

ANALES DE JURISPRUDENCIA

mayo - junio 2021

Contenido

Materia Constitucional

Magistrado Javier Raúl Ayala Casillas
Acción por omisión legislativa

Materia Familiar

Magistrado Manuel Díaz Infante
Controversia del orden familiar. Alimentos, guarda y custodia

Materia Penal

Magistrado Jorge Ponce Martínez
Delitos de trata de personas. Hipótesis explotación sexual y mención

Estudio Jurídico

Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación
de la verdad en el proceso penal
Ernst Beling

Publicación Especial

Caso KOTILAINEN Y OTROS vs. FINLANDIA



1933 - 2021

XI Época

La Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones invita a los magistrados, jueces, abogados y estudiosos del Derecho al envío de artículos y estudios jurídicos originales para su publicación.

Los escritos deberán ser presentados en medio impreso y electrónico, con la correspondiente división de títulos y subtítulos. Toda correspondencia deberá ser enviada a la Dirección de Anales de Jurisprudencia y Publicaciones, ubicada en Dr. Claudio Bernard, No. 60, PB, Esq. Dr. Jiménez, Col. Doctores, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06720, Ciudad de México.

Teléfono: 91564997, ext. 111008.

Correo electrónico: analesjurisprudencia.publicaciones@tsjcdmx.gob.mx

Los artículos firmados son responsabilidad exclusiva de sus autores, y no reflejan en modo alguno el criterio u opinión de la Institución.

INFORMES Y VENTAS:

Anales de Jurisprudencia, Leyes y Códigos Tematizados, Colecciones Doctrina y Clásicos del Derecho, y demás obra editorial.

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

Dr. Claudio Bernard, No. 60, PB, colonia Doctores, alcaldía Cuauhtémoc, C. P. 06720, Ciudad de México. Teléfono: 91564997, Exts. 111002 y 111008.

AJ ANALES DE JURISPRUDENCIA, año 83, tomo 371, mayo-junio, 2021, es una publicación bimestral editada por el Poder Judicial de la Ciudad de México. Niños Héroe, No. 132, col. Doctores, Alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06720, Ciudad de México, tel. 91564997, Ext. 111008, www.poderjudicialcdmx.gob.mx, analesjurisprudencia.publicaciones@tsjcdmx.gob.mx.

Editor responsable: Raciél Garrido Maldonado. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2010-073014561200-102; ISSN: 2007-1701; Licitud de Título y Contenido No. 14982, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Colaboradores:

✦ Gustavo Frías Esquivel ✦ José Antonio González Pedroza ✦ Rafael Tovar Álvarez ✦

Diseño de portada, interiores y formato de interiores:

✦ Ricardo Montañez Pérez ✦

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Poder Judicial de la Ciudad de México.

PUBLICACIÓN CREADA COMO
DIARIO DE JURISPRUDENCIA
EN 1903, Y CON LA PRESENTE DENOMINACIÓN
A PARTIR DE 1932

TOMO 371
DÉCIMA PRIMERA ÉPOCA



MAYO - JUNIO 2021

Magistrado Dr. Rafael Guerra Álvarez
PRESIDENTE DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Lic. Raciel Garrido Maldonado
DIRECTOR GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA
Y BOLETÍN JUDICIAL

DIRECCIÓN DE ANALES DE JURISPRUDENCIA
Y PUBLICACIONES

Dr. José Castillo Larrañaga
FUNDADOR

ÍNDICE GENERAL

Índice del Tomo 371

Materia Constitucional	1
Materia Familiar	27
Materia Penal	58
Estudio Jurídico	111
Publicación Especial	158
Índice de Sumarios	281

SALA CONSTITUCIONAL

Pág.

ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA, IMPROCEDENCIA CUANDO SE IMPUGNA LA VOTACIÓN DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 135 DE ESTE ORDENAMIENTO. La acción por omisión legislativa procede cuando no se haya aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México, o cuando se estime que no cumple con los preceptos constitucionales la norma reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México. En el segundo supuesto, nos hallamos ante la actividad incompleta por parte del Congreso de la Ciudad de México, esto es, cuando lleva a cabo el proceso legislativo pero la norma que aprueba no alcanza a satisfacer el espectro normativo necesario para el desarrollo de un derecho contenido en la Constitución Política de la Ciudad de México; es decir, en este supuesto la acción por omisión legislativa tiene como propósito provocar que el legislador perfeccione la norma impugnada, situación que en el caso en estudio resulta imposible para el Congreso de la Ciudad de México. La imposibilidad jurídica señalada encuentra su razón de ser en el hecho de que el Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 4º la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar, impugnado en el caso que se estudia, se emitió en términos del artículo 135 de la Constitución Federal por lo que hace a las Legislaturas de los Estados y al Congreso de la Ciudad de

México. Es decir, que el debate parlamentario se circunscribió a dar su voto a favor o en contra de la reforma constitucional sometida a su valoración, puesto que las modificaciones al texto constitucional federal sólo se discuten y aprueban, obviamente, en las cámaras del Congreso de la Unión, de conformidad con el artículo 72 de la propia Constitución federal. A mayor abundamiento, la acción por omisión legislativa sería improcedente si se alegase que se presentaron vicios o violaciones en los procedimientos de formación de una ley o decreto, para tal caso procede, siempre y cuando se trate de leyes, decretos o normas de carácter general o reglamentarias de la Constitución Política de la Ciudad de México, la acción de inconstitucionalidad.

2

DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA COINCIDENTE, SUPUESTO EN QUE SON OBJETO DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. No pasa desapercibido a esta Sala Constitucional que en materia de derecho al bienestar nos encontramos ante un derecho humano fundamental de naturaleza coincidente, puesto que éste se haya regulado no sólo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por el artículo 3, apartado 2, inciso c) de la Constitución Política de la Ciudad de México, y al cual nuestra Carta Magna local le otorga el carácter de principio rector de la Ciudad de México. En tal virtud, es de la mayor importancia subrayar que corresponde al Congreso de la Ciudad de México cuidar que las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resulten contestes al contenido y alcance progresivo de los derechos humanos en general y, en este caso, del derecho al bienestar de los habitantes de la Ciudad de México, en lo particular. Circunstancia esta última para nada baladí, toda vez que en el supuesto de que una reforma a la Constitución federal contraviniese el contenido y alcance progresivo de un derecho humano salvaguardado por la Constitución Política de la Ciudad

de México, pudiera darse el caso de que ese decreto fuese, incluso, rechazado. Si la contradicción constitucional señalada se llegara a presentar, el Congreso de la Ciudad de México posee atribuciones para examinar la materia objeto de la reforma constitucional y, de ir ésta en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Ciudad de México, votarla en contra, actuando así a favor de los intereses de la ciudadanía de esta capital.

3

TERCERA SALA FAMILIAR

ALIMENTOS, CASO EN QUE SE INCORPORA AL ACREEDOR AL HOGAR. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Debe precisarse que atendiendo al principio de proporcionalidad que rige en materia de alimentos, cuando son varios los deudores o en el caso de que ambos padres trabajen, independientemente de que uno de ellos tenga incorporado al o a los acreedores al hogar, debe repartirse equitativamente la carga alimenticia tomando en cuenta los ingresos que cada uno obtenga, pues en términos de ley, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. Así las cosas, el principio de proporcionalidad de los alimentos, previsto en el precitado artículo 311 del Código Civil de esta localidad, debe establecerse tomando en consideración las necesidades de los acreedores alimentarios y la capacidad económica del deudor. En tal virtud, cuando la madre o el padre tiene incorporado al menor a su domicilio, si bien con ello cumple con su obligación alimentaria (artículo 309 del Código Civil local), esa situación no implica que no tenga que aportar la porción de los alimentos que le corresponde pagar, en razón que el rubro de alimentos no se cubre solamente con la vivienda. Por tanto, teniendo como base el cien por ciento de las necesidades del o de los acreedores

menores de edad, debe considerarse la cantidad que corresponda a cada uno de los padres, misma que debe repartirse entre ambos de manera proporcional, según los ingresos que perciban; máxime que no debe pasarse por alto que el principio de proporcionalidad no implica llegar al extremo de empobrecer al progenitor que no tiene incorporado a su domicilio al menor o menores, y que pese a que el otro obtenga ingresos, aquél sea condenado a absorber la totalidad de la carga alimentaria.

28

TERCERA SALA PENAL

PERSPECTIVA DE GÉNERO AL JUZGAR, DERECHOS DE LA VÍCTIMA Y DERECHO A UN DEBIDO PROCESO.

El hecho de que exista un rango de protección internacional para las víctimas de los delitos de trata de personas no constituye una autorización para la violación del derecho fundamental al debido proceso, el cual requiere, entre otras cosas, que la víctima se presente a declarar para realizar una imputación directa y categórica en contra de la persona o personas señaladas como sujetos activos y que exhiba pruebas suficientes para corroborar su dicho, sin que ello por sí mismo constituya una revictimización cuando se siguen todos los protocolos para salvaguardar los derechos de la posible víctima, reservando sus datos generales y sus datos de identidad. Así, el Tribunal de Enjuiciamiento no está obligado a dar credibilidad absoluta al dicho de la víctima, pues esto violaría el principio de igualdad entre las partes contenido en el artículo 11 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como el principio de debido proceso, previsto en el artículo 14 Constitucional, que impone a los tribunales previamente establecidos el cumplimiento de las formalidades esenciales de procedimiento; por tanto, resulta esencial que el Ministerio Público desvirtúe la presunción de

inocencia que existe a favor del enjuiciado con pruebas suficientes que permitan acreditar la existencia de los delitos que se le atribuyen, así como su responsabilidad penal. El juzgar con perspectiva de género no implica generar una ventaja procesal a favor de la denunciante; en realidad, juzgar con perspectiva de género conlleva la obligación del Tribunal de velar por que se cumpla con el principio de igualdad entre las partes, que permite asegurar un juicio justo en el que cada una asume su obligación de acreditar su imputación o, en su caso, su postura defensiva. 59

ESTUDIO JURÍDICO

Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal
Ernst von Beling 111

PUBLICACIÓN ESPECIAL

Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
(traducción al español) 50

Sala Constitucional

SALA CONSTITUCIONAL

MAGISTRADOS: JAVIER RAÚL AYALA CASILLAS, PRESIDENTE; CRUZ LILIA ROMERO RAMÍREZ; JORGE PONCE MARTÍNEZ Y SARA PATRICIA OREA OCHOA.

MAGISTRADO INSTRUCTOR: JAVIER RAÚL AYALA CASILLAS.

Acción por omisión legislativa OL1/2/2020, promovida por Ana Patricia Báez Guerrero y otros, en su calidad de diputadas o diputados del Congreso de la Ciudad de México.

SUMARIOS: ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA, IMPROCEDENCIA CUANDO SE IMPUGNA LA VOTACIÓN DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 135 DE ESTE ORDENAMIENTO. La acción por omisión legislativa procede cuando no se haya aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México, o cuando se estime que no cumple con los preceptos constitucionales la norma reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México. En el segundo supuesto, nos hallamos ante la actividad incompleta por parte del Congreso de la Ciudad de México, esto es, cuando lleva a cabo el proceso legislativo pero la norma que aprueba no alcanza a satisfacer el espectro normativo necesario para el desarrollo de un derecho contenido en la Constitución Política de la Ciudad de México; es decir, en este supuesto la acción por omisión legislativa tiene como propósito provocar que

el legislador perfeccione la norma impugnada, situación que en el caso en estudio resulta imposible para el Congreso de la Ciudad de México. La imposibilidad jurídica señalada encuentra su razón de ser en el hecho de que el Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 4º la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar, impugnado en el caso que se estudia, se emitió en términos del artículo 135 de la Constitución Federal por lo que hace a las Legislaturas de los Estados y al Congreso de la Ciudad de México. Es decir, que el debate parlamentario se circunscribió a dar su voto a favor o en contra de la reforma constitucional sometida a su valoración, puesto que las modificaciones al texto constitucional federal sólo se discuten y aprueban, obviamente, en las cámaras del Congreso de la Unión, de conformidad con el artículo 72 de la propia Constitución federal. A mayor abundamiento, la acción por omisión legislativa sería improcedente si se alegase que se presentaron vicios o violaciones en los procedimientos de formación de una ley o decreto, para tal caso procede, siempre y cuando se trate de leyes, decretos o normas de carácter general o reglamentarias de la Constitución Política de la Ciudad de México, la acción de inconstitucionalidad.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA COINCIDENTE, SUPUESTO EN QUE SON OBJETO DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. No pasa desapercibido a esta Sala Constitucional que en materia de derecho al bienestar nos encontramos ante un derecho humano fundamental de naturaleza coincidente, puesto que éste se haya regulado no sólo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por el artículo 3, apartado 2, inciso c) de la Constitución Política de la Ciudad de México, y al cual nuestra Carta Magna local le otorga el carácter de principio rector de la Ciudad de México. En tal virtud, es de la mayor importancia subrayar que corresponde al Congreso de la Ciudad de México cuidar

que las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resulten contestes al contenido y alcance progresivo de los derechos humanos en general y, en este caso, del derecho al bienestar de los habitantes de la Ciudad de México, en lo particular. Circunstancia esta última para nada baladí, toda vez que en el supuesto de que una reforma a la Constitución federal contraviniese el contenido y alcance progresivo de un derecho humano salvaguardado por la Constitución Política de la Ciudad de México, pudiera darse el caso de que ese decreto fuese, incluso, rechazado. Si la contradicción constitucional señalada se llegara a presentar, el Congreso de la Ciudad de México posee atribuciones para examinar la materia objeto de la reforma constitucional y, de ir ésta en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Ciudad de México, votarla en contra, actuando así a favor de los intereses de la ciudadanía de esta capital.

1º de marzo de 2021.

Vistos para resolver los autos relativos a la acción por omisión legislativa OL1/2/2020 promovida por Ana Patricia Báez Guerrero y otros, en su calidad de Diputadas o Diputados del Congreso de la Ciudad de México, y,

RESULTANDO

PRIMERO. **Presentación de la acción.** Mediante escrito presentado el diez de agosto de dos mil veinte, ante la Oficina de Oficialía de Partes

de esta Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial de la Ciudad de México, por parte de las y los diputados del Congreso de la Ciudad de México, Ana Patricia Báez Guerrero, Héctor Barrera Marmolejo, Federico Döring Casar, Diego Orlando Garrido López, Pablo Montes de Oca del Olmo, América Alejandra Rangel Lorenzana, Margarita Saldaña Hernández, María Gabriela Salido Magos, Mauricio Tabe Echartea, Jorge Triana Tena y Christian Damián Von Roherich de la Isla, promovieron Acción por Omisión Legislativa, argumentando omisión legislativa que se traduce en la violación al artículo 29, Apartado E, numeral 1 de la Constitución Política de la Ciudad de México, con el acto de aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar para efectos del artículo 135.

- ♦ Órgano que emitió el acto reclamado que se impugna: El Congreso de la Ciudad de México.
- ♦ **Preceptos constitucionales que se estiman violados:** El artículo 29, apartado E, numeral 1, de la Constitución Política de la Ciudad de México; el artículo 29, apartado D, inciso d), de la Constitución Política de la Ciudad de México; los artículos 3 numeral 3; 7 apartado F, numeral 4; 29 y 34 apartado B, numeral 4, de la Constitución Política de la Ciudad de México, en relación con lo que establecen los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 29 apartado A, numeral 4, y apartado D, inciso b), de la Constitución Política de la Ciudad de México.

SEGUNDO. **Artículos constitucionales violados.** Los accionantes estiman violados los artículos 29, apartado A, numeral 4, apartado D, inciso b) y d), apartado E, numeral 1, de la Constitución Política de la

Ciudad de México; los artículos 3 numeral 3; 7 apartado F, numeral 4; 29 y 34, apartado B, numeral 4, de la Constitución Política de la Ciudad de México, en relación con lo que establecen los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TERCERO. Conceptos de invalidez. Los accionantes en sus conceptos de invalidez, argumentan en síntesis lo siguiente:

La violación al artículo 29, apartado E, numeral 1, de la Constitución Política de la Ciudad de México, por el Congreso de la Ciudad de México, con el acto de aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar para los efectos del artículo 135. Esa violación se dio: a) con la Convocatoria a la llamada “Sesión Especial del Congreso de la Ciudad de México, de manera remota, con motivo de la contingencia epidemiológica provocada por el COVID-19”; b) con la realización de la “Sesión especial del Congreso de la Ciudad de México, de manera remota, con motivo de la contingencia epidemiológica provocada por el COVID-19”; y c) con el procedimiento de votación. (...) Ninguno de sus artículos prevé la figura de “sesión especial” del Pleno ni de forma remota; las sesiones, deliberaciones, debates y votación están sustentados en la presencia física, aun en el supuesto de cambio de recinto para sesionar siempre debe ser con la presencia física de las y los diputados, es decir, no puede haber una modalidad sin recinto; también, el marco de actuación del funcionamiento en Pleno, siempre requiere la presencia de un grupo de legisladores que integren quórum para iniciar válidamente la sesión y si no lo hay, o habiéndolo éste se rompe en el transcurso de la sesión, se debe levantar la correspondiente sesión. La regulación interna establece la presencia física al momento de las deliberaciones, debates y votaciones. Con la convocatoria, realización y votación en una llamada “sesión especial del Congreso de la Ciudad de México, de manera

remota”, el Congreso de la Ciudad de México incurre en violación al artículo 29, apartado E, numeral 1, de la Constitución Política de la Ciudad de México y en consecuencia se afecta la validez del acto de aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar, para los efectos del artículo 135, con lo que incurre en omisión legislativa y se actualiza el supuesto establecido en el artículo 36, apartado B, numeral 1, inciso e), de la Constitución local, para que sea la Sala Constitucional la que conozca y declare su existencia en términos del artículo 36, apartado D), numeral 4, de la Constitución local. Es evidente que ni el texto constitucional referido, ni la Ley Orgánica o el Reglamento aplicables, facultan a legislador u órgano colegiado alguno del Congreso local, a crear una figura de “sesión especial del Congreso de la Ciudad de México, de manera remota” y que contrario a las mismas disposiciones normativas, se realice sin la presencia física de Diputadas y Diputados...

Indican que

...La violación al artículo 29, apartado D, inciso d), de la Constitución Política de la Ciudad de México se concreta en el acto de aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de bienestar para los efectos del artículo 135, sustentado en reglas a modo, creadas de forma paralela y violatoria de las establecidas en la Ley orgánica y el Reglamento, cuyo origen de ambos ordenamientos es el mandato constitucional establecido en el artículo 29 apartado E numeral 1 de la Constitución Política de la Ciudad de México. Resulta evidente que no se trata de alguna omisión de carácter aislado a la normatividad aplicable. El omitir ceñirse a la legislación constitucional, legal y reglamentaria derivadas de la primera, para crear reglas a modo que condujeron a concretar el acto de

aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar para los efectos del artículo 135, al afectarlo de invalidez, impide a las y los legisladores ejercer la competencia legislativa que establece el artículo 29 apartado D inciso d) de aprobar o rechazar las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, remitidas por el Congreso de la Unión.... Para que la omisión resulte inconstitucional, no sólo se requiere que el legislador incumpla con su deber de legislar, sino también que existan contravenciones al marco constitucional y el derivado de él en las omisiones, como es el caso, cuando se legisle de manera deficiente o con vicios en el proceso legislativo, provocando la creación de situaciones jurídicas contrarias a la Constitución. En efecto, como se expuso en el Primer Concepto de Invalidez, la sesión llamada “especial remota” llevada a cabo en fecha 3 de abril de 2020, contraviene el marco constitucional y legal desde su convocatoria, su realización y votación, incurriendo en violación al artículo 29, apartado E, numeral 1 de la Constitución Política de la Ciudad de México y en consecuencia se afecta la validez del acto de aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar para los efectos del artículo 135, con lo que incurre en omisión legislativa y se actualiza el supuesto establecido en el artículo 36 apartado B numeral 1 inciso e) de la Constitución local, para que sea la Sala Constitucional la que conozca y declare su existencia, en términos del artículo 36 apartado D) numeral 4 de la Constitución local.... En tal virtud, las violaciones al procedimiento legislativo tienen relevancia invalidatoria por llegar a trastocar los atributos democráticos del proceso legislativo, pues éste debe garantizar el derecho a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en condiciones de libertad y equidad...

Agregan que

La violación a los principios jurídicos contenidos en los artículos 3 numeral 3; 7 apartado F numeral 4; 29 y 34 apartado B numeral 4 de la Constitución Política de la Ciudad de México, en relación con lo que establecen los Artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se Violentan los Principios de Equidad, Legalidad y Democracia Deliberativa, y de manera directa con lo que se establece en los artículos 3 numeral 3; artículo 7 apartado F numeral 4; 29 y 34 apartado B numeral 4 de la Constitución Política de la Ciudad de México, con relación a lo que establecen los Artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que otorga al acto legislativo de potencial invalidatorio. Esta violación se actualiza con la imposibilidad material de las y los legisladores de debatir... Es claro que la omisión legislativa que se invoca en el presente curso actualiza una violación al procedimiento que hace necesaria la invalidación total del mismo, ya que el régimen democrático imperante en nuestro texto constitucional exige que en el propio seno del órgano legislativo que discute y aprueba las normas, se verifiquen los presupuestos formales y materiales que satisfagan los principios de legalidad y de democracia deliberativa...

Posteriormente manifiestan que

Omisión de los principios de legalidad certeza y seguridad jurídica... al suponer que la votación del Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue válida, la Presidenta de la Mesa Directiva, toma como principio de demostración la conclusión, pues da por válido un procedimiento legislativo, que claramente fue omiso en el debido cumplimiento de principios constitucionales locales al omitirse dar cabal

cumplimiento a una norma constitucional como lo es el Reglamento del Congreso de la Ciudad de México y su Ley Orgánica, de ahí que se vea vulnerada la garantía de legalidad en perjuicio del legítimo derecho de Diputadas y Diputados del Congreso de la Ciudad de México de examinar el Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dentro del término de 5 días que prevé el artículo 329 fracción I del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México. (...) Por todo lo anterior, se configura un actuar legislativo omiso, compurgable en la presente demanda de Acción por Omisión Legislativa, debido a que se hacen patentes las omisiones que conculcan los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídicas en los términos expuestos.

Concluyen señalando que

... La Omisión Legislativa en que incurrió el Congreso de la Ciudad de México en la Convocatoria para la celebración de sesión especial del Congreso de la Ciudad de México, de manera remota, con motivo de la contingencia epidemiológica provocada por el COVID-19. Los preceptos legales vulnerados son los artículos 14, 16 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 29 apartado A de la Constitución Política de la Ciudad de México, los artículos 1, 4 fracción XVIII, 9, 10, 29, 30, 51, 52, y 53 de la Ley Orgánica del Congreso de la Ciudad de México; y los artículos 2 fracciones XII, XIV, XVIII, 32, 361, 363, 367 del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México... La regulación interna establece la presencia física al momento de las deliberaciones, debates y votaciones. Con la convocatoria, realización y votación en una llamada “sesión especial del Congreso de la Ciudad de México, de manera remota”, dicho Congreso incurre en violación al artículo 29 apartado E numeral 1 de la Constitución Política de la Ciudad

de México, y en consecuencia, se afecta la validez del acto de aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar para los efectos del artículo 135, con lo que incurre en omisión legislativa y se actualiza el supuesto establecido en el artículo 36 apartado B numeral 1 inciso e) de la Constitución local, para que sea la Sala Constitucional, la que conozca y declare su existencia en términos del artículo 36 apartado D) numeral 4 de la Constitución local. Es evidente que ni el texto constitucional referido, ni la Ley Orgánica o el Reglamento aplicables, facultan a legislador u órgano colegiado alguno del Congreso local, a crear una figura de “sesión especial del Congreso de la Ciudad de México, de manera remota” y que contrario a las mismas disposiciones normativas, se realice sin la presencia física de diputadas y diputados.

CUARTO. Registro y admisión de la acción por omisión legislativa.

Mediante proveído de diez de agosto de dos mil veinte, el magistrado presidente de la Sala Constitucional, Javier Raúl Ayala Casillas, ordenó formar y registrar la acción por omisión legislativa con el número de expediente OL1/2/2020; asimismo, la turnó al magistrado Eduardo Alfonso Guerrero Martínez para que fungiera como instructor en el procedimiento.

Por su parte, mediante acuerdo emitido el trece de agosto siguiente, el Magistrado Instructor tuvo por presentada la acción por omisión legislativa y la admitió a trámite, se dio vista al Congreso de la Ciudad de México, I Legislatura, por conducto de la Presidenta de la Mesa Directiva de dicho órgano, para que rindieran su informe y la requirió para que explicara las razones y fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma impugnada o, en su caso, la improcedencia de la acción por omisión legislativa. Mediante acuerdo del veintiocho de agosto de dos mil veinte, se solicitó al Director de la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, por conducto de la Dirección General Jurídica y

de Estudios Legislativos, al Director General Adjunto del Diario Oficial de la Federación, Titular de la Gaceta Parlamentaria del Congreso de la Ciudad de México, por conducto de la Coordinación de Servicios Parlamentarios, que remita en el plazo de cinco días un informe en el que se especifique si ha sido publicado el proyecto de decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4° en materia de bienestar, y en caso afirmativo deberá anexar los ejemplares correspondientes en los que conste dicha norma y sus modificaciones.

QUINTO. Informe del Congreso de la Ciudad de México, I Legislatura. El Congreso de la Ciudad de México, I Legislatura, por conducto de la Presidenta de la Mesa Directiva del Congreso de la Ciudad de México y Presidenta de la Comisión Permanente del segundo receso del segundo año de ejercicio de la I Legislatura del Congreso de la Ciudad de México, rindió su informe el veintisiete de agosto de dos mil veinte. Al respecto, contestó sobre la omisión legislativa hecha valer por la parte accionante, señalando lo siguiente:

...que el alcance del control de la constitucionalidad local competencia de la Sala Constitucional de la Ciudad de México, es verificar la constitucionalidad de una norma o una omisión legislativa, a la luz de la Constitución Política de la Ciudad de México, y no puede hacerlo si se trata de temas competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como podría ser una ley de revisión constitucional de la Constitución Federal.

Indica que

...la presente acción por omisión legislativa se acredita la causal de improcedencia contenida en el artículo 31, fracciones V y VII, de la Ley

de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, consistente en que el acto se ha consumado irreparablemente... Ya que de la lectura del mecanismo de control de la constitucionalidad presentado por los actores se aprecia que el acto impugnado es la aprobación por parte del Congreso de la Ciudad de México del decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, se impugna la actuación de un órgano constituido en una etapa del proceso de creación de una ley de revisión constitucional federal, en específico en la fase de ratificación de la propuesta de reforma constitucional federal por parte de las legislaturas locales, ya que los accionistas mencionan infundadamente que el Congreso de la Ciudad de México violentó el artículo 29, apartado E, numeral 1, de su Constitución Local al ratificar la propuesta de reforma constitucional... En consecuencia, el acto impugnado es irreparable toda vez que la etapa de rectificación (sic) de las legislaturas locales en el proceso de reforma a la constitución federal ya concluyó, porque ya se hizo la Declaratoria de Reforma Constitucional por parte del Senado de la República...

Agrega que

... En la presente acción por omisión legislativa se acredita la causal de improcedencia contenida en el artículo 31 fracción VIII de la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, consistente en que el acto impugnado es de competencia exclusiva del Poder Judicial Federal... debido a que combaten la convocatoria, la sesión y votación que aprobó el Proyecto de Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actos que forman parte de una etapa del proceso de reforma Constitucional Federal... De donde se desprende que la actuación de la sesión del 3 de abril del año 2020, del Congreso de la Ciudad de México,

I Legislatura, se hizo en calidad de “Constituyente Permanente Federal”, no en calidad de legislador ordinario de la Ciudad de México, en consecuencia, escapa a la competencia de la Sala Constitucional de la Ciudad de México, su verificación al parámetro de la constitución local, en virtud de que se trata de una actuación que encuentra su parámetro de control en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... Actualizándose con ello el sobreseimiento de la presente acción de inconstitucionalidad por actualizarse la fracción II del artículo 32 de la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México.

Posteriormente manifiesta que

... En la presente acción por omisión legislativa se acredita la causal de improcedencia contenida en el artículo 31 fracciones IX (sic) de la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, consistente en que el acto se ha consumado irreparablemente...pretenden obtener la anulación del acto de aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos (sic) en materia de bienestar para los efectos del artículo 135, realizado por el Congreso de la Ciudad de México, I legislatura. Para ello pretenden hacer valer una supuesta “omisión legislativa”, del artículo 29, apartado E, numeral 1 de la Constitución de la Ciudad de México... pretendiendo que por esta vía se realice un control de la constitucionalidad de una norma general o acto que presuntamente no respeto las formalidades establecidas en la Ley Orgánica del Congreso de la Ciudad de México, cuando la naturaleza de la acción por omisión legislativa es diferente...

Concluye señalando que

... la acción por omisión legislativa promovida por las partes actoras es contraria al contenido de los artículos 36, letra B, inciso e), letra D, número 4 de la Constitución Política de la Ciudad de México, 90 y 96 de la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, es por lo que se pide se decrete su improcedencia. Actualizándose con ello el sobreseimiento de la presente acción de inconstitucionalidad por actualizarse la fracción II del artículo 32 de la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México.

SEXTO. Informe relacionado con el *Diario Oficial de la Federación*. Mediante acuerdo de fecha diez de septiembre de dos mil veinte, se tuvo por recibido el informe solicitado al *Diario Oficial de la Federación*, el cual fue presentado en tiempo y forma, por conducto del Subdirector de Producción, dependiente de la Subsecretaría de Gobierno de la Dirección General Adjunta del Diario Oficial de la Federación, comunicando que la información que hizo pública ese órgano de difusión, se encuentra a disposición de manera gratuita en formato electrónico en el acervo hemerográfico del *Diario Oficial de la Federación*, en la dirección electrónica www.dof.gob.mx, habiéndose localizado la publicación del decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SÉPTIMO. Informe respecto de la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*. Mediante acuerdo de fecha once de septiembre de dos mil veinte, se tuvo por recibido el informe solicitado respecto de la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, el cual fue presentado en tiempo y forma, por conducto del Director General Jurídico y de Estudios Legislativos de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno de la Ciudad de México, comunicando que la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos sólo se constriñe a publicar, difundir y

distribuir todos aquellos ordenamientos jurídicos y administrativos que deban regir en el ámbito local, por medio de la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 43, fracción XIV, de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y la Administración Pública de la Ciudad de México.

OCTAVO. Audiencia de ofrecimiento, admisión, desahogo de pruebas y alegatos. A las once horas del veintinueve de octubre de dos mil veinte, se celebró la audiencia de ofrecimiento, admisión, desahogo de pruebas y alegatos, a la cual no compareció ninguna de las partes; no obstante, se hizo constar que las pruebas ofrecidas y admitidas, se desahogaban por su propia naturaleza, por lo que se dio por cerrada dicha audiencia.

NOVENO. Alegatos y cierre de instrucción. Por escritos presentados el veintiséis de octubre de dos mil veinte, los accionantes formularon alegatos y por su parte el Congreso de la Ciudad de México, por conducto de sus representantes, con fecha veintisiete de octubre de dos mil veinte, expresaron sus correspondientes alegatos; finalmente, el Magistrado Instructor decretó el cierre de la instrucción, a efecto de elaborar el proyecto de resolución respectivo y someterlo a consideración del Pleno de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México.

DÉCIMO. Designación de nuevo instructor. Con fecha veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno, la Sala Constitucional celebró la sesión plenaria para resolver el proyecto de resolución del magistrado instructor sobre la presente acción por omisión legislativa; sin embargo dicho proyecto no alcanzó el voto de la mayoría. Como consecuencia del resultado de la votación, de acuerdo con lo dispuesto por la fracción II del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México y los acuerdos Tercero y Quinto de la primera

sesión de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, de fecha 29 de noviembre de 2019 (SC/A001/291119.SG/AL01), y habiéndose ya cumplido un ciclo completo de las asignaciones de turno, **la Sala Constitucional determinó designar como instructor al magistrado Javier Raúl Ayala Casillas**. Lo anterior, en la inteligencia de llevar a cabo el estudio de la presente acción por omisión legislativa y determinar lo que en Derecho resulte.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. COMPETENCIA. Esta Sala Constitucional no resulta competente para conocer de la presente acción por Omisión Legislativa, en virtud de que se trata del procedimiento regulado por el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que contempla la forma y el mecanismo mediante el que puede modificarse la propia Constitución federal, a través de lo que la doctrina denomina “PODER REVISOR DE LA CONSTITUCIÓN” o “PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN”.

Dicho poder revisor o reformador se integra por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México, y constituye un límite formal a la modificación de la Constitución General de la República.

En este tenor, nos hallamos frente a un procedimiento de índole federal que, como su propia naturaleza lo advierte, escapa del ámbito competencial de esta Sala Constitucional. Lo anterior es así, habida cuenta que, conforme al artículo 36 de la Constitución Política de la Ciudad de México, en un régimen jurídico de facultades expresas, la

competencia de dicho cuerpo colegiado constitucional se circunscribe a las atribuciones consignadas en el señalado numeral de la Carta Magna de la Ciudad de México, competencias que, evidentemente, no se extienden al ámbito federal. Para mayor claridad, se transcribe en seguida el artículo constitucional multireferido:

Artículo 36

Control constitucional local

[...]

B. Competencia

1. La Sala Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:

- A)** Garantizar la supremacía y control de esta Constitución;
- B)** Declarar la procedencia, periodicidad y validez del referéndum en los términos previstos por esta Constitución y las leyes en la materia;
- C)** Conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad que le sean presentadas dentro de los treinta días naturales siguientes a la promulgación y publicación de normas locales de carácter general que se consideren total o parcialmente contrarias a esta Constitución o de aquéllas que, aun siendo normas constitucionales, hubieren presentado vicios o violaciones en los procedimientos de su formación;
- D)** Conocer y resolver sobre las controversias constitucionales que se susciten entre los entes legitimados de conformidad con esta Constitución;
- E)** Conocer y resolver las acciones por omisión legislativa cuando el Legislativo o el Ejecutivo no hayan aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de esta Constitución, o habiéndolas aprobado se estime que no cumplen con los preceptos constitucionales;
- F)** Conocer y resolver las acciones de cumplimiento en contra de las personas titulares de los poderes públicos, los organismos autónomos y las

alcaldías cuando se muestren renuentes a cumplir con sus obligaciones constitucionales y con las resoluciones judiciales. Estas acciones podrán ser interpuestas por cualquier persona cuando se trate de derechos humanos; y

G) Las demás que determine la ley.

Como puede apreciarse de la lectura de este precepto normativo, **las facultades de la Sala Constitucional se acotan a garantizar la supremacía y control de la Constitución de la Ciudad de México respecto de leyes y actos de carácter local**, por lo que de manera alguna podría aquélla ejercer un control constitucional sobre un procedimiento de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Más aún, en el ámbito federal, al analizar el desarrollo de los medios de control constitucional, se puede deducir que la intención del Constituyente Permanente fue establecer mecanismos de control abstracto, particularmente la acción de inconstitucionalidad, por vía de la cual las minorías parlamentarias y el Procurador General de la República pueden impugnar, en un primer momento, reformas a la Carta Magna. Posteriormente, los partidos políticos y las comisiones de derechos humanos de los Estados, con motivo de las reformas adoptadas, estarán legitimados para plantear la posible inconstitucionalidad de una norma general aprobada por el Congreso de la Unión, las Legislaturas Locales o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Lo anterior, obviamente, de inferirse que esas esas reformas son contrarias al texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, el Constituyente permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad como medio de control constitucional, ni en las sucesivas reformas de que ha sido objeto el artículo 105 de la Constitución federal, ni en ningún otro documento legislativo, **ha hecho**

alusión a la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda ejercer control sobre el procedimiento de reforma previsto en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni mucho menos que pueda hacerlo respecto de la constitucionalidad del contenido de tales reformas. Por el contrario, su campo de acción se ha limitado a revisar la constitucionalidad de las leyes federales o locales, así como de los tratados internacionales, provenientes de un órgano legislativo ordinario, no del poder u órgano reformador de la Constitución.

Lo anteriormente expuesto resulta perfectamente coincidente con los criterios que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que, en términos del artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, a través de las acciones de inconstitucionalidad, únicamente puede plantearse la no conformidad de leyes y tratados internacionales con la Constitución Federal, atento a su naturaleza, objeto y alcance. Criterios que resultan de la siguiente tesis de jurisprudencia:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO ES LA VÍA IDÓNEA PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS O RESPECTO DEL CONTENIDO DE LAS REFORMAS RELATIVAS. De la evolución histórica de las acciones de inconstitucionalidad se advierte que la intención del Constituyente Permanente fue establecer un mecanismo de control abstracto, por virtud del cual tanto las minorías parlamentarias y el Procurador General de la República, en principio, como los partidos políticos y las comisiones de derechos humanos, con motivo de las reformas posteriormente realizadas, se encontraran legitimados para plantear la posible inconstitucionalidad de una norma general emitida por el Congreso de la Unión, las Legislaturas Locales o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; sin que al establecer dicho

mecanismo de control, ni en las sucesivas reformas de que ha sido objeto el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se haya contemplado la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda ejercer control sobre el procedimiento de reforma previsto en el artículo 135 constitucional, ni mucho menos que pueda hacerlo respecto de la constitucionalidad del contenido de tales reformas.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 167591, Instancia: Pleno, Novena Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: P. IV/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIX, Abril de 2009, página 1104, Tipo: Aislada

Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007. Partidos Políticos Convergencia y Nueva Alianza. 26 de junio de 2008. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el veintiséis de marzo en curso, aprobó, con el número IV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de dos mil nueve.

(El resaltado es nuestro)

En tales circunstancias, esta Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México **carece de atribuciones competenciales para conocer del presente asunto.**

SEGUNDO. Ahora bien, con el fin de dar respuesta al planteamiento formulado por la parte actora, debemos precisar que ésta interpuso ante esta Sala Constitucional, una acción por omisión legislativa, aduciendo que se violan los artículos 29, apartados A, numeral 4 y, D, inciso d) y apartado E, numeral 1, de la Constitución Política de la

Ciudad de México; no obstante, la acción por omisión legislativa está regulada por el artículo 36 de la Constitución Política de la Ciudad de México, en los términos siguientes:

Artículo 36

Control constitucional local

[...]

B. Competencia

[...]

E) Conocer y resolver las acciones por omisión legislativa cuando el Legislativo o el Ejecutivo no hayan aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de esta Constitución, o habiéndolas aprobado se estime que no cumplen con los preceptos constitucionales;

Lo anterior, deja en claro que la acción por omisión legislativa procede en los siguientes casos:

- a) Cuando el Legislativo o el Ejecutivo de la Ciudad de México no hayan aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México.
- b) Cuando el Legislativo o el Ejecutivo hayan aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México y se estime que no cumplen con los preceptos constitucionales.

De lo anterior se infiere que, en el primero supuesto, nos hallamos ante el silencio absoluto del Legislador, es decir, cuando el Congreso de la Ciudad de México no emite una ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México y, en consecuencia, la acción por omisión legislativa

procedería en contra de la inactividad del Congreso de la Ciudad de México. Sin embargo, en el presente caso, de aquello que los accionantes se duelen es de la aprobación del Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 4° la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar para efectos del artículo 135, por lo que se trata de una acción positiva del Congreso de la Ciudad de México, razón por la cual, en esta primera hipótesis resulta improcedente la acción intentada por la parte actora.

En el segundo supuesto, nos hallamos ante la actividad incompleta por parte del Congreso de la Ciudad de México, esto es, cuando lleva a cabo el proceso legislativo pero la norma que aprueba no alcanza a satisfacer el espectro normativo necesario para el desarrollo de un derecho contenido en la Constitución Política de la Ciudad de México. En este caso estaríamos ante una ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de la Constitución local de naturaleza imperfecta al no satisfacer los preceptos constitucionales, es decir, los aspectos materiales, que no procesales, protegidos por los dispositivos constitucionales del caso.

En tal virtud, cabe concluir que la acción por omisión legislativa, en el caso de la actividad incompleta del Congreso de la Ciudad de México, tiene como propósito provocar que el legislador perfeccione la norma impugnada, situación que en este caso resulta imposible para el Congreso de la Ciudad de México. La imposibilidad jurídica señalada encuentra su razón de ser en el hecho de que el Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 4° la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar, impugnado en el presente caso, se emitió en términos del artículo 135 de la Constitución Federal por lo que hace a las Legislaturas de los Estados y al Congreso de la Ciudad de México. Es decir, que el debate parlamentario se circunscribió a dar su voto a favor o en contra de la reforma

constitucional sometida a su valoración, puesto que las modificaciones al texto constitucional federal sólo se discuten y aprueban, obviamente, en las cámaras del Congreso de la Unión, de conformidad con el artículo 72 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En suma y a mayor abundamiento, la acción por omisión legislativa sería improcedente si se alegase que se presentaron vicios o violaciones en los procedimientos de formación de una ley o decreto, para tal caso procede, siempre y cuando se trate de leyes, decretos o normas de carácter general o reglamentarias de la Constitución Política de la Ciudad de México, la acción de inconstitucionalidad.

Respecto a lo anterior, esta Sala Constitucional ya se ha pronunciado *in extensum*, en la sentencia de la acción por omisión legislativa bajo el número de expediente OL2/3/2020, publicada en el Boletín Judicial número 1, de fecha 22 de febrero de 2021.

Sin embargo, no pasa desapercibido a esta Sala Constitucional que en materia de derecho al bienestar nos encontramos ante un derecho humano fundamental de naturaleza coincidente, puesto que éste se haya regulado no sólo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por el artículo 3, apartado 2, inciso c) de la Constitución Política de la Ciudad de México, y al cual nuestra Carta Magna local le otorga el carácter de **principio rector de la Ciudad de México** en los siguientes términos:

Artículo 3

De los principios rectores

(...)

