengua, etnia o casta. Para la autora, que fue secretaria general de Amnistía Internacional de 2001 a 2009, la pobreza no tiene que ver esencialmente con la economía y los niveles de ingresos sino con la falta de poder experimentada en muy diversas formas por quienes viven en ella: «los derechos humanos demandan que los débiles exijan a los poderosos que cumplan con sus responsabilida-

18 Irene Kanh, *La verdad no escuchada, pobreza y derechos humanos*, Editorial Fundamentos, Caracas, 2010.

des, por eso la pobreza tiene que ver en primer lugar y principalmente con los derechos». Concluye que «la lucha para acabar con la pobreza no es sólo un lucha para aumentar los bienes materiales sino una lucha por la libertad, la justicia y la dignidad».

#### 4. La universalidad de los derechos humanos, la «legalidad exigente» y la gestión de la crisis

Si en el anterior apartado se ha analizado la interrelación que existe entre las distintas generaciones de derechos humanos y su vinculación con esa «legalidad exigente» integrada en buena medida por las tablas de derechos humanos que se recogen en los tratados internacionales, este es el lugar para valorar la situación de los derechos humanos en el actual contexto de la crisis.

En esta situación lo primero que se aprecia es un síntoma preocupante en una sociedad democrática, pues la dinámica de los acontecimientos está derivando en una precarización de los derechos como consecuencia de interpretaciones y reformas legales que chocan frontalmente con el principio de la universalidad de los derechos humanos. La idea central de esta tendencia parte del principio de que no puede haber derechos para todos, que los derechos humanos son escasos y que hay que repartirlos. El argumento es la antítesis de la universalidad de los derechos humanos.

A partir de aquí se está utilizando la crisis como pretexto para negar contenido a determinados derechos. Se afirma que el reconocimiento de los mismos que se ha hecho en época de bonanza económica era fruto de la generosidad de nuestras sociedades y que eran concesiones graciabes, pero no derechos. Reducidos los recursos, no se pueden mantener.

El planteamiento no se sostiene, pues, cuando hablamos de derechos humanos, estamos hablando de derechos y por tanto no son recortables. Se precarizan porque en esencia no se cree que sean derechos y menos que tengan la característica fundamental de la universalidad de los derechos humanos. No se suprimen los derechos sino que se precarizan, se debilitan dando la apariencia de que se respetan hasta donde se puede. La privación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular, que se desarrolla en

el R. Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, vinculando la asistencia sanitaria con la contraprestación de cotización a la Seguridad Social, es un claro ejemplo de la privación de un derecho que tiene carácter universal. Anteriormente, las restricciones al empadronamiento fueron en el mismo sentido. Formalmente se mantiene el derecho, pero la legislación concreta lo hace desaparecer para un número importante de personas.

Son restricciones a derechos constitucionales que se hacen como consecuencia de la gestión de la crisis, manteniendo formalmente el derecho pero con una clara limitación en la práctica, aunque aquí debe hacerse una salvedad, pues la cultura real de la restricción de los derechos ya estaba latente y con la crisis ha encontrado el medio para desarrollarse. Lo que ha hecho la crisis es hacer visible y extender una idea que previamente estaba asentada en sectores sociales y determinados medios de comunicación, que se basa en que los derechos pueden ser limitados.

Todo esto es el resultado de la elaboración de una idea negativa, que se asienta en el principio de que no puede haber derechos para todos, pues son un bien escaso. Un planteamiento economicista según el cual en tiempo de escasez hay que administrar esos derechos, pues no hay derechos para todos. Los derechos se están convirtiendo en algo graciabes, hay que repartir los derechos. Esta pérdida del compromiso con los derechos y considerarlos como graciabes es lo que lleva a la precariedad de los derechos, a su enfermedad, a convertir el derecho a una vida digna en un bien escaso. En definitiva, el choque entre la lógica de la economía y la de la justicia.