2. La Ciudad de México asume como principios:

C) La función social de la Ciudad, a fin de garantizar el bienestar de sus

habitantes, en armonía con la naturaleza.

En tal virtud, es de la mayor importancia subrayar que corresponde al Congreso de la Ciudad de México cuidar que las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resulten contestes al contenido y alcance progresivo de los derechos humanos en general y, en este caso, del derecho al bienestar de los habitantes de la Ciudad de México, en lo particular, regulado también por la Constitución local. Circunstancia esta última para nada baladí, toda vez que en el supuesto de que una reforma a la Constitución federal contraviniese el contenido y alcance progresivo de un derecho humano salvaguardado por la Constitución Política de la Ciudad de México, pudiera darse el caso de que ese decreto fuese, incluso, rechazado.

No es intrascendente dejar en claro que si la contradicción constitucional señalada antes se llegara a presentar, el Congreso de la Ciudad de México posee atribuciones para examinar la materia objeto de la reforma constitucional y, de ir ésta en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Ciudad de México, votarla en contra, actuando así a favor de los intereses de la ciudadanía de esta capital, ciudadanía ante la cual los representantes populares deben responder.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, a efectos de su conocimiento, resulta procedente que se publique esta resolución de manera íntegra en el Boletín Judicial de esta entidad.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. La Sala Constitucional carece de atribuciones competenciales para conocer de la acción por omisión legislativa interpuesta

por los actores. En consecuencia, ésta se desecha por ser notoriamente improcedente, toda vez que dicha acción versa sobre una materia respecto de la cual la Sala Constitucional no posee facultades expresas en términos del artículo 36, B, de la Constitución Política de la Ciudad de México.

SEGUNDO. Publíquese esta resolución de manera íntegra en el Boletín Judicial de la Ciudad de México.

Notifíquese a las partes y, en su oportunidad, archívese como asunto concluido.

Así lo resolvió la Sala Constitucional de la Ciudad de México, por unanimidad de siete votos de los magistrados Javier Raúl Ayala Casillas, presidente; Cruz Lilia Romero Ramírez; Jorge Ponce Martínez y Sara Patricia Orea Ochoa; el primero en su calidad de instructor, ante el Secretario General de Acuerdos, doctor Mario Ignacio Álvarez Ledesma, quien autoriza y da fe.

Materia Familiar

TERCERA SALA FAMILIAR

MAGISTRADOS: ADRIANA CANALES PÉREZ, JOSÉ CRUZ ESTRADA Y MANUEL DÍAZ INFANTE.

PONENTE: MANUEL DÍAZ INFANTE.

Recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada en el juicio controversia del orden familiar: alimentos, guarda y custodia.

SUMARIO: ALIMENTOS, CASO EN QUE SE INCORPORA AL ACREEDOR AL HOGAR. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Debe precisarse que atendiendo al principio de proporcionalidad que rige en materia de alimentos, cuando son varios los deudores o en el caso de que ambos padres trabajen, independientemente de que uno de ellos tenga incorporado al o a los acreedores al hogar, debe repartirse equitativamente la carga alimenticia tomando en cuenta los ingresos que cada uno obtenga, pues en términos de ley, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. Así las cosas, el principio de proporcionalidad de los alimentos, previsto en el artículo 311 del Código Civil de esta localidad, debe establecerse en consideración a las necesidades de los acreedores alimentarios y la capacidad económica del deudor. En tal virtud, cuando la madre o el padre tiene incorporado al menor a su domicilio, si bien con ello cumple con su obligación alimentaria (artículo 309 del Código Civil local), esa situación no implica que no tenga que aportar la porción de los alimentos que

le corresponde pagar, en razón que el rubro de alimentos no se cubre solamente con la vivienda. Por tanto, teniendo como base el cien por ciento de las necesidades del o de los acreedores menores de edad, debe considerarse la cantidad que corresponda a cada uno de los padres, misma que debe repartirse entre ambos de manera proporcional, según los ingresos que perciban; máxime que no debe pasarse por alto que el principio de proporcionalidad no implica llegar al extremo de empobrecer al progenitor que no tiene incorporado a su domicilio al menor o menores, y que pese a que el otro obtenga ingresos, sea condenado a absorber la totalidad de la carga alimentaria.

Ciudad de México, veintinueve de mayo del dos mil diecinueve.

Vistos los autos del toca número *** para resolver el segundo recurso de apelación interpuesto por *** en contra de la sentencia definitiva de veinticinco de febrero de dos mil diecinueve, dictada por la C. Juez Interina Vigésimo Sexto de lo Familiar de la Ciudad de México, en el juicio controversia del orden familiar alimentos, guarda y custodia, promovido por *** en contra de *** en el expediente *** y;

RESULTANDO:

1. La sentencia definitiva, materia de este recurso, concluyó con los siguientes resolutivos:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía planteada, donde la actora principal probó su acción, mientras que el demandado no acreditó su defensa en consecuencia:

SEGUNDO. Se decreta la guarda y custodia definitiva de los menores *** de apellidos *** cargo de su progenitora *** de conformidad con el artículo 416 Ter del Código Civil, en relación con los numerales 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles, 5 de la Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de México, 4° constitucional y 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles.

TERCERO. Se condena a las partes a acudir a terapia psicológica en el Instituto mencionado en el considerando IV, gírese el oficio ordenado a la Institución, a efecto de que informe los horarios en los que podrán presentarse las partes a recibir la terapia psicológica, quedando las partes apercibidas que para el caso de no hacerlo así, se harán acreedores a una primera medida de apremio consistente en una multa por el equivalente a \$10,000.00 (DIEZ MIL PESOS 00/100 M.N.), de conformidad con lo dispuesto por los artículos 62 y 73, ambos, del ordenamiento civil referido en el párrafo precedente.

CUARTO. Por lo que hace al régimen de visitas y convivencias definitivo, en favor de los menores *** e *** de apellidos *** con su progenitor, el señor ***, será los fines de semana de cada quince días, el día sábado a la once horas y reintegrándolos el día domingo, del mismo fin de semana, a las dieciocho horas, quedando las partes apercibidas que para el caso de no hacerlo así, se harán acreedores a una primera medida de apremio consistente en una multa por el equivalente a \$10,000.00 (DIEZ MIL PESOS 00/100 M.N.), de conformidad con lo dispuesto por los artículos 62 y 73, ambos, del ordenamiento civil referido en el párrafo precedente.

QUINTO. Se deberá condenar al señor *** al pago de una pensión alimenticia en definitiva en favor de sus menores hijos *** e *** de apellidos ***, consistente en el *** de sus percepciones ordinarias y extraordinarias.

SEXTO. Una vez que cause ejecutoria el presente fallo deberá girarse atento oficio al C. Representante legal y/o Director de Recursos Humanos y/o Pagador de la fuente laboral del demandado, a efecto de que deje sin efectos la medida provisional de alimentos decretada en fecha veintiséis de mayo del año dos mil quince y, en su lugar, proceda a retener el porcentaje del ***, correspondiéndole un *** para cada acreedor alimentario de nombre *** e *** de apellidos ***, de los ingresos del enjuiciado, como pago de pensión alimenticia definitiva, y la cantidad resultante sea depositada en el número de cuenta bancaria como lo ha venido haciendo a la fecha, en el entendido de que en caso de renuncia, despido, jubilación o cualquier otra causa de extinción de la relación de trabajo del deudor alimentario, del finiquito o liquidación se le deberá retener el porcentaje antes señalado, y su producto entregarlo a la actora por su propio derecho y en representación de los multicitados menores, por concepto de garantía de los referidos alimentos, apercibido que de no hacerlo, responderá, solidariamente con el obligado directo, de los daños y perjuicios que cause a los acreedores alimentarios por sus omisiones o informes falsos, de conformidad con lo dispuesto por artículos 323 del Código Civil.

SÉPTIMO. En atención a lo dispuesto por el artículo 323, párrafo cuarto, del Código Civil, se previene al deudor alimentario *** para que informe de inmediato cualquier fuente de empleo y, en su caso, el cambio del mismo, deberá proporcionar la denominación o razón social de aquella, su ubicación y el puesto o cargo que desempeñe, a efecto de que continúe cumpliendo con la pensión alimenticia decretada y no incurrir en alguna responsabilidad.

OCTAVO. Con apoyo en lo dispuesto en el artículo 30, del Reglamento del Sistema Institucional de Archivos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hágase del conocimiento de los interesados, que la presente resolución ha quedado debidamente almacenada en el Sistema de Consulta de Resoluciones (SICOR).

NOVENA. Notifíquese personalmente a ambas partes.

2. Inconforme con dicha sentencia, *** interpuso recurso de apelación y expresó ante la Juez de primera instancia, quien admitió el recurso en efecto devolutivo y remitió los autos originales, con el escrito de expresión de agravios y su respectiva contestación, a esta Alzada, quien confirmó la calificación de grado hecha por la a quo, turnándose el toca a esta ponencia para dictar resolución en auto que surtió efectos el veintinueve de abril de dos mil diecinueve, misma que hoy se pronuncia, y

CONSIDERANDO:

I. *** expresó como agravios los que aparecen a fojas cuarenta y cinco a cincuenta del presente toca, mismos que se tienen por reproducidos en este espacio como si se insertasen a la letra en obvio de repeticiones.

II. Por escrito presentado el tres de abril del año en curso, visible a fojas cincuenta y siete a sesenta y tres del toca en que se actúa, *** produjo su contestación al escrito de agravios expuesto por ***.

III. Los agravios de *** son parcialmente fundados, pero suficientes para modificar el fallo apelado, por lo siguiente:

Es infundado que la prueba confesional no se haya robustecido con diversos medios de convicción, pues, contrario a ello, del fallo que se revisa, se aprecia que la juzgadora se pronunció respecto a diversas pruebas ofrecidas por ambas partes, de tal manera que, si bien

es cierto se precisó que la testimonial ofrecida por la actora no le favoreció, cuando en audiencia de once de febrero de dos mil dieciséis, la oferente se desistió de la misma, también lo es que indicó que las pruebas confesional y testimonial, ofrecidas por el demandado, no le beneficiaron, cuando en audiencia de doce de enero de dos mil dieciséis se dejaron de recibir por falta de interés jurídico del oferente; indicando que las documentales marcadas con los números tres, cuatro, cinco, seis y siete consistentes en diversos recibos, no favorecieron al deudor, pues se trató de copias simples, que al no ser administradas con documentos fehacientes, no podían acreditar que tales gastos se hicieron en beneficio de los acreedores; señalando así, que las constancias justificaron la existencia de la obligación alimenticia de los menores hijos de las partes, indicando que éstos tienen la presunción de necesitar alimentos, acorde al artículo 311 Bis del Código Civil de esta Ciudad.

Por lo anterior, fue legal el señalamiento que hizo la a quo en el sentido de que, el resultado de la confesión ficta no fue desvirtuado o destruido con prueba en contrario, y, por ello, adquirió valor probatorio pleno, pues, como se ha señalado, las pruebas confesional y testimonial que ofreciera el recurrente dejaron de recibirse por falta de interés jurídico del demandado, y las diversas documentales que ofreciera no formaron convicción en el ánimo de la juez, al tratarse de copias simples, por tanto, si la instrumental de actuaciones y la presuncional en su doble aspecto tampoco desvirtuaron la falta de cumplimiento del recurrente de su obligación alimenticia con sus menores hijos, misma que se desprendió de la confesión ficta, fue legal el proceder de la a quo de decretar la procedencia de lo demandado.

Apoya la aseveración que antecede, la tesis de jurisprudencia en materia Civil, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la Novena Época, del Semanario

Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, mayo de 2009, página 949, que precisa:

CONFESIÓN FICTA. PUEDE POR SÍ SOLA PRODUCIR VALOR PROBATORIO PLENO, SI NO SE DESTRUYE SU EFICACIA CON PRUEBA EN CONTRARIO. La correcta valoración de la prueba de confesión ficta debe entenderse en el sentido de que establece una presunción favorable al articulante y contraria a los intereses de la absolvente, que debe de ser destruida con prueba en contrario y en tanto no se advierta algún elemento de convicción que desestime la confesión ficta, ésta puede adquirir la eficacia suficiente para demostrar los hechos que se pretendieron probar en el juicio respectivo, sin que sea obstáculo a lo anterior la circunstancia de que al contestar la demanda la parte demandada hubiera negado los hechos en que se apoyó esa pretensión, toda vez que el silencio del absolvente quien se niega de alguna manera por su incomparecencia a ser interrogado y a prestar espontáneamente su declaración en relación con los hechos sobre los que se le cuestionan, es demostrativo de la intención de eludir la contestación de hechos fundamentales controvertidos en el juicio respectivo.

Por otro lado, es cierto que de autos se advierten los descuentos que, por concepto de pensión alimenticia provisional, se estuvieron realizando a los ingresos del apelante, tan es así, que a foja doscientos sesenta y uno, del tomo uno de los autos de este juicio, se aprecia el informe que rindiera la representante legal de la empresa *** respecto al cumplimiento que hubiese dado a la orden de descuento de pensión alimenticia provisional, indicando treinta y un descuentos realizados al apelante, además de anexar los comprobantes que estimó convenientes, lo que conlleva a suponer que se hicieron esos descuentos en cumplimiento de la obligación alimentaria provisional; pero también lo es que a foja quinientos siete, se aprecia el ocurso que el propio

deudor exhibiera, manifestando que desde el nueve de julio de dos mil dieciocho había dejado de prestar sus servicios para la empresa antes citada, encontrándose desempleado, poniendo a disposición de sus acreedores diversos billetes de depósito por la suma de ***, en cumplimiento de la pensión alimenticia provisional, los que consignó en el juzgado de origen el veintiocho de agosto; el veinte de septiembre; el veintiséis de octubre, y el treinta de noviembre de dos mil dieciocho. Advirtiéndose del informe, visible a foja setenta y seis, del tomo dos, que se presentara en el juzgado de origen el veinticinco de enero del año en curso por el apoderado legal de la empresa ***, que si bien es cierto que el deudor alimentario consiguió trabajo en dicho lugar, también lo es que el descuento relativo a la pensión alimenticia provisional empezaría a realizarse a partir de la siguiente quincena de la fecha en que se rindiera el citado informe, pues se dijo que antes de recibir el oficio de la a quo, ya se había pagado al trabajador la quincena correspondiente, sin que de autos se advierta el pago de los meses de diciembre de dos mil dieciocho y de enero de dos mil diecinueve; circunstancia que no debió presentarse, ya que la manutención de sus acreedores alimentarios no cesa, pues se genera continuamente.

En tal virtud, no era suficiente para absolver al demandado del pago de alimentos a favor de sus menores hijos, el que hubiese probado haberlos ministrado por algún tiempo y por determinadas sumas, ya que tal obligación es de tracto sucesivo, en razón de que la necesidad de recibirlos surge de momento a momento. Consecuentemente, los pagos efectuados por el demandado no generan que el órgano jurisdiccional esté imposibilitado a fijar una pensión alimenticia suficiente y a determinar su aseguramiento, porque se trata de una obligación que tiende a satisfacer necesidades de subsistencia, que no puede quedar a la potestad del deudor alimentista proporcionarla en el tiempo y por la cantidad que estime necesaria, salvo cuando existe

acuerdo de voluntades al respecto, siendo que en la especie ese acuerdo nunca se manifestó por alguna de las partes, por lo que sólo mediante una resolución judicial se salvaguarda y da certeza jurídica al cumplimiento de esa obligación alimentaria, en tutela del derecho de las personas que están imposibilitadas para allegarse por sí mismos de lo necesario para subsistir, lo que hace correcta la actuación de la Juez de origen, al condenar al demandado al pago de una pensión alimenticia definitiva a favor de sus menores hijos, compartiendo esta Alzada al respecto, el criterio sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, perteneciente a la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, diciembre de 2002, página 744, del texto siguiente:

ALIMENTOS. EL EXAMEN DE SU CUMPLIMIENTO COMPRENDE NO SÓLO SU SUFICIENCIA, SINO TAMBIÉN LA REGULARIDAD DE SU PAGO Y ASEGURAMIENTO; POR TANTO, PROCEDE SU CONDENA AUNQUE EL DEMANDADO HAYA PROBADO HABER REALIZADO PAGOS ANTES Y DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO. No es suficiente para absolver al demandado del pago de alimentos, que haya probado haberlos ministrado antes y durante la tramitación del juicio, ya que tal obligación es de tracto sucesivo, en razón de que la necesidad de recibirlos surge de momento a momento. Consecuentemente, los pagos efectuados por el demandado no generan que el órgano jurisdiccional esté imposibilitado a fijar una pensión alimenticia suficiente y a determinar su aseguramiento, porque se trata de una obligación que tiende a satisfacer necesidades de subsistencia, que no puede quedar a la potestad del deudor alimentista proporcionarla en el tiempo y por la cantidad que estime necesaria, salvo cuando existe acuerdo de voluntades al respecto, ya que mediante la resolución judicial se salvaguarda y da certeza jurídica al cumplimiento de esa obligación, en tutela del derecho de las personas que están imposibilitadas para allegarse por sí mismos de lo necesario para subsistir.

En otra parte del agravio, es infundado que el hecho de que la enjuiciante se abstuviera de recoger de forma inmediata los billetes de depósito, significara que no necesitaba el dinero, a virtud que los alimentos son irrenunciables por el acreedor mientras los necesite, en razón de que no prescriben, tal como lo establece el artículo 1160 del citado código sustantivo vigente en esta ciudad, lo que corrobora que el derecho de recibir alimentos no se pierde porque no se hubiese hecho valer en un determinado momento o época, sino que existe y existirá mientras se necesite esa prestación.

Sustenta tal aseveración de esta ad quem, en su parte conducente y por similitud de circunstancias, el criterio emitido por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, localizable en la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVII, junio de 2003, página 916, del texto siguiente:

ALIMENTOS. SUBSISTE EL DERECHO A PERCIBIRLOS DESPUÉS DE DECLARADA LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, SI NO EXISTE DECLARACIÓN JUDICIAL EN CONTRARIO. La obligación alimentaria nace y se extingue por las consecuencias que emanan de la ley, y correlativamente el derecho a recibir alimentos subsiste mientras exista el hecho que lo originó, ya que ese derecho es irrenunciable en función de que predomina el interés público de que la persona necesita ser auxiliada en su sustento, por lo que los alimentos de una persona son un derecho protegido que no se pierde por no solicitarse en determinado momento, sino que dura tanto como la persona necesite de ellos para subsistir. La obligación alimentaria es de tracto sucesivo e inherente a la necesidad del acreedor alimentario, por lo que no se extingue con el transcurso del tiempo y menos puede precluir, puesto que se trata de un derecho sustantivo irrenunciable en términos de los artículos 1137 y 1160 del Código Civil para el Distrito Federal. Además, para fijar tal derecho deben tomarse en cuenta los parámetros del artículo 308 del código citado,

que obliga al deudor a otorgar a su acreedor la pensión alimenticia conforme a sus posibilidades y de acuerdo con las necesidades de aquél. En consecuencia, la obligación de dar y recibir alimentos es imprescriptible, por ser de orden público y el derecho no queda sujeto a la voluntad de las partes, ni se extingue en perjuicio de la excónyuge por no haberse reclamado durante el juicio de divorcio, mientras subsista la necesidad alimentaria y no exista declaración judicial en contrario.

Por otro lado, es infundado que la juez no considerara la manifestación del apelante, relativa a los gastos que manifestó en el estudio socioeconómico, al advertirse a foja treinta y dos del fallo que se revisa, el pronunciamiento que la juzgadora hizo al respecto, al señalar: “Por lo que hace a las erogaciones que dice tener por alimentos, vivienda para su manutención, renta y pago de servicios, estos no fueron acreditados con documentos fehacientes e idóneos de los que se pudieran confirmar tales gastos”, lo que tiene su razón de ser en el señalamiento que hiciera a foja treinta, en el sentido de que los documentos que ofreciera con los números tres, cuatro, cinco, seis y siete, con los que pretendió justificar el gasto familiar, no le favorecieron, al tratarse de copias simples que, al no ser robustecidas con otro medio de prueba, no probaban tales erogaciones. Cabe destacar la legalidad del razonamiento que precede, ya que, ciertamente, las copias fotostáticas simples carecen de valor probatorio pleno, dada la naturaleza con que son confeccionadas, pues, debido a esa característica, sólo puede dárseles un valor indiciario cuando los hechos que con ellas se pretende probar se encuentran corroborados o adminiculados con otros medios de prueba que obren en autos, pues de esta manera es claro que el juzgador puede formarse un juicio u opinión respecto de la veracidad de su contenido, sin embargo, si la parte oferente de las copias fotostáticas no logra el perfeccionamiento de las mismas

mediante su reconocimiento a cargo de quien las suscribió, ni siquiera pueden constituir un indicio que pueda administrarse con otras probanzas, lo que no aconteció en el caso, tal como se ha precisado.

Ilustra tal consideración de este tribunal de revisión, la tesis de jurisprudencia emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007, página 1759, del texto siguiente:

COPIAS FOTOSTÁTICAS SIMPLES. VALOR PROBATORIO DE LAS, CUANDO SE ENCUENTRAN ADMINISTRADAS CON OTRAS PRUEBAS. Las copias fotostáticas simples de documentos carecen de valor probatorio aun cuando no se hubiera objetado su autenticidad, sin embargo, cuando son administradas con otras pruebas quedan al prudente arbitrio del juzgador como indicio, en consecuencia, resulta falso que carezcan de valor probatorio dichas copias fotostáticas por el solo hecho de carecer de certificación, sino que al ser consideradas como un indicio, debe atenderse a los hechos que con ellas se pretenden probar, con los demás elementos probatorios que obren en autos, a fin de establecer, como resultado de una valuación integral y relacionada con todas las pruebas, el verdadero alcance probatorio que debe otorgárseles.

En otro aspecto a considerar, es fundada la violación aducida a los numerales citados por el recurrente, así como al principio de proporcionalidad, ya que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 311 del Código Civil para esta Ciudad, los alimentos deben ser proporcionales a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que ha de recibirlos. Por su parte, el artículo 312 del mismo ordenamiento dispone que si fueran varios los deudores alimentistas y todos estuvieran en posibilidad de proporcionarlos, el Juez debe repartir el importe entre ellos, en proporción a sus haberes; ocurriendo que el artículo 81 del

Código de Procedimientos Civiles para la propia entidad instauro el principio de congruencia de las sentencia, estableciendo que deben ser claras, precisas y congruentes con la demanda y contestación, y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Así las cosas, debe precisarse que atendiendo al principio de proporcionalidad que rige en materia de alimentos, cuando son varios los deudores o en el caso de que ambos padres trabajen, independientemente de que uno de ellos tenga incorporado al o a los acreedores al hogar, debe repartirse equitativamente la carga alimenticia tomando en cuenta los ingresos que cada uno obtenga, pues en términos de ley, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. Por tanto, si en un juicio se reclama en lo principal, el pago de una pensión alimenticia, y al contestar la demanda se aducen cuestiones que no se señalaron al momento de ejercer la acción principal, como puede ser que el actor o actora trabaja y que por ello obtiene ingresos, el juzgador, al resolver en definitiva debe decidir en la sentencia todos los argumentos planteados por la actora, así como los vertidos en la respectiva contestación, con base en las pruebas aportadas o allegadas al juicio; todo ello en cumplimiento al principio de congruencia que establece el artículo 81 del Código adjetivo invocado, ya que de no hacerlo se violaría la garantía de legalidad establecida en el artículo 14 constitucional; lo que no sucedió en la especie, pues la a quo ignoró que la actora trabaja y obtiene ingresos. Lo anterior es así, porque los autos remitidos a esta Alzada, a los que se otorga valor probatorio pleno de conformidad con lo dispuesto por los artículos 327, fracción VIII, y 403 del Código de Procedimientos Civiles de esta Ciudad, indican que en los hechos de la demanda la enjuiciante nunca dijo que trabajaba y obtenía ingresos propios, señalamiento que el enjuiciado sí hizo al producir su respuesta a la

demanda, pues refirió actividades laborales de la madre de su menor hijo, lo que quedó justificado, al desprenderse de autos, que el Sistema para el Desarrollo Integral de la familiar de Nezahualcóyotl, Estado de México, practicó el estudio socioeconómico respectivo a la enjuiciante ***, indicando que dicha persona obtiene ingresos mensuales de ***, que unidos a lo que obtiene en concepto de pensión alimenticia hace un total de *** y un egreso mensual de ***, teniendo un superávit de ***, ocurriendo que en autos también existe el estudio socioeconómico realizado al demandado por el personal del Centro de Convivencia y Atención al Maltrato y la Familia, del Municipio de Tlalnepantla de Baz, Estado de México, el primero de junio de dos mil dieciocho, en donde manifestó tener ingresos quincenales de ***, y diversos gastos personales como alimentación, vivienda, renta y pago de servicios; sucediendo que en autos obra también el informe que el veinticinco de enero del año en curso rindiera el apoderado legal de la empresa ***, indicando que el sueldo mensual del demandado asciende a ***, observándose que al establecer la condena al pago de alimentos, la a quo se limitó a mencionar los ingresos del demandado sin aludir los de la actora, pues indicó:

Del informe anterior se acreditó que el demandado actualmente tiene como ingresos la cantidad de *** y que, por lo tanto, cuenta con solvencia económica para cumplir con la obligación alimentaria que tiene con sus descendientes... La suscrita llega a la determinación de que se deberá condenar al señor *** al pago de una pensión alimenticia definitiva en favor de sus menores hijos *** e *** de apellidos *** consistente en el *** de sus percepciones ordinarias y extraordinarias que percibe en su fuente laboral.

Así las cosas, el principio de proporcionalidad de los alimentos, previsto en el precitado artículo 311 del Código Civil de esta localidad, debe establecerse tomando en consideración las necesidades de los

acreedores alimentarios y la capacidad económica del deudor. En tal virtud, cuando la madre o el padre tiene incorporado al menor a su domicilio, si bien con ello cumple con su obligación alimentaria, esa situación no implica que no tenga que aportar la porción de los alimentos que le corresponde pagar, en razón que el rubro de alimentos no se cubre solamente con la vivienda. Por tanto, teniendo como base el cien por ciento de las necesidades del o de los acreedores menores de edad, debe considerarse la cantidad que corresponda a cada uno de los padres, misma que debe repartirse entre ambos de manera proporcional, según los ingresos que perciban; máxime que no debe pasarse por alto que el principio de proporcionalidad no implica llegar al extremo de empobrecer al progenitor que no tiene incorporado a su domicilio al menor o menores, y que pese a que el otro obtenga ingresos, es condenado a absorber la totalidad de la carga alimentaria. En ese tenor, se hace evidente la inobservancia del artículo 303 del Código Civil, precepto que establece la obligación de los padres de dar alimentos a los hijos, así como del artículo 313 del mismo ordenamiento legal, que señala que si sólo alguno de los obligados a dar alimentos tuviere la posibilidad de hacerlo, él cumplirá únicamente con esa obligación, siendo que en la especie quedó probado que ambos padres tiene la posibilidad de proporcionar alimentos a sus menores hijos, pese a lo cual se estableció esa condena únicamente a cargo del demandado. Así de conformidad con el artículo 311 del Código Civil para esta Ciudad, la proporcionalidad de los alimentos es la que debe existir entre las posibilidades del deudor alimentista y las necesidades del acreedor alimentario, ocurriendo que la posibilidad del deudor depende del monto de su salario o ingresos, o el valor de sus bienes, sin ignorar que debe atender a sus propias necesidades, ocurriendo que la necesidad del acreedor debe establecerse atendiendo al hecho de que vive con su madre, quien al obtener ingresos, también puede contribuir a

los diversos conceptos que se comprenden bajo la palabra alimentos, en los términos del artículo 308 del código en cita, lo que implicó un cambio en las necesidades de los acreedores, ya que ahora se sabe que las mismas pueden satisfacerse también con los ingresos de su progenitora, circunstancia que no podía ignorarse, pues hacerlo implicaría que la condena de alimentos fuese inequitativa.

Ilustra tal razonamiento de esta Sala, la tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, de la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, octubre de 1995, página 479, del tenor literal siguiente:

ALIMENTOS. PROPORCIONALIDAD DE LOS, CUANDO AMBOS DEUDORES TRABAJAN. Si en el juicio de alimentos se acredita que los colitigantes, padres del acreedor alimentista, trabajan y obtienen ingresos, a ambos corresponde contribuir a la alimentación de éste, como así lo disponen los artículos 164 y 303 del Código Civil; por tanto, la fijación de la pensión hecha en contra del padre del menor, sin tomar en cuenta que la madre trabaja, resulta injusta e inequitativa, ya que en términos de lo establecido por el artículo 311 del citado ordenamiento, los alimentos deben ser proporcionales a las posibilidades del deudor alimentista y las necesidades del acreedor alimentario, por lo que, el monto de los alimentos que cada uno de los obligados debe proporcionar al hijo, deberá fijarse de acuerdo con las posibilidades de cada uno de ellos y las necesidades del menor, es decir, tomando en cuenta el monto de su salario o ingresos, así como el valor de sus bienes, los que han de ser bastantes para cubrir la pensión alimenticia que le corresponde al menor, pero atendiendo también a las propias necesidades del deudor alimentista, sobre todo cuando vive separado de su acreedor alimentario, lo que obviamente ocasiona que sus necesidades sean mayores a las de éste, que vive con su madre, así como a los conceptos que se comprenden bajo la palabra alimentos, en los términos del artículo 308 del Código en cita.

Corroborar la legalidad del razonamiento que precede, la tesis en materia civil, emitida por la entonces Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la Séptima Época, del Semanario Judicial de la Federación, volumen 115-120, séptima parte, página 9, que señala:

ALIMENTOS, OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS. ALCANCE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO CIVIL. Conforme al artículo 309 del Código Civil, el obligado a dar alimentos cumple incorporando al acreedor alimentario a la familia o dándole una pensión. Pero en el primer supuesto la obligación consiguiente no se concreta solamente a proporcionar habitación, sino que, de conformidad con el artículo 308 del propio ordenamiento, los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia médica, en casos de enfermedad, agregándose los gastos necesarios para la educación de los hijos menores y los ligados a la obtención de algún arte o profesión honestos. Por lo tanto, si un cónyuge demanda el pago de alimentos, no es bastante para tener por demostrado el cumplimiento relativo, el que acepte vivir en la morada conyugal, ya que se llegaría al absurdo de que con el proporcionamiento de casa habitación se liberara al deudor de alimentar, vestir, dar medios de curación y demás obligaciones para con el acreedor. Por lo que la sana interpretación del artículo 309 referido, revela que la obligación de dar alimentos se cumple, por el deudor, cuando incorpora o tiene en la familia al acreedor, pero claro está cuando en ese círculo familiar se le proporciona todo lo necesario para vivir y no sólo se le da casa habitación, y ello además en la cantidad proporcional a las posibilidades del que debe dar y la necesidad del que debe recibir, de acuerdo con lo que marca el artículo 311 del propio Código Civil.

En ese tenor, al ser evidente un cambio de circunstancias, ya que con antelación al dictado de la sentencia definitiva que se estudia no se

conocía dato alguno que evidenciara que la actora trabaja y obtiene ingresos, resulta procedente la modificación de la pensión decretada por la a quo, ya que ahora se sabe que las necesidades alimenticias de los acreedores pueden cubrirse también por su madre, la actora en esta contienda.

Sustenta tal consideración, el criterio emitido por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la Séptima Época, del Semanario Judicial de la Federación, tomo 78, cuarta parte, página 14, del tenor literal siguiente:

ALIMENTOS. REDUCCIÓN DE LA PENSIÓN. CONDICIONES PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN. Como la finalidad de los alimentos es proveer a la subsistencia diaria de los acreedores alimentarios, es obvio que la obligación y el derecho correlativo son susceptibles de cambio, en atención a las diversas circunstancias que determinan la variación en las posibilidades del deudor alimentista y en las necesidades de los propios acreedores; por esta razón, para que prospere la acción de reducción de pensión alimenticia, el actor debe acreditar la existencia de causas posteriores a la fecha en que se fijó la pensión, que hayan determinado un cambio en sus posibilidades económicas o en las necesidades de las personas a quienes debe dar alimentos, y que por ende, hagan necesaria una nueva fijación de su monto; siendo este el motivo por el que esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en forma reiterada, ha sostenido que en materia de alimentos no puede operar el principio de la cosa juzgada.

Corroborra lo anterior, por similitud de circunstancias, la tesis en materia civil, del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la Décima Época, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 54, mayo de 2018, tomo III, página 2667, del tenor siguiente:

PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN DE SU REDUCCIÓN, DEBE ACREDITARSE LA EXISTENCIA DE CAUSAS POSTERIORES A LA FECHA EN QUE AQUÉLLA SE FIJÓ, QUE DETERMINEN UN CAMBIO EN LAS POSIBILIDADES ECONÓMICAS DEL DEUDOR ALIMENTARIO O EN LAS NECESIDADES DEL ACREEDOR (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO). De acuerdo con el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, las resoluciones judiciales emitidas en negocios de alimentos pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias; en ese orden, si la finalidad de los alimentos es proveer la subsistencia diaria de los acreedores alimentarios, obvio es que la obligación y el derecho correlativo son susceptibles de cambio, en atención a las diversas circunstancias que determinan la variación en las posibilidades del deudor alimentista y en las necesidades de los propios acreedores. Así, cuando se ejerce la acción de reducción de la pensión alimenticia provisional, debe acreditarse la existencia de causas posteriores a la fecha en que se fijó, que determinen un cambio en las posibilidades económicas del deudor alimentario o en las necesidades del acreedor y que esos eventos hagan necesaria una nueva fijación de su monto, sin que resulte jurídicamente válida su reducción, sustentada en las idénticas circunstancias que prevalecían cuando se estableció la pensión aludida.

Así las cosas, el *** que decretara la juzgadora de origen en la sentencia combatida a favor de los menores hijos de los contendientes, tomando en consideración solamente los ingresos que el demandado obtiene en su actual fuente de ingresos, ascendería aproximadamente a ***, cantidad que rebasa incluso los egresos que la actora declarara cuando le practicaron el estudio socioeconómico correspondiente, pues los cuantificó en ***, haciéndose evidente el desapego de la pensión materia de estudio con las circunstancias del caso concreto, y lo fundado de la

aseveración del recurrente, de que el descuento ordenado por la juez cubriría el noventa por ciento de los gastos de sus hijos. Por lo anterior, con la finalidad de cumplir con la encomienda señalada en el artículo 311 del Código Civil de esta entidad, que indica que los alimentos deben otorgarse atendiendo a las necesidades del acreedor, pero también conforme a las posibilidades del deudor, deben colocarse en un plano de equidad las necesidades de los acreedores *** e ***, ambos de apellidos *** así como las posibilidades y entorno laboral del demandado y de la propia actora, cuando quedó probado que tienen una fuente cierta de ingresos, al prestar el primero sus servicios para la empresa ***, en donde obtiene un sueldo mensual de ***, mientras que la actora labora para ***, obteniendo un sueldo mensual de ***, tal como se aprecia del estudio socioeconómico, en donde se justificó ese hecho con la exhibición del recibo de pago correspondiente, aunado al hecho de que, a foja doscientos cincuenta, del tomo uno de autos, se tiene el informe que dicha empresa rindiera a la primera instancia el treinta de junio de dos mil dieciséis, mencionando la relación laboral. Por ello, al apreciarse que la carga alimentaria deberá repartirse equitativamente conforme a esos ingresos obtenidos por los deudores, pero sin dejar de atender a las propias necesidades de los mismos, cuya satisfacción está estrechamente relacionada con el total de percepciones que obtienen, y con las cuales pueden contribuir al sostenimiento de sus acreedores en iguales circunstancias, resulta que para fijar el monto de la pensión alimenticia en el caso, sin acudir al parámetro aritmético que antes se utilizaba para tal cuestión, el cual consistía en la operación de dividir el ingreso del deudor entre el número de acreedores alimentistas sin considerar las necesidades particulares de estos últimos, era dable decretar una pensión alimenticia definitiva a cargo del demandado *** a favor de sus menores hijos *** e ***, ambos, de apellidos ***, consistente en el *** del total las percepciones; ello valorando el derecho de

todo hijo a ser alimentado por sus padres, mismo que deriva del contenido del artículo 303 del Código Civil de esta localidad, y del que se desprende que parte de los ingresos del apelante deben corresponder por igual a sus descendientes, advirtiéndose la legalidad del porcentaje decretado por esta Sala del hecho que si de conformidad con los ingresos comprobados de dichos enjuiciado se obtiene una suma mensual aproximada de ***, con ello se acredita su capacidad económica para proporcionar alimentos a sus acreedores alimentarios, cantidad a la que restándole el treinta por ciento, al cual se le está condenando en el fallo que se revisa, y que equivale a *** mensuales, tenemos que dicha cantidad resulta apenas suficiente para cubrir los rubros a que se hace referencia en el artículo 308 del Código Civil de esta Ciudad en relación con sus acreedores. Del mismo modo, debe considerarse que los menores hijos de las partes *** e ***, ambos, de apellidos *** en la actualidad cuentan con *** y *** de edad, respectivamente, tal como se acredita con sus actas de nacimiento, las cuales corren agregadas a autos, edad en la que cursan su preparación escolar, circunstancia en la que se erogan gastos, como son útiles escolares, cuadernos y todos aquellos necesarios para su educación, así como los relativos a su alimentación, vestido, calzado; de igual forma, gastos accesorios como el de recreación, y la atención médica cotidiana e incluso la urgente que pudiera llegar a presentarse; por lo que se considera que el porcentaje decretado ha de ser suficiente para cubrir sus necesidades, quedándole al demandado, una vez descontada la pensión de alimentos, la cantidad de *** mensuales, la cual es suficiente para cubrir las necesidades del inconforme, pues, tomando en consideración que si la cantidad de *** debe alcanzar a cubrir necesidades de dos acreedores alimentarios, la suma que le queda al apelante debe alcanzar para satisfacer sus propias necesidades, cuando la misma constituye el setenta por ciento restante de sus percepciones.

Del mismo modo, no puede pasar inadvertida la diferencia entre las percepciones mensuales del apelante y las de la apelada, pues si el primero obtiene *** y la segunda *** cada mes, hay una diferencia de *** a favor del recurrente, de ahí que la pensión no pudiera ser inferior al porcentaje decretado, pues, aunque la actora también está obligada a proporcionar alimentos a sus menores hijos, sus ingresos son inferiores a los del padre de sus hijos. Igualmente, se estima justo y equitativo el porcentaje decretado en autos, en razón de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterios que especifican que un cuarenta por ciento de los ingresos del deudor es suficiente para satisfacer las necesidades de tres acreedores, caso en el cual correspondería recibir a cada uno de ellos un trece punto treinta y tres por ciento, lo que denota que la pensión alimenticia para un acreedor nunca poder ser inferior al porcentaje aludido que es de casi un catorce por ciento. Por ello, si en la especie existen dos acreedores alimenticios que han de recibir cada uno un quince por ciento de los ingresos del recurrente, tenemos que dicho porcentaje resulta legal, pues se ubica dentro del parámetro sugerido por la Corte como el porcentaje mínimo justo y equitativo para cada acreedor, en los casos en que existan varios menores que necesiten los alimentos.

Esta revisora comparte al respecto, el criterio en materia civil del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, de la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VI, julio de 1997, página 348, que dice:

ALIMENTOS. SU PROPORCIONALIDAD CUANDO EXISTEN DIVERSOS ACREEDORES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). Tratándose de alimentos, debe observarse la regla genérica establecida en el artículo 157 del Código Civil para el Estado de Tlaxcala, consistente en que deben ser proporcionados conforme a las necesidades de quien debe recibirlos y a las posibilidades de quien debe darlos, por lo que en caso de

existir diversos acreedores alimentistas, los ingresos económicos o salario del deudor de dicha prestación deben ser distribuidos entre todos ellos, incluyendo al propio deudor, quien por ser la persona que genera los recursos económicos para satisfacer la obligación alimentaria, debe considerarse que tiene mayores necesidades que cada uno de los referidos acreedores en lo individual; por tanto, si los acreedores son seis hijos del deudor, tres de ellos habidos en un matrimonio anterior, es correcta la asignación del cuarenta por ciento del salario del mencionado deudor alimentista, en favor de éstos, estimando a los otros tres descendientes con derecho a un monto equivalente al de aquéllos y reservando finalmente al deudor alimentista y a su actual cónyuge el veinte por ciento restante del salario respectivo.

Igualmente ilustra, por similitud de circunstancias, que cuando ambos padres trabajan y obtienen ingresos, es legal el treinta por ciento de los ingresos de un progenitor para sus hijos, el criterio en materia civil del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, visible en la Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo VIII, octubre de 1998, página 1097, que dice:

ALIMENTOS. MONTO DE LA PENSIÓN. ES JUSTA Y EQUITATIVA CUANDO SE FIJA CON BASE EN QUE COMO AMBOS PADRES TRABAJAN, DEBEN CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE LOS MENORES PROPORCIONALMENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El artículo 295 del Código Civil para el Estado de México establece: “Si fueren varios los que deben dar los alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el Juez repartirá el importe entre ellos en proporción a sus haberes.”; por tanto, si con motivo de un juicio de divorcio se probó que ambos padres trabajan y perciben ingresos, deben contribuir en forma proporcional a sus ingresos al pago de los alimentos de sus hijos; consecuentemente, el monto consistente en

el treinta por ciento de los ingresos ordinarios y extraordinarios fijado al padre como pensión para sus hijos es justo y equitativo, ya que ésta, aunada a un equivalente de aportación por la madre, conforman una cantidad suficiente para cumplir con el deber alimenticio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 150 del ordenamiento invocado.