Los tratados siguen siendo los mismos, pero desde otras instancias se van creando ámbitos de alejamiento. Muchas veces son los propios municipios y otras instancias administrativas las que dictan normas que en la práctica restringen esos derechos y crean lo que realmente conforma esa situación de precariedad de los derechos, en muchos casos con escasas posibilidades de control. Aquí es donde cobra importancia el control jurisdiccional para garantizar que los derechos no queden fuera de control y que las decisiones de los poderes, incluido el poder electivo, no sean arbitrarias. Ese control es lo que va a dar efectividad a esa «legalidad exigente» de la que hablamos, que en definitiva va a ser la premisa de la soberanía de los ciudadanos.

El principio democrático exige el control de la legalidad por jueces imparciales, imparcialidad que es la brújula y la esencia de la justicia como afirma Paolo Flores d'Arcais<sup>19</sup>. Este autor, en su reciente libro *Democracia, libertad privada y libertad rebelde* analiza cómo hoy nadie pone en discusión que la magistratura deba ser un poder autónomo que sirva para equilibrar el poder político, pero se plantea cómo debe constituirse y regularse este poder para que no se convierta a su vez en arbitrariedad en lugar de administración imparcial de la ley. Para el autor «la aplicación de la ley es también, inevitablemente, una interpretación, porque cada caso tiene algo de «propio» y porque cada día que pasa hace «inédita» la situación». Medir la «democraticidad» en diversos contextos se puede hacer midiendo las garantías constitucionales efectivas y que dichas garantías se aplican con igualdad. Cuanto menos se sigue este criterio tanto más se vacía la democracia, por lo que concluye que «en democracia la legalidad puede y debe ser el poder de los sin poder», pues la democracia es antes que nada y siempre lucha por la democracia. Es evidente que la legalidad a la que se refiere el autor es esa «legalidad exigente» a la que se ha hecho referencia. Es el instrumento que puede evitar la precarización de los derechos en nuestras democracias.

## 5. Los derechos de la infancia como ejemplo de la precarización de los derechos

Quizás uno de los lugares donde más temprano se notan los efectos de la crisis de los derechos es en de la exclusión social y en el ámbito de uno de los colectivos más vulnerables: los menores. Aquí tradicionalmente se han mezclado dos lógicas diferentes (la de la sanción y la de la protección) y no siempre se han resuelto bien sus relaciones.

Afirmaba Sábato que las crisis tienen relación con la economía y con los complejos procesos de globalización, pero donde realmente arde es en los comedores de las casas. Pues bien, la crisis actual está ardiendo también en los corredores de los centros de reforma, en

19 Paolo Flores d'Arcais, *Democracia, libertad privada y libertad rebelde*, Galaxia Gutemberg, Torino, 2013.

el deterioro de las estructuras de medidas educativas frente a la privación de libertad, y por supuesto en la estructura de la protección a la infancia. Sin embargo, esta situación de deterioro que se está produciendo en relación con la tutela de la infancia se está haciendo manteniendo íntegra la estructura jurídica básica de los derechos de la infancia o con pequeñas reformas parciales. Obviamente, no se denuncia la Convención de Derechos del Niño de 1989, ni las leyes que supusieron la adaptación interna de nuestra legislación al contenido de esta —en nuestro caso la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de enero de 1996 y la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor de enero de 2000—, sino que todo tiene que ver más con aplicación de vías de hecho, de desarrollo de reglamentos internos de organización y funcionamiento de las estructuras de reforma y protección (con lo que se dificulta enormemente el control jurisdiccional).

Lo que se está modificando es esa legislación «débil», administrativa, sobre todo en materia de protección. Hay ejemplos muy claros de cómo esa «legalidad exigente» a la que se ha hecho referencia, que incluye en su código genético los tratados, las constituciones, las cartas de derechos, es vulnerada con demasiada frecuencia por otras normas de rango más débil. Desde el conocimiento práctico, como afirma el fiscal Justino Zapatero<sup>20</sup>, cada vez que un Convenio se ratifica, que una ley entra en vigor, los juristas tenemos el deber de tomarnos los derechos en serio, de comprometernos en su efectividad, lo que implica hacer cumplir la ley, algo sencillo y complejo al mismo tiempo, pues «todos los que trabajamos en esto sabemos que la ley se interpreta, y sobre todo ha de aplicarse, tarea en la que frecuentemente se enfrenta con los imponderables del pragmatismo, la contundencia de los presupuestos, la dificultad de los recursos económicos».