Ilustra en su parte conducente, lo justo y equitativo del porcentaje decretado por esta Sala, para el acreedor del actor en el incidente, la tesis emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que puede localizarse en la Séptima Época, del Semanario Judicial de la Federación, tomo 187-192 sexta parte, página 21, que dice:

ALIMENTOS. PENSIÓN EN PORCENTAJE. Si de acuerdo con el criterio del más Alto Tribunal de la nación, para fijar el monto de una pensión, en términos generales, debe dividirse el ingreso del deudor alimentista entre los acreedores alimentarios y el mismo deudor, tomando en consideración que en el caso existen tres acreedores, la esposa del demandado, el hijo habido en el matrimonio y el hijo procreado con la hoy quejosa, dividiendo el cien por ciento del ingreso entre los acreedores y el propio deudor, o sea entre cuatro, correspondería a cada uno el veinticinco por ciento del ingreso; pero como uno de los acreedores, o sea el hijo procreado con la actora, debe ser alimentado no sólo por el demandado sino también por la actora, es claro que al haberse fijado por el tribunal de alzada el quince por ciento del ingreso del deudor como contribución de éste para la ministración de alimentos de ese menor, tal porcentaje se estima proporcional y equitativo.

En consecuencia, y con estricto apego al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 311 del Código Civil, el cual rige los alimentos, y a virtud que ambos deudores deben contribuir al pago

de los alimentos para sus acreedores, es dable modificar la pensión alimentaria definitiva materia de la sentencia impugnada, del *** al *** del sueldo y demás percepciones que recibe el demandado ***, por tanto, deberá girarse el oficio de estilo correspondiente, al C. Representante legal de la empresa ***, para que se sirva descontar el porcentaje antes indicado del sueldo y demás prestaciones ordinarias y extraordinarias que obtenga el demandado ***, previos los descuentos de ley, y la cantidad que resulte de dicho porcentaje se entregue a los menores hijos de las partes *** e ***, ambos, de apellidos ***, por conducto de su madre *** previa identificación y recibo que ésta otorgue. Asimismo, en caso de renuncia, jubilación, despido o cualquier otra causa de separación de empleo, deberá proceder a realizar el descuento ordenado, por constituir garantía alimentaria, y la cantidad resultante le sea entregada a los citados menores por conducto de su madre, la actora, los días acostumbrados de pago; debiendo comunicar dentro del término de cinco días el debido cumplimiento que dé al presente mandato judicial, apercibido que en caso de no hacerlo, se impondrá, en contra de dicho representante legal una medida de apremio consistente en una multa por el monto de CINCO MIL PESOS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles vigente en esta Ciudad, apercibimiento que se decreta con la finalidad de que no quede truncado el cumplimiento de la presente resolución, además de atender al estado de riesgo e indefensión el que se colocaría a los acreedores alimentarios, dada la exigencia que tienen de que les sean cubiertas sus necesidades básicas de alimentación; apercibido, también, que de no hacer el descuento ordenado, responderá solidariamente con el obligado directo, de los daños y perjuicios que cause a los acreedores alimentarios, por sus omisiones o informes falsos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 323 del Código Civil.

En mérito a lo antes razonado, al resultar parcialmente fundados, pero suficientes, los motivos de agravio expuestos, lo conducente es modificar el fallo apelado.

IV. Habida cuenta que este asunto no se encuentra comprendido dentro de alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 140 de la ley adjetiva de la materia, no es el caso hacer especial condena en costas.

Por lo expuesto y fundado, es de resolverse y se

RESUELVE:

PRIMERO. Fueron parcialmente fundados, pero suficientes, los agravios expresados, en consecuencia.

SEGUNDO. Se modifica la sentencia definitiva impugnada, cuyos puntos resolutivos deberán quedar del tenor siguiente:

PRIMERO. Ha sido procedente la vía planteada, donde la actora en el principal probó su acción, en consecuencia:

SEGUNDO. Se decreta la guarda y custodia definitiva de los menores *** e *** de apellidos *** a cargo de su progenitora ***, de conformidad con el artículo 416 Ter del Código Civil, en relación con los numerales 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles; 5 de la Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de México; 4 constitucional; y 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles.

TERCERO. Se condena a las partes a acudir a terapia psicológica en el Instituto mencionado en el considerando IV, gírese el oficio ordenado

a la Institución a efecto de que informe los horarios en los que podrán presentarse las partes a recibir la terapia psicológica, quedando las partes apercibidas, que para el caso de no hacerlo así, se harán acreedoras a una primera medida de apremio consistente en una multa por el equivalente a \$10.000.00 (DIEZ MIL PESOS 00/100 M.N.), de conformidad con lo dispuesto por los artículos 62 y 73 del ordenamiento civil referido en el párrafo precedente.

CUARTO. Por lo que hace al régimen de visitas y convivencias definitivo, en favor de los menores *** e *** de apellidos *** con su progenitor, el señor ***, será los fines de semana de cada quince días, el día sábado a las once horas y reintegrándolos el día domingo del mismo fin de semana a la dieciocho horas, quedando las partes apercibidas que para el caso de no hacerlo así, se harán acreedores a una primera medida de apremio consistente en una multa por el equivalente a \$10.000.00 (DIEZ MIL PESOS 00/100 M.N.), de conformidad con lo dispuesto por los artículos 62 y 73, ambos del ordenamiento civil referido en el párrafo presente.

QUINTO. Se condena al demandado *** al pago de una pensión alimenticia definitiva, en favor de sus menores hijos *** e ***, ambos de apellidos ***, consistente en el *** de las percepciones ordinarias y extraordinarias que obtenga de su fuente laboral.

SEXTO. Una vez que cause ejecutoria la presente resolución, deberá girarse el oficio de estilo correspondiente al C. Representante legal de la empresa ***, para que se sirva descontar el porcentaje antes indicado del sueldo y demás prestaciones ordinarias y extraordinarias que obtenga el demandado ***, previos los descuentos de ley, y la cantidad que resulte de dicho porcentaje se entregue a los menores hijos de las partes *** e ***, ambos, de apellidos *** por conducto de su madre ***, previa identificación y recibo que ésta otorgue. Asimismo, en caso de renuncia, jubilación, despido o cualquier otra causa de separación de empleo,

deberá proceder a realizar el descuento ordenado, por constituir garantía alimentaria, y la cantidad resultante le sea entregada a los citados menores por conducto de su madre, la actora, los días acostumbrados de pago; debiendo comunicar, dentro del término de cinco días, el debido cumplimiento que dé al presente mandato judicial, apercibido que en caso de no hacerlo, se impondrá, en contra de dicho representante legal, una medida de apremio consistente en una multa por el monto de CINCO MIL PESOS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles vigente en esta Ciudad, apercibimiento que se decreta con la finalidad de que no quede truncado el cumplimiento de la presente resolución, además de atender al estado de riesgo e indefensión en el que se colocaría a los acreedores alimentarios, dada la exigencia que tienen de que les sean cubiertas sus necesidades básica de alimentación; apercibido, también, que de no hacer el descuento ordenado, responderá solidariamente con el obligado directo de los daños y perjuicios que cause a los acreedores alimentarios por sus omisiones o informes falsos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 323 del Código Civil.

SÉPTIMO. En atención a lo dispuesto por artículo 323, párrafo cuarto, del Código Civil, se previene a la (sic) deudor alimentario ***, para que informe de inmediato cualquier fuente de empleo o, en su caso, cambio del mismo. Deberá proporcionar la denominación o razón social de aquella, su ubicación y el puesto o cargo que desempeñe, a efecto de que continúe cumpliendo con la pensión alimenticia decretada y no incurrir en alguna responsabilidad.

OCTAVO. Con apoyo en lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento del Sistema Institucional de Archivos del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (sic), hágase del conocimiento de los interesados, que la presente resolución ha quedado debidamente almacenada en el Sistema de Consulta de Resoluciones (SICOR).

NOVENO. Notifíquese.

TERCERO. No se hace condena en costas en esta instancia.

CUARTO. Notifíquese y remítase testimonio de esta resolución, debidamente autorizada, al Juzgado de su origen y, en su oportunidad, archívese el toca como asunto total y definitivamente concluido.

Así, por unanimidad de votos, lo resolvieron los CC. Magistrados integrantes de la Tercera Sala Familiar del H. Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica del H. Tribunal, ante el C. Secretario Auxiliar de Secretario de Acuerdos, de conformidad con los artículos 46 y 58 de la precitada ley, quien autoriza y da fe.

Con fundamento en el artículo 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información pública, 186 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de cuentas de la Ciudad de México, artículo 3, fracción IX, 9 punto 2, de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la Ciudad de México, así como el Artículo 7; fracción II y 62 de los Lineamientos Generales de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la Ciudad de México, se hace constar que en esta versión pública se suprime la información considerada como reservada o confidencias que encuadra en los ordenamientos mencionados. **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, JUSTIFICACIÓN PARA QUE EL INFANTE SEA ESCUCHADO POR EL JUZGADOR.** Resulta improcedente para modificar o revocar el fallo recurrido, el hecho de que el hijo del apelante no haya sido escuchado por el sentenciador, ello es así porque si bien es cierto el hijo de las partes tiene derecho a expresar su opinión en los asuntos en que se ve involucrado, cierto también lo es que el principio del interés superior del niño consiste en proporcionar la más amplia protección a la persona, derechos,

patrimonio y demás intereses tutelables de los menores, frente a las afectaciones perniciosas que puedan sufrir por su inmadurez; siendo que el factor primordial para justificar la plática con un infante radica en la adquisición de discernimiento, concebido como la facultad de distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, señalar la diferencia entre ellos y medir las consecuencias, pues esta aptitud se va adquiriendo en forma paulatina, gradual, creciente y acumulativa, hasta alcanzar su plenitud al llegar a la mayoría de edad; lo que en el presente asunto no ocurre, ya que el infante cuenta con la edad de cuatro años, y por su corta edad aún no adquiere conciencia de la problemática del presente asunto porque no sabe distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, por lo que ningún beneficio traería que fuera escuchado por el juzgador, aunado a que en esta clase de juicios, donde se solicita la pérdida de la patria potestad, habiéndose demostrado la conducta del demandado en el sentido de no desvirtuar las afirmaciones de su contraria en las que basa su acción, tal determinación no puede estar sujeta a la opinión de los menores involucrados, pues ello implicaría aceptar que la pérdida de la patria potestad es una situación que se puede actualizar en razón de lo que opinen las personas involucradas y no en virtud de los hechos que presenta el caso, toda vez que la causal respectiva requiere ser probada de forma fehaciente y no ser inferida a partir de la opinión de quienes están involucrados, incluso si se trata de menores de edad.

Materia Penal

MAGISTRADO PONENTE UNITARIO: JORGE PONCE MARTÍNEZ

Recurso de apelación interpuesto por la representación social y el asesor jurídico de la víctima, en contra de la sentencia absolutoria pronunciada respecto de los hechos que la ley señala como constitutivos de los delitos de trata de personas agravado (hipótesis de explotación sexual e hipótesis de mendicidad).

SUMARIO: PERSPECTIVA DE GÉNERO AL JUZGAR, DERECHOS DE LA VÍCTIMA Y DERECHO A UN DEBIDO PROCESO. El hecho de que exista un rango de protección internacional para las víctimas de los delitos de trata de personas no constituye una autorización para la violación del derecho fundamental al debido proceso, el cual requiere, entre otras cosas, que la víctima se presente a declarar para realizar una imputación directa y categórica en contra de la persona o personas señaladas como sujetos activos y que exhiba pruebas suficientes para corroborar su dicho, sin que ello por sí mismo constituya una revictimización cuando se siguen todos los protocolos para salvaguardar los derechos de la posible víctima, reservando sus datos generales y sus datos de identidad. Así, el Tribunal de Enjuiciamiento no está obligado a dar credibilidad absoluta al dicho de la víctima, pues esto violaría el principio de igualdad entre las partes contenido en el artículo 11 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como el principio de debido proceso, previsto en el artículo 14 Constitucional, que impone a los tribunales previamente establecidos el

cumplimiento de las formalidades esenciales de procedimiento; por tanto, resulta esencial que el Ministerio Público desvirtúe la presunción de inocencia que existe a favor del enjuiciado con pruebas suficientes que permitan acreditar la existencia de los delitos que se le atribuyen, así como su responsabilidad penal. El juzgar con perspectiva de género no implica generar una ventaja procesal a favor de la denunciante; en realidad, juzgar con perspectiva de género conlleva la obligación del Tribunal de velar por que se cumpla con el principio de igualdad entre las partes, que permite asegurar un juicio justo en el que cada una asume su obligación de acreditar su imputación o, en su caso, su postura defensiva.

Sentencia. Ciudad de México, a 7 de febrero de 2019, se pronuncia sentencia en el Toca Unitario ^{***}, relacionado con el recurso de apelación interpuesto por la Representación Social, así como por el asesor jurídico de la víctima, en contra de la sentencia absolutoria del 8 (ocho) de noviembre de 2018 (dos mil dieciocho), pronunciada por el Tribunal de enjuiciamiento conformado por los jueces Luis Rubén Escobedo Blanco (presidente) Luz Elena López Padilla (relatora) y Carlos Morales García (vocal) –éste último emitió voto particular– respecto de hechos que la ley señala como constitutivos de los delitos de TRATA DE PERSONAS AGRAVADO (hipótesis de explotación sexual) y TRATA DE PERSONAS AGRAVADO (hipótesis de mendicidad), en la carpeta judicial ^{***}, seguida en contra de ^{***}.

RESULTANDO

1. En el fallo recurrido el 8 (ocho) de noviembre de 2018 (dos mil dieciocho), por mayoría de votos, los jueces Luis Rubén Escobedo Blanco (presidente) y Luz Elena López Padilla (relatora), emitieron sentencia absolutoria en favor de ***, contra el voto particular del juez Carlos Morales García (vocal) respecto de hechos que la ley señala como constitutivos del delito de TRATA DE PERSONAS, al considerar insuficiencia probatoria para demostrar los términos de la acusación planteada en los alegatos de clausura.
2. Inconforme con dicha resolución, el licenciado Jorge Francisco Guerrero Ceja, asesor jurídico de la víctima, por escrito de 22 (veintidós) de noviembre de 2018 (dos mil dieciocho) interpuso recurso de apelación y formuló agravios; asimismo, el Agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación el 23 (veintitrés) de noviembre de 2018 (dos mil dieciocho) y formuló agravios; con fundamento en el artículo 471 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se corrió traslado a las partes; el 28 (veintiocho) de noviembre de 2018 (dos mil dieciocho), el agente del Ministerio Público exhibió escrito de contestación de agravios respecto de la apelación del asesor jurídico de la víctima. Le correspondió a la Unidad de Gestión Judicial Dos del Sistema Procesal Penal Acusatorio remitir el cuaderno de apelación de la carpeta *** a esta Sala, donde se determinó la admisión del recurso, el 1 (uno) de febrero del 2019 (dos mil diecinueve), por lo que quedó el asunto para resolver, turnándose al suscrito Magistrado licenciado Jorge Ponce Martínez.

CONSIDERANDO

I. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 122, párrafos segundo y quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 133, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales; 44, fracción I, y 248, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, esta Sala es competente para conocer de la presente apelación, cuya finalidad está señalada en el párrafo primero del artículo 479 del citado Código Adjetivo Penal Nacional; y atendiendo al contenido del auto de fecha 11 (once) de enero de 2019 (dos mil diecinueve), dictado por el Presidente de la Novena Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, el presente asunto se resolverá de manera unitaria.

II. Ahora bien, la materia de la apelación está constituida por el recurso interpuesto por el asesor jurídico de la víctima, así como por la representación social, contra la sentencia absolutoria dictada por mayoría de votos, por los jueces Luis Rubén Escobedo Blanco (presidente) y Luz Elena López Padilla (relatora), el 8 (ocho) de noviembre de 2018 (dos mil dieciocho), en favor del procesado *******, al considerar insuficiencia probatoria para acreditar los hechos señalados en la acusación; contra el voto particular del juez Carlos Morales García (vocal).

III. El recurso de apelación debe sustentarse en la afectación que cause el acto impugnado, así como en los motivos que originaron ese agravio, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del numeral 458 del Código Nacional de Procedimientos Penales; por tanto, considerando que la apelación únicamente debe versar sobre la

expresión de agravios del recurrente, de acuerdo con lo determinado por el numeral 461 del mismo ordenamiento, es procedente analizar los agravios expuestos por el agente del Ministerio Público y el asesor jurídico de la víctima, en los siguientes términos:

a) En el primer agravio que hace valer el Agente del Ministerio Público se establece:

Primeramente, resulta preciso establecer que de lo antes transcrito, se advierte que la determinación tomada de manera mayoritaria por el Tribunal de Enjuiciamiento, adolece de una debida fundamentación y motivación, pues no cumplió con lo que establece el artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual señala: “Artículo 405 [...]”.

Sentencia absolutoria de la cual no se advierte que el Tribunal de Enjuiciamiento señale concretamente cuál fue la causa de exclusión del delito que se actualizó en el presente asunto, para llegar a la determinación de absolver al acusado ***, de la acusación formulada por la Fiscalía, señalando solamente que fue ante la insuficiencia probatoria, sin embargo, dicha determinación no cumple con el numeral transcrito y mucho menos con la obligación constitucional que tenía el Tribunal de Enjuiciamiento, establecida en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la cual se desprende la obligatoriedad que tienen todas las autoridades de fundamentar y motivar debidamente todo lo que resuelven con la finalidad de que sus resoluciones no resulten arbitrarias; por consiguiente si el Tribunal de Enjuiciamiento no motivó ni fundamentó su considerar como autoridad que es, dicho argumento carece de eficacia jurídica y por consiguiente se deberá de REVOCAR el mismo; lo anterior encuentra sustento lógico jurídico en los siguientes criterios jurisprudenciales de observancia obligatoria para todas las autoridades en términos de la Ley de Amparo:

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE”.

No es correcto el considerar del Tribunal de Enjuiciamiento de manera mayoritaria, respecto del delito de trata de personas agravado (hipótesis de explotación sexual) cuando señala como punto toral para absolver al justiciable que...

[...] el órgano resolutor se aleja en forma por demás inadmisibles de los principios que rigen su actuar en relación a la administración de justicia, así como a los de legalidad que debe observar en estricto derecho, tornándose contrario a los mismos e inaceptablemente parcial al momento de emitir sus pronunciamientos de referencia; ya que pretende hacer creer una insuficiencia probatoria para establecer la existencia de la conducta atribuida al entonces acusado ***, argumentando que se actualiza una insuficiencia probatoria por parte del Agente del Ministerio Público para probar su acusación, específicamente para tener por acreditada dicha conducta, es decir, que el órgano técnico de acusación debió demostrar ante este Tribunal que el *** aprovechándose de la relación de concubinato con la víctima (sustentada dicha relación en el acuerdo probatorio 1, 2 y 3 del auto de apertura a juicio), la explotó sexualmente y con ello obtuvo un beneficio económico; ya que, para tal efecto únicamente se cuenta con la declaración de C.F.S.

El órgano de Enjuiciamiento, dejó de advertir lo que señala la Organización Internacional para las Migraciones respecto del delito de Trata de Personas, al señalar “la trata de personas es un delito transnacional y una de las peores violaciones de los derechos humanos. Está considerada como la forma de esclavitud moderna y el tercer negocio ilícito de mayores dividendos después del tráfico de estupefacientes y el tráfico de armas”. Lo que implica que no solamente es un mal que aqueja a esta

Ciudad de México, ni al Estado Mexicano, sino que va más allá de sus fronteras, por ser un problema transnacional.

Por otra parte, el Tribunal de Enjuiciamiento tampoco observó lo establecido en el artículo 9 del Protocolo de Palermo, que establece la obligación del Estado Mexicano de proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización; y, no obstante que en el presente asunto se revictimizó a la ofendida, en virtud de que la misma compareció a juicio y sostuvo su imputación firme, directa y categórica en contra del enjuiciado, el Tribunal de Enjuiciamiento, por mayoría, determinó que únicamente se contaba con su declaración para acreditar que el sentenciado la explotó sexualmente y que con ello obtuvo un beneficio económico, lo cual hizo a través de la prostitución.

Siendo claro que el Tribunal de Enjuiciamiento, de manera desacertada, no le otorgó a la declaración de la víctima el valor que le correspondía, olvidando que tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han pronunciado en el sentido de que la declaración de las víctimas de violencia sexual debe constituir una prueba fundamental sobre el hecho, toda vez que de manera general este tipo de agresiones suceden en secrecía, por lo que no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, máxime que la perspectiva de género no sólo no prohíbe, sino que exige que se le dé un valor preponderante al testimonio de las víctimas de delitos sexuales.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció: “VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER. REGLAS PARA LA VALORACIÓN DE SU TESTIMONIO COMO VÍCTIMA DEL DELITO”.

Luego entonces, el Tribunal de Enjuiciamiento no consideró que la testimonial de la ofendida venció la presunción de inocencia del

sentenciado ***, toda vez que, concatenada y valorada de manera conjunta con el elenco probatorio que desfiló en el juicio y confrontadas con las testimoniales de descargo, las pruebas de cargo fueron insuficientes para tener por acreditados los delitos materia de la acusación, así como la plena responsabilidad penal del enjuiciado

Faltando el Tribunal de Enjuiciamiento, que resolvió de manera mayoritaria, a lo que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de las pautas para valorar, en cada caso concreto, el testimonio de la víctima. Pasando por alto que por el tipo de los delitos que en el presente se actualizaron, los mismos ocurrieron en secrecía, pues como quedó probado con lo señalado por la víctima, el acusado –concubino- que contactaba a las personas y las llevaba a su domicilio, lugar en donde la obligaba a tener relaciones sexuales con dichas personas, las cuales eran aproximadamente cuatro al mes y por las cuales cobraba el sentenciado la cantidad de ***. De lo que se acredita que fueron en su domicilio y en horas en donde el mismo se encontraba solo, mientras que en una ocasión fue en un hotel denominado “Encanto” y del cual se acreditó su existencia, por lo que válidamente se acreditó que el delito de trata de personas agravado (hipótesis de explotación sexual), se realizó de manera oculta, es decir que ninguna persona más que los intervinientes (víctima y sentenciado) tuvieran conocimiento del mismo, situación que, como ya se estableció, no consideró el Tribunal de Enjuiciamiento, por lo tanto, la declaración de la víctima deberá considerarse como un elemento probatorio fundamental.

Al respecto, este órgano de decisión considera que el Tribunal de enjuiciamiento no dejó de advertir la trascendencia que a nivel internacional tiene el delito de Trata de Personas; tampoco pasó por alto el artículo 9 del Protocolo de Palermo, que establece la obligación del

Estado Mexicano de proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización, pues el hecho de que exista un rango de protección internacional para las víctimas de los delitos de trata de personas, no constituye una autorización para la violación del derecho fundamental al debido proceso, el cual requiere, entre otras cosas, que la víctima se presente a declarar para realizar una imputación directa y categórica en contra de la persona o personas señaladas como sujetos activos y que exhiba pruebas suficientes para corroborar su dicho, sin que ello, por sí mismo, constituya una revictimización, pues se advierte que el Tribunal de Enjuiciamiento siguió todos los protocolos para salvaguardar los derechos de la posible víctima, reservando sus datos generales, reservando también sus datos de identidad, por lo cual únicamente se utilizaron las primeras letras de su nombre y apellidos durante todo el juicio, además de que todo el tiempo permaneció resguardada en la sala correspondiente para un testigo protegido, sin que en ningún momento se exhibiera su imagen al público o a las cámaras que grabaron el juicio oral. Asimismo, se advierte que en todo momento fue auxiliada por un asesor jurídico y su declaración fue vertida en presencia de una psicóloga victimal. De lo que se desprende que durante todo el juicio se respetaron los derechos fundamentales de la denunciante, quien estuvo protegida con todos los medios al alcance de la justicia, para efecto de evitar una revictimización en su agravio, sin que esto obligue al Tribunal de Enjuiciamiento a darle credibilidad absoluta a su dicho, pues esto violaría el principio de igualdad entre las partes, contenido en el artículo 11 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como el principio de debido proceso, previsto en el artículo 14 constitucional, que obliga a los tribunales previamente establecidos a que se cumplan las formalidades esenciales de procedimiento. Es por ello que, una vez verificado por el Tribunal que no se viola en

perjuicio de la probable víctima ningún derecho fundamental que la coloque en estado de vulnerabilidad, garantizando así su derecho a la igualdad dentro del juicio, resulta esencial que el agente del Ministerio Público desvirtúe la presunción de inocencia que existe a favor del enjuiciado ***, con pruebas suficientes que permitan acreditar la existencia de los delitos de TRATA DE PERSONAS que se le atribuyen, así como su responsabilidad penal en esos hechos, lo cual no sucedió, pues efectivamente, para establecer la existencia de dicho ilícito se cuenta única y exclusivamente con la declaración de la ofendida de identidad reservada, de iniciales C.F.S., quien en audiencia del 19 (diecinueve) de octubre del 2018 (dos mil dieciocho), cuando transcurrían 58:01 (cincuenta y ocho minutos y un segundo), a preguntas de las partes, en lo conducente manifestó:

A preguntas del Ministerio Público:

- ¿Cómo comienza la trata que usted refiere sexual?

- Se dio después de que nació la menor, no teníamos trabajo. Su hermano en Estado Unidos que nos mandaba dinero, él le decía que estaba muy malo, que no tenía trabajo, que se sentía muy mal, que no tenía para los pañales ni para la leche de la niña, entonces su hermano nos mandaba dinero, pero cuando su hermano se enteró que el dinero que él nos mandaba lo usaba para irse a tomar, fue cuando nos retiró el apoyo.

Él empezó primero a decirme que quería una fantasía sexual, el contactó a varias personas por una página de internet que se llama “lo canto”. Una persona de aproximadamente 45 años le respondió, hizo él una cita. Él mandaba mensajes por teléfono haciéndose pasar por mí. Ese día fuimos por él al metro Acatitla, aproximadamente como a las 10 de la mañana, de ahí lo llevamos al domicilio, después de ahí se llegó al domicilio donde vivíamos y esa vez, ese día no hubo cobro, pero después empezó a buscar más contactos y los contactos decían que ofrecían apoyo económico.

- ¿Dígame cuando pasó esta primera ocasión que fueron por esta persona?

- 27 (veintisiete) de agosto del 2015 (dos mil quince), lo tengo bien presente porque eran las fiestas que se acercaban de la colonia Santa Martha, fue que fuimos por esta persona y la llevamos al domicilio. Fue la primera vez. Fue como para complacerlo, porque yo al principio me desistí, decía que no porque no me gustaba, no lo quería hacer. Él comenzaba a ponerse muy violento, diciéndome que yo tenía la culpa de que él se pusiera de una forma muy agresiva, que nunca lo complacía. Como vi que se comenzaba a alterar y tenía miedo de que me llegara a golpear, como lo había hecho anteriormente, en esa ocasión dije que sí, después el empezó a contactar a más personas.

- Dice usted que en esa ocasión él se puso violento, ¿a qué se refiere con que se puso violento?

- Empezó a gritarme, me empezó a gritar, a decir que yo tenía la culpa de que él se pusiera así, que él se enojara, que yo era la culpable que el reaccionara, de que el me pegara, y, como empezó a gritar, a alzar la voz, a insultarme, me entró miedo, y fue cuando yo le dije que sí, con tal de que él se calmara.

- Cuando fueron a ver a esta persona ¿él le pidió algo más a él?

- Eh, sí, una cantidad de ***.

- ¿Usted cómo iba vestida cuando fueron a ver a esta persona?

- Él me obligó a ponerme una falda de mezclilla, con una blusa escotada y zapatillas.

- ¿Cómo la obligó a vestirse de esa manera?

- Me jaloneó, y me dijo que si no lo hacía, yo ya sabía a qué consecuencias atenerme

- ¿Qué sucede una vez que llevan a esta persona a su domicilio?

- Se tiene el encuentro sexual y la persona de la ***, después que se retira esta persona él me empieza a golpear, me empieza a jalonear, me empieza a abofetear, a jalar de los cabellos, a darme de patadas, diciéndome que si no puede haber sido un poco más complaciente con la persona esta.

- ¿Qué sucede después señora?

- Él empezó a discutir conmigo, y él me empezaba a decir que yo era... a insultarme con palabras fuertes y decirme que no servía para nada, que era una inútil, que le diera gracias a él, que si no fuera por él yo estaría en la calle, que yo no era nadie, él siempre criticaba en la forma en que, anteriormente, yo vivía.

- ¿Qué hacía él cuando usted tenía relaciones sexuales con esta persona?

- Él nos grababa y tomaba fotos.

- ¿Cuántas fotos le tomaba esta persona?

- Aproximadamente de 3 a 6 fotos, junto con un video.

- ¿Usted la vio?

- Sí, señor

- ¿Qué pasó con ellas?

- Él las mantuvo guardadas en su teléfono. Lo hacía cada vez que yo tenía un encuentro sexual con las otras personas por las que él cobraba. Pero con el primer video y las primeras fotos, él me empezó a decir que si yo no seguía haciendo lo que él quería, él iba a publicar esas fotos con mis familiares y amigos.

- ¿Con qué frecuencia la obligaba a tener relaciones sexuales con otros hombres?

- Una vez fue que se hizo en un hotel que se llama “Encanto”, que se encuentra por el metro Chabacano.

- ¿Cómo la llevó a ese lugar?

- Él hizo la cita, él se hacía pasar por mí, mandaba mensajes de texto, y ya una vez que él tenía la fecha y el lugar donde él iba a pasar a recoger a las personas se hacía pasar por un amigo, les decía que un amigo iba a pasar por esta persona y que lo iba a llevar al domicilio, las personas aceptaban y era como se llevaba el encuentro.

- ¿Cuánto cobraba esta persona por que usted tuviera relaciones sexuales con estas personas?

- ¿Sabe qué hacía él con el dinero que cobraba?

- Sí, se ponía a tomar.

- ¿Hasta cuándo duraron estas actividades?

- Hasta mayo del 2017, me parece. Fue cuando yo encontré trabajo en una empresa que se llama "EASY". Encontré trabajo, y como ganaba más o menos bien, él dejó de hacer esos encuentros, yo hice lo posible por buscar trabajo porque ya no quería seguir con esa situación, no me gustaba hacerlas, entonces yo sabía que mientras él tuviera dinero, las cosas iban a estar tranquilas.

- ¿Con qué frecuencia le pegaba él? Pues 3 (tres) veces, aproximadamente, a la semana.

- ¿Por qué motivo era?

- A veces porque faltaba el dinero, a veces porque llegaba tomado, a veces porque faltaba el dinero. En ocasiones también llegó oliendo a inhalante, era cuando yo le decía que no tomara, y él me decía que yo no era nadie para decirle qué es lo que él tenía que hacer o no tenía que hacer, y era cuando él me empezaba a golpear.

- ¿Respecto a las relaciones que tenía con los otros hombres, usted le reclamaba algo a él?

- No. No le reclamaba porque sabía que si yo empezaba a reclamarle iban a empezar los goles otra vez, y yo lo que no quería era que él me golpeará.

- Háblenos sobre la cuestión que usted refiere como trata por mendicidad, ¿cuándo comenzó esto?

- Fue aproximadamente en octubre del 2017. Fue porque yo me accidenté en mi trabajo, como comentaba, yo trabajé en la empresa "EASY", ahí tuve un accidente, me resbalé en el baño y me fracturé el dedo chiquito de la mano izquierda y me tuvieron que enyesar la mano, pero como yo no podía cobrar todavía mis incapacidades, él empezaba a desesperarse porque no había dinero, entonces como yo usaba un escorbetillo y tenía la mano enyesada... anteriormente también tuve un accidente, me habían atropellado... él uso el collarín y la fractura de la mano para mandarme a pedir dinero. Primero empecé por las casas cerca del domicilio, sacaba de *** a ***, él vio que podía sacar más de lo que yo ganaba en la empresa. Cuando me retiraron el yeso, él me dijo que íbamos a seguir con esa situación de seguir pidiendo el dinero. Cuando ya no hubo domicilios dónde ir, él empezaba a llevarme a los tianguis, mercados, paraderos, locales para que yo siguiera pidiendo dinero y para que él se quedara el dinero para seguir con su vicio.

- ¿Cómo comenzó, usted, a pedir limosna?

- Él me decía que tocara las puertas de los domicilios de las casas y que les dijera que si me podían dar una ayuda para llevarles de comer a mis pequeños o a mis hijos, y yo hacía eso: tocaba las puertas, me abrían y les decía si no tenían una moneda con la que me pudieran ayudar porque había sufrido un accidente y no tenía que llevarle de comer a mis pequeños.

- ¿Recuerda en qué fecha comenzó a pedir limosna?

- Con exactitud no, pero fue aproximadamente en el mes de octubre de 2017 (dos mil diecisiete).

- ¿Cuánto, usted, sacaba pidiendo limosna?

- Al principio como ***.

- ¿Qué pasaba con ese dinero?

- Cuando ya empezaba a llevar yo un poco de monedas, cuando él se percataba de que ya llevaba yo una cantidad bultocita, por decirlo así, él me hacía señales para que yo me acercara con él y le diera el dinero y, posteriormente, yo siguiera pidiendo el dinero

- ¿Usted por qué accedía a pedir dinero?

- Porque le tenía miedo. La primera, era que el me amenazaba, le tenía miedo, sabía cómo se ponía de agresivo conmigo; la segunda, porque él me amenazaba diciendo que si no lo hacía, él podía difundir las fotos y los videos con las relaciones sexuales con las otras personas, que él había tomado.

- Cuando refiere que la llevaba a paraderos, ¿a qué paraderos la llevaba?

- ***

- ¿A qué avenidas la llevaba?

- Me llevaba a avenidas en el *** me llevaba.

¿Esto hasta cuándo duró?

- Hasta el día 22 (veintidós) de febrero del 2018 (dos mil dieciocho).

¿Cómo es que termina esto?

- El 17 (diecisiete) de febrero él se puso a tomar y se gastó la cantidad de dinero que él llevaba guardada por la que yo le daba dinero. El domingo 18 (dieciocho) se levanta enojado diciéndome que yo tuve la culpa de que él se haya gastado el dinero, que por qué no le digo que no tome, y yo le contesto que si le digo que no tome se enoja y si le digo que

no, él también se vuelve a enojar. Entonces él me dijo que yo le tenía que recuperar ese dinero como fuera, pero que yo tenía que recuperar ese dinero. El lunes fuimos a dejar a la niña al kínder, así estuvimos unos días llevándola al kínder, hasta que él dejó de tomar y me dijo que ya era hora de que me pusiera a trabajar y que le recuperara el dinero que él había perdido, o se había gastado. Ya muy enojado me dice que yo tengo que ver la forma de recuperar ese dinero, me dijo: agarra el collarín, el escorbetillo y nos vamos a ir a pedir dinero, yo le digo que sí, mientras, él veía a dónde llevarme.

Yo ya quería acabar con esta situación, ya yo sentía que estaban pasando más de los límites, no era algo normal, porque él me empezaba a amarrar de las manos y los pies. Nos dirigimos al metro Pantitlán y él me observaba desde lejos, entonces yo iba mal, me sentía mal, me sentía desconcertada. Vi a unos oficiales de la PBI. Explicándoles la situación por la que yo estoy pasando, ellos simulan llevarme arrestada hacia la agencia del metro Pantitlán, y es ahí donde yo empiezo a decirles por lo que estoy pasando y les manifiesto que yo ya no quiero seguir con esa situación. Me dicen que me tengo que referir a la agencia correspondiente cerca de mi domicilio, les comento que yo ya no quería regresar para allá porque la verdad yo tenía mucho miedo. Me hacen el comentario que en el módulo de atención ciudadana que pertenecía a mujeres, en la línea rosa, y me llevan hacia ese lugar, me dejan en los torniquetes, yo paso los torniquetes y le vuelvo a comentar la situación por la que yo estoy pasando, me dan la asesoría y es cuando ellas me llevan al bunker para que se me dé resguardo.

- Cuando la llevó a pedir limosna, usted, ¿cómo iba vestida?
- Él buscaba la peor ropa, para que vieran que en verdad yo carecía de cosas, iba despeinada, con un escorbetillo azul y un collarín color beige.
- ¿En qué horarios la llevaba a pedir limosna?

- Cuando íbamos a dejar a la menor a la escuela, de ahí nos íbamos, que era un horario de 10 a 1 (una) de la tarde, aproximadamente. Luego, pasábamos por la menor, les daba yo de comer y de ahí nos íbamos otra vez a pedir dinero, aproximadamente de 4 a 7 de la tarde.

- ¿Hasta cuándo pidió limosna en las calles?

- Aproximadamente a finales de noviembre.

- Y, aproximadamente, ¿cuándo empezó a pedir limosna por los paraderos?

- De hecho, en las mañanas era en las calles y por las tardes era en los paraderos.

- ¿Qué hacía él con el dinero que usted obtenía de las limosnas?

- Se lo gastaba tomando con sus amigos.

- Para ese entonces, hasta la fecha en que terminan los hechos, ¿dónde vivían?

- Colonia ***,

A preguntas del asesor jurídico:

- Usted, dentro de las preguntas que contestó, manifestó que cuando la obligaban a tener relaciones sexuales, era en el domicilio, ¿a qué domicilio se refiere?

- A la casa de su mamá, donde vivíamos

- ¿Dónde vivían quiénes?

- El señor *** y yo.

- ¿Solamente vivían ustedes dos?

- No. Vivían su mamá y la menor.

- Usted manifestó que la amarró de manos y de pies, ¿es correcto?

- Sí, es correcto.

- ¿Recuerda cuántas veces lo hizo?

- Fue aproximadamente una semana, duro aproximadamente una semana, a partir del 18 de febrero fue cuando él empezó a amarrarme de las manos y de los pies.

- ¿Por qué la amarró de manos y pies?

- Porque yo ya le había hecho saber que no quería seguir con esa relación, de hecho le pedí que nos separáramos en forma pacífica, y él me dijo que de la casa solo iba a salir con los pies por delante, que prefería verme muerta antes de que termináramos esa relación.

- ¿En dónde es donde la tenía amarrada?

- En el domicilio en donde vivíamos, en nuestra habitación.

Declaración de la víctima de identidad reservada, de iniciales C.F.S., de la que se desprende que, contrario a lo que señala el agente del Ministerio Público en su escrito de expresión de agravios, los hechos por los que se actualizó la acusación en sus alegatos de clausura no fueron de realización oculta, ya que, tanto de la declaración de la víctima como de los alegatos de clausura, se advierte que le atribuyen al ahora sentenciado haber contactado a varias personas para tener relaciones sexuales con la víctima, a través de una página sexual existente en Internet llamada “locanto”. Que estos hechos se realizaban en su domicilio, lugar donde la denunciante vivía con su menor hija, de identidad reservada, de iniciales A. S. R. F. y con su suegra ***, incluso señalando que en una de dichas ocasiones los hechos sucedieron en un hotel llamado “El Encanto”. Asimismo, como lo refirió la defensora oficial, la propia víctima estableció diversos lugares públicos en los que ella solía pedir limosna, presuntamente obligada por el ahora sentenciado, quien se quedaba con ese dinero, señalando, incluso, que a veces lo hacía en lugares cercanos a su domicilio. De donde se desprende infundado el argumento del Ministerio Público acerca de que los hechos materia de la investigación fueron de realización oculta y que, por ello, debió atenderse a

la declaración de la víctima como elemento probatorio fundamental; pues, por el contrario, se advierte que para acreditar su dicho debieron recabarse investigaciones y periciales en materia de cibernética, para obtener la información necesaria de la página de Internet a la que hizo alusión la denunciante, testimonios y/o evidencia grabada de los lugares en los que señaló haber realizado las conductas fuera de su domicilio, incluso las pruebas necesarias para obtener fotografías y videos del teléfono celular del enjuiciado. Sin que pase inadvertido para este órgano de decisión, que ante el Tribunal de enjuiciamiento fueron desahogadas las testimoniales de la menor de edad de identidad reservada, de iniciales A.S.R.F. así como de la testigo ***, a quienes la denunciante señaló como las personas que viven en su domicilio. Sin embargo, de las declaraciones de dichas testigos no se desprende ninguna circunstancia que corrobore el dicho de la denunciante.

Motivo por el que resulta acertada la consideración del Tribunal de enjuiciamiento que, por mayoría de votos, resolvió:

Aunado a lo anterior, este órgano colegiado no pasa desapercibido que la fiscalía, a fin de sustentar su hipótesis, ofrece la declaración de la agente de la policía de investigación ***, quien refirió que, derivado de la investigación exhaustiva de los hechos, realizó una inspección ocular en el “Hotel Encanto”, probanza que resulta ser de utilidad, únicamente, para demostrar la existencia del lugar, no así para acreditar que en dicho sitio, el acusado, obligaba a la víctima a tener relaciones sexuales con las personas que contactaba, porque dicha agente de la policía no pudo localizar a algún testigo que corroborar a esta circunstancia, ni obtener los vídeos que se encontraban dentro de dicho lugar, a pesar de haber corroborado su existencia.

Tampoco se soslaya que el ministerio público no acreditó cada uno de los extremos de su acusación, ya que ni siquiera aportó pruebas para

demostrar la existencia de la página de internet denominada “Locanto”, a través de la cual, por dicho de la víctima, el acusado contactaba a las personas con las que ella sostenía relaciones sexuales. Además de que no se constató la ficha de las fotografías y vídeos, que supuestamente el activo le tomaba a la denunciante cuando sostenía relaciones sexuales, ni testigo alguno que constatará que era explotada sexualmente por parte del acusado. Por ende, no existe prueba de cargo que acredite, más allá de toda duda razonable, que el acusado, aprovechándose de la relación de concubinato que tenía con la víctima, le explotaba sexualmente por medio de la prostitución con la finalidad de obtener un beneficio económico.

b) En un segundo planteamiento, el agente del Ministerio Público, en su escrito de expresión de agravios, refirió:

Por otra parte, el Tribunal de Enjuiciamiento no tomó en cuenta la naturaleza traumática de la conducta desplegada por el sujeto activo; tampoco tomó en consideración elementos subjetivos de la víctima, como su edad, condición social, y la pertenencia a un grupo vulnerable (mujer) históricamente discriminado. Pero más aún, no analizó la declaración de la víctima en conjunto con los elementos probatorios existentes, como fueron la pericial a cargo de ***, quien es una persona capacitada en temas de agresión sexual, trata de personas, derechos humanos, perspectiva de género e intervino en la evaluación de la víctima de identidad reservada con las siglas C.F.S., y que determinó que en la persona de la víctima sí se encontraron factores predisponentes de vulnerabilidad. La pericial en trabajo social a cargo de ***, quien se encuentra debidamente certificada, y que realizó el dictamen a la víctima de identidad reservada, identificada con las siglas C.F.S., quien concluyó “...Observó un estado de vulnerabilidad en C.F.S., por ser mujer, por ser madre, por venir de una situación de pobreza, por haber trabajado

en el sexo servicio, porque presenta un problema de salud relacionado con VIH, además de lo que conlleva la situación de pobreza, su bajo nivel educativo, falta de capacitación para el trabajo, falta de elementos de autoprotección, haber sido formada con estereotipos de sumisión. Asimismo, su entorno familiar, se encontró una familia de origen desestructurada, el antecedente de violencia en su familia de origen de pobreza, pero también el haber iniciado vida de pareja en condiciones de desventaja y riesgo. También existen antecedentes de violencia dentro de sus familias nucleares y, también, en cuanto a su entorno social, se ha desenvuelto o ha crecido en entornos caracterizados por situaciones de marginación, de pobreza, con problemáticas sociales fuertes, porque también la misma dinámica del evento que refiere, la hizo encontrarse aislada tanto de su familia de origen como del entorno social, porque si bien interactuó con otras personas en algunos momentos que ella trabajaba, siempre lo hizo con personas en condiciones muy similares a las que ella presentaba. Todos estos elementos representan una condición de vulnerabilidad para cualquier persona, que posibilita o puede posibilitar su victimización.

La testimonial de ***, quien dijo que se dedica a atender a víctimas de violencia familiar y refirió que “el día 22 de febrero de 2018, al encontrarse en el módulo ubicado en el metro Pantitlán, la víctima se acercó a ella, refiriéndole que venía huyendo de su esposo, explicándole que en la noche anterior la había amarrado de brazos, manos, muñecas y tobillos y no le había permitido salir, que la obligaba a pedir dinero, dinero que él se quedaba. En ocasiones la golpeaba. Manifestándole que ella quería salir de esa situación y poder vivir aparte. Siendo que al llegar al módulo ubicado en el metro percibió a la ofendida orientada, no se encontraba en buenas condiciones de aliño, aseo personal, estaba un poco deteriorada la ropa, la higiene no era la más adecuada, estaba conster-nada, afligida, por lo que, derivado de los hechos que narró, tomaron la

decisión de acompañarla a realizar la denuncia correspondiente...”; y, la testimonial a cargo de la menor de identidad reservada de iniciales A.S.R.F., quien refirió que “...su papá se llama ***, que se dedica a cuidarla, que su mamá se dedica a llevarla a la escuela, que su mamá se llama ***, que su papá le pegaba a su “mamaíta”, que le pegaba con la mano, que salían al parque, que quien llevaba dinero a la casa era su mamá C. y su papá, que no recuerda cómo conseguía dinero su mamá, que además vivía en la casa su mamaíta, que alguien más no, que cuando le pegaba su papá a su mamá le decía que no me cuidaba y que su papá cuidaba a su mamá, sin recordar como la cuidaba...”; elementos probatorios existentes que, como ya se dijo, no se analizaron por el Tribunal de Enjuiciamiento de manera conjunta, lo que llevó a dictar una resolución a todas luces ilegal y carente de sustento lógico jurídico.

Al respecto, se advierte que le asiste la razón al Tribunal de Enjuiciamiento que, por mayoría, determinó insuficiencia probatoria para tener por acreditada la conducta que se atribuye al ahora enjuiciado, en virtud de que el dicho de la víctima, en el sentido de que se sentía sometida por el miedo que le tenía al ahora enjuiciado porque la golpeaba constantemente, no quedó debidamente acreditada con las pruebas que se desahogaron en la etapa de juicio. Al respecto debe destacarse que carecen de eficacia probatoria los dictámenes periciales en materia de psicología suscritos por la perito *** y en materia de trabajo social suscrito por ***, atendiendo a las siguientes consideraciones: el dictamen pericial en materia de psicología emitido por la perito ***, establece que las estrategias de control y dominio del acusado para someter a la posible víctima de identidad reservada C.F.S. fueron: 1) desarraigar a la víctima de sus redes de apoyo, y 2) Agresiones físicas, verbales, emocionales o incluso materiales. Sin embargo, estas circunstancias no solo no fueron corroboradas con ningún medio de prueba que fortaleciera su eficacia

probatoria, sino que además quedaron desvirtuadas con las testimoniales de *** y ***, madre y hermano, respectivamente, de la víctima de iniciales reservadas C.F.S., quienes aseguraron convivir de manera cotidiana con el ahora enjuiciado y con la víctima de iniciales reservadas C.F.S, en virtud de que *** dijo que vivió con su hija, de identidad reservada, de iniciales C.F.S. y el acusado, aproximadamente cuatro meses, y que siempre observó que se llevaban bien, el acusado la trataba bien, porque iban a trabajar juntos; nunca le vio golpes en la cara y nunca vio que estuviera amarrada en la cama, que le cuidaba en diversas ocasiones a su hija; y, por su parte, ***, señaló que vivió con C.F.S. y el acusado, desde el 17 de septiembre de 2017 hasta enero de este año, que la relación entre su hermana y *** era muy buena, que se llevaban muy bien. Nunca vio que se pelearan y nunca vio gestos de violencia hacia su hermana. Que conoce al enjuiciado desde que nació su sobrina, hace cuatro o cinco años. Que los frecuenta, ya que ellos iban a su casa una o dos semanas y que ahí se quedaban a dormir. Trabajaba de forma conjunta con el ahora enjuiciado, siendo constantes en señalar que, incluso, un tiempo, ambos testigos vivieron en la casa del enjuiciado y la supuesta víctima de identidad reservada, incluso, que tanto el enjuiciado como la víctima de identidad reservada, vivieron, también, un tiempo en casa de ***, de lo que se advierte que en todo momento la supuesta víctima, de identidad reservada, permaneció en contacto con su familia primaria (madre y hermano), sin que de las declaraciones de estos se advierta que la denunciante sufriera algún tipo de maltrato físico o emocional, de lo que se desprende que la cercanía con su familia primaria contradice lo establecido por la perito en materia de psicología en el sentido de que una de las estrategias de control y dominio del acusado, para someter a la posible víctima, de identidad reservada, C.F.S., fue desarraigarla de sus redes de apoyo; y, evidentemente, dichas testimoniales no resultan aptas para acreditar la existencia de un ambiente de violencia alrededor

de la posible víctima de identidad reservada, C.F.S.; circunstancia que tampoco se corroboró con la testimonial de la perito médico forense ***, la misma, únicamente encontró dos lesiones que describió como una lesión en la parte posterior del antebrazo izquierdo y una lesión en la rodilla derecha suprapapular; lesiones que no concuerdan con el dicho de la víctima de identidad reservada, C.F.S., quien manifestó que el enjuiciado la golpeaba constantemente y que, incluso, un día antes de la denuncia, la tuvo amarrada de pies y manos, pues no se encontraron lesiones que correspondieran con esa declaración, sin que pase inadvertido para este órgano de decisión, que los testigos *** fueron constantes al señalar que la ahora denunciante de identidad reservada, C.F.S. y el enjuiciado *** tenían una buena relación de pareja, lo que les consta, en virtud de ser familia directa de ambas partes. Al respecto, no pasa inadvertido para este órgano de decisión que la menor, de identidad reservada, con iniciales A.S.R.F. refirió que su papá le pegaba a su mamá con la mano, sin embargo, a preguntas de la defensa, dicha menor refirió que su mamá es ***, motivo por el que el dicho de la menor tampoco es apto para corroborar ningún tipo de maltrato, ni físico ni psicológico, por parte del ahora enjuiciado, en contra de la denunciante de identidad reservada, C.F.S. Por el contrario, se destaca que dicha menor manifestó que su papá y su mamá iban a pasear al parque y que su mamá jugaba, pruebas que lejos de corroborar lo asentado en el dictamen correspondiente, desvirtúan su contenido, con el que se pretende establecer que de manera progresiva existen agresiones en contra de la víctima de identidad reservada, que genera una debilitación cognitiva en la que ya ni siquiera es necesaria la amenaza, como lo determinó la perito en psicología ***.

Consideraciones que también resultan aplicables para restarle eficacia probatoria al testimonio de la perito en trabajo social ***, quien en lo conducente señaló “***”. Testimonial de la perito en trabajo

social del que se desprende que a pesar de que hace referencia a diversas circunstancias que pueden constituir estados de vulnerabilidad, no establece una relación directa entre dichos estados de vulnerabilidad y el aprovechamiento de ese estado de vulnerabilidad como factor determinante para la comisión de un delito de la naturaleza de la trata de personas que se atribuye al enjuiciado de mérito, al respecto debe destacarse que la propia denunciante manifestó que consiguió un trabajo en una empresa denominada “EASY”, circunstancia por la que se suspendió la actividad de prostitución a la que hace referencia, de lo que se desprende que tenía opciones para realizar otro tipo de actividades, y que en todo momento estuvieron cerca de ella, tanto su mamá como su hermano. Motivo por el que resulta infundado el agravio expuesto por el agente del Ministerio Público en el que señala que no se tomó en consideración la situación de vulnerabilidad de la víctima en base a las periciales en materia de psicología y en materia de trabajo social suscritos por los peritos *** y ***, pues como se ha analizado con antelación, el contenido de dichas periciales quedaron desvirtuadas.

Ahora bien, respecto a la declaración de ***, este órgano de decisión advierte que no le constan los hechos que le fueron narrados por la supuesta víctima de identidad reservada, C.F.S., motivo por el que su declaración se limitó a repetir la versión que, de los mismos, le dio dicha denunciante, motivo por el que no resulta apta para corroborar la acusación ministerial; y por lo que hace a la descripción que hizo de la denunciante, se advierte que no fue coincidente con esta última, quien refirió que pedía limosna con un collarín y cabestrillo puesto, por lo que en este sentido resulta correcta la afirmación del Tribunal de Enjuiciamiento que, por mayoría de votos, refirió “...pero dicha testigo, en momento alguno refirió a pasar del detalle en la descripción de las personas de la denunciante, haberle observado con el collarín, el

yeso o cabestrillo en el brazo, como según la pasivo era obligada pedir limosna...”. Motivo por el que es infundado el agravio que hace valer el agente del Ministerio Público cuando refiere que:

...con el elenco probatorio que desfiló ante ellos y que fue desahogado en términos de la legislación Procesal Nacional, y que fue señalado en líneas precedentes, se acreditó que el justiciable, actuando por sí mismo, aprovechando la calidad de concubino de la víctima, y habitando en el mismo domicilio, se benefició de la explotación de ésta a través de la prostitución, mediante la violencia física y moral, así como del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad...

Al respecto, tampoco le asiste la razón al asesor jurídico de la víctima, cuando en su escrito de expresión de agravios, en lo conducente, estableció:

...contrario a lo establecido por el resoluto, se considera que durante el desarrollo de la jornada procesal que se desahogó específicamente en las declaraciones de la víctima C.F.S, así como de las diversas expertas (en Psicología y trabajo social), quedó absolutamente acreditada la explotación sexual y la mendicidad a la que fue sometida y, por ende, que el acusado obtuvo beneficio económico, ya que el órgano de enjuiciamiento no valoró objetivamente lo manifestado por la víctima C.F.S, quien claramente refirió las circunstancias mediante las cuales su concubino la obligaba a ejercer tales prácticas, situación robustecida por las expertas en Psicología y trabajo social, ya que la experto en psicología licenciada *** manifestó ***. Así también, la experta en trabajo social ***, en lo sustancial, manifestó que la víctima presentaba un estado de vulnerabilidad y que esta se presentaba por la dinámica del evento referido.

...Por otro lado, el tribunal colegiado manifiesta en su argumentación, que no se actualiza el elemento de esclavitud o sometimiento

contra la voluntad de la víctima, ya que, según su propio dicho, encontró trabajo ***, esto fue en mayo de 2017, que tiene la libertad de acudir a pedir ese empleo. Criterio que no se comparte, ya que, como se desprende en líneas anteriores, la fecha en la que la hoy víctima obtiene ese empleo, es cuando cesa el sometimiento, sin tomar en cuenta los factores de vulnerabilidad que le fueron encontrados a la hoy víctima, derivados de los hechos materia del presente juicio, elementos que fueron obtenidos a través del conocimiento científico y la experticia de los peritos que rindieron su testimonio ante dicho órgano de enjuiciamiento.

Aunado a las anteriores consideraciones, debe destacarse que el argumento del asesor jurídico, en el sentido de que la víctima de identidad reservada, ***, cuando ya había cesado el sometimiento, efectivamente, es tomado en consideración, advirtiéndose al respecto, que la denunciante tenía opciones para dejar de realizar la conducta de prostitución que ha referido en su declaración, tal y como lo advirtió, por mayoría de votos el Tribunal de enjuiciamiento. Por otro lado, debe hacerse la aclaración de que no fue desahogada en juicio ninguna prueba con la que se haya acreditado que el enjuiciado obtuvo algún beneficio económico derivado de la conducta que se le atribuye; motivo por el que, no sólo debe considerarse la existencia de una insuficiencia probatoria para acreditar la conducta que se imputa al enjuiciado, sino otros elementos como lo son el resultado material consistente en la obtención de un beneficio económico.

c) En su escrito de expresión de agravios el agente del Ministerio Público continúa exponiendo:

...A este respecto, es preciso reiterar que la determinación que se impugna carece de la debida fundamentación y motivación, pues de lo antes transcrito se desprende que en la resolución se estableció, que del

Manual para la Detección del Delito de Trata de Personas, La Trata de Personas como Violación a los Derechos Humanos: caso Mexicano, así como el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establecen que la explotación sexual no es cualquier beneficio que terceros hagan de la prostitución o actividad sexual de una persona, sino en el aprovechamiento abusivo que implique una forma de esclavitud o similar en contra de las víctimas, esto es, que exista un sometimiento tal, a través de una amenaza física o mental que anule o menoscabe su voluntad; sin embargo, basta con realizar una lectura integral de los instrumentos citados por el Tribunal de Enjuiciamiento, para darse cuenta que en ninguno de ellos se establece por explotación sexual lo que indebidamente señaló en su resolución, por lo que al no encontrarse fundada dicha definición, la misma no puede ser susceptible de acreditarse, resultando a todas luces ilegal la sentencia que se recurre; mientras que en el Manual para la Detección del Delito de Trata de Personas, orientado a las autoridades migratorias, respecto del tópico de la explotación, señaló:

“Por explotación se entenderá la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo, a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral, incluidas la pornografía y la producción de materiales pornográficos. El Protocolo de Palermo no cuenta con un concepto específico sobre explotación; únicamente indica las conductas que puede incluir la explotación: “Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. La lista de posibles formas de explotación queda abierta ante los cambios constantes de la criminalidad”

Y por lo que se refiere a la prostitución ajena, señala:

“Es la situación en la cual la víctima es manipulada u obligada a ejecutar actos que involucran su cuerpo, para satisfacer deseos sexuales de otras personas, con o sin remuneración por ello. En algunos países no constituye delito el ejercicio de la prostitución, sino forzar o inducir a otras personas a ejercer la prostitución, lo cual es considerado como una forma de trata de personas”.

Luego entonces, de lo antes transcrito en contraposición con lo señalado por el Tribunal de Enjuiciamiento, dista mucho de la apreciación que realizó el mismo y que lo motivó para dictar una sentencia absoluta, la cual resulta a todas luces ilegal.

Por otra parte, del juicio materia del presente asunto, se desprendieron pruebas suficientes, pertinentes e idóneas, que permitieron acreditar que la explotación sexual que realizó el sujeto activo, sobre la sujeto pasivo, fue a través de la prostitución de ésta, la cual fue forzada y derivada de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima y lo cual fue debidamente acreditado con la pericial en trabajo social a cargo de ***, quien se encuentra debidamente certificada, y que realizó el dictamen a la víctima de identidad reservada, identificada con las siglas C.F.S., quien concluyó “***”. La testimonial de *** quien dijo que se dedica a atender a víctimas de violencia familiar y refirió que “el día 22 de febrero de 2018, al encontrarse en el módulo ubicado ***, la víctima se acercó a ella, refiriéndole que venía huyendo de su esposo, explicándole que en la noche anterior le había amarrado de brazos, manos, muñecas y tobillos y no le había permitido salir, que la obligaba a pedir dinero, dinero que él se quedaba, en ocasiones la golpeaba manifestándole que ella pueda salir de esa situación y poder vivir aparte. Siendo que, al llegar al módulo ubicado en el metro, percibió a la ofendida orientada, no se encontraba en buenas condiciones de aliño ni de aseo personal, estaba un poco deteriorada la ropa, la higiene no era la

más adecuada, estaba consternada, afligida, por lo que derivado de los hechos que narró tomaron la decisión de acompañarla a realizar la denuncia correspondiente.”

Por lo tanto, la tesis aislada que citó el Tribunal de Enjuiciamiento con rubro: TRATA DE PERSONAS. PARA ACREDITAR EL ELEMENTO “APROVECHAMIENTO DE LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN QUE SE ENCUENTRA LA VÍCTIMA”, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ANÁLISIS PARA ESTABLECER DE QUÉ FORMA AQUÉLLA ES UN FACTOR DETERMINANTE PARA LA CONFIGURACIÓN DE ESTE DELITO, no fue atendida por el mismo, al no realizar un verdadero análisis de la situación de vulnerabilidad en la cual se encontraba la víctima del delito, pues de acuerdo a lo que señala el artículo 4 fracción XVII de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, debió atender el origen, edad, sexo (mujer), condición socioeconómica precaria en la que la sujeto pasivo se encontraba al momento de acontecer los hechos; tal y como lo estableció en sus conclusiones la perito en materia de trabajo social, al señalar en su conclusión: “***”. Por lo tanto, tampoco aplicó la tesis aislada citada por el Tribunal de enjuiciamiento.

Al respecto, este órgano de decisión considera que el Tribunal de Enjuiciamiento está en lo correcto al señalar que la explotación sexual no se refiere a cualquier beneficio que terceros hagan de la prostitución o actividad sexual de una persona, sino al aprovechamiento abusivo que implique una forma de esclavitud o similar en contra de la víctima, esto es, que exista un sometimiento tal a través de la amenaza física o mental o mediante el aprovechamiento de cualquier condición de vulnerabilidad, que tenga afectación directa sobre la voluntad de la víctima, es decir, que la prostitución para considerarse forzada

debe derivar de una condición de vulnerabilidad, en la que la víctima no tiene otra opción que aceptar la condición unilateral establecida por el sujeto activo; sin embargo, contrario a ello, como acertadamente lo advirtió el Tribunal de Enjuiciamiento, la propia víctima señaló que encontró trabajo en la empresa denominada “EASY”, en el mes de mayo de 2017, por el que obtuvo una remuneración económica, circunstancia de la que se desprende que tenía libertad para buscar, encontrar y realizar cualquier tipo de trabajo que le significara una retribución e independencia económica, lo que nos lleva a considerar que no existen elementos de prueba con los que se acredite la existencia de un estado de vulnerabilidad.

Por lo anteriormente expuesto es que se considera acertada la determinación del Tribunal de Enjuiciamiento que determinó por mayoría de votos que:

De lo antes señalado, y de las pruebas que desfilaron ante este tribunal, se advierte que la denunciante no se encontraba en estado de esclavitud o sometimiento contra su voluntad, “tan es así que, según su propio dicho, ella pudo encontrar un trabajo en la empresa denominada “Easy”, en el mes de mayo de 2017 y obtener una remuneración económica”, de donde se desprende que tenía la libertad para acudir a solicitar empleo y contratarse por sí misma, sin que se advierta que el imputado tuviera el dominio sobre ella, incluso, para impedirle trabajar, por tanto, no basta sólo un dicho para que la denunciante se encontraba en una situación de vulnerabilidad, y que derivado de este estado no le quedó otra opción más que aceptar las condiciones que, unilateralmente, estableció el acusado, para someterla a la explotación sexual. Máxime que este tipo de delitos no es de realización oculta.

d) Continúa el agente del Ministerio Público señalando en su escrito de expresión de agravios que:

Ahora bien, con relación a la argumentación vertida por el órgano colegiado del Tribunal de Enjuiciamiento, a consideración de esta Representación Social resulta desacertado, pues en ningún momento la Fiscalía estableció que la explotación de la que fue objeto la víctima de parte del sentenciado, fuera a través de la esclavitud, como erróneamente lo señala el Tribunal de Enjuiciamiento; sin embargo, contrario a lo que señala el Órgano Jurisdiccional colegiado, la víctima, de iniciales C.F.S., se encontraba sometida por el sentenciado para explotarla sexualmente a través de la prostitución, aprovechando el estado de vulnerabilidad de la víctima, tal y como quedó acreditado con la pericial emitida por ***, persona capacitada en temas de agresión sexual, trata de personas, derechos humanos, perspectiva de género, quien concluyó que: “la víctima presentaba los factores predisponentes de vulnerabilidad, las alteraciones psicológicas correspondientes o derivadas de los hechos, y que estas formaban alteraciones en su desarrollo de la personalidad...”; pericial que aporta como dato que resulta relevante que “...la víctima de identidad reservada se encontraba sometida por parte del sentenciado, pues para que se mantuviera tranquilo, adoptaba un comportamiento pasivo, siendo que, además, establece que en su contra se realizaban las conductas de explotación a las que se refieren las fracciones III y VI del artículo 10 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en materia de Trata de Personas y para la protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos...”; pericial que se sustenta con la diversa de trabajo social, emitido por la perito ***, quien concluyó que:

Por lo que se refiere a que la declaración de la víctima, no es suficiente para acreditar que se encontraba en estado de vulnerabilidad y que el imputado tenía un dominio sobre ella, y que, derivado de esa situación de vulnerabilidad, no le quedó otra opción más que aceptar las condiciones del sentenciado; al respecto, ya se hizo referencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana

de Derechos Humanos se han pronunciado en el sentido de que la declaración de las víctimas de violencia sexual, debe constituir una prueba fundamental sobre el hecho, toda vez que de manera general, este tipo de agresiones suceden en secrecía, por lo que no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, máxime que la perspectiva de género, no sólo no prohíbe, sino que exige que se le dé un valor preponderante al testimonio de las víctimas de delitos sexuales; y de lo cual, también podemos advertir que la manifestación del Tribunal de Enjuiciamiento de que no es un delito de realización oculta, al respecto esta Representación Social ya se ha pronunciado sobre dicho asunto, en consecuencia resulta desacertado el considerar de la mayoría del Tribunal de Enjuiciamiento.

Al respecto, debe señalarse que si bien es cierto, la declaración de las víctimas de violencia sexual debe constituir una prueba fundamental sobre el hecho, toda vez que, de manera general, este tipo de agresiones suceden en secrecía, también lo es que de las pruebas desahogadas en el juicio se advierte que no estamos en presencia de un delito de oculta realización, por el contrario, la actividad que se atribuye al sentenciado es la exposición al público de su actividad sexual o de mendacidad, respecto de la víctima, de lo que se desprende que el hecho no fue de oculta realización; sin embargo, sí existió una incorrecta investigación del hecho descrito por la denunciante de identidad reservada, porque el Ministerio Público en la etapa de investigación no logró reunir las pruebas idóneas y suficientes para acreditar su acusación, ya que además de no presentar testigos de los hechos, tampoco realizó alguna investigación cibernética respecto de la página de Internet a la que hizo referencia la ofendida, ni realizó investigación respecto de las fotografías y videos que, supuestamente, el ahora enjuiciado le tomaba a la víctima cuando tenía relaciones sexuales con

los supuestos clientes que él le conseguía, ni existe probanza respecto del dinero que, supuestamente, él obtenía por dicha actividad. Por tal motivo, el dicho de la denunciante no se ve corroborado con ningún medio de prueba que la haga verosímil, y se reitera que los dictámenes en materia de psicología y trabajo social no son aptos para corroborar esta circunstancia, por las razones anotadas con antelación.

Por otro lado, es infundado el agravio que señala la representación social al considerar que el Tribunal, por mayoría:

...no juzgó con perspectiva de género, desatendiendo lo previsto en el numeral 3 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, que establece: “Artículo 3º “...”. De igual forma, se puede establecer que el Tribunal de Enjuiciamiento que dictó la sentencia absolutoria, por mayoría, no cumplió con su obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación y hacer efectivo el derecho humano de igualdad; pues queda claro que no atendió el Protocolo de Actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para juzgar con perspectiva de género, y, en consecuencia, nulificó el derecho a la igualdad y no discriminación de la víctima.

Pues, como se señaló con antelación, el juzgar con perspectiva de género, cuidando en todo momento proteger los derechos de la víctima, no implica generar una ventaja procesal a favor de la denunciante, ya que esto es violatorio del derecho fundamental a un debido proceso; cuando en realidad, el juzgar con perspectiva de género conlleva la obligación del Tribunal de velar por que se cumpla durante el proceso con el principio de igualdad entre las partes, que permite asegurar un juicio justo en el que cada una de las partes asume su obligación de acreditar su imputación o, en su caso, su postura defensiva.

e) Por otro lado, el agente del Ministerio Público estableció en su escrito de expresión de agravios, que:

Con relación a lo manifestado por la perito en materia de psicología ***, el Tribunal de enjuiciamiento realizó una valoración inadecuada de su testimonio, ya que pasó por alto que se acreditó como una persona capacitada en temas de agresión sexual, trata de personas, derechos humanos, perspectiva de género, que intervino en la evaluación de la víctima de identidad reservada con las siglas C.F.S., toda vez que el Ministerio Público le solicitó que determinara si la persona que iba a evaluar presentaba factores predisponentes de vulnerabilidad, alteraciones psicológicas derivadas de los hechos y si presentaba afectación en el desarrollo de su personalidad. Frente al Tribunal de Enjuiciamiento, precisó la forma como atendió el planteamiento del problema, las actividades realizadas, la metodología utilizada, las pruebas aplicadas y el apoyo bibliográfico especializado en el tema, señalando los resultados obtenidos, tanto de las pruebas psicológicas y de integración, así como del cruce de los datos obtenidos en la entrevista; afirmando, categóricamente, que se obtuvo que en la persona había algunas alteraciones o algunos conflictos derivados de las problemáticas de la familia de dónde provenía, pues no cuenta con redes de apoyo adecuadas dentro de la familia, expresó las problemáticas que tuvo, derivadas de sus relaciones sentimentales, así como de las características o rasgos de personalidad con las que contaba, es decir, en capacidades afectivas o en lazos o vínculos de apego, de las formas de reaccionar, que, a veces, en situaciones estresantes se disminuye esa capacidad de percibirse con perspectivas de solución ante situaciones, sobre todo como las que ella narraba al respecto de cómo era la relación con su pareja, padre de su hija, corroborando esos resultados con las pruebas psicológicas, como con los datos obtenidos de la entrevista; además, precisó que las alteraciones que presentaba, no solamente eran emocionales o psicoemocionales al momento

de la evaluación, sino también de secuelas psicológicas que van trastocando áreas de la personalidad en ella, todo derivado de los hechos que narraba respecto del proceso victimizante que fue viviendo o viviendo durante vario tiempo en la relación con su pareja, por lo tanto, sí se encontraron ciertos factores predisponentes de vulnerabilidad; las alteraciones psicológicas derivadas de los hechos y, por lo tanto, las alteraciones que trastocan áreas de su personalidad y que esto forman secuelas psicológicas que hacen permanecer que hasta el momento de la evaluación todavía eran observadas e identificables.

Señaló que la evaluada le narró los hechos, desde cómo inició una vida en pareja con ***, cómo comenzó a vivenciar las agresiones físicas durante la dinámica de pareja, actos de celotipia donde estas estrategias de control o dominio consisten en desarraigarse de sus redes de apoyo, de redes personales de amistad, relaciones interpersonales que propician, generan o favorecen que la persona vaya percibiéndose sin ninguna red de apoyo significativa, donde no cuenta con ninguna persona que la apoye en caso de necesitarlo o en caso de estarse evidenciando en una situación de riesgo; el desarraigar de sus redes, son ciertos sentimientos de soledad e, incluso, de verse aislada, y también a la hora de toma de decisiones, implica que hay una reducción de percibir los recursos que puede obtener ella para poder pedir ayuda, es decir, se va de una manera continua o progresivamente en el aumento de las agresiones ya sean físicas, verbales o emocionales, o incluso, materiales, disminuye la capacidad crítica para la toma de decisiones, es decir, hay una debilitación cognitiva en la persona donde ya no son necesarias, a veces, ni siquiera las amenazas, sino las partes de conducta que se exigen al inicio, las pueden llevar a cabo sin que existan también esas manifestaciones, por esos temores y esas inseguridades, sentimiento de soledad que puede vivenciar al momento de vivir esa dinámica o verse inmersa en esa dinámica de agresiones; entonces, las pautas tanto de conductas como de

llevar a cabo, de una manera sometida o exigida las conductas sexuales, remuneradas o actividades remuneradas, como pedir dinero en la calle, que es lo que narraba, porque eran partes exigidas bajo amenazas o cierto sometimiento por parte de su pareja durante algún tiempo y que eran los periodos en que ella a veces no tenía trabajo porque su pareja no solamente comenzó a agredirla físicamente y verbalmente, sino también dejó de trabajar y alcoholizarse, como una estrategia para evitar el aumento o el incremento de esa violencia, decidía mejor proporcionarle el dinero exigido para que él estuviera de una manera tranquilo, una actuación o un comportamiento pasivo como estrategia para disminuir las agresiones que vivenciaba hacia ella.

Concluyendo que la víctima presentaba los factores predisponentes de vulnerabilidad, que las alteraciones psicológicas correspondientes o derivadas de los hechos, y que estas formaban alteraciones en su desarrollo de la personalidad.

Precisando que la vulnerabilidad a la que se refirió, es la conjunción de factores tanto internos como externos en la persona, que reducen los recursos de afrontamiento ante cualquier situación.

Determinó los factores que colocaron a la víctima en un estado de vulnerabilidad.

Realizó las pruebas para determinar si tenía algún daño neurológico y precisó las pruebas que aplicó a la víctima, fundamentando por qué no aplicó las pruebas sobre las que la contrainterrogó la defensa sobre escala de ansiedad, escala de estrés e inventario; afirmando que, en el caso en concreto, de ninguna manera eran necesarias para la emisión de su dictamen.

Que realizó el estudio en base a lo que pudo observar, con base en el resultado de las pruebas psicológicas, la entrevista, con base en cada uno de los resultados y de las entrevistas.

Pericial que aporta como dato que resulta relevante, que la víctima de identidad reservada se encontraba sometida por parte del sentenciado, pues para que se mantuviera tranquilo adoptaba un comportamiento pasivo, siendo que además establece que en su contra se realizaban las conductas de explotación a las que se refiere la fracción III del artículo 10 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en materia de Trata de Personas y para la protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos.

Por cuanto hace a lo referido por la perito en materia de Trabajo Social^{***}, el Órgano resolutor no consideró lo acaecido en audiencia de juicio, y de lo cual, con relación a dicha prueba, se advierte que la experta se encuentra debidamente certificada, y que realizó el dictamen a la víctima de identidad reservada, identificada con las siglas C.F.S., a petición del Ministerio Público, que le solicitó, de acuerdo al origen, entorno social, económico y cultural, al estilo de vida, antes, durante y posterior a los hechos que se investigan, a la condición y posición de género de la víctima, que determinara si se encontraba en una condición de vulnerabilidad; señalando cuál fue la metodología empleada para realizarlo, así como las técnicas e instrumentos y datos utilizados, el análisis de la entrevista y el dictamen de psicología integrados a la carpeta de investigación; realizó entrevista a profundidad, entrevistas colaterales, historia de vida, realizó un estudio social diario de campo y se hizo recorrido, a través de la computadora, de los diversos lugares referidos por C.F.S., así como un recorrido físico en un lugar donde ella trabajó y en una comunidad donde ella vivió, obteniendo sustancialmente que viene de una familia reconstruida, mencionando cómo está formada esa familia así como el lugar que ella ocupa, en donde encontró antecedentes de violencia, una situación de pobreza y de violencia familiar por parte del padre hacia la madre.

En cuanto al estilo de vida de la víctima, encontró que desde muy pequeña acompañó al papá en su actividad de barrendero.

Mencionó los estudios con los que cuenta, y que decidió desertar con la autorización de su padre.

Hizo referencia a que comenzó a trabajar a los diecisiete años de edad y que muy joven inició vida en pareja.

Llegando a las siguientes conclusiones: Observó un estado de vulnerabilidad en C.F.S., por ser mujer, por ser madre, por venir de una situación de pobreza, por haber trabajado en el sexo servicio, porque presenta un problema de salud relacionado con VIH, además de lo que conlleva la situación de pobreza, su bajo nivel educativo, falta de capacitación para el trabajo, falta de elementos de autoprotección y haber sido formada con estereotipos de sumisión. Asimismo, en su entorno familiar, se encontró que tiene una familia de origen desestructurada, el antecedente de violencia en su familia de origen de pobreza, pero también el haber iniciado vida de pareja en condiciones de desventaja y riesgo. También existen antecedentes de violencia dentro de sus familias nucleares. En cuanto a su entorno social, se ha desenvuelto o ha crecido en entornos caracterizados por situaciones de marginación, de pobreza, con problemáticas sociales fuertes, porque también la misma dinámica del evento que refiere la hizo encontrarse aislada, tanto de su familia de origen como del entorno social, porque si bien interactuó con otras personas en algunos momentos que ella trabajaba, siempre lo hizo con personas en condiciones muy similares a las que ella presentaba, todos esos elementos representan una condición de vulnerabilidad para cualquier persona, que posibilita o puede posibilitar su victimización.

Resultando incorrecto el considerar del Tribunal de Enjuiciamiento, en el sentido de que dichas experticias quedaron desvirtuadas con el testigo de descargo ***, ya que contradice lo señalado por las peritos en materia de psicología y Trabajo Social, porque alude a una convivencia con su hermana —la denunciante— y el acusado, que no es acorde con la conducta que se le atribuye de desarraigo de las redes de apoyo en la

denunciante, tan es así, que C.F.S., incluso refirió que sus familiares habitaban en el domicilio que ella compartía con el acusado. Sin embargo, el órgano resolutor pasó por alto que el Manual para la Detección del Delito de Trata de Personas orientado a las autoridades migratorias, señala que “...El objetivo del desarraigo es evitar el contacto con la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar las condiciones de aislamiento que permitan al tratante mantener control y explotarla... en algunos casos se le permite comunicación con sus familiares o personas cercanas, incluso una visita ocasional, pero bajo control total de lo que dice o hace, de manera que no tenga oportunidad de comentar lo que está pasando. El desarraigo se mantiene en situaciones de trata; incluso la víctima lo acepta como una medida de protección a sus familiares y otras personas cercanas.”; por lo que resulta lógico que el testigo en el juicio hubiera señalado que sabía que la relación entre el acusado y su hermana (víctima) era muy buena. Sin embargo, también señaló que no sabía en que trabajaba el acusado y su hermana, y también desatendió el órgano resolutor que el periodo en que vivió el testigo con la víctima y el acusado, fue de septiembre de 2017 dos mil diecisiete a enero de 2018 dos mil dieciocho, periodo que no coincide con el señalado por la víctima en el que fue explotada sexualmente a través de la prostitución, aprovechando la situación de vulnerabilidad, por parte del sentenciado, que cesó el 05 cinco de mayo de 2017 dos mil diecisiete. Además, es de resaltarse que, contrario a lo señalado en la resolución que se combate, el testigo confirma lo señalado por la víctima, pues en el marcador del reloj, a las 14:40 horas, el testigo señaló que el sentenciado nunca dejaba sola a su hermana, lo cual acredita lo señalado por la víctima, lejos de desvirtuar ese dicho y las periciales, como erróneamente lo aduce el Tribunal de Enjuiciamiento en su resolución.

Asimismo, por lo que se refiere a la declaración de la madre de la víctima, “quien ante este Tribunal dijo que vivió con su hija, de identidad

reservada, de iniciales C.F.S. y el acusado, aproximadamente cuatro meses, y que siempre observó que se llevaban bien, el acusado la trataba bien porque iban a trabajar juntos; nunca le vio golpes en la cara y nunca vio que estuviera amarrada en la cama; por tanto, dicha prueba también desvirtúa el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la denunciante por parte del acusado”. Sin embargo, el órgano resolutor paso por alto que dicha testigo, en audiencia de juicio, señaló que no sabía en que trabajaban, que ella cuidaba a la hija del sentenciado y la ofendida, que la mamá del sentenciado (quien también vivía con ellos) trabajaba todo el día y que el sentenciado y la ofendida siempre andaban juntos, que nunca andaba sola; manifestaciones que lejos de desvirtuar lo señalado por la víctima, confirman su dicho, pues es claro que ella vivió con ellos en un periodo diverso al que ocurrió la explotación sexual a través de la prostitución ejercida por la víctima y que fue en beneficio del sentenciado, por lo que no pudo percatarse de dicha circunstancia. Asimismo, corrobora el dicho de la ofendida: de que siempre era vigilada por el sentenciado, es decir, nunca la dejaba sola. Sin que pase por inadvertido las contradicciones en que incurrió dicho testigo.

Es por lo anterior, que se puede advertir aleccionamiento a los testigos por parte del acusado, por lo tanto, dichos testigos constituyen testigos de coartada, ya que no manifiestan durante el lapso referido por la víctima, y en el que sucedieron los hechos que le atribuye al acusado, momento a momento las actividades que pudieron haber llevado a cabo tanto la víctima, como la menor víctima, de identidad reservada, de iniciales A.S.R.F., el propio acusado, ni las testigos y el testigo antes mencionados.

Sirve de apoyo el siguiente criterio jurisprudencial: “TESTIGOS DE COARTADA”.

Por otra parte, por lo que se refiere a la declaración de la agente de la Policía de Investigación ***, de la misma se advierte que se acreditó

lo manifestado por la víctima, respecto de la existencia de dicho lugar; siendo claro que de no haber ocurrido el hecho como lo señaló la ofendida, no se hubiera acreditado la existencia de dicho hotel; advirtiéndose de lo señalado por el Tribunal de Enjuiciamiento que insiste en nulificar el testimonio de la víctima y como ha sido reiterado en diversas ocasiones, dicho órgano jurisdiccional olvida que tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han pronunciado en el sentido de que la declaración de las víctimas de violencia sexual, debe constituir una prueba fundamental sobre el hecho, toda vez que de manera general, este tipo de agresiones suceden en secrecía, por lo que no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, máxime que la perspectiva de género, no sólo no prohíbe, sino que exige que se le dé un valor preponderante al testimonio de las víctimas de delitos sexuales.

Al respecto, se advierte que el agente del Ministerio Público es reiterativo con respecto a sus consideraciones para la valoración de las declaraciones de las peritos en materia de psicología y de trabajo social, sin que este órgano de decisión advierta circunstancias relevantes o razonamientos diversos a los que ha hecho mención la representación social, por lo que se reitera que el hecho de que la perito en materia de psicología ^{***}, haya acreditado su capacitación en temas de agresión sexual, trata de personas, derechos humanos, perspectiva de género, etc., como lo ha señalado, las conclusiones a las que llegó se vieron desvirtuadas con las declaraciones de los testigos ^{***}, con cuya testimonial se desvirtuó el fundamento principal de dicha pericial, que sostenía que la supuesta víctima de identidad reservada se encontraba en un estado de vulnerabilidad debido a que no contaba con redes familiares adecuadas y a que era víctima de maltratos físicos y emocionales; circunstancia que, de igual manera, quedó desvirtuada con el

dicho de los testigos, quienes fueron contestes en señalar que nunca vieron algún maltrato de parte del enjuiciado en contra de la víctima de identidad reservada; así como la testimonial a cargo de la perito médico forense ^{***}, quien en lo conducente manifestó que observó en la denunciante una lesión en la parte posterior del antebrazo izquierdo y una lesión en la rodilla derecha suprapapelar, lesiones que no son coincidentes con la descripción de los hechos narrados por la denunciante; con lo que se desvirtúa por completo la afirmación que hace la psicóloga en el sentido de que su desarraigo familiar propicia, genera o favorece que la persona vaya percibiéndose sin ninguna red de apoyo significativa, donde no cuenta con ninguna persona que la apoye en caso de necesitarlo o en caso de estarse evidenciando en una situación de riesgo; pues se advierte que en todo momento contó con familiares cercanos como lo es su mamá y su hermano, quienes a pesar de que señalan haber vivido con el enjuiciado y la víctima de identidad reservada, refirieron que nunca observaron malos tratos del sentenciado para con la supuesta víctima de identidad reservada. Además de que se cuenta con el certificado médico que le fue practicado y con el cual también se desvirtúa la circunstancia de que hubiera sido agredida físicamente. Motivo por el que, contrario a lo señalado por el agente del Ministerio Público, en su escrito de expresión de agravios, en el juicio oral no se logró acreditar la existencia de factores predisponentes de vulnerabilidad, entendidos estos como la conjunción de factores tanto internos como externos en la persona, que reducen los recursos de afrontamiento ante cualquier situación, pues debe destacarse, como ya se señaló con antelación, que la propia víctima, de identidad reservada, señaló que cesó la conducta de prostitución debido a que entró a trabajar a la empresa denominada “EASY”; circunstancia de la que se desprende la independencia laboral y económica a la que en un momento determinado tuvo acceso, lo cual irrumpe en el esquema

de vulnerabilidad requerido por el tipo penal de TRATA DE PERSONAS; circunstancias que, como ya se dijo, resultan aplicables para desvirtuar de igual forma la pericial en materia de Trabajo Social sustentada por ***.