A modo de ejemplo en materia de reforma de menores, la Convención habla de centros específicos para la educación de menores que han cometido delitos, pero se reforma la Ley Orgánica de Responsabili-

20 Justino Zapatero, «Menores, un solo marco jurídico», en Coord. Félix Pantoja García, *Los derechos de los menores extranjeros*. Estudios de Derecho Judicial nº 104, CEN-DOJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

dad Penal de los Menores (reforma operada por L.O. 8/2006 de 4 de diciembre) para poder transformar la medida educativa que se impone a un menor con fundamento en el art. 7 de esa ley, en pena privativa de libertad a cumplir en una prisión.

En este momento existe el proyecto de enjuiciar conjuntamente menores y mayores en los supuestos de codelinuencia de un mismo hecho delictivo, lo que supondría enjuiciar en los tribunales de adultos a menores de edad, cuando la Convención habla de órganos especializados para los menores de dieciocho años. Y también es constante la insistencia en los parámetros de proporcionalidad y en las tesis retributivas sobre la base de la falsa ecuación lanzada constantemente por medios de comunicación sensacionalistas de que a mayor sanción mayor eficacia en la prevención del delito.

En el ámbito de la protección a la infancia la comunidad internacional se ha dotado a través de un proceso histórico complejo de unas normas de obligado cumplimiento, que vinculan a los Estados y que son derechos que operan al margen de la ciudadanía o de la nacionalidad del menor por haberse proclamado la universalidad de esos derechos. No estamos ya ante una declaración de principios como lo fueron sus instrumentos precedentes (la declaración de Ginebra de 1923 aprobada por la quinta Asamblea General de la Sociedad de Naciones y la Declaración de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959) sino ante una Convención que vincula legalmente a todos los Estados que la ratifiquen. Estamos ante un paso fundamental, no solo por el hecho de que se recoja en la Convención un catálogo de derechos de los menores, sino por la fuerza de obligar que tiene la propia norma, además de la importancia que ha tenido para que se modifique en los Estados la legislación interna.

Sin embargo, no han sido escasos los supuestos en que se ha pretendido dar por finalizada la protección de menores extranjeros no acompañados a través de mecanismos de expulsión del territorio nacional que no pueden ser aplicados a los menores de edad, cuyo estatuto jurídico está determinado por la primacía de la minoría de edad frente a su condición de extranjero que ha entrado irregularmente en el territorio nacional (la minoría de edad siempre debe primar sobre el origen nacional). La primacía de ese estatuto jurídico de protección tiene su base no solo en las leyes internas

sino en la propia Convención de Derechos del Niño, y así se ha reconocido por los jueces que han negado en múltiples ocasiones la posibilidad de expulsión de los menores de edad sobre los que no había certeza de que se fueran a reagrupar con sus familias. Con fundamento en la Convención de Derechos del Niño y la Ley de Protección Jurídica del Menor no se puede argumentar la salida de nuestro país de un menor extranjero no acompañado que solo puede tener como motivo la reagrupación con su familia, entendiéndose que la institución de la reagrupación familiar es un derecho para el menor extranjero, en contraposición a otras medidas previstas en la legislación de extranjería como la expulsión, la devolución o el retorno, que tienen el carácter de verdaderas sanciones administrativas.

Estos dos botones de muestra, uno de la protección y otro de la reforma de menores, pueden servir para visualizar cómo se va construyendo esa legalidad exigente que tiene que ver esencialmente con el reconocimiento de los derechos humanos, y cómo desde la jurisdicción se puede hacer una función de integración de la norma con los derechos humanos reconocidos a la infancia en los tratados internacionales, pues el art. 2º de la Convención obliga a los Estados Partes a respetar los derechos enunciados en la Convención «a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».