Al respecto, este órgano de decisión advierte que le asiste la razón al Tribunal de Enjuiciamiento que, por mayoría de votos, determinó:

También se destaca que la violencia física que menciona la denunciante, relativa a la semana del 18 al 22 de febrero de este año, que había sido amarrada de pies y manos, no encontró sustento con la prueba pericial en materia de medicina ***, quien en presencia de este tribunal señaló que el 24 de febrero de 2018, realizó el estudio a la víctima y que a la valoración física encontró en el cuerpo de la víctima una lesión en la parte posterior del antebrazo izquierdo y una lesión sobre rodilla derecha suprapilar (sic). Así como una inflamación en tercera falange que podría corresponder a una artritis reumatoide, esto en virtud de que la perito refirió que la lesión en el brazo tenía una evolución de menos de 24 horas, es decir, posterior al 22 de febrero del 2018 la denunciante solicitó la intervención de la acción de la autoridad. Además de que metió alguna otra lesión reciente, compatible con la mecánica que narra la víctima, que fue sometida días antes de haber denunciado este segundo delito contra el acusado, es decir, en manos, pies y tobillos.

En el mismo sentido, el testigo de descargo ***, indicó que el acusado y su hermana tenían una relación, que su hermana trabajaba, que salían a pasear en familia, que iban a las fiestas de Santa Marta, que nunca observó que pelearán ni observó gestos de violencia contra su hermana, y que vivió en el domicilio de la víctima y el acusado en el periodo del 17 de septiembre de 2017 a enero de 2018, en tanto que la testigo ***, señaló que ella iba a la casa de la denunciante a cuidar a su hija cuando ella se iba a trabajar, que siempre observó que se llevaban bien, que nunca

vio golpes en la cara, que nunca vio que la amarraran a la cama, además, señaló que estuvo viviendo con ellos en su casa durante 4 meses. Circunstancias que incluye, dadas por la propia víctima, quien a preguntas de la defensa contestó que sí vivió con su hermano y su mamá, por ende, ambos testigos fueron coincidentes en referir que nunca vieron que el acusado la golpeará, ni algún maltrato, por el contrario, aluden a que se llevaban muy bien, por lo que sus declaraciones fueron útiles para acreditar que la víctima no tenía desarraigo de sus redes de apoyo, como lo señaló la perito en psicología y con la cual pretendió acreditar la acusación el ministerio público.

En relación con la declaración de la testigo ***, debe destacarse que es coincidente con lo dicho por los testigos ***, en virtud de que declaró que la relación entre la víctima y el enjuiciado era buena, y contrario a lo que refiere el agente del Ministerio Público, el hecho de que esta testigo haya levantado una denuncia previa en contra de la supuesta víctima de identidad reservada por el delito de ROBO, no es intrascendente, por el contrario, abre la posibilidad de que la víctima de identidad reservada esté realizando una estrategia para poder negociar con respecto a la averiguación que existe en su contra, motivo por el que no es menos relevante esta circunstancia.

Por otro lado, se advierten completamente subjetivos los argumentos con los que el agente del Ministerio Público pretende desvirtuar el dicho de los testigos ***, pues debe señalarse que la pericial en materia de trabajo social en la que pretende sustentarse el Ministerio Público para restarle eficacia probatoria a la declaración de dichos testigos, únicamente señala que pertenecen a una familia desestructurada con antecedentes de violencia, circunstancia que no es suficiente para desvirtuar sus declaraciones, mucho menos para considerar que esta situación influyera para que con su testimonio favoreciera la situación

jurídica del enjuiciado, perjudicando a su propia hija y hermana, respectivamente.

Finalmente, debe considerarse infundado el agravio que hace valer el agente del Ministerio Público al considerar que el hecho de que los testigos *** y la menor de edad de identidad reservada, A.S.R.F., hayan referido que el ahora enjuiciado y la víctima de identidad reservada, C.F.S., iban juntos a todos lados y que él la cuidaba, no es prueba de que él la vigilara y la tuviera prácticamente atemorizada, pues ello es contrario a lo señalado por los propios testigos quienes en ese contexto también refirieron que ellos se llevaban bien y siempre andaban juntos y que salían a pasear, motivo por el que no es viable sacar de contexto estas declaraciones, haciendo suposiciones subjetivas sin sustento.

Por lo anteriormente expuesto es que le asiste la razón al Tribunal de enjuiciamiento que, por mayoría de votos, señaló:

...cuando la perito relató la versión de los hechos que le proporcionó la víctima, refirió actos de celotipia y estrategias de control o dominio por parte del acusado, aspectos que en momento alguno recibió. Asimismo, estableció que dichas estrategias fueron desarraigarle de sus redes de apoyo, a efecto de que no contara con persona alguna en caso de necesitarlo y que derivan en que, progresivamente, existieran agresiones en su contra que sean físicas, verbales, emocionales o, incluso, materiales, donde hay una debilitación cognitiva y ya ni siquiera es necesaria la amenaza, así como lo referido por la materia de trabajo social ***, quien señaló que ***.

Esos aspectos quedaron desvirtuados, fundamentalmente, con el testigo de descargo ***, quien señaló que vivió con C.F.S. y el acusado desde el 17 de septiembre de 2017 hasta enero de este año, que sabía que la relación entre su hermana y *** era muy buena, que se llevaban muy

bien, nunca vio que se pelearán y nunca vio gestos de violencia hacia su hermana, que lo sabe porque los conoce desde que nació su sobrina hace 4 o 5 años, por lo que los ha frecuentado, ya que ellos iban a su casa una o dos semanas y que ahí se quedaban a dormir. Testigo que contradice lo señalado por los peritos en materia de psicología y trabajo social, porque aluden una convivencia con su hermana, la denunciante, y el acusado, que no es acorde con la conducta que se le atribuye de desarraigo de las redes de apoyo en la denunciante, tan es así que C.F.S., incluso refirió que sus familiares habitaban en el domicilio que ella compartía con el acusado. A mayor abundamiento se cuenta con la declaración de la madre de ***, quien en este tribunal dijo que vivió con su hija, de identidad reservada, de iniciales C.F.S., y el acusado, aproximadamente 4 meses, y que siempre observó que se llevaban bien, que el acusado la trataba bien porque iban a trabajar juntos, nunca le dio golpes en la cara y nunca vio que estuviera amarrada en la cama, por tanto, dicha prueba también desvirtuar el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la denunciante por parte del acusado, porque el Ministerio Público no obtuvo la información correspondiente para determinar si esta condición o factores predisponentes de vulnerabilidad, a que aluden las expertas, fueron aprovechados por el activo para explotarla sexualmente y así obtener un beneficio económico.

De igual manera, este órgano de decisión considera intrascendentes las circunstancias que hace valer el asesor jurídico de la víctima, en el sentido de que el testigo *** manifestó que nunca vio violencia de parte del acusado hacia la víctima, pero que nunca expresó que la relación que a él le consta la percibiera dentro del domicilio ubicado en ***, (domicilio propiedad de ***), pues el lugar es totalmente irrelevante si realmente existiera una condición de vulnerabilidad de la víctima.

Tampoco resulta trascendente que la testigo ***, madre de la víctima de identidad reservada, de iniciales C.F.S, haya manifestado que le llevaba de comer a su hija al trabajo, y, a preguntas de las partes, haya manifestado que no sabía en dónde trabajaba; pues al respecto debe destacarse que también manifestó que solo sabía llegar; sin que ninguna de estas circunstancias resulte relevante para restarle eficacia probatoria a su dicho.

Finalmente, el asesor jurídico de la víctima señala como concepto de agravio que los testigos CC *** fueron constantes en manifestar que vivieron en el domicilio donde habitaban tanto el acusado como la víctima, pero también señalaron que tanto la víctima como el acusado salían a menudo, incluso, la C. *** señaló que la madre del acusado trabajaba en las mañanas, situación que corrobora la versión manifestada por la víctima, es decir, que cuando se realizaban las prácticas en dicho domicilio, la madre del acusado no se encontraba en el mismo, puesto que trabajaba. Así también el *** manifestó que él trabajaba, porque solo se encontraba en el domicilio la víctima y el acusado. Circunstancias que a consideración de éste órgano de decisión no trascienden en la valoración que se realizó respecto de las declaraciones de ***, ya que de conformidad con el principio de presunción de inocencia, es al agente del Ministerio Público a quien corresponde acreditar que los hechos sucedieron en la forma en que los narró en sus alegatos de clausura, y en el caso que nos ocupa, las declaraciones de los ***, no son aptas para corroborar la mecánica de hechos, pues resulta evidente que en algún momento la denunciante y el ahora enjuiciado estaban solos, ya que son pareja, sin embargo, este hecho por sí mismo no es suficiente para acreditar la realización de la conducta que se le atribuye al sentenciado, y, por el contrario, sus testimonios sí resultan relevantes para establecer, primero, que entre la denunciante y el ahora enjuiciado existía una buena relación y, segundo, que la familia directa de la denunciante siempre estuvo,

relativamente, cerca de ella, lo cual rompe con el esquema de vulnerabilidad que planteó la perito en psicología, pues permite considerar que, contrario a lo establecido en los alegatos de clausura, la denunciante sí estaba en posibilidades de tomar decisiones.

Finalmente, el asesor jurídico de la víctima señala en su escrito de expresión de agravios que:

Por otra parte, en cuanto a la manifestación vertida por la testigo de hechos y menor hija de la víctima y el acusado, la menor de identidad reservada y de iniciales A.S.R.F, manifestó que papá y mamá conseguían el dinero, que incluso salían al parque, corroborando así el dicho de la víctima al señalar que salían los tres (es decir, la víctima en compañía del acusado y la menor, de iniciales A.S.R.F. También el Tribunal es omiso en analizar la manifestación expresa de la menor en comentario, sobre que su papá le pegaba a su mamá por que no la cuidaba, en ningún momento manifiesta que era a su 'mamaíta' con el nombre de ***, por lo que dicha situación robustece lo manifestado por la víctima, en cuanto a la forma en que acontecieron los hechos. Ahora bien, llama particularmente la atención la información vertida por la C. ***, quien durante TODO el tiempo que duró su declaración solo se encargo de desacreditar y ofender a la víctima, con la sola intención de ayudar a su hijo, la declarante manifestó que sí, además, a pregunta posterior de la asesoría jurídica, en cuanto a si deseaba ayudar a su hijo, reitero manifestando que sí lo apoyaba, por lo que dicho Tribunal debe restarle valor probatorio a esa testimonial.

Al respecto, este órgano de decisión advierte completamente subjetivas las afirmaciones del asesor jurídico, en virtud de que el hecho de que la denunciante saliera al parque con el ahora enjuiciado y su menor hija, no corrobora en nada la mecánica de hechos que pretende acreditar la Representación Social; y por lo que hace a la declaración

de la testigo ***, debe señalarse que si bien es cierto por ser madre del sentenciado podría considerarse que su dicho está encaminado a favorecer la situación legal de su hijo, sin embargo, no pasa inadvertido para este órgano revisor que es la persona que vivía con la denunciante y el enjuiciado, por lo tanto, le constan diversas circunstancias de manera directa, sin que pase inadvertido para el que suscribe, que con independencia de su versión de diversas circunstancias que rodean al hecho, su testimonial tampoco favorece la acreditación de la conducta que se atribuye al ahora enjuiciado.

Al respecto resulta acertada la determinación del Tribunal de Enjuiciamiento que, por mayoría de votos, determinó:

Con relación a la testigo de descargo ***, si bien señaló que no le constan los hechos de la acusación, también señaló que presentó una denuncia en contra de la denunciante, la cual fue acreditada mediante la documental que fue incorporada en este juicio, relativa a la denuncia interpuesta en contra de la víctima por el delito de robo, la cual no es dable de ser tomada en consideración, ya que la circunstancia no guarda relación con los hechos materia del presente juicio, aunado a que en nada favorece al acusado, sin embargo, su dicho también corrobora lo depuesto por los testigos de descargo***, ya que dijo que la víctima trabajaba, que la relación entre ella y su hijo, el acusado, era buena y que él la trataba bien.

Por todo lo anterior, es que resultan infundados los agravios expuestos por el agente del Ministerio Público y el asesor jurídico de la víctima, sin que resulte procedente entrar al estudio de la argumentación que hizo con respecto a la acreditación de los elementos del delito y la responsabilidad penal del hoy enjuiciado en su comisión, pues se ha confirmado que las pruebas que fueron desahogadas durante la etapa de juicio no son aptas ni suficientes para acreditar el delito de

TRATA DE PERSONAS, diversos dos, por los que acusó el agente del Ministerio Público.

En mérito de lo expuesto, al ser infundados los agravios expuestos por el agente del Ministerio Público y el asesor jurídico de la víctima, con apoyo en los artículos 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, y 458 a 481 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se

RESUELVE:

PRIMERO. Se confirma la sentencia absolutoria de 8 (ocho) de noviembre de 2018 (dos mil dieciocho), pronunciada por mayoría de votos de los jueces Luis Rubén Escobedo Blanco (presidente) y Luz Elena López Padilla (relatora), quienes emitieron sentencia absolutoria a favor de ***, en contra del voto particular del juez Carlos Morales García (vocal), respecto de hechos que la ley señala como constitutivos del delito de TRATA DE PERSONAS, diversos dos, en la carpeta judicial *** instruida en contra de ***.

SEGUNDO. Remítase copia debidamente certificada de la presente resolución a la Unidad de Gestión Judicial número dos para que notifique a las partes y realice los trámites correspondientes; y, en su oportunidad, archívese el presente toca como totalmente concluido.

Así, lo sentenció y firma, el magistrado integrante de la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, licenciado Jorge Ponce Martínez, en funciones de Tribunal de Alzada del Sistema Procesal Penal Acusatorio.

Con fundamento en el artículo 116 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 186 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, artículo 3, fracción IX, 9, punto 2, de la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la Ciudad de México, así como el artículo 7, fracción II y 62 de los Lineamientos Generales de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados de la Ciudad de México, se hace constar que en esta versión pública se suprime la información considerada como reservada o confidencial que encuadra en los ordenamientos mencionados.

Estudio Jurídico

* Tomado de Beling, Ernst, Ambos, Kai y Guerrero, Óscar Julián, *Las prohibiciones probatorias*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2009, páginas 1-66.

LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA COMO LÍMITE A LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL*

Ernst von Beling

¡Distinguida audiencia!

La existencia humana, imperfecta como es, está ubicada entre la verdad y el error, y es por ello que todo el pensamiento humano es, en última instancia, una lucha contra el error, un esfuerzo por encontrar la verdad. Librar esta lucha constituye especialmente la vocación privilegiada del investigador científico, quien es *par excellence* un buscador de la verdad. Pero también la vida práctica enarbola su parte en la lucha contra el prejuicio y las tinieblas y aquí la administración de justicia ha de cumplir de nuevo y especialmente con la tarea del consciente y sistemático descubrimiento de la verdad. El siguiente discurso debe versar sobre la averiguación de la verdad procesal, pero de forma tal, que solo se tomará en consideración el proceso penal y se dejará de lado el proceso civil, dominado por reglas esencialmente distintas. Resulta justificado comparar la actividad de investigación procesal penal con la actividad de investigación del erudito. Una comparación de

tal naturaleza no deja de ser bastante desfavorable al primero en un punto: el punto de los *límites* de la investigación. El fiscal y el juez penal no están en la afortunada situación en la cual se encuentra el investigador científico, quien puede investigar libremente y no *ex vinculis*. Es la ley misma, aquí o allá, la que cierra un camino. En una época en la que los postulados de ausencia de limitaciones, libertad, carencia de condicionamientos de la investigación científica están en boca de todos, mostrar las limitaciones de la investigación de la verdad en el proceso penal puede ser del interés de un público muy amplio.

Las limitaciones que acabamos de mencionar se manifiestan en el hecho de que la ley incluso prohíbe a los órganos de la justicia penal la práctica de ciertas pruebas. Por suerte se trata de excepciones. Desde hace tiempo se ha establecido como regla el principio según el cual cualquier *hecho* relevante puede ser investigado y desde luego con todos los *medios* disponibles.

La ley procesal penal no enuncia este principio, lo presupone como obvio. La ley bajo ciertas circunstancias pone límites al esfuerzo de investigación: de esta manera afirma indirectamente que en todos los otros casos está permitido practicar cualquier prueba que sea pertinente. Así, el proceso penal está reconocidamente dominado por el principio de la investigación de la verdad material: únicamente la “verdad real” puede ser fundamento de una decisión, pero el juez no puede encontrarla si la busca por caminos marcados obligatoriamente de antemano. Si, para decirlo con GOETHE, él encuentra solamente “en imágenes multicolores poca claridad, mucha confusión y una pequeña chispa de verdad”, ¿cómo puede atreverse a decidir justamente? Por tanto, el funcionario de la justicia penal *ad detegendam veritatem* puede en principio, sin prevenciones, penetrar con su antorcha en la más profunda oscuridad. Ninguna consideración personal, temor, prejuicio, respecto a los intervinientes en el proceso penal debe impedirle

correr el velo. Todos los medios probatorios y cada forma de valoración están a su disposición. A efecto de incriminar al culpable o absolver al inocente, todo el reino natural puede ser procesalmente significativo: el loro que habla, la huella del dedo o de la bota que de lata al culpable, el cadáver e incluso el interior del cuerpo de una persona viva, etc. Todos los progresos de la técnica pueden y deben estar al servicio del proceso penal, el cual efectivamente también debe estar a la altura de los tiempos. La justicia moderna trabaja allí donde se da la oportunidad para ello, con fotografías y teléfono, fonógrafos y rayos x, con medidas antropométricas y análisis químicos¹.

En el contexto de esta libertad investigativa en ejercicio de su actividad de persecución penal, el Estado procede sin restricciones en tanto no se limita él mismo. Solo el propio Estado puede gritar: “¡Alto!” en la actividad de investigación criminal. Y si lo hace parece no muy plausible. ¿Pero no sería deplorable, si a consecuencia de los obstáculos que el propio Estado crea, se impidiera el esclarecimiento de oscuros casos, y como resultado de ello siguiera la absolución de un culpable? ¿No sería todavía más deplorable, si a consecuencia de la penumbra, resultara condenado un inocente? A pesar de esto, en el derecho actual existen este tipo de restricciones “creadas por el mismo Estado y autoimpuestas”. Yo las denomino *prohibiciones de prueba* y entiendo con este término normas jurídicas que o prescriben dejar de lado un determinado hecho (prohibiciones de prueba absolutas) o declaran inadmisibles ciertos medios de prueba (prohibiciones de prueba relativas).

Estas prohibiciones de prueba son completamente diferentes de las limitaciones que están ligadas al conocimiento humano. En efecto, sea de nuestro agrado o no, hay que aceptar que la investigación humana tiene sus límites naturales, que no llega hasta las estrellas. Por el contrario, las prohibiciones de prueba son limitaciones *autoimpuestas* al

conocimiento. Se trata de aquellos casos en los que no se debe probar, y no de los que no se puede probar.

También hay que distinguir rigurosamente las prohibiciones de prueba de las *reglas de prueba negativas*. El antiguo derecho procesal común conocía numerosas disposiciones sutiles que ataban al juez a imposiciones en la determinación de los hechos: éstas le decían bajo qué presupuestos tenía que considerar un hecho verdadero —reglas de pruebas positivas— o no verdadero —reglas de prueba negativas—. Por el contrario, el derecho actual proclama el principio de la libre valoración de la prueba: es cuestión de la propia convicción del juez considerar un hecho como verdadero o no. Por tanto, las reglas negativas de prueba (como las positivas) pertenecen básicamente al pasado. Pero su desaparición no ha afectado las prohibiciones de prueba. Hasta ahora sus rasgos específicos no han sido bastante reconocidos y con demasiada frecuencia se les ha confundido con las reglas de prueba negativas². No obstante, existe una profunda diferencia entre la auténtica prohibición de prueba y la sencilla regla de prueba. La regla de prueba es una premisa de valoración probatoria, procede del propio derecho probatorio, opera con la prueba misma y con su proyección. En efecto, ella impide al juez creer en un hecho; por ejemplo, cuando existe un solo testigo, como era el caso del derecho antiguo, la regla no pretende en absoluto eliminar pruebas, sino que designa un camino como intransitable, pues teme que, si se toma aquella vía, el caminante se extravíe con demasiada frecuencia. Distinto es el caso de la prohibición de prueba. Ella introduce en el derecho probatorio un

² En el manual no he esbozado de forma bastante firme la distinción entre prohibición de prueba y reglas de prueba. Esta confusión se encuentra también en GLASER, *Handbuch I*, 353. En casos específicos pueden surgir dudas relacionadas con el hecho de si una norma incluye prohibiciones de prueba o reglas de prueba. Como regla de prueba negativa será considerada, en contra de lo afirmado en el manual (párrafo 85 III c), entre otros, la exclusión de los protocolos no firmados por el juez en los casos de los §§ 250 y 253 de la ley procesal penal. Desde luego, es posible que la prohibición de prueba y la regla de prueba positiva vayan de la mano: “No investigar este o aquel hecho (o no mediante esta o aquella prueba) —prohibición de prueba—, sino considerar como cierto... —regla de prueba positiva—”.

elemento externo al no permitir posibilidad alguna de que se prueben los hechos de cierta forma. La prohibición de prueba cierra un camino que puede ser efectivamente viable y llevar con seguridad a la meta, lo cierra porque no hay que tomarlo, algo así como si el propietario de un terreno en los Alpes cerrara una vía escalada, pues no quiere que unos alpinistas molesten el reino de las cabras de la montaña. Por tanto, la prohibición de prueba no guarda relación con la utilidad o falta de utilidad de una producción de prueba a los fines procesales o con la libertad o la carencia de ella en la valoración de la prueba, no atribuye o resta fuerza probatoria a una prueba. Sus razones se encuentran en otro campo.

Por lo demás, se distinguen claramente las prohibiciones probatorias de las normas que tienen en la mira el principio de inmediación, y que por tanto excluyen las pruebas practicadas de manera indirecta; los preceptos formales que están destinados a garantizar la averiguación de la verdad y aquellos que difícilmente se pueden separar de los que acabamos de mencionar, que se refieren al “cómo” de la práctica de prueba (exclusión de las declaraciones de testigos que no hayan jurado, prohibición de la tortura, prohibición de interrogar al acusador privado o el acusado, etc.). En todos estos casos se trata de disposiciones que deben su origen a consideraciones internas del derecho probatorio e incluso a consideraciones que se refieren a la técnica de la prueba.

Este discurso no se encarga de estos temas. La discusión que sigue tiene que ocuparse solamente de la genuina prohibición probatoria, y por consiguiente de normas que se enfrentan directamente a la prueba.

Estas normas no se presentan, en su conjunto, de forma igualmente categórica. Algunas, sin embargo, pretenden validez por sí mismas y sin condicionamiento alguno, ellas implican prohibiciones probatorias

absolutas. Pero otras vedan la práctica de prueba solo de manera condicional, es decir, solo en el caso en que la voluntad de una persona designada puntualmente en la ley se oponga a la prueba. Como ejemplo de una prohibición de prueba condicionada, se puede mencionar el principio jurídico que otorga a un testigo el derecho de negarse a declarar. Este principio implica algo más que la libertad de decisión frente a la obligación de declarar: implica imperativamente que de forma justificada el testimonio de quien se rehúsa a declarar no debe ser utilizado como prueba.

De antemano resulta claro que la ley debe haber tenido sus razones cuando le cierra al juez unas puertas por cuales él no debe pasar. Obviamente, las prohibiciones de prueba no pueden ser la creación de un impulso caprichoso o de un arbitrio tiránico³. Según el derecho procesal alemán vigente, se pueden distinguir seis distintas consideraciones que han condensado las prohibiciones de prueba. En primer lugar, se encuentra la consideración por el interés superior del Estado, los intereses del servicio oficial y las relaciones de derecho internacional; en segundo lugar, las consideraciones de la posición privilegiada de la dinastía reinante ya convertida en histórica. Pero también ciertos intereses del ciudadano particular se verifican de conformidad con el derecho actual como limitaciones ante las cuales la investigación procesal penal debe hacer un alto, esto es, el interés jurídicamente protegido que constituye la *esfera de la personalidad*; a las relaciones de parentesco, a la conservación de los *secretos* que se hayan confiado en virtud de una relación jurídicamente protegida y, finalmente, a los intereses de la *propiedad privada*. De esta manera, se conciben otros cuatro grupos de prohibiciones de prueba.

³ En lo relacionado específicamente con las prohibiciones de prueba testimoniales, se puede hacer referencia a la comparación de las normas del derecho privado que brindan las motivaciones del Código Penal (véase Proyecto III, §§ 42-45).

I

El primer grupo de prohibiciones de prueba procede del interés superior del Estado. De conformidad con los párrafos 53 y 72 de la ley procesal penal, los funcionarios públicos pueden ser interrogados acerca de circunstancias relacionadas con su deber de reserva⁴, únicamente con la autorización de sus superiores. No obstante, esta autorización puede ser negada solo cuando el informe pudiera conllevar perjuicio para el bien del “Reich” o de un Estado federado⁵; y según el § 96 del ordenamiento procesal penal, las autoridades y los funcionarios públicos no están obligados⁶ a la presentación o entrega de actas o escritos que se encuentren bajo custodia oficial, cuando la autoridad superior administrativa declare que la divulgación del contenido de estos actos o escritos causaría un perjuicio para el bien del “Reich” o de un Estado federal. En el primer caso, se trata de una prohibición para utilizar a testigos o expertos como prueba; en el segundo, para utilizar documentos como prueba. Ambas prohibiciones están dispuestas por el bien del “Reich” o de un Estado

⁴ Acerca de las circunstancias en la que el funcionario deba permanecer callado, la situación está determinada por el derecho administrativo de la función pública. Desde el punto de vista del juez, no existe disposición específica. Ellos tienen que mantener el silencio acerca de los procesos de consulta (que preceden la sentencia) (pero solamente en el marco del párrafo 53 del C. P.; acerca de la amplia concepción del tribunal del Reich, véase página 27, nota 4). Por el contrario, el secreto de oficio no tiene un tratamiento en la esfera de la publicidad. La obligación de silencio puede también ser relativa según la personalidad de quien pide información. Por tanto, habrá que suponer, de acuerdo con HINRICHSSEN (*Deutsche Juristische Zeitung*, pág. 137), y también VON HESSERT, *ibidem*, pág. 228, que el juez de la investigación penal no tiene deber de oficio de silencio frente al juez que conoce el caso (pues no puede darse ningún conflicto de intereses entre el Estado como instructor y el Estado como juzgador), mientras que en cualquier otro caso el juez de la investigación debe observar silencio.

⁵ Esta prohibición de prueba constituye una novedad respecto del derecho penal común. Véase ZACHARIÄ, *Handbuch des Strafprozesses*, II, pág. 192.

⁶ El párrafo habla sólo de “presentación” y “entrega” de actas, etc., pero entiende cualquier tipo de uso, mientras que no se aplica cuando los documentos, etc., se encuentran ya en manos de los órganos de justicia penal.

federal, obviamente de manera distinta. La prohibición de prueba que se refiere a testigos y expertos es incondicionada, el funcionario público no debe ser interrogado sobre hechos que hacen parte de su obligación oficial de reserva. La prohibición se aplica por igual en caso de que el testigo o experto no invoque⁷ la obligación profesional de reserva y de la misma forma cuando sus superiores del nivel más alto no formulen ninguna objeción en contra del interrogatorio. Únicamente la autorización expresa de la autoridad superior da vía libre al tribunal para proceder al interrogatorio. Distinto es el caso de la prohibición de prueba relacionada con los documentos que relaciona el § 96, que opera de forma condicionada a que la autoridad administrativa formule objeción. En un primer momento, el tribunal puede libremente admitir como pruebas los actos y documentos públicos en cuestión y la objeción de la autoridad administrativa simplemente lo impide. Pero la ley muestra claramente que ambas prohibiciones de prueba se fundamentan en el bien del Estado al asignar a la autoridad administrativa de la cual depende el funcionario público la tarea de autorizar la aprobación para el interrogatorio, siempre y cuando ello no implique perjuicio para el bien del “Reich” o de un Estado federal; y en el caso de la prueba relacionada con documentos al declarar relevante aquella objeción de la autoridad administrativa del máximo nivel jerárquico, que se apoya en la afirmación según la cual la divulgación de los actos o documentos conllevaría perjuicio para el bien del “Reich” o de un Estado federal. Con ello, los estados federales y el Reich quedan en pie de igualdad. Además, no importa solamente el bien del Estado cuyos funcionarios están sometidos a interrogatorio y cuyas autoridades deban entregar las actas, sino que la prohibición de prueba se aplica a todos

⁷ No es pertinente la opinión del tribunal del Reich, Goltdammers Archiv XL VIII 296. El tenor del § 53 del ordenamiento procesal penal dice claramente que la voluntad o deseo del testigo en absoluto puede ser el criterio decisivo.

aquellos casos en que uno de los estados alemanes, incluyendo el Reich, padecería perjuicio como consecuencia de la divulgación del hecho en cuestión, por ejemplo, en el caso en que la declaración de un funcionario *del Estado de Wuerttemberg* tuviera consecuencias negativas para el *Estado prusiano*.

Junto al bien del Estado, en el, apropiado y verdadero sentido de la palabra, también figura en la ley como fundamento jurídico de una prohibición de prueba la consideración por los intereses de la función oficial. En efecto, según el § 76 de la ley procesal penal, el interrogatorio de un funcionario público no procede cuando el superior del funcionario declara que el interrogatorio conllevaría perjuicio para el interés de la función. El interés de la función oficial es, por decirlo de alguna forma, como la edición en miniatura del bien del Estado. El interés de la función oficial puede, por ejemplo, oponerse al interrogatorio de un funcionario subalterno en su calidad de experto, porque el dictamen puede aparecer como asunto de un funcionario superior al cual el inferior se sienta obligado y la competencia de los subalternos se perciba como inadecuada. El interés de la función oficial también puede oponerse al interrogatorio de un experto, en el sentido de que este experto es imprescindible para sus tareas administrativas. En este caso sería excesivo hablar de daño para el bien del Estado en sentido propio y no pasaría de ser alarde de erudición. Sin embargo, el bien del Estado y los intereses oficiales son conceptos *afines*. Los intereses de la función oficial pueden definirse como bien del Estado de segundo grado, como la utilidad o conveniencia del Estado, aplicada a las relaciones de servicio. Se requiere precisar el concepto en la medida en que el interés de la función oficial según la ley no tiene por qué ser un interés de servicio *estatal*; la prohibición de prueba protege también otras ramas del servicio público y especialmente el servicio *comunal*. Este último, por otro lado, es más débil en sus consecuencias respecto

de la prohibición de prueba basada en expertos que se fundamentan en el bien del Estado en sentido restrictivo, pues es condicionado por la formulación de una objeción de la autoridad superior.

En una tercera variación encontramos la consideración del interés del Estado como fundamento de una prohibición de prueba. Esta vez se trata de la relación de nuestro Estado con potencias extranjeras. La consideración de la correlación de los Estados como factor de cultura y la necesidad de una convivencia ordenada ha producido, junto a otros innumerables preceptos del derecho internacional, también el precepto de que cada Estado respete bajo el fundamento de extraterritorialidad los funcionarios extranjeros y que de alguna manera emprenda actos de jurisdicción en contra de ellos o de sus bienes. Así, por ejemplo, el Reich alemán no tiene el derecho ni de llamar al embajador francés como testigo o como experto en un proceso penal, ni de practicar una inspección ocular en el edificio de su embajada, ni de registrar los documentos escritos de la misión francesa o el archivo de la embajada, etc. La inmunidad penal de las personas y bienes extraterritoriales comporta una prohibición de prueba y en realidad una prohibición absoluta: ésta vale igualmente cuando las personas de que se trata no invocan este privilegio; la inmunidad decae y con ella la prohibición de prueba solamente, como es lógico, cuando el Estado al que pertenece la persona a consecuencia de la vigencia de la extraterritorialidad renuncia a mantener tal limitación⁸.

II

⁸ Según el derecho público del Estado extranjero en cuestión, se establece cuál es el órgano autorizado para renunciar; es posible que el mismo embajador, etc., lo sea.

Mientras que las prohibiciones de prueba que pertenecen al grupo que hemos ido comentando hasta ahora están fundadas en el interés del mismo Estado, la segunda clase de prohibiciones está arraigada en un privilegio de la jefatura del Estado que siendo monárquica cubre al jefe de Estado y los miembros de su familia.

El § 5 de la introducción a ley constitucional y el § 4 del ordenamiento procesal penal determinan en efecto que “con referencia a los príncipes territoriales y a los miembros de las familias de los príncipes territoriales, así como de los miembros de la familia de los príncipes de Hohenzollern, de la antigua casa real de Hannover, de las antiguas familias de príncipes electores de Hessen y de los duques de Nassau, las normas constitucionales y la ley procesal penal encuentran aplicación solamente en la medida en que constituciones de la casa o leyes del Estado federal no contengan norma en contrario”.

Por tanto, constituciones de la casa de la dinastía real o principesca y las leyes del Estado federal están en condición de establecer prohibiciones de prueba en consideración a estas personas. De hecho, esto ha ocurrido en diversas circunstancias. Por ejemplo, la ley orgánica de Wuerttemberg, referida al artículo 2 de la ley procesal penal de 4 de marzo de 1879, prescribe: “El jefe de Estado no puede ser llamado a declarar”.

Normas análogas contiene el Código Procesal Penal revisado de Sajonia del 1 de octubre de 1868, artículo 228; el ordenamiento de Hessen de 7 de junio de 1879, etc. El sentido de estas disposiciones es claramente que la molestia que resulta ligada a una declaración se les ahorre a las personas privilegiadas. Se toma en cuenta también la desagradable sensación que causaría el interrogatorio en este caso y la evaluación tal vez muy delicada del valor de tal testimonio, que el tribunal no podría evitar. Esta prohibición suele estar establecida de manera incondicionada, es decir, que no se espera que quien tenga el

privilegio lo invoque, sino que ni siquiera se le notifica. Si declara que quiere testimoniar, la prohibición cesa, aunque esto no esté definido con absoluta certeza⁹.

III

Por otro lado, también la *esfera de la personalidad del particular* se opone en medida significativa a la aspiración de averiguación de la verdad por los órganos de justicia penal. De allí resultan prohibiciones de prueba relacionadas con la persona del *inculpado*, pero también con la persona del *testigo*.

1. El antiguo proceso inquisitivo general trataba bastante mal la persona del imputado. Él era objeto de investigación y aun cuando su situación procesal con frecuencia ha sido esbozada con demasiados colores lúgubres, es con seguridad cierto que el respeto por su dignidad humana y en general por la esfera de su personalidad era un concepto desconocido, de tal manera que en cualquier caso una práctica probatoria no requería hacer un alto frente a esta limitación. Ni siquiera el cuerpo y la vida del investigado estaban seguros ante las injerencias del proceso penal, pues la práctica de prueba por medio de la coacción de la tristemente recordada tortura era la prueba reina.

Actualmente el valor de la personalidad ostenta un alto precio. La

⁹ En efecto, si la prohibición de prueba procede del deseo de evitar la excitación desagradable de la opinión pública y prevenir que el tribunal evalúe el testimonio encontrándose tal vez en desacuerdo con la jefatura del Estado, básicamente puede reconducirse a la prohibición de prueba en el interés del Estado, no en el interés de los miembros de la realeza, así que la sola renuncia a invocar su privilegio por el príncipe no pudiera modificar este estado de cosas (a menos que se le hubiera delegado un derecho de renuncia en nombre del Estado). La jurisprudencia de los estados federados brinda materia para muchas dudas en este campo.

personalidad ya no se sacrifica para conseguir una prueba à *tout prix* y no se impone un gravamen al inculpado. En primer lugar, está legalmente reconocido que el mismo imputado no está obligado a contribuir de forma positiva en su propia condena. De allí que él no está obligado a declarar; no se le “interroga” en el sentido común de la palabra; es de su deseo si quiere dejarse interrogar o no. Si prefiere quedarse callado, no se puede ejercer ninguna presión para abrirle la boca. Tampoco tiene deber de revelar un hecho. Si esconde objetos relevantes para la prueba, las autoridades de persecución penal no los pueden tomar, sino a condición de un registro y secuestro ceñidos a la ley; la personalidad del imputado de manera alguna puede ser sometida a coacción con la finalidad de persuadirlo a la revelación del lugar donde se encuentran las cosas o a la entrega por cuenta propia de las mismas.

El inculpado, de conformidad con lo sostenido hasta ahora, no está obligado a participar de forma *activa* en su propia condena, pero él queda en una desventaja mucho más grave en consideración a los actos procesales en los cuales él participa de forma puramente *pasiva*, como la parte que los sufre, así él debe tolerar, literalmente hablando, una inspección ocular de su persona. No puede protestar, cuando por ejemplo se examinen a profundidad las heridas o cicatrices que tiene en su cuerpo o si se observa con lupa un tatuaje que tiene en su humanidad; o si se toman medidas antropométricas o fotografías de su persona, se graba el sonido de su voz con un fonógrafo, se verifica con ayuda de rayos x que tiene un proyectil, etc. Esta obligación de tolerancia no puede ser extendida hasta el punto de negar la personalidad. Lastimosamente, la ley abandona a su propia suerte la respuesta a estas complejas preguntas. Pero con seguridad, a ello subyace al menos la duda fundamentada de si está realmente permitido, por ejemplo, cortar completamente el cabello al imputado contra su voluntad, cortarle la barba, etc. Cuando se trata de una injerencia que afecta la

integridad corporal, como introducción de dispositivos estomacales, suministro de un vomitivo o la práctica de una incisión (*v. gr.*, una incisión por medio de la cual deba ser puesta a la luz una esquirra que el acusado de caza furtiva le propinó a otro), la duda debe elevarse hasta la certeza de que estas violaciones de la integridad personal no pueden ser admisibles sin el consentimiento del interesado. Incluso, cuando estas injerencias no tienen como consecuencia ningún daño *permanente*, siguen siendo un ataque a la personalidad. Si el derecho moderno se toma en serio la tarea de garantizar la esfera de la personalidad, resulta obvio que este principio fundamental debe extenderse también al derecho procesal penal, en la medida en que la ley no declara su contrariedad a él de forma inequívoca¹⁰.

2. Si en estos casos la prueba fracasa a instancias de la voluntad del inculcado, existen también otros casos en los cuales fracasa por la contraposición con la esfera de personalidad de un *testigo* que se opone y que según la ley hay que respetar.

Según el § 54 de la ley procesal penal, cualquier testigo puede rehusar la respuesta a aquellas preguntas, cuya contestación le implique a él mismo o a los parientes expresamente designados en la ley el riesgo de una persecución jurídico penal¹¹. En consecuencia, si el testigo se rehúsa dar la información, el tribunal no puede seguir la investigación; la prueba en este sentido está prohibida. El carácter de esta norma sería aún más significativo, si el derecho de rehusarse a contestar le correspondiera no sólo al testigo al que se amenaza con la persecución penal en virtud de su respuesta, sino también a los que se amenazan únicamente con el perjuicio o la deshonra, como era el caso en el derecho antiguo, por ejemplo, en la ley procesal penal de

¹⁰ ROSENFELD, *Reichstrafprozess*, pág. 281, quiere excluir solamente aquello que conlleva daño permanente. Véase por otro lado BELING, *Zeitschrift. für Strafrecht-Wissenschaft*, vol. xv, pág. 471.

¹¹ Esta norma se puede aplicar de forma análoga a los peritos según el § 76 de la Ordenanza Procesal Penal.

Sajonia, artículo 222 y como es el caso actual en el ordenamiento procesal civil de conformidad con el § 384. Si la ley reconoce como válido que el testigo invoque la deshonra que lo amenaza, esto significa la clara expresión del más amplio respeto por la esfera personal del individuo; en este caso la ley prefiere renunciar al medio de prueba (el testigo) que exigirle deshonrarse a sí mismo por su declaración. Pero también cuando, como en el proceso penal alemán actual, sólo el peligro de ser perseguido penalmente que amenaza al testigo justifica el derecho de negarse a declarar, el fundamento jurídico de este derecho puede encontrarse sólo en el respeto por la personalidad. No se puede suponer que la personalidad acepte espontáneamente la humillación de denunciarse a sí mismo o a un familiar. Es posible que en la formulación de esta norma desempeñe algún papel como reminiscencia también esta otra consideración: un testigo enfrentado a la alternativa de decir la verdad y entregarse o entregar a un familiar al juez, o de mentir, resulta sospechoso. Su testimonio no vale mucho en consideración al dilema en que se encuentra. En este caso, nos encontraríamos frente a una regla y no a una prohibición de prueba. Pero esta reflexión no puede brindar la verdadera justificación para la prohibición, pues incluso el testigo sospechoso está sometido a interrogatorio en el derecho vigente, de tal manera que el juez considerará, conforme al principio de la libre valoración de la prueba, qué valor atribuir a su testimonio. Además, si se trata de una regla de prueba, resulta contradictorio que se escuche al testigo si se declara preparado para testimoniar. Si el legislador se hubiera dejado guiar por la circunstancia de que se deben evaluar con prudencia las declaraciones de este tipo de testigos, enfrentados a un dilema, y si por esta razón hubiese querido evitar su utilización como pruebas, hubiera tenido consecuentemente que excluir del todo a cualquier testigo sospechoso, sin tomar en cuenta si estaban preparados para testimoniar o no. Pero, como no

es así y es más bien el testigo mismo quien decide si quiere declarar o no, la norma que estamos examinando —§ 54 de la ordenanza procesal penal— debe agradecer su origen no a la desconfianza contra el testigo, sino al respeto por su personalidad. Por tanto, se trata de una verdadera prohibición de prueba. La ley cree que así se pueden conseguir verdaderos éxitos probatorios, pero al mismo tiempo prohíbe cierta práctica.