En definitiva, el jurista se va a encontrar con la importante función de integrar la norma vigente con los tratados internacionales, y en materia de menores hay declaraciones y textos internacionales que precisan los derechos y garantías de los menores y que nos vinculan. El profesor Bueno Arús<sup>21</sup> insiste en que el

21 Francisco Bueno Arús, «La ley de responsabilidad penal del menor: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal», en Coord. Félix Pantoja García, *La ley de Responsabilidad Penal del Menor: situación actual*, Cuadernos de Derecho Judicial, xxv-2005, CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

valor o eficacia jurídica de los tratados internacionales en materia de menores no plantea ningún problema intelectual o valorativo con arreglo a nuestro derecho interno pues, «sin necesidad de largos análisis, el derecho constitucional español proclama el carácter obligatorio del derecho internacional y su prevalencia sobre el derecho interno, que no puede modificar a aquél».

Los anteriores ejemplos pueden ilustrar esa idea central que se ha mantenido en la ponencia de considerar que legalidad y derechos humanos no tienen que ser considerados como conceptos enfrentados, en contra de lo que está sucediendo en estos momentos con la gestión de la crisis. A los juristas nos toca insistir en la vigencia y efectividad de los derechos en contra de los intentos de su precarización y del interés por disociar «lo legal» de los derechos humanos.

Finalmente, un ejemplo que también tiene relación con la infancia, y que evidencia como situar la centralidad de los derechos en el debate sobre los recortes de los mismos da lugar a situaciones contradictorias y que relaciona dos asuntos tratados como límites morales del sistema en este trabajo: los desahucios y la situación de la infancia. La Comisión Europea, el 20 de febrero de 2013 (Diario Oficial de la Unión Europea de 2 de marzo de 2013), aprueba la Recomendación «Invertir en infancia: romper el ciclo de las desventajas», donde después de volver a proclamar el respeto

a la dignidad humana como valor fundamental de la Unión Europea, la lucha contra la exclusión social, la justicia y la protección social, recomienda reducir las desigualdades en la niñez invirtiendo en la educación y los cuidados de la primera infancia; también proclama la necesidad de proporcionar a los niños una vivienda adecuada para hacer posible que las familias con hijos vivan en viviendas asequibles y de calidad, y recomienda a los Gobiernos apoyar a las familias y a los niños con riesgo de no tener hogar, evitando los desahucios, las mudanzas innecesarias y la separación de las familias. Pues bien, esta recomendación que proclama la necesidad de invertir en educación se hace al tiempo que, por otra parte, se están imponiendo recortes en educación, elevando las ratios de alumnos, reduciendo los apoyos a la integración, las ayudas a comedores escolares, las plantillas de profesores. También en tiempo de desahucios se recomienda evitarlos.

Esta situación de proclamar derechos por un lado, mientras que se recortan por otro, es lo que da cuenta de la importancia en estos momentos del discurso jurídico, un discurso que pueda desenmascarar esta práctica que está lesionando derechos, pues esta contradicción no legitima el sistema precisamente. En definitiva, se están enfermando los derechos, se mantiene el título, se ensalzan los principios, pero no se garantizan los mecanismos necesarios para su protección.

# La Contraloría del Notariado

*Nicolás Ochoa Valle\**

Mediante Decreto No. 353-2005, el Congreso Nacional aprobó el nuevo Código del Notariado el 16 de diciembre de 2005; fue sancionado por el Presidente de la República, Ricardo Maduro Joest, el 29 de diciembre de 2005 y publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* del 17 de enero de 2006. Fue reformado mediante Decreto No. 77-2006 del 25 de julio de 2006, publicado en *La Gaceta* del 28 de agosto de 2006.