Paralela a esta prohibición de prueba corre otra. En efecto, si la ley toma frente a los testigos la precaución de que no tengan que revelar nada contra su voluntad que pudiera entregarlos al juez penal, de forma consecuente tampoco puede exigirles que participen en la práctica de prueba que implique la *entrega de objetos*, ya que por esta razón atraerían sobre sí o sobre familiares cercanos la persecución penal. Sin embargo, está permitido utilizar el objeto en cuestión para fines probatorios en la medida en que se puede conseguir aun sin que el testigo ayude de manera activa; en otras palabras, el registro y la incautación son lícitas también cuando el testigo utiliza el derecho de rehusarse a declarar conforme al § 54 de la ordenanza procesal penal¹². Por el contrario, la ley no exige que los mismos testigos revelen dónde se encuentran tales objetos o que ellos mismos los muestren y entreguen, es decir, no existe para ellos la declaración coactada, como declara expresamente el § 95 sección 2¹³. También en este caso, por tanto, nos encontramos frente a la renuncia (condicionada) a una forma de prueba que no es completamente intransitable, sino que por el contrario pudiera prometer un éxito extraordinario.

¹² Exceptuando, como es obvio, la norma particular del § 97 de la Ordenanza Procesal Penal.

¹³ Se ha de distinguir tajantemente entre la obligación de aceptar el secuestro de objetos y la obligación editada, la cual ya se encuentra expresada claramente en la ley procesal penal de Wuerttemberg de 1848, art. 229.

IV

Otro grupo al que le asiste el derecho de negarse a declarar nace de las relaciones de *parentesco*. Según el § 51 de la ley procesal penal están autorizados a rehusarse a declarar el novio, el esposo, padres e hijos de los acusados y algunos otros familiares cercanos¹⁴. También en este caso se trata de una prohibición condicionada: cuando el novio, el esposo, etc., del imputado ejercen su derecho de negarse a declarar, debe impedirse la continuación de investigación con fundamento en esta prohibición. Nuevamente, como en los casos discutidos anteriormente, pudiera aparecer la idea de una regla de prueba, como si la ley no quisiera tener un testimonio por la desconfianza en los vínculos afectivos cercanos con el imputado. Antiguos ordenamientos sin duda se dejaron guiar por esta consideración, pero llegaron consecuentemente a una exclusión *absoluta*, independiente de la voluntad del testigo. Es el caso del derecho romano: *parentes et liberi invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendi sunt*, afirma libro 6 de *testibus* 4,20¹⁵. La razón para excluir el testimonio de los familiares la enuncia PAULUS, (sent. V 15 párrafo 3), en estos términos: *Quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit*. Por consiguiente, aquí el fundamento realmente enunciado es la falta de credibilidad del testimonio de parientes sin que exista una auténtica prohibición de prueba. Sólo que en el caso del derecho romano puro autores posteriores han expresado su escepticismo acerca de si la razón indicada por PAULUS fuera la verdadera razón para brindar un tratamiento distinto a

¹⁴ Esta norma se puede aplicar de forma análoga a los peritos según el § 76 de la Ordenanza Procesal Penal.

¹⁵ Véase también 1.3, § 5 D. de *testibus* 22,5: "quidam propter reverentiam personarum ... admittendi non sunt ad testimonii fidem".

los familiares como testigos¹⁶. En el derecho procesal penal alemán común, la apreciación teórica aclara cada vez más el asunto en el sentido de que los familiares tienen que ser sometidos a un tratamiento especial, no porque se desconfió de ellos, sino por ellos mismos. Este cambio de perspectiva se percibe claramente en lo que escribe sobre este punto ROSSHIERT en 1846¹⁷:

Nosotros observamos en ella (es decir en la norma del derecho romano), dice él, desde el punto de vista moral *una noble valoración de la tierna relación* que los parientes mencionados guardan mutuamente. En esta forma de concebir el problema, la expresión de PAULUS en las palabras *quia corrumpit* no cambia para nada esta concepción, pues en su contexto, a lo expresado por PAULUS le puede ser atribuido muy seguramente el significado de que en razón a la preocupación de que otorgue una declaración falsa en relación con las personas con que se tienen vínculos naturales, los ascendientes y descendientes no tienen por qué ser puestos para nada en una situación de contradicción interna y desagradable, aun si lo fuera sólo para el íntimo sentimiento.

Este punto de vista también se ha acuñado claramente en la exposición de motivos del proyecto de ordenanza procesal penal¹⁸, que desde la concepción observada supone “*que es mejor renunciar a un medio de prueba que exponer a un pariente cercano del imputado a la tentación de cometer perjurio para ayudarlo*”.

Pero, si la consideración por el testigo mismo era la razón principal para un tratamiento especial, no se justifica que el pariente *dispuesto a declarar* también deba ser excluido del deber de testimoniar. Sin embargo, muchos doctrinantes permanecieron fieles aun en el derecho común

¹⁶ Así ZACHARIÄ, vol. II, pág. 187, nota 17.

¹⁷ *Zeitschrift für Strafverfahren*, N. F. III 114.

¹⁸ Motivos del Proyecto III, con referencia al § 42.

a la exclusión absoluta del testimonio de familiares¹⁹; lo reconfirmaron también leyes más recientes, como el *Code Pénal* (arts. 156, 189 y 322) e igualmente la ordenanza procesal penal de 1856 de Frankfurt (art. 79). Pero al final prevaleció la concepción según la cual no se interroga al pariente bajo la gravedad del juramento, cuando éste no quiere declarar, y este es también el punto de vista de la ordenanza procesal penal vigente. Así la anterior regla de prueba resulta superada y se obtiene una prohibición de prueba relativa²⁰. La ley no le impone al familiar del imputado la calidad de un sospechoso, cuyo testimonio tiene muy poco valor, y por tanto no se debe recaudar, sino que prescribe con claridad la posibilidad de renunciar a los testimonios de familiares, incluso cuando no sean sospechosos, para no crear una situación muy penosa al testigo que desea declarar voluntariamente. La vía no se considera intransitable, sino que se prohíbe a pesar de su viabilidad. Esto no se contrapone con el hecho según el cual al juez le está permitido desconfiar de los testigos que sean familiares del imputado y dispuestos a declarar —es decir, en los casos en que la prohibición de prueba no se aplica en razón de su carácter relativo y no absoluto—, en la medida en que no tiene que exigir juramento (Ordenanza Procesal Penal, § 57).

Por otro lado, al igual que para el derecho de rehusarse a dar información contenido en el § 54 de la Ordenanza Procesal Penal, también en este caso al derecho de rehusarse a rendir testimonio corresponde la prohibición de ejercer coacción *editada* sobre el testigo, es decir, el

¹⁹ Véase C. J. A. MITTERMEIER, *Theorie des Beweises* 1834 310; ROSSHIRT, ob. cit., pág. 113; GEIB, *Geschichte des römischen Criminalprozesses*, pág. 626; ZACHARIÄ, vol. II, pág. 187.

²⁰ La prohibición de prueba vale sin distinguir si la materia objeto de prueba es una circunstancia de cargo o descargo del imputado. Vale también cuando el familiar es la única prueba (en el caso del derecho común ZACHARIÄ, vol. II, pág. 190 quería que la interdicción cesara en el caso en que padres e hijos estuviesen uno en contra de otro como imputado y damnificado, pues de otra manera el procedimiento legal y el castigo del culpable resultarían imposibles de antemano y la intención de la ley no puede haber sido ésta). La prohibición de prueba vale también en contra de lo que desea el imputado. Hay dudas acerca de si la prohibición de prueba se extiende también a los familiares del denunciante privado. Normalmente esto se niega para la *lex lata*, véase LÖWE 5 con referencia al § 51; se admite para la *lex ferenda*, véase BRETNER, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. XLI, pág. 20; KRONECKER GOLTD, *Arch.* XXXIII 26; GORDEN, *Ztsch. f. Str.-R.-Wissenschaft*, vol. XVIII, pág. 565; KADE, *Privatklage*, vol. 57.

juez no debe forzar a los familiares del imputado a presentar objetos que pudieran ser útiles para los objetivos del proceso penal (Ordenanza Procesal Penal, § 95, apartado 2), pero en cualquier caso están autorizados el registro y secuestro de tales objetos también frente a los familiares del imputado.

V

El mismo beneficio que disfrutaban los familiares del imputado —y así llegamos a un quinto grupo de prohibiciones de prueba— ampara a ciertas personas cuyas bocas están cerradas por un deber de confidencialidad.

1) Así, según el § 52 de la Ordenanza Procesal Penal los sacerdotes tienen la facultad de rehusarse a declarar sobre aquello que se les haya confiado en el contexto del consejo espiritual; es la denominada protección del secreto confesional. Hoy esta prohibición de prueba es relativa. La negativa a declarar depende de la explicación del clérigo. El derecho canónico prohíbe de manera absoluta el interrogatorio de los sacerdotes acerca de lo que les ha sido confiado en la confesión²¹. Conforme a las estipulaciones del derecho canónico, están la Ordenanza Procesal Penal de Baden de 1864, de Hessen de 1865, de Wuerttemberg de 1868 y la reformada de Sajonia de 1868²². La ley Procesal Penal imperial se ha alejado conscientemente de estas normas y hace depender la admisibilidad o inadmisibilidad

²¹ C.2 d. 6 de poenit.; cap. 12, IX de poenit. 5, 38; cap. 18. x de excess. Praelat. 5,31.

²² Ordenanza Procesal Penal de Baden, § 105; de Hessen, art. 129; de Wuerttemberg, art. 142, de Sajonia, art. 213.

del interrogatorio de la disposición o no disposición del clérigo para declarar²³. Pero sería muy equivocada la interpretación según la cual la ley concede al testigo desmentir el conocimiento obtenido en el ejercicio de salvación espiritual, en otras palabras, la interpretación de que la ley lo autoriza a afirmar falsamente que nada sabe. Si un sacerdote tuviera un conocimiento conseguido en la confesión y se atreviera a afirmar que no sabe nada, sería perjurio y de nada le serviría invocar la construcción de la teología católica según la cual no es el confesor quien escucha lo que se confiesa, sino Dios mismo. Así, la ley procesal penal considera el secreto confesional en la medida en que se le otorga al clérigo un derecho a *permanecer en silencio*: el sacerdote no necesita declarar²⁴.

2) De la misma manera están autorizados a rehusarse a declarar los defensores del imputado acerca de lo que se les haya confiado en el ejercicio de esta función, de conformidad con el § 52 de la ley procesal penal²⁵; lo mismo vale:

3) Para abogados y médicos acerca de lo que se les haya confiado en el ejercicio de su oficio^{26,27}.

El círculo de las personas que están habilitadas para rehusarse a declarar está estrechamente restringido: únicamente el sacerdote, el defensor, el abogado, el médico en persona tienen derecho, no así su

²³ Los fundamentos para ello están presentados en la exposición de motivos del proyecto III, §§ 42-45.

²⁴ Véase mi *manual*, pág. 351, nota 56.

²⁵ ZACHARIÄ, vol. II, pág. 194 querría liberar al defensor del testimonio sólo en lo que se refiere a aquellas percepciones y confidencias "cuya comunicación empeoraría la posición del imputado". Esta limitación no está prevista en el § 52 de la Ordenanza Procesal Penal.

²⁶ Esta liberación del deber para abogados y médicos era desconocida en el derecho común y en los ordenamientos procesales penales particulares. ZACHARIÄ, vol., pág. 193.

²⁷ Este derecho de rehusarse se puede extender a los peritos según el § 52 a pesar del § 76 de la Ordenanza Procesal Penal, pues la revelación de secretos que hayan sido confiados puede tener lugar sólo en el marco del testimonio, pero no en los resultados del dictamen.

personal auxiliar como sacristanes, escribientes, etc.²⁸ Además, es obvio que cada uno de los aquí mencionados tiene derecho a rehusarse a declarar únicamente con respecto a los hechos que les hayan sido confiados personalmente, pero no sobre hechos confiados a su antecesor o que él haya llegado a conocer por otras vías²⁹. Por otro lado, el derecho a permanecer en silencio se extiende más allá del tiempo de ejercicio de la profesión, también el sacerdote retirado, el médico que ha dejado de ejercer, etc., están autorizados a seguir conservando los secretos que les fueron confiados en su momento.

En este caso se trata de hechos que han sido “confiados”, es decir, que una persona ha comunicado a otra con fundamento en una relación de confianza y esperando que aquel mantenga la boca cerrada³⁰. Evidentemente, el interés en el silencio no reside en la persona de confianza, sino en el tercero del cual procede la información. Por esta razón, el derecho de rehusarse a dar testimonio cesa cuando esta tercera persona revela el secreto, es decir, cuando autoriza al testigo a hablar. El derecho positivo prescribe conforme a eso que el defensor, los abogados y los médicos no pueden negarse a declarar, cuando son desvinculados de la obligación de mantener el silencio de conformidad con el § 52 inciso 2. Que para sacerdotes no esté prevista la misma norma,

²⁸ El art. 213 de la ley sajona exceptuaba además del abogado también a “aquellas personas que colaboran en su expedición”.

²⁹ Apropiados la *olg Zweibrücken*, *Seufferts Archiv Bd. LVII 474* (con referencia al § 383 del C.P.O.).

³⁰ Desde este punto de vista, no tiene ninguna importancia si el mantenimiento del secreto ha sido prometido por la persona de confianza. Pero siempre tiene que tratarse de una transmisión del saber de una persona a otra. Por tanto, es plenamente justificado que en términos muy generales el “confiar un hecho” en el sentido del § 53 se defina como “comunicación confidencial”, así *LÓWE*, 2, con referencia al § 52; *Gaupp Stein II*, *Petersen-Anger 4*, *Loth. Seuffert 6* con referencia al § 383 C.P.O. De manera distinta juzga el *O.L.G. Zweibrücken in Seufferts Archiv*, t. LVII, pág. 474, que declara autorizado al sacerdote a rehusar su testimonio acerca del hecho de haber recibido donaciones para la iglesia. Esta interpretación implicaría que el sacerdote estuviera autorizado a rehusarse a declarar acerca de acciones humanas de todo tipo de las cuales haya tenido conocimiento en el ejercicio de la cura de almas, con la sencilla condición de que fueran comunicadas confidencialmente, y que el mismo principio tendría que valer para defensores, abogados y médicos. Pero así se pasarían completamente los límites del concepto de “confiar un hecho”. No se puede, por ejemplo, hablar de “confiar un hecho” cuando A ofende a un tercero confiando en el silencio de B; en este caso se “confía” en la otra persona, pero no se le “confía un hecho”; y si se da a otra persona un objeto, se le confía la cosa, pero no “un hecho”.

es difícilmente justificable.

La autorización para hablar que el tercero imparte al testigo obviamente no es un fenómeno procesal, sino algo que se produce detrás del escenario. La administración de justicia se funda en la declaración del mismo testigo. Si declara que no quiere testimoniar, hay que ahorrarle más preguntas acerca del tema de prueba, a menos que sea expresa una autorización del tercero para declarar. Si por el contrario, el testigo expresa que está dispuesto a declarar, se admite la prueba sin considerar si aquel cuenta o no con la aprobación del tercero. A pesar de que cuando el testigo habla vulnera de la manera más evidente la confianza que la tercera persona había depositado en él, el tribunal no necesita preocuparse por esta deslealtad y puede y debe interrogar como testigo al sacerdote, al defensor, etc., que sin ser autorizados revelan el secreto³¹. No se podría afirmar tajantemente que esta regulación resulte adecuada. Aquí se enfrentan así dos intereses contrapuestos: el tercero que ha confiado el secreto a quien puede ser testigo y el Estado que quisiera conocer el secreto. Pero no se entiende por qué el testigo que no tiene un interés directo deba decidir si mantiene o no el secreto. O la relación de confianza le merece al Estado todo el respeto, y entonces no puede vulnerarla por medio de la persona de confianza de forma caprichosa y arbitraria, o definitivamente no le parece tan importante al punto de que la averiguación de la verdad procesal deba sufrir a causa de ella y entonces no puede renunciar por amor al oficio a penetrar en el secreto que posee la persona de confianza. ¡No importa la persona a la que se le enteró del secreto, sino la

³¹ La obligación de reserva que la persona de confianza tiene frente al que le confió algo —§ 52 abs. 2 Ord. Proc. Pen.—, y cuya violación incluso está sancionada —C. P., art. 300— desaparece cuando el tribunal desea el testimonio, es decir, existe solamente para relación extraprocesal; en el proceso existe solamente un derecho al silencio de la persona de confianza. En el caso de la *lege lata*, no hay dudas acerca de eso y se trata también de la opinión general de la jurisprudencia, véase LÖWE, 18, *Stenglein* 11 con referencia al § 52; GEYER HOTZEND, *Handbuch*, 1, 279; GLASER, *Handbuch* 1, 533, BINDING, *Grundrisse des Strafprozesses* 81 V B2a8.152; decisiones del tribunal del Reich in Str.-S. XIX, 364; véase también C. J. A. MITTERMEIER, *Das Deutsche Strafverfahren*, vol. 1 § 67 notas 23 y 24. En el caso de *lege ferenda*, la cuestión está muy controvertida; véase en el texto más arriba.

persona que lo confió! ¡La prohibición de prueba protege al segundo, no al primero!

Es obvio, y el § 95 inciso 2 del ordenamiento procesal penal lo afirma de forma directa que también en este caso, como en el del derecho de rehusarse a rendir testimonio para las personas que hemos mencionado, se suma el derecho de negarse a revelar el lugar donde se encuentran objetos, es decir, que también en este caso se debe admitir que no procede el registro bajo coacción. Aquí obviamente la preservación de objetos sujetos a registro debe permanecer limitada a aquellas cosas cuya entrega implicaría para el testigo revelar deslealmente un hecho que le ha sido confiado en el ejercicio de su función garantizada por la ley³². En este caso se deberá incluso ir más allá y considerar que está *prohibido* buscar e incautar *anotaciones acerca de lo que se confió* a sacerdotes, defensores, abogados y médicos, es decir, estas personas no solo no deben *participar activamente* en la función de que las autoridades se apoderen de estos objetos, sino que sin su consentimiento, la autoridad de *ninguna manera* puede buscar y apropiarse de tales anotaciones. Desde luego, la praxis no renuncia a ejecutar registros y secuestros de estas cosas. Si, por ejemplo, un médico se rehúsa a declarar acerca de las informaciones confidenciales que el paciente le ha comunicado, se toma sencillamente el historial de registro clínico y se instruye lo que sea necesario con fundamento en las notas que estén contenidas en el documento³³. Hasta ahora nadie ha cuestionado esta

³² Distinta la opinión de LÖWE, 3 b, con referencia al § 95: depende de si el sacerdote, u otro ha recibido o no el objeto de que se trata en su calidad profesional especificada en el § 52. Pero de esta manera no se establece un verdadero paralelismo entre el § 52 y el § 95, apartado 2. No puede tener importancia la manera en que se ha recibido el objeto. Por un lado, se puede imaginar muy bien que declinar cualquiera responsabilidad respecto de un objeto recibido en ejercicio de la actividad profesional en absoluto viola la obligación al secreto (pues la cosa no revela nada, p. ej.); y por el otro, contrariamente el sacerdote, al declinar cualquier responsabilidad por la entrega de un objeto que ha recibido fuera del marco de la cura de almas, etc., permita aclarar los hechos que había de mantener en secreto. Para conformarse con el sentido de la ley, hay que autorizar en el primer caso la autoincriminación coaccionada por el objeto y excluirla en el segundo. Las conclusiones de LÖWE son para ambos casos contrarias.

³³ Es, por ejemplo, la opinión de LÖWE, 3b al § 95.

praxis, pero hay que considerarla inadmisibles. En efecto, esta práctica desquicia el derecho de rehusarse a declarar explícitamente reconocido a sacerdotes, médicos, etc. Aquí debe aducirse que si aquella praxis estuviera conforme a la ley, podría resultarle conveniente al asesor espiritual, al médico, etc., tomar el menor número de notas posibles acerca de aquello que se les haya confiado. Tampoco hay que destacar que la incautación de los libros representaría una notable molestia para el médico, etc., de tal manera que son igualmente inconvenientes que se deben tener en cuenta. Pero lo que aquí debe ser decisivo es la carencia de lógica en una situación en la que se pretende con todo tacto dispensar al testigo de la obligación de revelar el secreto por su propia cuenta y al mismo tiempo arrancárselo sin esta consideración y coactivamente. Con la misma lógica, al bandido que renuncia generosamente a la extorsión, le estaría permitido procurarse el bolso que esté a la mano mediante el hurto. Si el Estado es serio con el respeto de los derechos de los sacerdotes, médicos, etc., debe no sólo renunciar de plano al testimonio de estas personas, en tanto está relacionada con el secreto, sino aún más ¡renunciar directamente a invadir este campo vedado! Por tanto, está conforme con el sentido del § 52 de la ley procesal penal proteger los datos sobre hechos que constituyan secreto, es decir, existe una prohibición de prueba absoluta frente a la obtención de tales notas, en la medida en que el mismo sacerdote, el mismo médico, etc., no dan su consentimiento para su registro e incautación³⁴.

³⁴ Según las explicaciones que el texto brinda, los testigos mencionados en los §§ 51 y 54 no están protegidos frente al registro e incautación en lo que toca a sus notas, pero sí lo son los del § 52. ¿A qué obedece esta discrepancia? La respuesta es sencillamente que el derecho de rehusarse a declarar de los §§ 51 y 54 sencillamente pretenden ahorrar al testigo el conflicto de sentimientos en que podría encontrarse si se le exigiera actuar en el proceso, mientras que el derecho del § 52 quiere proteger el secreto en sí mismo. La diversidad de estas motivaciones jurídicas tiene naturalmente que producir distintas consecuencias importantes.

VI

A los cinco grupos de prohibiciones de prueba discutidos hasta ahora se suma en sexto lugar otro que procede de la inviolabilidad que actualmente le está garantizada a la *propiedad privada*. En efecto, si el derecho procesal penal permite a las autoridades poner a disposición del proceso penal objetos que se encuentran en la propiedad privada, sería muy difícil que de este principio se siguiera que cualquier injerencia en la esfera de lo privado resulte admisible sin ninguna limitación. La ley calla ante esta pregunta compleja, por lo que para dar una solución, recurrimos a los principios generales. Es fácil reconocer la extensión del problema. Por ejemplo, si se ha despertado la sospecha de que el imputado de homicidio ha sepultado en alguna parte en su hacienda el cadáver del occiso. ¿Puede permitírsele a la autoridad excavar por todas partes, la tierra y el piso, para buscar el cadáver? ¿Puede la autoridad destruir una abundante cosecha de trigo para tal efecto? Otros puntos de partida existentes para el mismo aspecto son: si hay indicios de que el inculpado de hurto ha empotrado el dinero robado en una pared de su casa, ¿puede la autoridad demoler la casa en la búsqueda del dinero? Si un comerciante es sospechoso de que ha vendido ron de imitación como si fuera auténtico, ¿puede la autoridad inutilizar o destruir todas las existencias de ron, debido a la investigación química de autenticidad o inautenticidad? Finalmente, si se ofrece como el único medio para establecer si el imputado se deshizo de un billete de banco robado dándoselo a comer a un animal de propiedad de un tercero, ¿puede permitirse sacrificar el animal? Es obvio que todas estas injerencias en la esfera de la propiedad están permitidas si el propietario da su consentimiento. ¿Pero qué pasa si se niega?

La respuesta, en el sentido de nuestro actual derecho culturalmente desarrollado, es una sola: *la propiedad por principio es inviolable*; la injerencia en esta esfera es procedente únicamente dentro de los límites explícitamente permitidos por la ley. Cada silencio, cada imprecisión de la ley ha de interpretarse *en favor* del propietario. Las disposiciones procesales permiten que se le sustraiga la tenencia de la cosa a quien legítimamente la posee allí donde las finalidades procesales lo exijan, pero no se afirma en lo más mínimo que se pueda alterar la sustancia de la cosa o que el empleo procesal pueda permitir una inutilización de la cosa o incluso una expropiación. Por tanto, la autoridad judicial puede efectuar inspecciones oculares o practicar pruebas documentales siempre y cuando *salva rei substantia*, es decir a menos que el propietario de la cosa contra quien proceda la injerencia no levante ninguna objeción³⁵ —una clara prohibición de prueba.

Todos los grupos de prohibiciones de prueba que hemos mencionado, por distintos que sean en su origen y alcance, tienen en común sin excepción que son prohibiciones *relativas*, es decir, no les cierran definitivamente a los tribunales el acceso a los hechos, sino el camino que *de una u otra manera* lleva a ellos, para decirlo sin metáforas, vedan *uno u otro* medio de prueba. Fuera de los medios de prueba prohibidos, existen otros medios, permitidos, con los cuales la administración de

³⁵ En algunos casos, las autoridades pueden optar por otro camino. Si, por ejemplo, el imputado de adulteración de géneros alimenticios se niega a que la autoridad tome pruebas químicas en su negocio, hay que comprarle la cantidad necesaria para un muestreo, que está obligado a vender según el párrafo 2 de la ley imperial del 14 de mayo de 1879.

justicia puede llegar al esclarecimiento necesario³⁶.

Por otro lado, complementando el cuadro, a una prohibición de *prueba absoluta* muy importante se añade la prohibición relativa. Según el § 251 del ordenamiento procesal penal, “las declaraciones de un testigo interrogado antes de la vista principal, que solo hiciere uso en la vista principal de su derecho de rehusarse a declarar, no pueden ser leídas”.

Esto significa que si un testigo tiene el derecho de rehusarse a declarar y no ha ejercido este derecho en un interrogatorio anterior en el transcurso del proceso, pero con ocasión de otro interrogatorio en el mismo proceso aquel se rehúsa a declarar, aquella declaración anterior tiene que considerarse *pro non facta* y el rechazo a rendir testimonio que se produce después tiene que considerarse eficaz *ex tunc*³⁷. Por tanto, la declaración anterior que el testigo ha producido es un fruto prohibido del cual la justicia no puede comer. Lo que el testigo ha dicho con anterioridad no se puede tocar, queda absolutamente vedado para erigir prueba; este tema de prueba, por consiguiente, no llega a tener *ninguna* entidad y todos los medios de prueba para investigar lo que ha declarado el testigo resultan inadmisibles; esta es una prohibición de prueba absoluta. No sólo es inadmisibile leer el protocolo

³⁶ Esto vale, lo que en un primer momento pudiera aparecer dudoso, también para las prohibiciones de prueba del § 54 del ordenamiento procesal penal. Aquí se protege el secreto en sí mismo, pero sólo como secreto en la persona del hombre de confianza, véase antes pág. 18; sólo ésta está protegida frente al empleo para finalidades procesales. No hay ningún obstáculo a que se interrogue como testigo, por ejemplo, una cuarta persona que ha escuchado la comunicación confidencial de la tercera persona al sacerdote; incluso la persona que confía el secreto está obligada a testimoniar acerca de su secreto en la medida en que puede ser testigo (cuando, por ejemplo, no es él mismo el imputado, etc.).

TODOS los derechos que permiten rehusarse a declarar son, por así decir, absolutamente personales. El secreto de testigo reconocido como legítimo ya no es un secreto de testigo reconocido por la ley, cuando es de segunda mano. Así interpreta también GLASER, *Handbuch*, 1 513; Lowe, 9 con referencia a los §§ 51-54. Si el familiar del imputado ha relatado a otros la circunstancia, si el médico o el sacerdote “han hablado fuera de lugar”, si alguien ha comunicado un hecho a una tercera persona —hecho acerca del cual pudiera negarse a dar testimonio conforme al § 54—, las personas que han recibido esta información están obligadas a testimoniar. Este principio admite una modificación sólo en el caso del § 251. Véase antes en el texto página 25, nota 4.

³⁷ No se puede evitar extender análogamente esta norma a los peritos. Véase A.M. BENNECKE, *Lehrbuch*, págs. 363, nota 5, 547.

relacionado con la declaración anterior, sino también interrogar como testigos al personal que recibe la información, delante de los cuales el testigo declaró, en particular a jueces de investigación y escribientes. Es difícil entender cómo el tribunal imperial ha permitido el interrogatorio del personal de la administración de justicia —una sentencia contra la cual se ha declarado casi toda la crítica con unanimidad³⁸—. Pero, cuando se reconoce la naturaleza de la prohibición probatoria como absoluta, de conformidad con el § 251 de la ordenanza procesal penal hay que ir más allá. No solo es obvio desde este punto de vista que el protocolo no puede ser utilizado para “refrescar la memoria” de alguien³⁹, sino que no se puede en absoluto interrogar a un testigo acerca del tema y no se puede consultar ningún documento escrito acerca de lo que el testigo declaró en aquella ocasión⁴⁰. En particular se ha de extender esta prohibición de prueba a eventuales datos extrajudiciales que el testigo haya hecho en torno a su declaración y a cartas en que informa acerca de lo mismo⁴¹.

³⁸ Véase las citas en mi *Manual*, § 83 nota 40; además ROSENFELD, *Reichstrafprozess*, pág. 247 nota 9. El tribunal imperial ha vuelto a expresar recientemente más de una vez su propia interpretación, véase *Entsch*, tomo XXXV, pág. 6.

³⁹ Esta opinión la comparte el tribunal imperial, “Entsch”, in *Strafs.*, t. xxv, pág. 5.

⁴⁰ Hasta ahora, por lo común, no se ha sacado esta consecuencia.

⁴¹ Para evitar equivocaciones, hay que dejar especialmente claro que sólo la declaración anterior en sí misma tiene que considerarse materia de prueba prohibida, pero para nada el mismo tópico de prueba acerca del cual informaba la deposición anterior. Si, por ejemplo, una mujer ha padecido malos tratos de su cónyuge, que ahora está imputado por eso, y lo ha comunicado a una amiga en una carta, después ha depuesto ante el tribunal y cuenta a la misma amiga en una segunda carta el contenido de su deposición, y después se niega a testimoniar, la prohibición de prueba se refiere solamente a la segunda carta, pero no a la primera.

Así se concluye la visión panorámica de las prohibiciones de prueba reconocidas por el derecho actualmente vigente. Su significado sale a la luz cuando ponemos de presente la oposición entre la cantidad de intereses humanos que las prohibiciones protegen y las que dejan de valer para el derecho procesal penal.

Aquí es necesario nombrar el bien de otras entidades públicas distintas del Estado, como municipalidades, círculos administrativos, provincias, etc. A efecto de la práctica probatoria, nunca se tiene en cuenta la voluntad de estas entidades, abstracción hecha de la municipalidad, etc., que está autorizada a hacer objeciones contra el interrogatorio de uno de sus empleados en calidad de testigo experto, y por esa razón se frustra el objeto de esta prueba⁴². En tanto que las debilidades y faltas del Estado, como hemos mostrado anteriormente, pueden ser ocultadas a los ojos del juez penal, sin que importe que en el proceso penal surjan a la luz faltas y debilidades, por ejemplo, de la administración de una ciudad.

Pero también, el bien del Estado se mantiene como fundamento de limitación probatoria solo en el contexto descrito anteriormente. De allí se desprende esencialmente la muy importante regla: el Estado reviste ciertos fenómenos de la vida pública con el velo del secreto, obligando a los involucrados a no divulgar nada. No obstante, esta obligación de mantener el secreto es válida únicamente en la medida en que no se oponga a ella una obligación de declarar que le sea contraria. Así, por ejemplo, en el caso de exclusión de la publicidad debido a la amenaza para la seguridad del Estado, aquellos que están presentes en una audiencia judicial están obligados a mantener el secreto acerca del debate por el deber de reserva (G.V.G. § 175, apartado 2), de tal manera que actuar en contra de esta norma es punible (art. 2 de la ley imperial del 5 de abril de 1888); pero la misma persona obligada

⁴² Véase lo anteriormente expresado.

a la reserva debe declarar⁴³ si con posterioridad se le interroga sobre aquellos asuntos. El proceso penal tiene prioridad sobre el deber de reserva de las actuaciones. El mismo principio se aplica al *secreto electoral*⁴⁴. Por último, aparece la *reserva oficial* que representa una limitación para la práctica de prueba procesal penal solo en el sentido examinado con anterioridad, es decir, únicamente en el caso del interrogatorio de funcionarios públicos y cuando sea estrictamente indispensable. Por lo demás, quien no es funcionario está obligado a rendir testimonio acerca de asuntos sobre los cuales se extiende la reserva oficial⁴⁵, en tanto que si se trata del funcionario público interrogado como testigo, esto depende de que en el caso concreto se autorice por el superior el interrogatorio sobre asuntos sometidos a reserva oficial⁴⁶.

Son innumerables los intereses de los *particulares* que el derecho probatorio procesal penal abandona a su propia suerte. En primer lugar, es obvio que nadie puede oponerse al esclarecimiento de un asesinato, de un incendio, etc., con la vaga fundamentación de que la aclaración del delito le “causaría un perjuicio”⁴⁷. Pero también en el caso en que el perjuicio o el inconveniente se concreten, la regla general indica que hay que padecerlos. El proceso penal prevalece. Así nadie puede escudarse detrás de la enfermedad o los contratiempos

⁴³ KLEINFELLER, *Das Reichsgesetz*, vom. 5, april 1888, explica I 4 con referencia al art. II (p. 192).

⁴⁴ Esta opinión la comparte el tribunal imperial, *Rechtspr.*, t. VI, pág. 517.

⁴⁵ En primer lugar, los escabinos y el jurado están cubiertos por el § 200 de la ley introductoria de la Constitución cuando se trate de la reserva sobre la deliberación.

⁴⁶ Por esta razón, no es adecuada la sent. del tribunal imperial, t. XXVI, pág. 202; BINDING, *Grundrisse d. Str.-Pr-Re.* § 81 V B 2: un juez no puede en ningún caso ser escuchado acerca de las circunstancias de la deliberación (antes de la sentencia) por el secreto. (Véase también SALINGER, *Ztsch.F.Civ.-Prozess*, t. xxx, pág. 511). Pero la significación del secreto de deliberación para el derecho probatorio se deduce sólo del § 53 del ordenamiento procesal penal. Véase mi *Manual*, pág. 85 a nota 9; ROSENFELD, *Reichstrafprozess*, pág. 249, nota 18.

⁴⁷ El ordenamiento criminal prusiano de 1805 liberaba al testigo del deber de contestar (§ 313) “cuando con ocasión de una pregunta que claramente no tiene que ver con el objeto del interrogatorio, el testigo puede temer no sin razón que contestar implicaría consecuencias desventajosas para su persona”. Una norma muy inútil, pues preguntas que no tienen nada que ver con la cuestión no hay que hacerlas al testigo, aun cuando contestarlas no implique para él perjuicio alguno.

en el oficio⁴⁸. Nadie puede invocar la decencia y las buenas costumbres para eludir una práctica de prueba que va a serle fatal. El proceso penal saca inexorablemente a luz todos los secretos, en la medida en que no aparezcan los pocos casos anteriormente discutidos que se reconocen como fundamentos de impedimento probatorio. En este sentido, ni el secreto tributario y menos aún el secreto de redacción pueden resistirse al proceso penal. El antiguo derecho procesal penal respetaba el secreto artístico, el secreto de oficio, el secreto de fabricación; este último tenía vigencia en Sajonia (art. 222) y Hannover (§ 101). El ordenamiento criminal prusiano de 1805 (§ 313) exceptuaba al testigo del deber de declarar, cuando se le exigía revelar un secreto que, al divulgarse, hubiera implicado para el testigo un perjuicio⁴⁹ en su arte o en su oficio artesanal, y todavía hoy una norma similar está vigente en el campo del proceso civil (§ 384 del ordenamiento procesal civil). Por el contrario, el derecho procesal penal actual no conoce una prohibición de tal talante. El derecho procesal penal tampoco tiene en consideración la condición de diputado. Los diputados *del Reichstag* y de los parlamentos de los estados federales no pueden ser sancionados, debido a sus votos y a las opiniones efectuadas en el ejercicio de sus funciones, pero no pueden negarse a declarar acerca de esto, etc.⁵⁰.

Igualmente, intereses ideales para mantener en reserva determinados hechos no encuentran gracia a los ojos de la justicia penal. El deseo de no manifestar una convicción íntima y en particular una visión del mundo quizás demasiado personal, el temor a la profanación, la

⁴⁸ Sólo en el caso de los funcionarios públicos es posible utilizar la declaración de dispensa por parte de los superiores para impedir el interrogatorio del funcionario como perito conforme al ordenamiento procesal penal, § 76, apartado 2. Véase lo anteriormente expuesto a este respecto.

⁴⁹ Véase al respecto las precisiones del O. L. G. de Hamburgo en *Seuffert Archiv*, t. LVII, pág. 336 acerca de la diferencia que existe bajo este punto de vista entre el derecho penal y el derecho civil. Entre los derechos empresariales no protegidos por el derecho de prueba se incluyen también aquellos que menciona el párrafo 145 del Gew. Ordnung de 26 de julio de 1900.

⁵⁰ Véanse las citas en mi *Manual*, pág. 352, nota 68.

repugnancia a “revelar a la gente del común su sentimiento, su visión”, todo esto es pisoteado despiadadamente por averiguación de la verdad procesal penal. Mientras que la Constitución del Reich de 28 de marzo de 1849 (párrafo 144, apartado 2) pretende establecer que nadie esté obligado a revelar sus convicciones religiosas, la evolución del derecho ha ido más allá de este intento de una prohibición de prueba bastante particular y hoy cualquiera debe sincerarse ante el tribunal también sobre este punto de vista. No parece asombroso aquí que también los secretos de familia deban ser inexorablemente revelados en el proceso penal. También es absolutamente obvio que un compromiso de guardar silencio contraído privadamente por dos personas no merece consideración ninguna⁵¹. Si alguien ha prometido a otro no divulgar ciertas cosas, puede estar obligado moralmente a callar —“la discreción es cuestión de honra”—.

Pero la ley no reconoce este deber como obligación jurídica; jurídicamente no existe ningún “contrato de silencio”, y en cualquier caso no se puede deducir ninguna vinculación jurídica en contra de las exigencias de la justicia penal. El proceso abre la boca del portador del secreto, así el testigo esté de acuerdo o no. A este respecto, en nada cambia la circunstancia de que alguien haya comprometido su “palabra de honor”, en el sentido de que callaría. En noviembre de 1902 le fue exigido al diputado Bebel en presencia del Dr. Peters que nombrara a aquel que le había contado de la denominada “Tuckerbrief”. Bebel se negó a brindar información; había dado su palabra de que no iba a comprometer a su informante. Pero esto era admisible fuera de un proceso penal, en tanto que si existiera un proceso penal Bebel hubiese sido llamado como testigo y al tribunal no se le habría satisfecho con la invocación de una promesa de honrar la palabra, sino que

⁵¹ Véase MITTERMEIER, *Strafverfahren* I, § 67, n. 6 y 22; ROSSHIRT, *Ztsch. f. Strafrecht*. N. F. Bd. III 130; LÖWE, 9 con referencia a los §§ 51-54.

habría aplicado, si el caso lo amerita, la declaración forzada⁵². Quien justifique en su palabra de honor el deseo de callar sobre hechos significativos para la justicia penal cae así mismo en los brazos de la misma justicia penal y no puede exigir que ella se plegue frente a su compromiso de honrar la palabra empeñada. Incluso la expresión *juramentada* que pretende reservarse un hecho penal se deja de lado por carecer de significado en el proceso penal. El derecho canónico ya lo preveía así⁵³. *Le serment ne lie pa* (el juramento no obliga) dijo un procurador general francés frente a un testigo que por medio del juramento había prometido permanecer en silencio y que apelando a su honra y su conciencia se rehusaba a declarar en el proceso⁵⁴. En efecto, un juramento de este tipo no es vinculante, tampoco en el derecho procesal alemán vigente. ¿A dónde se llegaría, si se pretendiera observar en aquellos juramentos absolutamente superfluos y esencialmente privados un cerrojo para la persecución penal? Si así fuese entonces cualquier testigo que quisiera desprenderse del interrogatorio podría en últimas liberarse de esta incómoda obligación por haber jurado a cualquier tercero que no iba a declarar nada. Sería la bancarrota de toda administración de justicia.

Si se considera el alcance del poder de la justicia penal, como se nos presenta en estas últimas observaciones, ha de destacarse con mayor claridad la naturaleza de protección que tienen las prohibiciones de prueba. Estas crean un espacio sagrado frente a la mirada inquisitoria de los órganos de persecución penal, que reivindica el derecho a

⁵² Véase también el caso citado por BOURGUIGNON, *Jurisprudence des Codes Criminels*, t. II (1825), núm. con referencia al art. 304 del *Code d'instruction criminelle*.

⁵³ Cap. 4 x de Testibus cog, 2,21: "Pervenit ad audientieam nostram, quod cum J, prior sancti Laurentii, coram te fuisset de simoniae et adulterii crimini adousatus, quedam qui contra cum ducendus erat in testimonium, juramento adstrinxit, ut no deponeret contra ipsum Respoddemus, ad detegendam tatae frandis et calliditatis comentum ipsum testsem merite esse compellemdum". Cap. 18 x de testib. 2,20. Intrimatit B, presbyter, quod G clericus capellanum ejus et alios quam piures de testibus *suis juramento adstrinxit*, quod testimonium, consilium et auxilium contra ipsum non praebere eidem. Ideoque injungimus, ut ... eos, qui sunt juramento adstricti ... *in testimonium recipere non postponas*.

⁵⁴ Véase el caso citado por BOURGUIGNON, *Jurisprudence*, n. II con referencia art. 304 *Code d'instruction criminelle*.

permanecer oculto. Fiscal, policía y juez no pueden forzar la puerta cerrada. Pero los efectos procesales concretos de las prohibiciones de prueba son los siguientes:

- a) El medio de prueba prohibido no permite ninguna práctica: el objeto de inspección prohibido no puede ser observado, el documento prohibido no puede ser leído, el testigo prohibido o el experto prohibido no pueden ser escuchados.
- b) No obstante, si se ha verificado lo contrario, por ejemplo, porque la necesaria autorización del superior para la declaración de un funcionario público se ha dejado pasar negligentemente o porque la relación de parentesco entre el testigo y el imputado había permanecido desconocida, en estos casos, si se reconoce el error a tiempo, lo que haya salido a luz de esta manera no tiene que ser tomado en consideración, más bien debe ser ignorado y el juez tiene que considerar la práctica de prueba como si nunca hubiese tenido lugar.
- c) Si el error no fue reconocido antes de la sentencia, aquella sentencia puede ser impugnada a consecuencia de éste⁵⁵.