En el Capítulo VII, De la Contraloría del Notariado, Sección Primera, Disposiciones Generales, el artículo 74 crea la Contraloría del Notariado como un órgano ejecutivo dependiente de la Corte Suprema de Justicia, la que debe ejercer las funciones de orientación, dirección, inspección y vigilancia del ejercicio de la función notarial. La Contraloría estará integrada por tres miembros nombrados por la Corte Suprema de Justicia, y actuará como director el que designe la misma Corte; durarán en sus funciones tres años, pudiendo ser nombrados por un período igual.

Correspondió a los profesionales del Derecho Lidia Álvarez Sagastume, Máximo Jerez y Ricardo Zavala Lardizábal, organizar e iniciar las funciones de la Contraloría del Notariado; en el segundo período la integraron Nicolás Ochoa Valle, Julio César Raudales Lanza y Gina María González Domínguez, correspondiendo al primero fungir como director; en el tercer y actual período está integrada por José Gilberto Aquino Guevara, Lidia Álvarez Sagastume y Nicolás Ochoa Valle; el primero ejerce las funciones de director.

Fue en el segundo período que la Contraloría del Notariado obtuvo sus mejores resultados al aprobarse el Reglamento del Papel Especial Notarial, que sustituyó el Reglamento del Papel Sellado; se aprobó también el Reglamento del Código del Notariado.

El 29 de junio de 2011 el Pleno de la Corte Suprema de Justicia aprobó el Reglamento del Código del Notariado, un valioso aporte normativo que constituye un instrumento para desarrollar las normas del Código del Notariado; ha sido elaborado con la mayor claridad posible, es práctico para su cumplimiento, busca transparencia, capacidad técnico jurídica, honradez, lealtad y, sobre todo, que el ejercicio de la función notarial sea una labor personal y no delegable, para que la fe pública no sea objeto de acción por impugnación de documentos públicos autorizados por notarios por mala práctica, y que se fortalezca la seguridad jurídica, como medida estratégica para tener un clima de confianza en nuestra sociedad y saludable para nuestras relaciones internacionales.

En vista de esa importancia estratégica, a partir de enero de 2012 entró en vigencia el Reglamento para la Emisión, Administración y Distribución del Papel Especial Notarial, que sustituyó y mejoró sustancialmente el del papel sellado, que caducó el 31 de diciembre de 2011, por finalizar el cuatrienio 2008-2011 y por entrar en vigencia el referido Reglamento.

El papel especial notarial es de una sola clase, impreso en colores verde y anaranjado, según su uso: el primero para la formación del protocolo notarial, y el segundo para la expedición de testimonios o copias, actas no protocolares, plica de testamento cerrado y asuntos no contenciosos sometidos al conocimiento y autorización en sede notarial.

Un aspecto importante en el uso del papel especial notarial es que para adquirir el que se usa para la formación del protocolo, es requisito que la Contraloría del Notariado haya expedido el Carné Notarial y solicitar la autorización para su compra a esa dependencia, presentando para su revisión el tomo o tomos del protocolo que ya hubiesen sido utilizados por el notario. Este procedimiento permite la revisión

\* Abogado y Notario.

para la enmienda de omisiones y actuaciones irregulares en el ejercicio de la función notarial.

Con los cambios de carácter formal reseñados, el trabajo en la función notarial, dentro de corto tiempo, será homogéneo, transparente y de mayor reconocimiento; la autorización de las escrituras públicas será en forma personal y no delegable, las notas de expedición de testimonios o copias quedarán incorporadas en los cinco renglones de letras, consignándose el nombre del otorgante o persona a quien se extiende la copia para que, en el futuro, en el protocolo matriz que esté en custodia de la Contraloría, no exista ningún tipo de duda ante una solicitud de copia como primera, segunda o ulterior copia.

En el Reglamento del Código del Notariado hay algunas disposiciones innovadoras que constituyen medidas de control para la buena práctica del ejercicio notarial. Entre otras, que en todos los actos en que intervenga el notario en testimonio de su autoridad, utilice un sello oficial que ahora será húmedo y en algunas ocasiones también el sello seco; el primero impuesto al lado de la firma del notario en el protocolo de escrituras matrices, en los expedientes de asuntos no contenciosos sometidos al conocimiento y decisión notarial, y el segundo en las copias o testimonios de las escrituras públicas, en las actas notariales no protocolares, en el testimonio que se extienda al interesado del instrumento de resolución final, en los certificados de autenticidad de firmas y cotejo de documentos originales, y los certificados de matrimonio.