A consecuencia de la prohibición de prueba queda por fuera un hecho (en la medida en que no estamos en presencia de una prohibición puramente relativa y existen medios de prueba no prohibidos de igual valor): la práctica probatoria se resiente. El ordenamiento procesal penal no extrae de forma expresa las consecuencias de este fenómeno. Teóricamente sería concebible que una ley considere que una práctica probatoria recortada no es fundamento suficiente para verter una decisión de fondo, pues presupuesto de toda sentencia sería la valoración integral de la práctica de prueba. Así, si el juez suprime incluso un solo

⁵⁵ Todas las prohibiciones de prueba tienen carácter imperativo, es decir, su vulneración fundamenta la casación en la medida en que es reconocible una relación causal entre la violación y la sentencia. Esto vale también para las prohibiciones de prueba condicionadas (presuponiendo, obviamente, que la condición estuviese dada, pues en caso contrario la prohibición no se aplica).

testimonio de quien ejerce su derecho de rehusarse a declarar, no podría ni condenar ni absolver al imputado, sino que debería *archivar* el proceso sin ningún resultado. Solo que así, la gran mayoría de los procesos penales encontraría este deshonroso final, pues las prohibiciones probatorias que con mucha frecuencia suelen aparecer en la praxis serían determinantes. Por tanto, será difícil encontrar leyes que escojan esta alternativa. Igualmente, la ordenanza procesal penal ha permanecido lejana a este doctrinarismo. Aun con una práctica probatoria aminorada, debe decretarse una sentencia de contenido condenatorio o absolutorio⁵⁶. Puede tener sus reparos, el hecho de hacerse a un cuadro del acontecimiento a juzgar con fundamento en un simple “torso” de la prueba: pero así debe ocurrir, para bien o para mal se decide con lo existente. La prohibición probatoria no implica que los vacíos no se puedan llenar de otra forma, es decir, por vía de la prueba indiciaria. Por ejemplo, si el hijo en el proceso rehúsa declarar contra el padre por malos tratos, el tribunal puede establecer lo ocurrido si el padre es reconocido como brutal y los vecinos a la hora del delito han escuchado directamente ruido como golpes e inmediatamente después han visto salir de la casa al hijo ensangrentado. En otros casos se puede proponer como argumento la circunstancia misma de la falta de prueba, es decir, el hecho de que, por ejemplo, debido al secreto médico se rehúsa un testimonio y el tribunal así puede enviar la señal de que el hecho investigado así resulta afirmado. Pero desde luego hay muchos otros casos en los cuales una vez declarada la prohibición probatoria, fractura toda la práctica probatoria, de tal manera que la prueba restante que todavía está habilitada no es suficiente para obtener un cuadro claro. Así, le queda al tribunal como única puerta de escapatoria el principio *in dubio pro reo*, es decir, solucionar el caso con la absolución.

⁵⁶ Presuponiendo, desde luego, que se han examinado todas las pruebas legalmente admisibles y obligatoriamente necesarias en el caso particular y que el marco reducido de la prueba se debe sólo a una imposibilidad de derecho (o también fáctica) de aclarar aún más los hechos.

La prohibición probatoria muestra aquí completamente su importancia eminentemente práctica: muy probablemente sin la prohibición probatoria, el tribunal se hubiese dirigido de forma apabullante a la prueba de la culpabilidad. Pero debido a la fuerza de la prohibición de prueba, el tribunal debe dejar libre al culpable.

Esta circunstancia nos lleva inmediatamente a la cuestión de la justificación de las prohibiciones de prueba. ¿No sería tal vez un desafío dispuesto para la legislación del futuro, que se deje desde ahora en adelante las manos libres a las autoridades penales para que puedan actuar sin limitaciones y en interés de la justicia, es decir, que se supriman todas las prohibiciones de prueba? Quien quiera contestar esta pregunta de forma elemental no podría ahorrarse el reproche de tener una visión unilateral y de corto alcance. El interés por una justicia penal eficaz es sin ninguna duda muy significativo. Pero no es el único interés existente en el mundo; en no pocas ocasiones entra en conflicto con otros intereses, así que uno de los dos debe ceder. Todo lo que acontece es en última instancia una lucha de tendencias y de fuerzas, y así también el proceso penal puede estar implicado en esta batalla. La cuestión de si las prohibiciones probatorias tienen justificación desemboca en el problema, mucho más importante y de más largo alcance, del estado de necesidad y de la ponderación de bienes. Este problema *en principio* no ha sido nunca discutido y apenas planteado⁵⁷ en su aplicación a las prohibiciones probatorias, como en general ha faltado un tratamiento comprensivo de lo mismo. Desde

⁵⁷ ZACHARIÄ, t. I, pág. 39, compara (t. II, pág. 192) e interpreta esta noción como un concepto básico y general: se busca sacar a la luz la verdad material *en la medida en que* puede conciliarse con otras consideraciones jurídicas y exigencias morales. Véase además ROSSHIRT, *Ztsch. f. Strafrecht*. N. F. III 95.

DESDE hace tiempo es común la siguiente interpretación del derecho de rehusarse a declarar: en este caso se trata de ponderar los requerimientos del Estado en la esfera de la investigación de la verdad en el marco del proceso penal con respecto a otras exigencias legítimas y eventualmente dar a las segundas la prioridad con respecto a las primeras. Véase por ejemplo ZACHARIÄ, t. II, pág. 186; *Motive zu Entwurf II* con referencia a los §§ 42-45. Digna de mención es también la disposición de Oldenburg 1857, art. 132: las autoridades públicas tienen que negar al juez la divulgación de actos y documentos "que sea interés prioritario del Estado mantener secretos".

luego, se necesita todavía un largo trabajo científico que en lugar de la casuística establezca sólidos principios generales para solucionar la cuestión de en qué medida el interés del Estado para investigar la verdad plena en el procedimiento penal se superpone a otros intereses en conflicto provenientes del mismo Estado, de las municipalidades y de los particulares. En efecto, la mediación entre un interés estatal y un interés de otro tipo es en general uno de los problemas más difíciles e, incluso, podemos atrevernos a decirlo “el” problema típico del derecho. En particular, nuestro problema está claramente relacionado con el problema jurídico administrativo del alcance de las facultades de la policía; incluso se puede decir que cada disposición legal que acuerda o niega a un órgano cualquiera del Estado determinadas atribuciones es expresión de una ponderación de intereses. Por lo demás, no sólo el legislador está obligado a acometer tal ponderación, pues el problema alcanza incluso en sus últimos desarrollos la sala del tribunal del juez penal, cuando éste en un caso penal alberga dudas y debe decidirse en favor de la absolución o de la condena; en este caso el juez solo tiene la angustiante elección entre humanidad y compasión por un lado y por otro la consideración del Estado que ha sido ofendido por el delito. Con mucho énfasis la ley carolina (art. 150) señalaba al juzgador: “A asuntos de tan gran significado como juzgar entre el bien común y la sangre humana se les ha de corresponder con mayor juicio y cuidado”⁵⁸.

Esta exhortación hay que aplicarla más que al juez —que enfrenta el problema solamente en menor medida— al legislador y a los que le aconsejan, pues en últimas aquel se dispone a verter en forma de proposiciones jurídicas duraderas el equilibrio entre los intereses del proceso penal y otros intereses. En cualquier caso pueden darse

⁵⁸ Este texto está precedido por estas consideraciones: “Si acaso algunas personas sencillas piensan que hacen bien en salvar la vida de estos (es decir, los imputados por homicidio), sepan que de esta manera pecan gravemente y son deudores de los acusadores de los mismos frente a Dios y al mundo”.

desde ahora al menos unas directrices que la futura legislación deberá cumplir.

1. El establecimiento o no de prohibiciones de prueba tendrá que permanecer siempre en armonía con los principios jurídicos que en otros campos del derecho arbitran un conflicto parecido entre determinados intereses del Estado y otros intereses. Lo que está permitido a la policía preventiva no podrá por regla general ser vedado a la policía represiva y a la justicia penal. Además, si un propietario puede ser despojado de una cosa a favor del bien público en el sentido del derecho administrativo, también en el proceso penal debe permitirse este tipo de expropiación forzada, pero fundamentalmente bajo las mismas cautelas que le corresponden a la propiedad conforme sucede en el derecho administrativo y no de forma más exigente para el propietario (en particular cuando se padece un perjuicio).

2. Allí donde resulte necesario establecer una prohibición probatoria, hay que pensar siempre en *todos* los medios probatorios correspondientes, es decir, debe tenerse en cuenta que no se regulen de forma aislada las prohibiciones de declaración, las prohibiciones de inspección, etc., sino que, en la medida en que exista un concepto general unitario, se extraen claramente las consecuencias en forma unívoca para todos los medios de prueba⁵⁹.

3. No se puede desatender la circunstancia de que el interés estatal imperante en el proceso penal en manera alguna constituye una constante de grandeza que determine su intensidad. Es absolutamente evidente que el interés en aclarar una alta traición, un asesinato, etc. —piénsese por ejemplo en los procesos por asesinato de Konitz o de Gumbinn— es infinitamente mayor que, por ejemplo, el interés en

⁵⁹ Véase acerca de esto lo que se afirmó anteriormente.

la investigación y en la condena de un ciclista que ha conducido en la orilla prohibida de la carretera o el caso de un joven demasiado alegre que en la vía pública de noche dio rienda suelta a sus ganas de cantar. Por lo tanto, una prohibición de prueba digna de atención para delitos de bagatela se vuelve deplorable en asuntos de capital importancia. La prueba en el caso de delitos graves puede estar menos limitada que la prueba en el caso de sencillas transgresiones. Un manejo diferenciado de delitos de mayor y menor gravedad está autorizado por la ley en otros casos: el ejemplo más apropiado es el de la prisión preventiva en fase de investigación, que normalmente no está permitida para delitos menores según el § 113 del ordenamiento procesal penal.

4. Se darán múltiples casos en los que el interés justificado que entra en contradicción con el interés del proceso penal se puede satisfacer de forma distinta a la utilización de la prohibición probatoria. Muchas veces se complacen eficazmente aquellos intereses en la medida en que no se renuncia completamente a la prueba, sino que se somete su práctica a determinadas condiciones (exclusión del público, etc.). El legislador tiene que seguir esta vía y no recurrir a la prohibición de prueba.

5. Si el interés del particular está en juego con el interés estatal en la persecución penal, hay que distinguir si se trata de un interés del imputado o de un tercero no imputado. Una prohibición probatoria en favor de esta última puede resultar justificada bajo ciertas circunstancias, en tanto que el imputado debe tolerar la existencia de injerencias en contra de terceros. Esta concepción básica en la actualidad no es extraña al ordenamiento procesal penal; por ejemplo, en los casos de registro —ordenamiento procesal penal § 102 siguiente—, éste se autoriza cuando se trata del imputado con mucha más facilidad que cuando se trata de una tercera persona no indiciada. Esta

concepción se puede aplicar por cierto también al derecho probatorio. En particular, las intervenciones en la esfera de la propiedad privada que resulten oportunas para las finalidades de la prueba, según este punto de vista, pueden ser distribuidas a lo largo de una escala de grados de legitimidad (¡piénsese en las excavaciones en el campo de una tercera persona que no tiene nada que ver con el asunto y, por otro lado, a las excavaciones en el campo del mismo imputado!).

Por lo que se refiere a las prohibiciones de prueba consideradas en particular en el derecho procesal alemán actual se tendrían que hacer las siguientes consideraciones críticas:

1. Es cierto que los intereses estatales que están fuera de la esfera del proceso penal son a menudo más preponderantes que el interés del Estado en el proceso penal. Es obvio que el interés estatal en conservar los vínculos de la comunidad de los estados es mucho más significativo que el interés en llevar hasta el final un proceso penal concreto. Por lo tanto, se han de mantener todas las interdicciones que proceden de las normas del derecho internacional.

Cuando los intereses estatales internos colisionan con otros, como por ejemplo, convocar a un funcionario público como testigo o experto sería acompañado por un grave daño para los intereses de servicio, una autoridad central específica del Estado (una especie de corte para los conflictos de competencia), debería tener la última palabra acerca de cuál de los intereses estatales en disputa es el más importante en el caso dado.

2. Pueden existir muchas dudas acerca de si las consideraciones que han llevado a exceptuar a los *miembros de las familias reinantes* del deber de declarar tengan realmente prioridad con respecto al interés del proceso penal. Si se piensa en el caso en que, por ejemplo, el príncipe ha sido el único testigo ocular de cómo un compañero de caza, fuera

de control, ha disparado sobre otro matándolo, ¿no sería muy deplorable que en este caso el asesino resultara absuelto solo porque no es posible conseguir el testimonio del príncipe? ¿Y qué hacer en los casos en que el príncipe mismo fue el herido, pero el imputado niega y no están a disposición otros medios de prueba? Por tanto, esta prohibición de prueba en el derecho del futuro no tendría que desempeñar ningún papel o, en el caso extremo, solo en asuntos de muy poca importancia.

3. Habrá completo acuerdo acerca del principio de que también el proceso penal debe respetar la *dignidad humana* y en consecuencia un conflicto insoluble entre dignidad humana e intereses del proceso penal tiene que conllevar una prohibición probatoria. Desde luego, el concepto sobre lo que es dignidad humana seguirá siendo controvertido por muchas generaciones. Pero, aun haciendo abstracción de la dignidad humana, la opinión moderna seguirá afirmando, por cierto con razón, que la esfera de la personalidad de cualquiera tiene que ser protegida de la intervención estatal, incluido obviamente el proceso penal. Por tanto, permanecerá firme el principio de que ningún imputado está obligado a declarar en contra de sí mismo y como consecuencia⁶⁰ que el testigo está exento del deber de testimoniar en la medida en que sea discutible si él mismo ha cometido algún delito⁶¹.

⁶⁰ Véase los *Motive zu Entwurf III* con referencia al § 45.

⁶¹ Por el contrario, no se puede tomar en consideración a efecto de relevar un testigo del deber de declarar la amenaza con la deshonra o el perjuicio en el proceso penal, a diferencia del proceso civil. Véase *Motive zu Entwurf III* con referencia al § 45: "Si ciertas disposiciones legales permiten ... rehusarse a testimoniar sólo porque alguien tuviera que aceptar la deshonra suya o de un familiar, el proyecto no puede seguirlos, pues una disposición de este tipo, muchas veces y señaladamente en el caso de delitos graves conllevaría la pérdida de importantes medios de prueba y sería un serio obstáculo para cumplir con las tareas del derecho penal, que no pueden ser puestas en el mismo plano con aquellas del derecho civil. Además, el concepto de deshonra puede ser extendido tanto, que cada testigo puede interpretarlo a su manera y el juez no está en condición de introducir criterios objetivos, pues hacerlo implicaría conocer de antemano precisamente aquellas circunstancias que el testigo no quiere revelar".

4. En contra del derecho de rehusarse a rendir testimonio por parte de los *familiares* del imputado se pueden expresar algunas reflexiones. ¿En realidad le debe ser permitido al hermano sacar del apuro al hermano acusado y a su vez de las manos de la justicia y el brazo vencedor de ésta? ¿Debe ser igual en el caso de los cónyuges, de padres e hijos, etc., en sus relaciones recíprocas? ¿Y todo esto sólo porque el testigo se encuentra por casualidad en aquella determinada relación de parentesco? ¿No sería bastante consideración para los lazos afectivos entre parientes, si los familiares estuvieran sencillamente exentos del deber, que existe también en el derecho actual aunque en medida limitada, de entablar denuncia espontáneamente y hacer aplicación del trato indulgente que da el derecho penal material para los delitos cometidos con el objeto de favorecer a familiares imputados?⁶² Aun admitiendo que al pariente le resulte gravísimo declarar en contra de otro pariente en asuntos penales, ¿no debería tener prioridad el interés del Estado en el proceso penal? Otro asunto con el que se debe ser prudentes es no imponer juramento a los parientes. Pero, sea como fuere, el derecho de rehusarse a declarar por parte de los familiares es tan arraigado históricamente que difícilmente se puede pensar en abolirlo⁶³.

5. Con respecto a las prohibiciones de prueba que se fundamentan en el secreto confiado (derecho de rehusarse a declarar de los médicos, sacerdotes, etc.) se plantea de antemano esta pregunta: ¿se justifican absolutamente los secretos autorizados? O ¿no se debe exigir enérgicamente que la luz de la verdad penetre victoriosamente

⁶² Sin embargo, todavía hoy se sigue reconociendo la impunidad del favorecimiento de los familiares, Ordenanza Procesal Penal, § 257, apartado 2.

⁶³ La opinión común se pondrá del lado de MITTERMAIER, *Theorie des Beweises*, pág. 283, que invoca “la voz de la naturaleza” que el Estado “tiene que respetar y venerar” y que quita al Estado cualquier derecho de “exigir una renuncia estoica a aquellos lazos afectivos”. Sólo que actualmente nadie pediría una prohibición incondicionada del interrogatorio de familiares, como la exige Mittermeier invocando el derecho romano (véase lo anteriormente dicho al respecto).

en todas partes? ¿El secreto no lleva en sí mismo los rasgos de lo arbitrario y de lo que se opone al progreso? Frente a esto ha de ser establecido que la vida humana en comunidad, en efecto exige que ciertas pequeñas esferas sean reservadas al secreto. Por tanto, también en el futuro, el secreto de confesión; el secreto de la defensa, el secreto de la abogacía y el secreto médico podrán exigir que sean tomados en cuenta⁶⁴. Pero no creo que este respeto y consideración tengan que traducirse necesariamente en una prohibición probatoria (aunque sea condicionada), como lo reconoce el derecho actual. Hay una diferencia considerable entre las condiciones en que una persona de confianza divulga la información que le ha sido comunicada *sub fiducia*. Desde luego, nadie aprueba que aquel exprese el secreto a todos, con ligereza. Pero normalmente, ¿no pudiera ser la exclusión de la publicidad un remedio suficiente?, ¿no se podría encontrar una solución intermedia para el conflicto de intereses en la medida en que no se suprime el deber de declarar, pero se otorga a la persona a quien fue confiado el secreto, el derecho de declarar a puerta cerrada? En este sentido, lo que constituye una prohibición de prueba se transformaría en una regla de procedimiento. Una segunda corrección con respecto al derecho vigente: únicamente el interesado debería estar autorizado para pedir la aplicación de esta medida⁶⁵.

6. Acerca de las injerencias en la esfera de la *propiedad privada* para las finalidades del proceso penal se tendrá que seguir una única directriz: hay que *indemnizar* al interesado⁶⁶.

Para no ofrecer una obra fragmentaria, la tarea de reforma no puede limitarse a someter a prueba el fundamento de las prohibiciones ya

⁶⁴ Véase acerca de la cura de almas ROSSHIRT, ob. cit., pág. 133; acerca del secreto de abogacía ROSSHIRT 135, *Motive zu Entwurf III* con referencia al párrafo 44; ROSSHIRT 142 niega la validez del secreto médico.

⁶⁵ Véase lo anteriormente dicho al respecto.

⁶⁶ Véase además lo anteriormente dicho al respecto.

existentes, sino también ha de reflexionar si no existen también otros intereses que actualmente no están protegidos por las prohibiciones de prueba y que reclaman con urgencia esta protección. Sin discutir aquí este problema con todas sus implicaciones, se podrá decir de todas maneras que el derecho actual no toma suficientemente en cuenta los intereses de las *corporaciones públicas* distintas al Estado. Deberá ser tarea de la legislación garantizar más y mejor lo que hasta hoy es la esfera de estas entidades frente a la investigación de los órganos de persecución penal, pues también estos intereses, intereses de las municipalidades, de los círculos administrativos, etc., son muy importantes para la vida social⁶⁷.

¡Son panoramas amplios los que aquí se abren! ¡Sería deseable que el legislador logre encontrar las cargas adecuadas para balancear los intereses abigarrados sobre las balanzas de Themis!

⁶⁷ Distinta es la posición de ZACHARIÄ II 194.

Publicación Especial



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PRIMERA SECCIÓN

Caso KOTILAINEN Y OTROS vs. FINLANDIA

(Proceso núm. 62439/12)

RESOLUCIÓN

Los demandantes alegaron que no tenían un recurso efectivo ya que sus cargos fueron desestimados sin examinar el fondo por falta de *locus standi*.

Art. 2 (sustantivo) • Obligaciones positivas • No confiscar preventivamente el arma de un estudiante cuyas publicaciones en Internet antes de cometer asesinatos en la escuela, si bien no contienen amenazas específicas, ponen en duda su aptitud para poseer un arma de fuego de manera segura.

• Autoridades no sujetas al deber de protección personal hacia las víctimas, ya que la información disponible emanada del agresor es insuficiente para sospechar un riesgo real e inmediato para la vida. • Incumplimiento del deber especial de diligencia que incumbe a las autoridades debido al nivel particularmente alto de riesgo para la vida inherente a cualquier mala conducta que involucre el uso de armas de fuego.

Art. 2 (procesal) • Investigación eficaz • Investigación nacional adecuada y suficientemente independiente

ESTRASBURGO

Septiembre 17 2020

Esta sentencia será definitiva en las circunstancias establecidas en el artículo 44 y 2 del Convenio. Puede estar sujeta a revisión editorial.

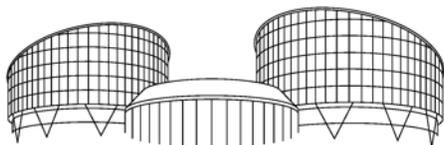
Traducción: Raúl Márquez González y José Antonio González Pedroza.
Supervisión y corrección: Raciél Garrido Maldonado y Gustavo Frías Esquivel

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Publicación Especial



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

FIRST SECTION

CASE OF KOTILAINEN AND OTHERS v. FINLAND

(Application no. 62439/12)

JUDGMENT

Art 2 (substantive) • Positive obligations • Failure to preventively confiscate gun from student whose internet postings prior to committing school killings, while not containing specific threats, cast doubt on his fitness to safely possess firearm

• Authorities not under duty of personal protection towards the victims, since available information emanating from the perpetrator insufficient to suspect a real and immediate risk to life • Failure to observe special duty of diligence incumbent on authorities because of particularly high level of risk to life inherent in any misconduct involving the use of firearms

Art 2 (procedural) • Effective investigation • Domestic investigation adequate and sufficiently independent

STRASBOURG

17 September 2020

This judgment will become final in the circumstances set out in Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

En el caso de Kotilainen y otros vs. Finlandia,

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Primera Sección), constituido en Pleno por:

Ksenija Turković, *Presidente*,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Aleš Pejchal,

Armen Harutyunyan,

Pauliine Koskelo,

Tim Eicke,

Jovan Ilievski, *jueces*,

y Abel Campos, *Secretario Adjunto de Sección*,

Habiendo deliberado en privado el 7 de julio de 2020,

se dicta la siguiente resolución que fue adoptada en la fecha ya mencionada:

PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en un proceso (no. 62439/12) contra la República de Finlandia presentado ante el TEDH de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“la Convención”) por diecinueve ciudadanos finlandeses (“los demandantes”), el 28 de septiembre de 2012. En el apéndice se incluye una lista de los demandantes, por familia.

2. Los demandantes estuvieron representados por la Sra. Esa Puranen, quien ejerce en Jyväskylä. El Gobierno finlandés (“el Estado”) estuvo representado por sus agentes, el Sr. Arto Kosonen y la Sra. Krista Oinonen, ambos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

In the case of *Kotilainen and Others v. Finland*,

The European Court of Human Rights (First Section), sitting as a Chamber composed of:

Ksenija Turković, *President*,
 Linos-Alexandre Sicilianos,
 Aleš Pejchal,
 Armen Harutyunyan,
 Pauliine Koskelo,
 Tim Eicke,
 Jovan Ilievski, *judges*,
 and Abel Campos, *Section Registrar*,
 Having deliberated in private on 7 July 2020,
 Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 62439/12) against the Republic of Finland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by nineteen Finnish nationals (“the applicants”), on 28 September 2012. A list of the applicants, by household, is set out in the appendix.
2. The applicants were represented by Mr Esa Puranen, a lawyer practising in Jyväskylä. The Finnish Government (“the Government”) were represented by their Agents, Mr Arto Kosonen and Ms Krista Oinonen, both of the Ministry for Foreign Affairs.

3. Los demandantes alegaron especialmente, en virtud del artículo 2 del Convenio que la policía había omitido proteger las vidas de sus familiares fallecidos.
4. El 8 de diciembre de 2015 se comunicó la demanda al Gobierno.

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. Los hechos del caso, presentados por las partes y establecidos en el proceso interno, pueden resumirse de la siguiente manera.
6. Los demandantes son familiares de las personas que murieron en el tiroteo ocurrido en una escuela en Kauhajoki el 23 de septiembre de 2008. La tragedia tuvo lugar en un instituto vocacional al que asistían jóvenes adultos. El agresor, un estudiante de veintidós años del instituto, mató a diez personas, de las cuales nueve eran estudiantes y una, maestro, acto seguido el agresor se suicidó. El ataque atrajo amplia publicidad tanto en Finlandia como a nivel internacional.

A. Antecedentes del caso

7. Los antecedentes fácticos del tiroteo se aclararon después del ataque fatal en la investigación previa al juicio y se establecieron en el proceso penal posterior que se siguió contra el inspector detective en jefe involucrado en la licencia del arma del agresor (véanse los párrafos 19 a 35), así como en los procesos llevados a cabo por la comisión

3. The applicants alleged, in particular, that the police had omitted to protect the lives of their deceased relatives under Article 2 of the Convention.
4. On 8 December 2015 the application was communicated to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The facts of the case, as submitted by the parties and as established in the domestic proceedings, may be summarised as follows.
6. The applicants are relatives of individuals who were killed in a school shooting in Kauhajoki on 23 September 2008. The tragedy took place at a vocational institute attended by young adults. The perpetrator, a 22-year-old student of the institute, killed ten people, of whom nine were students and one was a teacher, and then killed himself. The attack attracted wide publicity both in Finland and internationally.

A. Background of the case

7. The factual background of the shooting was clarified after the fatal attack in the pre-trial investigation and established in the subsequent criminal proceedings against the Detective Chief Inspector involved in the licensing of the perpetrator's weapon (see paragraphs 19-35 below) as well as in the proceedings conducted by an

encargada de investigar los hechos, que al efecto ordenó crear el Gobierno (ver el párrafo 38). Los hechos establecidos según se desprenden de dichas investigaciones y procesos son los siguientes.

8. El 25 de junio de 2008, el autor solicitó en la comisaría local una licencia para adquirir y portar un arma. En su solicitud indicó que necesitaba un arma para practicar tiro de precisión en el campo de tiro local y que ya había practicado en la casa de verano con el arma de su padre. En realidad, su padre o padrastro no habían disparado con él, ni tenían armas ni licencia de armas de fuego en ese momento. Este hecho no fue conocido enseguida por la policía. El agresor había adjuntado a su solicitud de armas de fuego un recibo de una “cuota de afiliación” un importe de 10 euros, al club de tiro local que le daba derecho a practicar en el campo de tiro local. La cuota de afiliación habitual era de 26 euros y además le habría permitido participar en concursos, pero el autor no eligió esa opción. Por tanto, no era miembro del club de tiro local.

9. El 21 de julio de 2008, el agresor visitó a un psicólogo en el centro de salud local por ataques de pánico y agresión. A partir del 11 de agosto de 2008 visitó a una enfermera especializada en depresión, aproximadamente una vez a la semana, en total cinco veces, siendo la última visita el 9 de septiembre de 2008. El 13 de agosto de 2008 se le recetó un medicamento destinado al tratamiento de la depresión grave y los ataques de pánico. La policía no tenía esta información antes del tiroteo.

10. El 7 de agosto de 2008, después de haber entrevistado al agresor, el inspector detective en jefe le concedió el permiso para adquirir un arma. El 12 de agosto de 2008, el autor compró el arma en otra parte del país. El 2 de septiembre de 2008, un oficial de policía aprobó el arma del autor en la comisaría local.

investigation commission set up by the Government (see paragraph 38 below). The established facts as they transpired from the said investigations and proceedings are the following.

8. On 25 June 2008 the perpetrator sought at the local police station licence to acquire and carry a weapon. In his application he indicated that he needed a weapon for practicing precision shooting at the local shooting range and that he had already practiced shooting at the summer house with his father's weapon. In reality his father or step-father had not shot with him, nor did they have a weapon or a firearms licence at that time. This fact was not known to the police at the relevant time. The perpetrator had attached to his firearms application a receipt of paid "membership fee" of 10 euros to the local shooting club which entitled him to practice at the local shooting range. The regular membership fee was 26 euros and would have entitled him also to participate to competitions but the perpetrator did not choose that option. He was thus not a member of the local shooting club.

9. On 21 July 2008 the perpetrator visited a psychologist at the local health centre for panic and aggression attacks. From 11 August 2008 onwards he visited a nurse specialised in depression about once a week, in total five times, the last visit being on 9 September 2008. On 13 August 2008 he was prescribed medication destined for treatment of severe depression and panic attacks. The police did not have this information before the shooting.

10. On 7 August 2008, after having interviewed the perpetrator, the Detective Chief Inspector granted him a permission to acquire a weapon. On 12 August 2008 the perpetrator purchased a weapon in another part of the country. On 2 September 2008 a police officer approved the perpetrator's weapon at the local police station.

11. Durante la noche del 17 al 18 de septiembre de 2008 hubo un intento de hacer estallar el buzón de correo de un maestro local. No se ha encontrado evidencia que vincule al perpetrador con este hecho.

12. En la madrugada del viernes 19 de septiembre de 2008, una empleada de la limpieza de una escuela secundaria local, que se encuentra a un kilómetro del instituto vocacional al que asistía el perpetrador, vio una vela encendida en las proximidades de la escuela secundaria. Ella le contó sobre la vela a otras dos personas, una de las cuales, pocas horas después descubrió en Internet tres videoclips en los que se ve al autor disparando un arma en un campo de tiro, que fueron filmados por un amigo de éste que incluso practicaba tiro. Además, el material publicado contenía imágenes en las que el perpetrador sostenía una pistola, así como textos en inglés sobre la guerra y la muerte. Esta información fue entregada a la policía el mismo día. Igualmente, otro ciudadano preocupado informó a la policía, sobre las publicaciones del mismo autor en Internet el mismo día, pero esta información nunca llegó a los policías involucrados en el presente caso.

13. Después de recibir la información anterior, varios policías vieron los videoclips. Descubrieron que los videos habían sido publicados bajo un seudónimo que utilizó el autor. Estas publicaciones contenían solo pequeños elementos textuales y ninguna referencia a un tiroteo en la escuela. El mismo seudónimo incluso se había utilizado en un sitio de redes sociales (IRC-Galleria) como miembro de una comunidad llamada “Hora Cero: Masacre en Columbine High”. El autor además había comentado esta película como “entretenimiento en su máxima expresión” el 18 de agosto de 2008. Sobre la base de estos materiales, varios policías habían comenzado a sospechar que el perpetrador podría cometer un homicidio escolar, ya que parecía

11. During the night of 17-18 September 2008 there was an attempt to explode the mail box of a local teacher. No evidence has been found linking the perpetrator to this event.

12. On the early morning of Friday 19 September 2008 a cleaning lady of a local high school, which is situated about a kilometre away from the vocational institute attended by the perpetrator, saw a lit grave candle in the proximity of the high school. She told about the candle to two other persons, one of whom a few hours later discovered on the Internet three video clips in which the perpetrator was seen firing a weapon at a shooting range. It later appeared that he was filmed by his friend who also practiced shooting. In addition, the posted material contained pictures in which the perpetrator was holding a handgun as well as texts in English about war and dying. This information was submitted to the police the same day. Also another concerned citizen informed the local police in the neighbouring town about the same perpetrator's postings on the Internet on the same day but this information never reached the police officers involved in the present case.

13. After having received the above information, several police officers viewed the video clips. They found out that the videos had been posted under a pseudonym which the perpetrator used. These postings contained only little textual elements and no references to a school shooting. The same pseudonym had also been used at a social media site (IRC-Galleria) as a member of a community called "Zero Hour: Massacre at Columbine High". The perpetrator had also commented this movie as "entertainment as its best" on 18 August 2008. On the basis of these materials, several police officers had started to suspect that the perpetrator might commit a school killing since he seemed to imitate, with

imitar, con su forma de vestir y gestos, al autor de un homicidio escolar que tuvo lugar en Finlandia menos de un año antes. Dado que el inspector detective en jefe estaba fuera de servicio ese día, los agentes de policía se comunicaron con su reemplazo y solicitaron un permiso para incautar temporalmente el arma del perpetrador. Esta solicitud fue concedida a las 15:40 horas. Cuando los agentes de policía, unos 10 minutos más tarde, fueron a ejecutar esta asignación, ya no encontraron al perpetrador en su casa o en la escuela, ya que se había ido el fin de semana de visita a su ciudad natal.

14. El sábado 20 de septiembre de 2008 el inspector detective en jefe se enteró de los hechos del día anterior, en un acto social al que asistieron él y algunos de los policías.

15. El lunes 22 de septiembre de 2008, el inspector detective en jefe fue informado con más detalle sobre las observaciones realizadas, y él mismo vio los videos y leyó los textos en inglés. Parece que además conocía la referencia a la masacre en Columbine High. El inspector detective en jefe llamó al autor para una entrevista esa misma tarde, que duró aproximadamente un cuarto de hora. El perpetrador explicó al inspector detective en jefe, *inter alia*, que el texto en inglés era la letra de una canción de una determinada banda. Se le dio una advertencia verbal. Después de la entrevista, el inspector detective en jefe concluyó que “no se habían presentado las circunstancias específicas en este asunto en virtud de las cuales se debiera retirar el arma [del agresor] y su licencia de armas de fuego deberían ser retiradas, en esta etapa”. Después de que se tomó esta decisión, los oficiales de policía le enviaron tres páginas más al inspector detective en jefe de un sitio *web* de redes sociales, IRC-Galleria a las 15:20 horas.

16. Esa misma noche y a la mañana siguiente, el perpetrador compró algunas herramientas que se utilizaron en el asesinato. Unas horas

his way of dressing and gestures, the perpetrator of the previous school killing which took place in Finland less than a year earlier. Since the Detective Chief Inspector was off duty that day, the police officers contacted his replacement and requested a permission to temporarily seize the perpetrator's weapon. This request was granted at 3.40 p.m. When the police officers about 10 minutes later went to execute this assignment, they no longer found the perpetrator at his home or at school since he had left for the weekend to visit his home town.

14. On Saturday 20 September 2008 the Detective Chief Inspector learned about the events of the day before in a social event attended by him and some of the police officers.

15. On Monday 22 September 2008 the Detective Chief Inspector was told in more detail about the observations made, and he himself viewed the videos and read the English texts. It appears that he also knew about the reference to the massacre at Columbine High. The Detective Chief Inspector called in the perpetrator for an interview the same afternoon, which lasted about a quarter of an hour. The perpetrator explained to the Detective Chief Inspector, *inter alia*, that the English text were the lyrics of a song by a certain band. He was given a verbal warning. After the interview, the Detective Chief Inspector concluded that "no such circumstances had appeared in this matter on the basis of which [the perpetrator's] weapon and his firearms licence should be withdrawn at this stage". After this decision was taken, the police officers sent him three more IRC-Galleria pages at 3.20 p.m.

16. The same evening and the next morning the perpetrator purchased some tools which were used in the killing. Some hours before

antes del acto incluso realizó videoclips en los que indicaba la intención de cometer asesinatos. Él filmó estos videoclips por sí mismo. Según la comisión de investigación, este material se descubrió posteriormente en archivos de cámara eliminados y probablemente no se habían publicado ni mostrado en ninguna parte.

17. El martes 23 de septiembre de 2008, tuvo lugar el homicidio en la escuela a las 10:42 horas.

18. Durante las investigaciones se conoció que el autor había sido dado de baja del servicio militar en agosto de 2006 debido a problemas mentales. Asimismo, se estableció que el agresor ya había planeado en 2002 un tiroteo en una escuela y que el departamento de policía local de otra parte del país tuvo conocimiento de ello. De los materiales de la investigación previa al juicio se desprende que esta información no llegó a conocimiento de los agentes de policía implicados en el presente caso sino hasta el 23 de septiembre de 2008, varias horas después de que ocurrieron los homicidios en la escuela. El autor además escribió en su carta de despedida que había estado planeando tales asesinatos desde el 2002.

B. Procesos penales contra el inspector detective en jefe, que comprenden reclamaciones de indemnización contra el Estado

19. Se inició proceso penal contra el inspector detective en jefe que había sido responsable de las decisiones relativas a la licencia del arma utilizada por el perpetrador. El caso fue investigado por la Oficina Nacional de Investigaciones (*Keskusrikospoliisi, Centraalkriminalpolisen*). La investigación previa al juicio contra el inspector detective en jefe concluyó el 8 de diciembre de 2008.

the act he also made video clips indicating an intention to commit killings. He filmed these video clips by himself. According to the investigation commission, this material was subsequently discovered in deleted camera files, and it had probably not been posted or shown anywhere.

17. On Tuesday 23 September 2008 the school killing took place at 10.42 a.m.

18. During the investigations it appeared that the perpetrator had been discharged from his military service in August 2006 due to mental problems. It was also established that the perpetrator had already in 2002 planned a school shooting which had come to the knowledge of the local police department in another part of the country. It appears from the pre-trial investigation materials that this piece of information came to the knowledge of the police officers involved in the present case only on 23 September 2008, several hours after school killing had already taken place. The perpetrator also wrote in his farewell letter that he had been planning such a killing since 2002.

B. Criminal proceedings against the Detective Chief Inspector, encompassing compensation claims against the State

19. Criminal proceedings were instituted against the Detective Chief Inspector who had been responsible for the decisions concerning the licensing of the weapon used by the perpetrator. The case was investigated by the National Bureau of Investigation (*Keskusrikospoliisi, Centrankriminalpolisen*). The pre-trial investigation against the Detective Chief Inspector was concluded on 8 December 2008.

20. El fiscal presentó cargos contra el inspector detective en jefe el 16 de febrero de 2009. Fue acusado de incumplimiento negligente de un deber oficial, (*tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen, brott mot tjänsteplikt av oaktsamhet*) por haber decidido no confiscar el arma de fuego al autor el 22 de septiembre de 2008, fecha en la que fue citado para ser interrogado por la policía. Igualmente fue acusado por los demandantes de incumplimiento de un deber oficial (*virikavelvollisuuden rikkominen, brott mot tjänsteplikt*) que abarcaba el período del 22 de junio de 2008 al 23 de septiembre de 2008, y de diez cargos de homicidio por negligencia grave (*törkeä kuolemantuottamus, grovt dödsvållande*) que abarcaba el período del 25 de junio al 23 de septiembre de 2008. Los demandantes se sumaron a los cargos presentados por el fiscal y presentaron sus reclamaciones de indemnización contra el Estado finlandés.

1. Tribunal de distrito

21. El 29 de enero de 2010, el tribunal de distrito de Kauhajoki (*käräjäoikeus, tingsrätten*) desestimó en parte los cargos presentados por el fiscal y los demandantes además desestimó en parte, sin examinar el fondo, los cargos presentados por los interesados en lo que se refería a una época demasiado lejana el tiroteo. De igual forma se rechazaron las reclamaciones de indemnización de los demandantes.

22. El tribunal determinó que la licencia de armas de fuego se había expedido al autor de acuerdo con la ley en el momento en que cumplía con los requisitos legales para dicha licencia. Las primeras sospechas de un posible riesgo de tiroteo habían surgido pocos días antes de que eso ocurriera. Se demostró que el día antes del tiroteo en la escuela, el inspector detective en jefe había tenido conocimiento del material que el perpetrador había publicado en Internet, pero no lo encontró

20. The public prosecutor pressed charges against the Detective Chief Inspector on 16 February 2009. He was charged with negligent breach of an official duty (*tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen, brott mot tjänsteplikt av oaktsamhet*) by the public prosecutor for having decided not to seize the firearm from the perpetrator on 22 September 2008, the date on which he was called in for questioning by the police. He was also charged by the applicants with breach of an official duty (*virkavelvollisuuden rikkominen, brott mot tjänsteplikt*) covering the period of 22 June 2008 to 23 September 2008, and on ten counts of grossly negligent homicide (*törkeä kuolemantuottamus, grovt dödsvållande*) covering the period of 25 June to 23 September 2008. The applicants also joined the charges brought by the public prosecutor and presented their compensation claims against the Finnish State.

1. District Court

21. On 29 January 2010 the Kauhajoki District Court (*käräjäoikeus, tingsrätten*) dismissed in part the charges brought by the public prosecutor and the applicants and dismissed in part, without examining the merits, the charges brought by the applicants in so far as they concerned a time that was too distant from the shooting. The applicants' compensation claims were also rejected.

22. The court found that the firearms licence had been issued to the perpetrator in accordance with the law as at the time as he had fulfilled the legal requirements for such a licence. The first suspicions of a possible risk of a shooting had arisen only a few days before it took place. It was shown that the day before the school shooting the Detective Chief Inspector had been aware of the material that the perpetrator had posted on the Internet but had not found it threatening. However,

amenazante. Sin embargo, había llamado al autor para interrogarlo el mismo día. Como la entrevista con el perpetrador no había revelado ninguna razón clara para retirar su licencia de armas de fuego, el inspector detective en jefe solo le había dado una advertencia verbal. El tribunal determinó que el inspector detective en jefe tenía todo el material relevante del caso en su poder y había discutido la situación con sus colegas. Había interrogado al autor en persona y no encontró nada inusual en su comportamiento. La decisión había sido dentro de su rango discrecional de actuación y no hubo pruebas de negligencia. Por tanto, no había incumplido sus deberes oficiales.