Esto con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica nacional y evitar, hasta donde sea posible, la falsificación de documentos y, de esta manera, proteger más al notario en el ejercicio de la función notarial, coadyuvar a la seguridad jurídica en las labores correspondientes a los funcionarios del Instituto de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro Nacional de las Personas y demás dependencias del Ejecutivo, del Poder Judicial y de las otras personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, donde tengan sus efectos jurídicos.

El uso de la letra Times New Roman tamaño 12 para lograr un trabajo homogéneo, que imposibilite la manera de ajustar el contenido de un texto para iniciar una escritura matriz en el frente de un folio y terminar

en el reverso del mismo o de otro folio, para evitar el préstamo del protocolo; igualmente, la incorporación de la hora en todas las escrituras matrices, actas o no, a fin de que no siga sucediendo que un mismo notario autoriza instrumentos públicos el mismo día y en diferentes lugares, cuando por razón de la distancia o de la movilidad no es posible hacerlo.

Finalmente, una disposición transitoria del Reglamento permitió a los notarios morosos en la entrega de sus protocolos que, a partir de la vigencia de la ley, tuviesen un plazo de seis meses para entregar los protocolos que aún no habían presentado; transcurrido el término, los notarios que no se hubiesen puesto al día en su obligación, no pudieron continuar en el ejercicio de la función notarial, pues la Contraloría del Notariado se abstuvo y abstendrá de expedir la autorización para la adquisición del papel especial notarial para la formación de protocolos.

Por otra parte, se realizaron eventos para capacitar a los notarios en los nuevos asuntos referidos, unas veces como actividad del Poder Judicial y otras en cooperación con la Unión de Notarios de Honduras, en Tegucigalpa, San Pedro Sula, La Ceiba, Choluteca, Santa Rosa de Copán, El Progreso, Comayagua y Juticalpa; y se realizarán otros para continuar con la función de la Contraloría del Notariado de orientar debidamente a los notarios.

### Otros reglamentos

También están presentados en la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia los borradores del Reglamento Interno y el de funcionamiento de la Contraloría del Notariado; el Reglamento de Pérdida, Extravío, Inutilización y Reposición de Protocolo se encuentra actualmente en el Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial para su revisión y posterior aprobación.

La Contraloría del Notariado lleva una base de datos de los notarios registrados; actualmente están registrados 1030. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto suspensiones y cancelaciones del Exequátur, por irregularidades cometidas en el ejercicio notarial por parte de los notarios.

La Corte Suprema de Justicia aprobó, por unanimidad, el Reglamento para Obtener el Exequátur de Notario, publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* No. 33,193 del 3 de agosto de 2013 que, conforme a

lo normado, entrará en vigencia el uno de julio del año en curso. La Contraloría del Notariado, además de investigar las solicitudes de abogados interesados en someterse al examen para obtener el Exequátur, estudia la forma de realizar este examen para someterla a la Corte Suprema de Justicia para su aprobación y ejecución.

A continuación se consignan los requisitos para que los abogados puedan presentar la solicitud de examen:

- Certificación del acta de nacimiento;
- Original y fotocopia debidamente autenticada del título de Abogado, extendido por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras o por otra universidad hondureña o del extranjero que haya sido reconocida por aquella, si fuere necesario;
- Constancia acreditando que se encuentra inscrito en el Colegio de Abogados de Honduras y solvente con el mismo;
- Constancia del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Honduras en la que se afirme que el solicitante no tiene denuncias pendientes;
- Constancias de los Juzgados de Letras de lo Civil, Penal, Violencia Doméstica y de Familia, de que no tiene ni ha tenido denuncia alguna;
- Constancia extendida por el Ministerio Público, estableciendo que el interesado no ha sido denunciado o no tiene denuncias pendientes;
- Certificación médica que haga constar que el aspirante carece de incapacidad física y/o mental que le imposibilite el ejercicio de la función notarial;
- Constancias extendidas por la Procuraduría General de la República, por el Tribunal Superior de Cuentas y la Dirección Ejecutiva de Ingresos, de no tener cuentas pendientes con el Estado de Honduras;
- Presentar un listado de seis (6) notarios que conozcan sobre su persona, su forma de vida, su conducta y actividad profesional; la Contraloría del Notariado escogerá de ese listado tres nombres de notarios para tomarles en forma personal la información solicitada;
- Fotografía reciente tamaño pasaporte, con vestimenta formal;
- Fotocopia de la tarjeta de identidad;

- Fotocopias del carné del Colegio de Abogados de Honduras y del carné del Registro Tributario Nacional;
- Autorización para ser investigado acerca de su vida, costumbres y demás circunstancias de índole personal y profesional; y,
- Comprobante de pago del costo del examen extendido por la Pagaduría Especial del Poder Judicial.

### **La Institución del Notariado**

El Notariado hondureño está integrado por la normativa relacionada, por todos los notarios, por los funcionarios autorizados por Ministerio de la ley, por la Corte Suprema de Justicia, la Contraloría del Notariado y la Unión de Notarios de Honduras.

A los notarios se nos debe considerar protectores y garantes de la seguridad jurídica; cumplimos un rol estratégico en la sociedad cuando dotamos de certeza las relaciones entre particulares, brindándoles asesoría técnico legal, y ajustando la voluntad de los particulares a lo establecido en las leyes, todo esto bajo la investidura estatal de la fe pública.

¿Qué implica para los notarios ser protectores y garantes de la seguridad jurídica? En primer lugar, nuestra formación profesional nos impone la responsabilidad de tener conocimientos del desarrollo social, de las leyes vigentes, de brindar un servicio con calidad y honradez y, ante todo, con diligencia y transparencia al momento de ejercer la fe pública. ¿Para qué? Para darle certeza a las relaciones entre particulares, brindándoles asesoría técnico legal, a fin de materializar el deseo de los celebrantes del acto o contrato conforme a lo establecido en nuestras leyes.

¿Cómo? Ejerciendo la función notarial personalmente, ya que esta función es indelegable; además, lo tenemos que hacer técnicamente, dándole forma a la voluntad expresada de las partes con capacidad jurídica, con imparcialidad, con independencia y con la debida responsabilidad y dignidad.

Finalmente, todo lo que hacemos como Notarios es bajo la investidura de la fe pública que el Estado nos concede al expedirnos el Exequátur de Notario por medio de la Honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo uso de una de las atribuciones que le confiere el Estado en la Constitución de la República y demás leyes.



## EDITORIAL

- En suspenso la aplicación de la prueba del polígrafo en el Poder Judicial

## DEBATE JURISDICCIONAL

- Tres temas sobre el control de constitucionalidad en Honduras  
*Andrés Pérez Munguía*
- Derecho Penal y verdad  
(A propósito del Proyecto de reforma del Código Penal español)  
*José Luis Ramírez Ortiz*
- El derecho al Honor y el derecho a la Libertad de Expresión:  
Su problemática en Honduras  
*Julissa Aguilar*
- Ilícitud probatoria en el proceso penal hondureño  
*Edwin Noel Ramos Ventura*
- El fraude y la ineficacia de los actos celebrados dentro  
del período de retroacción de la quiebra  
*Nicolás J. García Pineda*

## INFORME ESPECIAL

- Afectaciones a la independencia judicial en Honduras en el marco de la depuración judicial y la práctica de las pruebas de confianza

## ACTUALIDAD SOCIOJURÍDICA

- Cultura de paz, legalidad y derechos humanos  
*Luis Carlos Nieto García*
- La Contraloría del Notariado  
*Nicolás Ochoa Valle*