2. Tribunal de apelación

23. Mediante carta de 30 de abril de 2010, los demandantes apelaron contra la sentencia del tribunal de distrito ante el tribunal de apelación de Vaasa. (*hovioikeus, hovrätten*), solicitando que se anulara y que se le condenara al inspector detective en jefe. El fiscal además interpuso recurso de apelación.

24. El 19 de enero de 2011, el tribunal de apelación de Vaasa tomó una decisión procedimental relativa al *locus standi* de los demandantes en lo que respecta a los cargos de incumplimiento negligente del deber oficial y los incumplimientos del deber oficial relacionados. Declaró que los demandantes no podían ser considerados directamente afectados por estos cargos y que, por tanto, no tenían ningún *locus standi* a este respecto.

25. El 15 de abril de 2011, el Tribunal de apelación de Vaasa condenó al inspector detective en jefe por incumplimiento negligente del deber oficial al no haber confiscado temporalmente el arma del perpetrador el día anterior al tiroteo.

he had called the perpetrator in for questioning on the same day. As the interview with the perpetrator had not revealed any clear reason to withdraw his firearms licence, the Detective Chief Inspector had only given him a verbal warning. The court found that the Detective Chief Inspector had had all relevant material in his possession and he had discussed the situation with his colleagues. He had questioned the perpetrator in person, and found nothing unusual in his behaviour. The decision had been within his discretion and there was no evidence of any negligence. He had thus not breached his official duties.

2. Court of Appeal

23. By a letter dated 30 April 2010 the applicants appealed against the District Court's judgment to the Vaasa Court of Appeal (*hovioikeus, hovrätten*), requesting that it be overturned and that the Detective Chief Inspector be convicted. The public prosecutor also lodged an appeal.

24. On 19 January 2011 the Vaasa Court of Appeal made a procedural decision concerning the *locus standi* of the applicants as far as the charges of negligent breach of official duty and breach of official duty were concerned. It found that the applicants could not be considered directly concerned by these counts and that they did not therefore have any *locus standi* in this respect.

25. On 15 April 2011 the Vaasa Court of Appeal convicted the Detective Chief Inspector of negligent breach of official duty for having failed to confiscate the perpetrator's gun temporarily the day before the shooting.

26. El tribunal determinó que la licencia de armas de fuego se había emitido de conformidad con la ley, ya que el autor había cumplido con los requisitos legales aplicables en ese momento y había sido entrevistado personalmente por el inspector detective en jefe antes de obtenerla. El inspector detective en jefe había actuado de acuerdo con la práctica en ese momento. Habiendo examinado todas las circunstancias y las pruebas relativas a la concesión de la licencia, el tribunal de apelación concluyó que no había habido negligencia en este contexto.

27. En cuanto a la cuestión de si el detective inspector en jefe había tenido motivos razonables para considerar que el había hecho un mal uso de su arma, el tribunal determinó que ese uso indebido ya se había producido unos días antes del tiroteo en la escuela y que el inspector detective en jefe debió haber confiscado temporalmente el arma del perpetrador. A este respecto, el tribunal señaló que dicha incautación era una medida cautelar con un umbral bajo y que dicha medida no estaba condicionada a que se hubiera producido una conducta ilícita ni a la sospecha de que pudiera derivarse una conducta ilícita; era suficiente que el arma hubiera estado involucrada cuando su portador se había comportado de manera inquietante.

28. El tribunal señaló que el material publicado en Internet, mostraba al agresor posando con una pistola y disparando en un campo de tiro. Esto en sí mismo no puede considerarse un uso indebido de armas de fuego. En una publicación separada citó la letra de una canción que trata sobre la guerra, los niños moribundos y las madres que lloran. Además, el perfil del perpetrador en IRC-Galleria contenía algunas imágenes y comentarios que llevaron al tribunal a considerar que las publicaciones del perpetrador en internet, tomadas en su conjunto, habían constituido un comportamiento perturbador de tal

26. The court found that the firearms licence had been issued in accordance with the law as the perpetrator had fulfilled the legal requirements applicable at the time for such a licence and he had been personally interviewed by the Detective Chief Inspector before obtaining it. The Detective Chief Inspector had acted in accordance with the practice at the time. Having examined all the circumstances and the evidence relating to the granting of the licence, the Court of Appeal concluded that there had been no negligence in this context.

27. Concerning the question of whether the Detective Chief Inspector had had reasoned grounds to consider that the perpetrator had been misusing his gun, the court found that such misuse had already taken place a few days before the school shooting and that the Detective Chief Inspector should have temporarily seized the perpetrator's gun. In this connection, the court noted that such a seizure was a precautionary measure with a low threshold and that such a measure was not conditional upon any unlawful conduct having occurred, nor on any suspicion that unlawful conduct might follow; it was sufficient that the weapon had been involved when its holder had behaved disturbingly.

28. The court noted that the material posted on the Internet showed the perpetrator posing with a gun and shooting at a shooting range. This in itself could not be regarded as misuse of firearms. A separate posting cited the lyrics of a song dealing with war, dying children and crying mothers. In addition, the perpetrator's profile on IRC-Galleria contained some pictures and comments which led the court to consider that the perpetrator's Internet postings, taken as a whole, had constituted disturbing behaviour of a kind that warranted temporary seizure of his gun. The court

tipo que justificaba la incautación temporal de su arma. Por lo tanto, el tribunal consideró que, dadas las circunstancias, la decisión del inspector detective en jefe de abstenerse de incautar el arma no debió quedar sujeta a su arbitrio de actuación discrecional, y que fue culpable de incumplimiento negligente a un deber oficial.

29. En cuanto a los cargos de homicidio por negligencia grave, el tribunal determinó que el inspector detective en jefe no había tenido motivos concretos para sospechar que el perpetrador cometería un ataque homicida. El tribunal señaló que los agentes de policía subordinados, de acuerdo con las pruebas reunidas antes de la entrevista realizada por su superior, habían expresado opiniones mutuamente diferentes sobre el riesgo que representaba el agresor. El tribunal consideró probable que sus percepciones, como se refleja en sus testimonios, pudieran haberse visto afectadas en parte por el impacto de los sucesos posteriores, lo que reforzó la sensación de riesgo. Teniendo en cuenta las pruebas, el tribunal determinó que ni las circunstancias relacionadas con el comportamiento anterior del autor, ni su comportamiento en el contexto de la entrevista, habían sido de un tipo que le diera al inspector detective en jefe motivos razonables para sospechar que el agresor podría cometer un tiroteo en la escuela. De hecho, es posible que sólo después de la entrevista y la advertencia verbal el perpetrador haya decidido cometer tal acto. Esta hipótesis fue apoyada por el hecho de que nada en la extensa evidencia aducida en el caso sugirió que el agresor hubiera tenido la intención de cometer tal ataque y que sólo había sido después de su encuentro con el inspector detective en jefe y poco antes del ataque, que había descargado en internet el material que indicaba su intención de llevar a cabo la agresión.

30. Por lo tanto, el tribunal concluyó que, al tomar la decisión de no incautar el arma, el inspector detective en jefe no había tenido

therefore considered that, under the circumstances, the Detective Chief Inspector's decision to refrain from seizing the gun had not been within his discretion and that he was guilty of negligent breach of official duty.

29. As to the charges of grossly negligent homicide, the court found that the Detective Chief Inspector had not had any concrete grounds to suspect that the perpetrator would commit a murderous attack. The court noted that the subordinate police officers, based on the evidence collected prior to the interview conducted by their superior, had expressed mutually differing views concerning the risk posed by the perpetrator. The court found it likely that their perceptions, as reflected in their testimonies, might in part have been affected by the shock of the subsequent events, reinforcing a sense of risk. On the evidence the court found that neither the circumstances relating to the perpetrator's prior behaviour, nor his behaviour in the context of the interview, had been of a kind to give the Detective Chief Inspector reasonable grounds for suspecting that the perpetrator might commit a school shooting. In fact, it was possible that it had been only after the interview and the verbal warning that the perpetrator had decided to commit such an act. This hypothesis was supported by the fact that nothing in the extensive evidence adduced in the case suggested that the perpetrator had had an intention to commit such an attack, and that it had been only following his encounter with the Detective Chief Inspector and shortly before the attack that he had downloaded to Internet material indicating his intention to carry out the attack.

30. Therefore, the court concluded that, when taking the decision not to seize the weapon, the Detective Chief Inspector had not had

ninguna causa probable para sospechar que el perpetrador cometería un tiroteo en la escuela. El riesgo que había corrido y la negligencia que había cometido al decidir no apoderarse del arma, no habían sido causalmente relevantes para los actos delictivos cometidos posteriormente por el autor. Por tanto, el inspector detective en jefe no fue, por su negligencia, responsable de los homicidios.

31. Al evaluar la sanción, el tribunal tuvo en cuenta el daño ocasionado al inspector detective en jefe por la publicidad extremadamente amplia del incidente en los medios, principalmente causada por los actos del perpetrador, y encontró que esta publicidad había sido desproporcionada *vis-à-vis* la negligencia del inspector detective en jefe. Por lo tanto, recibió una advertencia.

32. El tribunal de apelación además examinó las reclamaciones de indemnización de los demandantes contra el Estado. Teniendo en cuenta las conclusiones a las que había llegado con respecto a los cargos penales contra el inspector detective en jefe, el tribunal concluyó que, dado que la negligencia imputable a él no estaba relacionada causalmente con los actos delictivos cometidos por el autor, esa negligencia no implicaba la responsabilidad del Estado *vis-à-vis* los demandantes. El tribunal examinó además si la responsabilidad del Estado se basaba en negligencia acumulativa por parte de las autoridades. En este contexto, el tribunal consideró, *inter alia*, la trascendencia de los alegatos de los demandantes según los cuales el perpetrador ya había planeado en 2002, junto con otro alumno, realizar un tiroteo en su anterior escuela, en otra parte del país. El tribunal afirmó que no se habían aportado pruebas sobre el momento, las circunstancias, el contenido o la gravedad de la presunta amenaza, ni sobre la reacción de las autoridades con respecto al autor. El tribunal concluyó que la responsabilidad del Estado no se había comprometido por negligencia de las autoridades.

any probable cause to suspect that the perpetrator would commit a school shooting. The risk he had taken and the negligence he had committed in deciding not to seize the gun had not been causally relevant to the criminal acts subsequently committed by the perpetrator. The Detective Chief Inspector was thus not, through his negligence, responsible for the homicides.

31. When assessing the punishment, the court took into account the harm caused to the Detective Chief Inspector by the extremely wide media publicity of the incident, mainly caused by the acts of the perpetrator, and found that this publicity had been disproportionate *vis-à-vis* the Detective Chief Inspector's negligence. He was therefore given a warning.

32. The Court of Appeal also examined the applicants' compensation claims against the State. Taking into account the conclusions it had reached concerning the criminal charges against the Detective Chief Inspector, the court concluded that, as the negligence attributable to him was not causally related to the criminal acts committed by the perpetrator, that negligence did not engage the liability of the State *vis-à-vis* the applicants. The court further examined whether the liability of the State was engaged on the grounds of cumulative negligence on the part of the authorities. In this context, the court considered, *inter alia*, the significance of the applicants' allegations according to which the perpetrator had already in 2002, together with another pupil, planned to carry out a school shooting in his previous school in another part of the country. The court stated that no evidence had been adduced regarding the timing, circumstances, content or seriousness of the alleged threat, or regarding the authorities' reaction in respect of the perpetrator. The court concluded that the liability of the State was not engaged on the grounds of negligence on the part of the authorities.

33. Además, el tribunal de apelación examinó si la responsabilidad del Estado se había comprometido por una violación del artículo 2 del Convenio. Habiendo analizado la jurisprudencia del TEDH en *Osman vs. el Reino Unido*, 28 de octubre 1998, *Informes de sentencias y decisiones* 1998VIII y posteriormente en casos como *Mastromatteo vs. Italia* [GC], no. 37703/97, TEDH 2002VIII; *Kontrová vs. Eslovaquia*, no. 7510/04, 31 de mayo 2007; and *Güngör vs. Turquía*, no. 28290/95, 22 de marzo 2005, el tribunal determinó que las circunstancias del caso no daban lugar a responsabilidad del Estado considerando lo anterior.

3. Tribunal Supremo

34. Mediante escrito de 13 de junio de 2011, los demandantes apelaron ante el tribunal supremo (*korkein oikeus, högsta domstolen*), reiterando los motivos del recurso ya presentados ante el tribunal de apelación.

35. El 30 de marzo de 2012, el tribunal supremo denegó a los demandantes la autorización para apelar.

C. Procedimientos extraordinarios

36. Mediante escrito de 1 de junio de 2012, los demandantes interpusieron un recurso extraordinario ante el tribunal supremo, alegando que uno de los magistrados del tribunal supremo había sido parcial, ya que trabajaba en la fiscalía general (*valtakunnansyyttäjänvirasto, riksåklagarämbetet*) en el momento en que se presentaron los cargos.

37. El 25 de abril de 2014, el tribunal supremo rechazó la solicitud de los demandantes. Encontró que no se podía demostrar que el juez en cuestión hubiera estado involucrado en el asunto cuando se

33. Furthermore, the Court of Appeal examined whether the liability of the State was engaged on the grounds of a violation of Article 2 of the Convention. Having analysed the Court's case-law in *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998VIII and subsequently in cases such as *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, ECHR 2002VIII; *Kontrová v. Slovakia*, no. 7510/04, 31 May 2007; and *Güngör v. Turkey*, no. 28290/95, 22 March 2005, the court found that the circumstances of the case did not give rise to liability of the State on this basis.

3. Supreme Court

34. By a letter dated 13 June 2011, the applicants appealed to the Supreme Court (*korkein oikeus, högsta domstolen*), reiterating the grounds of appeal already presented before the Court of Appeal.

35. On 30 March 2012 the Supreme Court refused the applicants leave to appeal.

C. Extraordinary proceedings

36. By a letter dated 1 June 2012 the applicants lodged an extraordinary appeal with the Supreme Court, alleging that one of the Supreme Court justices had been biased as he had been working at the Office of the Prosecutor General (*valtakunnansyyttäjänvirasto, riksåklagarämbetet*) at the time when the charges had been brought.

37. On 25 April 2014 the Supreme Court rejected the applicants' application. It found that it could not be shown that the judge in question had been involved in the matter when charges had been

presentaron los cargos. Ni siquiera tenía competencia para influir en la decisión del fiscal. El solo hecho de que hubiera trabajado en la fiscalía general cuando se presentaron los cargos no es motivo para dudar de su imparcialidad e independencia como juez. Tampoco había ninguna otra razón para dudar de su objetividad.

D. Comisión de investigación

38. En noviembre de 2008, el gobierno nombró una comisión de investigación para indagar los homicidios en la escuela Kauhajoki (*Kauhajoen koulusurmien tutkintalautakunta, Kommissionen för undersökning av skolmorden i Kauhajoki*). El 17 de febrero de 2010, la comisión emitió nueve recomendaciones sobre, *inter alia*, la disponibilidad de armas de fuego, los servicios de salud mental para los jóvenes, la planificación integral de la seguridad en las instituciones educativas, la cooperación entre las autoridades para prevenir incidentes similares y la coordinación de las actividades de apoyo psicosociales. Según la comisión, los intentos de identificar posibles intenciones delictivas en una entrevista realizada por la policía o un médico habían resultado poco fiables, como lo demuestra el hecho de que, en los homicidios escolares, los agresores habían sido capaces de comportarse de manera discreta. Tampoco se puede considerar que una persona es apta o no apta para poseer un arma de fuego de acuerdo con las conclusiones que aporten los diagnósticos de salud mental.

II. LEGISLACIÓN NACIONAL RELEVANTE

A. Ley de armas de fuego

39. Sección 18 de la Ley de Armas de Fuego (*ampuma-aselaki, skjutvapenlagen*, Ley n.º. 1/1998) dispone:

brought. He had not even had any competence to influence the prosecutor's decision. The sole fact that he had worked at the Office of the Prosecutor General at the time when charges had been brought did not give any reason to doubt his impartiality or independence as a judge. Nor was there any other reason to doubt his impartiality.

D. Investigation commission

38. In November 2008 the Government appointed an investigation commission to enquire into the Kauhajoki school killing (*Kauhajoen koulusurmien tutkintalautakunta, Kommissionen för undersökning av skolmorden i Kauhajoki*). On 17 February 2010 the commission issued nine recommendations concerning, *inter alia*, the availability of firearms, mental-health services for young people, comprehensive security planning in educational institutions, co-operation between authorities in preventing similar incidents, and co-ordination of psychosocial support. According to the commission, attempts to identify potential criminal intentions in an interview conducted by the police or a doctor had proved unreliable as evidenced by the fact that in school killings the perpetrators had been able to behave inconspicuously when the need arose. A person could not be deemed suitable or unsuitable to possess a firearm on the basis of mental health diagnoses either.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Firearms Act

39. Section 18 of the Firearms Act (*ampuma-aselaki, skjutvapenlagen*, Act no. 1/1998) provides:

A menos que se disponga lo contrario en esta Ley, las siguientes actividades están sujetas a autorización:

- 1) transferencia e importación a Finlandia, transferencia y exportación desde Finlandia, tránsito con fines comerciales, así como comercio, adquisición, posesión y fabricación de armas de fuego, componentes de armas de fuego, cartuchos y proyectiles especialmente peligrosos;
- 2) reparación y conversión de armas de fuego y componentes de armas de fuego;

Se puede otorgar una licencia o permiso para las actividades mencionadas en la subsección 1 si existe una razón aceptable para otorgar la licencia o permiso, y si no hay razón para sospechar un uso indebido de la licencia o permiso o de los objetos adquiridos o poseídos en virtud de ella.

40. Sección 45 de la misma Ley disponía, en el momento pertinente, lo siguiente:

Se puede otorgar permiso de adquisición de armas de fuego a una persona que haya cumplido dieciocho años y que, por su estado de salud y comportamiento, se considere apta para poseer armas de fuego y sus componentes. Sin embargo, con el consentimiento de sus padres o tutores, el permiso asimismo se puede otorgar, para el tiro de animales permitido por la legislación de caza o para tiro al blanco o práctica, a una persona que tenga quince años o que aún no haya cumplido los dieciocho años y que de otra manera cumpla con los requisitos para la solicitud de permiso de adquisición de armas de fuego.

Al solicitar un permiso

- 1) para el tiro de animales permitido por la legislación de caza o para tiro al blanco o práctica, el solicitante deberá presentar un reporte confiable de su afición;

...”

“UNLESS otherwise provided in this Act, the following activities are subject to authorisation:

- 1) transfer and import to Finland, transfer and export from Finland, transit for commercial purposes as well as trade, acquisition, possession and manufacture of firearms, firearm components, cartridges and especially dangerous projectiles;
- 2) repair and conversion of firearms and firearm components;

A licence or permit for the activities referred to in subsection 1 may be granted if there is an acceptable reason for granting the licence or permit, and if there is no reason to suspect misuse of the licence or permit or the objects acquired or possessed under it.”

40. Section 45 of the same Act provided, at the relevant time, the following:

“A firearms acquisition permit may be granted to a person who has reached the age of eighteen and who, on the basis of his or her state of health and behaviour, is deemed suitable for possessing firearms and firearm components. With the consent of his or her parents or guardians, the permit may, however, also be granted, for the shooting of animals permitted by hunting legislation or for target shooting or practice, to a person who is fifteen but not yet eighteen years old and who otherwise fulfils the requirements for a firearms acquisition permit applicant.

When applying for a permit

- 1) for the shooting of animals permitted by hunting legislation or for target shooting or practice, an applicant shall produce a reliable account of his or her hobby;

...”

41. De conformidad con el artículo 92, inciso 1, de la misma ley, si existen motivos razonables para sospechar el uso indebido de un arma de fuego, componente de arma de fuego, cartuchos o proyectiles especialmente peligrosos, o si se ha iniciado un procedimiento para revocar un permiso relacionado, la policía deberá, sin demora, tomar una decisión sobre la incautación temporal de los objetos.

B. Ley de policía

42. De conformidad con el inciso 2 del artículo 35 de la Ley de policía (*poliisilaki, polislagen*, Ley n.º. 493/1995), vigente en el momento pertinente,

al evaluar la validez continua de una licencia de conducir, un permiso de armas de fuego u otra licencia similar, la policía tiene derecho, previa solicitud justificada, a obtener información sobre el estado de salud del titular de la licencia, el uso de estupefacientes o comportamiento violento, sin perjuicio de la obligación de confidencialidad, si existen razones para sospechar que el titular de la licencia ya no cumple con las condiciones establecidas para tener una licencia.

Existe una disposición similar está contenida en el capítulo 4, sección 2, subsección 2, de la actual Ley de Policía (*poliisilaki, polislagen*, Ley no. 872/2011) que entró en vigor el 1 de enero de 2014.

C. Código Penal

43. Capítulo 40, artículo 10 del Código Penal (*rikoslaki, strafflagen*, Ley núm. 39/1889, modificada por la Ley núm. 604/2002) dispone:

[Si] un funcionario público, al actuar en su cargo, por descuido de manera distinta a la referida en el artículo 5, inciso 2, viole su deber oficial

41. Pursuant to section 92, subsection 1, of the same Act, if there are reasonable grounds to suspect misuse of a firearm, firearm component, cartridges or especially dangerous projectiles, or if a procedure to revoke a related permit has been initiated, the police shall, without delay, make a decision on seizing the objects temporarily.

B. Police Act

42. According to section 35, subsection 2, of the Police Act (*poliisilaki, polislagen*, Act no. 493/1995), in force at the relevant time,

“[w]hen assessing the continued validity of a driving licence, firearm permit or other such licence, the police have the right, on making a justified request, to obtain information on the licence holder’s state of health, use of intoxicants or violent behaviour, notwithstanding the secrecy obligation, if there are reasons to suspect that the licence holder no longer meets the conditions set for obtaining a licence.”

Similar provision is contained in Chapter 4, section 2, subsection 2, of the current Police Act (*poliisilaki, polislagen*, Act no. 872/2011) which entered into force on 1 January 2014.

C. Penal Code

43. Chapter 40, Article 10 of the Penal Code (*rikoslaki, strafflagen*, Act no. 39/1889, as amended by Act no. 604/2002) provides:

“[I]f a public official, when acting in his or her office, through carelessness in a manner other than that referred to in Article 5, subsection 2,

con base en las disposiciones o reglamentos a seguir en sus funciones oficiales, y el acto, evaluado en su conjunto, teniendo en cuenta sus efectos perjudiciales y nocivos y las demás circunstancias relacionadas con el acto, no serán menores, será condenado por *incumplimiento negligente del deber oficial*, a una advertencia o multa.

D. Enmiendas legislativas promulgadas después del incidente

44. La Sección 45 de la Ley de Armas de Fuego fue enmendada por la Ley núm. 124/2011, que entró en vigor el 13 de junio de 2011. El artículo 45 modificado dice lo siguiente:

Se puede otorgar un permiso de adquisición de armas de fuego a una persona que haya cumplido dieciocho años y que, por su estado de salud y comportamiento, se considere apta para poseer componentes y armas de fuego. Las autoridades que otorgan licencias podrán obtener una evaluación médica del solicitante, cuando las autoridades que otorgan licencias tienen, sobre la base de la información recibida o una entrevista, una razón para sospechar que el solicitante no es, por razones personales, apto para poseer un arma de fuego. Las autoridades que otorgan licencias tienen el derecho, sin perjuicio de la obligación de mantener el secreto, de obtener los registros médicos del solicitante que son necesarios para las autoridades al evaluar su idoneidad del solicitante para portar un arma de fuego. Un recluta proporcionará una aclaración sobre el servicio militar completado. Si el servicio aún no se ha completado, el recluta deberá presentar una orden de inducción, exención, aplazamiento o el alta del servicio. Los permisos de adquisición de un arma, pistola de pequeño calibre, revólver o revólver de pequeño calibre o su componente solo se puede otorgar a una persona mayor de veinte años. Los permisos de adquisición de armas de

violates his or her official duty based on the provisions or regulations to be followed in official functions, and the act, when assessed as a whole, taking into consideration its detrimental and harmful effects and the other circumstances connected with the act, is not petty, he or she shall be sentenced for *negligent violation of official duty* to a warning or to a fine.”

D. Legislative amendments enacted after the incident

44. Section 45 of the Firearms Act was amended by Act no. 124/2011 which entered into force on 13 June 2011. The amended section 45 reads as follows:

”A firearms acquisition permit may be granted to a person who has reached the age of eighteen and who, on the basis of his or her state of health and behaviour, is deemed suitable for possessing firearms and firearm components. The licencing authorities have the right to obtain a medical evaluation of the applicant, when the licencing authorities have, on the basis of received information or an interview, a reason to suspect that the applicant is not, for personal reasons, suitable possess a firearm. The licencing authorities have the right, notwithstanding the secrecy obligation, to obtain such health records on the applicant which are necessary for the authorities when assessing the applicant’s suitability to carry a firearm. A conscript shall provide clarification on the completed military or unarmed service. If service has not yet been completed, the conscript shall present an induction order or a decision on an exemption from the service, a postponement of the service or a reasoned decision on discharging from the service. An acquisition permit for a pistol, small-bore pistol, revolver or small-bore revolver or their component can only be granted to a person over twenty years old. An acquisition permit for firearms used in shooting

fuego utilizadas en deportes de tiro y en pasatiempos de tiro y que se enumeran en la sección 6 § 2, puntos 4-7 se puede otorgar a una persona física solo si proporciona un certificado sobre este pasatiempo, emitido por un instructor de tiro con licencia. de una asociación de este tipo a que se refiere el artículo 4 de la Ley de asociaciones (Ley núm. 503/1989), y la afición ha continuado activamente durante al menos dos años. Este período de dos años puede incluir un período correspondiente a la mitad del servicio militar completo del recluta o la mitad del servicio militar voluntario de la mujer completado. Además, se puede otorgar un permiso de adquisición de armas de fuego utilizadas en deportes de tiro y en pasatiempos de tiro y que se enumeran en la sección 6 § 2, puntos 4-7 si el solicitante proporciona una aclaración confiable sobre su pasatiempo, así como un certificado emitido por las autoridades estatales. Como empleador, que acredite que el solicitante porta, en el contexto de sus funciones oficiales un arma de fuego, enumerada en la sección 6 § 2, puntos 4-7.

A solicitar una licencia:

...

2) para deportes o pasatiempo de tiro, el solicitante deberá proporcionar una aclaración confiable sobre su afición;

...”

45. Conforme el artículo 97 bis de la Ley de reclutamiento (*asevelvollisuuslaki, värnpliktslagen*, Ley núm. 1438/2007, modificada por la Ley núm. 127/2011), la información necesaria sobre el servicio militar o la idoneidad para dicho servicio puede obtenerse, sin perjuicio de la obligación de guardar confidencialidad, de la base de datos sobre reclutas que soliciten o sean titulares de una licencia de armas de fuego en virtud de la Ley de Armas de Fuego (Ley núm. 1/1998) con el fin de evaluar su idoneidad personal para la posesión de una licencia de armas de fuego. Esta disposición entró en vigor el 13 de junio de 2011.

sports and in shooting hobby and listed in section 6 § 2, points 4-7 can be granted to a natural person only if he or she provides a certificate on this hobby, issued by a licenced shooting instructor of such an association as referred to in section 4 of the Associations Act (Act no. 503/1989), and the hobby has actively continued at least two years. This period of two years may include a period corresponding to a half of the conscript's completed military service or a half of the completed women's voluntary military service. An acquisition permit for firearms used in shooting sports and in shooting hobby and listed in section 6 § 2, points 4-7 can also be granted if the applicant provides reliable clarification on his or her hobby as well as a certificate issued by the State authorities as an employer attesting that the applicant carries, within the context of his or her official duties, a firearm listed in section 6 § 2, points 4-7.

When applying for a licence:

...

2) for shooting sports or shooting hobby, the applicant shall provide reliable clarification on his or her hobby;

..."

45. According to section 97a of the Conscription Act (*asevelvollisuuslaki, värnpliktslagen*, Act no. 1438/2007, as amended by Act no. 127/2011), necessary information on military service or fitness for such service can be given, notwithstanding the secrecy obligation, from the data base on conscripts on persons applying for or holding a firearms licence under the Firearms Act (Act no. 1/1998) in order to assess their personal suitability for the possession of a firearms licence. This provision entered into force on 13 June 2011.

LEGISLACIÓN

I. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 2 DEL CONVENIO

46. Los demandantes se quejaron en virtud del artículo 2 del Convenio por la falta de medidas por parte de la policía para evitar el tiroteo en la escuela.

47. El artículo 2 del Convenio establece lo siguiente:

1. El derecho a la vida de todas las personas estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida intencionalmente, salvo en la ejecución de una sentencia de un tribunal a raíz de su condena por un delito para el que esta pena está prevista por la ley.

2. La privación de la vida no se considerará infligida en contravención de este artículo cuando sea consecuencia del uso de la fuerza que sea más que absolutamente necesario:

(a) en defensa de cualquier persona en caso de violencia ilegal;

(b) para efectuar un arresto legal o evitar la fuga de una persona detenida legalmente;

(c) en acciones tomadas legalmente con el propósito de sofocar un motín o una insurrección.

48. El Gobierno refutó ese argumento.

A. Admisibilidad

49. El Gobierno argumentó que los demandantes no podían ser considerados víctimas directas de ninguna violación del Convenio. El fiscal

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION

46. The applicants complained under Article 2 of the Convention of the lack of any measures on the part of the police to prevent the school shooting.

47. Article 2 of the Convention reads as follows:

1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.

48. The Government contested that argument.

A. Admissibility

49. The Government argued that the applicants could not be considered direct victims of any violation of the Convention. The public

había acusado al inspector detective en jefe de incumplimiento negligente de un deber oficial, por no haberle quitado el arma al autor el 22 de septiembre de 2008. Los demandantes habían presentado sus propios cargos por incumplimiento de un deber oficial que abarcaba el período del 22 de junio al 23 de septiembre de 2008 y, alternativamente, se unieron a los cargos del fiscal. Incluso habían presentado ausación contra el inspector detective en jefe por diez cargos de homicidio, por negligencia grave que abarcaban el período del 25 de junio al 23 de septiembre de 2008. En su sentencia definitiva, el tribunal de apelación consideró que los demandantes carecían de *locus standi* en lo que respecta a los cargos de incumplimiento negligente de un deber oficial y incumplimiento de un deber oficial. Por tanto, los demandantes no pueden ser considerados a este respecto víctimas en el presente caso y su demanda debe ser rechazada por incompatible *ratione personae*, con las disposiciones del Convenio y declarada inadmisibles de conformidad con el artículo 35 §§ 3 (a) y 4 del Convenio.

50. Los demandantes consideraron que los argumentos del Gobierno que alegaban la inadmisibilidad de su demanda eran completamente infundados. En circunstancias, como en el presente caso, los demandantes deben tener derecho a quejarse de la falta de cumplimiento por parte del Estado de las medidas de protección del derecho a la vida que resultaron en la muerte de sus familiares cercanos. Como había señalado el TEDH en su jurisprudencia anterior, los allegados deberían poder presentar una denuncia en los casos previstos en el artículo 2 por derecho propio debido a la naturaleza de la violación. Todos los demandantes eran padres, cónyuges o hijos de las personas muertas en el tiroteo. Aunque el tribunal de apelación había negado el *locus standi* de los demandantes, era incorrecto afirmar que esta decisión tenía relevancia con respecto a su condición de víctimas ante el tribunal. La condición de víctima debe establecerse únicamente con

prosecutor had charged the Detective Chief Inspector with negligent breach of an official duty for not having taken the firearm from the perpetrator on 22 September 2008. The applicants had pursued their own charges of breach of an official duty covering the period of 22 June to 23 September 2008 and, in the alternative, joined the public prosecutor's charges. They had also pursued charges against the Detective Chief Inspector on ten counts of grossly negligent homicide covering the period of 25 June to 23 September 2008. In its final judgment, the Court of Appeal considered that the applicants had lacked *locus standi* as far as the charges of negligent breach of an official duty and breach of an official duty were concerned. The applicants could not therefore be considered in this respect as victims in the present case and their application should be rejected as incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention and be declared inadmissible in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

50. The applicants considered that the Government's arguments alleging the inadmissibility of their application were completely ill-founded. In such circumstances as in the present case, the applicants should have the right to complain of the State's failure to carry out measures to protect the right to life which resulted in the death of their close relatives. As the Court had stated in its earlier case-law, the next of kin should be able to complain in Article 2 cases in their own right because of the nature of the violation. All the applicants were either parents, spouses or children of the persons killed in the shooting. Although the Court of Appeal had denied the applicants *locus standi*, it was incorrect to claim that this decision had relevance in respect of their victim status before the Court. Victim status should be established solely on the basis of the Convention and the Court's case-law. In the present case, the

base en el Convenio y la jurisprudencia del TEDH. En el presente caso, el Estado de Finlandia no había reconocido de ninguna manera alguna violación, ni había otorgado compensación a los demandantes. Por tanto, los demandantes debían ser considerados víctimas en el sentido del artículo 34 del Convenio.

51. De acuerdo con la jurisprudencia establecida del TEDH, el concepto de “víctima” debe interpretarse de manera autónoma e independiente de los conceptos nacionales, tales como las relativos a un interés o capacidad para actuar (ver *Gorraiz Lizárraga y otros vs. España*, núm. 62543/00, § 35, TEDH 2004III). En la reiterada jurisprudencia reiterada por el TEDH incluso se acepta que, en los casos del artículo 2, los familiares cercanos del fallecido pueden legítimamente alegar ser víctimas de una presunta violación de dicho artículo. Además, el hecho de que se dé una decisión o medida nacional favorable a un solicitante no es, en principio, suficiente para privarlo de la condición de víctima, a menos que las autoridades nacionales hayan reconocido, ya sea de manera expresa o sustancial, una violación al Convenio y posteriormente hayan otorgado una compensación adecuada y suficiente (ver, para principios fundamentales, *Scordino vs. Italia* (núm. 1) [GC], núm. 36813/97, §§ 178-213, TEDH 2006-V, y *Nikolova y Velichkova vs. Bulgaria*, no. 7888/03, § 49, 20 diciembre 2007, así como los casos allí citados). En general, el TEDH ha considerado que esto depende de todas las circunstancias del caso, con especial atención a la naturaleza del derecho que se alega violado (ver *Gäfgen vs. Alemania* [GC], no. 22978/05, § 116, TEDH 2010), las razones dadas para la decisión (ver *M.A. vs. el Reino Unido* (dec.), no. 35242/04, TEDH 2005, y el contraste *Jensen vs. Dinamarca* (dec.), no. 48470/99, TEDH 2001-X) y la persistencia de las consecuencias desfavorables para el interesado tras esa decisión (ver *Freimanis y Lidums vs. Letonia*, núms. 73443/01 y 74860/01, § 68, febrero 9 2006). Sólo cuando se cumplen esas condiciones, el carácter subsidiario del mecanismo

State of Finland had in no way recognised any violation, nor awarded any compensation to the applicants. The applicants had to therefore be considered as victims within the meaning of Article 34 of the Convention.

51. According to the Court's established case-law, the concept of "victim" must be interpreted autonomously and irrespective of domestic concepts such as those concerning an interest or capacity to act (see *Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain*, no. 62543/00, § 35, ECHR 2004III). In the Court's settled case-law, it is also accepted that, in Article 2 cases, close family members of the deceased can legitimately claim to be victims of an alleged violation of that Article. Moreover, a domestic decision or measure favourable to an applicant is not in principle sufficient to deprive him or her of victim status unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, a breach of the Convention and subsequently afforded appropriate and sufficient redress for it (see, for the main principles, *Scordino v. Italy (no. 1)* [GC], no. 36813/97, §§ 178-213, ECHR 2006-V, and *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, no. 7888/03, § 49, 20 December 2007, as well as the cases cited therein). The Court has generally considered this to be dependent on all the circumstances of the case, with particular regard to the nature of the right alleged to have been breached (see *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 116, ECHR 2010), the reasons given for the decision (see *M.A. v. the United Kingdom* (dec.), no. 35242/04, ECHR 2005, and contrast *Jensen v. Denmark* (dec.), no. 48470/99, ECHR 2001-X) and the persistence of the unfavourable consequences for the person concerned after that decision (see *Freimanis and Lidums v. Latvia*, nos. 73443/01 and 74860/01, § 68, 9 February 2006). Only when those conditions are satisfied does the subsidiary nature of the protective mechanism of the Convention preclude examination of an application (see *Cocchiarella v. Italy*

de protección del Convenio impide la revisión de una demanda (ver *Cocchiarella vs. Italia* [GC], no. 64886/01, § 71, TEDH 2006-V, y *Cataldo vs. Italia* (dec.), no. 45656/99, junio 3 2004). Corresponde, por tanto, al TEDH verificar, *ex post facto*, si la reparación otorgada internamente por los tribunales nacionales fue adecuada y suficiente, teniendo en cuenta la justa satisfacción prevista en el artículo 41 de la Convención (ver, entre otros gobiernos, *Normann vs. Dinamarca* (dec.), no. 44704/98, junio 14 2001; *Jensen y Rasmussen vs. Dinamarca* (dec.), no. 52620/99, marzo 20 2003; y *Nardone vs. Italia* (dec.), no. 34368/02, noviembre 25 2004).

52. En el presente caso, el TEDH observa que todos los demandantes son familiares cercanos de los fallecidos en el tiroteo en la escuela. Por tanto, deben considerarse víctimas indirectas del ataque. Además, las resoluciones internas no les fueron favorables, ni las autoridades nacionales reconocieron, ni expresa ni de fondo, incumplimiento alguno del Convenio, ni se les brindó reparación del daño. En estas circunstancias, los demandantes no han perdido su condición de víctimas. Por tanto, esta denuncia no es manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35 y 3 (a) del Convenio. El TEDH no observa además que sea inadmisibile por ningún otro motivo. Por tanto, debe declararse admisible.

B. Fondo

1. Alegatos de las partes

(a) Demandantes

53. Los demandantes consideraron que las autoridades finlandesas habían tenido conocimiento, antes del tiroteo del 23 de septiembre de

[GC], no. 64886/01, § 71, ECHR 2006-V, and *Cataldo v. Italy* (dec.), no. 45656/99, 3 June 2004). It is therefore for the Court to verify, *ex post facto*, whether the redress afforded domestically by the domestic courts was appropriate and sufficient, having regard to the just satisfaction as provided for under Article 41 of the Convention (see, among other authorities, *Normann v. Denmark* (dec.), no. 44704/98, 14 June 2001; *Jensen and Rasmussen v. Denmark* (dec.), no. 52620/99, 20 March 2003; and *Nardone v. Italy* (dec.), no. 34368/02, 25 November 2004).

52. In the present case, the Court notes that all the applicants are close family members of the deceased in the school shooting. They must therefore be considered as indirect victims of the attack. Moreover, the domestic judgments were not favourable to them, nor did the national authorities acknowledge, either expressly or in substance, any breach of the Convention, nor was any redress afforded. In these circumstances the applicants have not lost their victim status. Therefore, this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. The Court further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. *The parties' submissions*

(a) The applicants

53. The applicants considered that the Finnish authorities had had, before the shooting took place on 23 September 2008, knowledge

2008, de varias circunstancias que en conjunto habían constituido una amenaza aguda y concreta de actos graves de violencia. Los elementos de riesgo más importantes que las autoridades habían conocido o deberían haber conocido antes del tiroteo en la escuela fueron los siguientes: un ciudadano preocupado había informado a la policía el 18 de septiembre de 2008 del material que el perpetrador había publicado en Internet, señalando sus similitudes con publicaciones del autor de otro tiroteo. El material había demostrado claramente que el perpetrador había admirado los asesinatos en masa y que las masacres escolares le habían parecido “el mejor entretenimiento”. La policía ya sabía en 2002 que el autor había planeado llevar a cabo un tiroteo escolar similar en su escuela anterior. La policía incluso había sabido, o debería haber sabido, que el agresor les había mentado al solicitar un permiso de adquisición de armas de fuego afirmado haber practicado tiro como *hobby*, mientras que en uno de sus perfiles de redes sociales se había publicado información totalmente diferente. El tipo de armas de fuego adquiridas ni siquiera había sido adecuado para los fines que el autor había presentado a la policía. La policía debería haberse enterado, a más tardar unos días antes del incidente, cuando habían examinado el perfil en línea del autor, que el perpetrador no había adquirido el arma de fuego con fines recreativos, como había afirmado. Esto debería haber constituido un motivo sólido para que las autoridades sospecharan que existía el riesgo de uso indebido del arma de fuego.

54. Los demandantes afirmaron que la policía incluso había tenido conocimiento de los videos y fotografías publicados en línea antes del ataque en los que se podía ver al perpetrador posando con una pistola y disparando. Los videos mostraban claramente un manejo imprudente de armas de fuego y disparos aleatorios y amenazantes con pistola. La policía además había sido consciente, o debió haber sido consciente, de la fuerte cultura de imitación entre quienes habían admirado los

of several circumstances that together had constituted an acute and concrete threat of serious acts of violence. The most central risk elements that the authorities had known or should have known before the school shooting were the following: a concerned citizen had informed the police on 18 September 2008 of material which the perpetrator had posted on the Internet, pointing out its similarities to earlier postings by the perpetrator of another school shooting. The material had clearly shown that the perpetrator had admired mass killings and that he had found school massacres “entertainment at its best”. The police had known already in 2002 that the perpetrator had planned to carry out a similar school shooting at his previous school. The police had also known, or ought to have known, that the perpetrator had lied to them when applying for a firearms acquisition permit about having had shooting as a hobby, whereas totally different information had been published on one of his social-network profiles. The type of firearms acquired had not even been suitable for the purposes the perpetrator had submitted to the police. The police should have learned, at the latest a few days before the incident when they had examined the perpetrator’s online profile, that the perpetrator had not acquired the firearm for recreational purposes as he had claimed. This should have constituted strong grounds for the authorities to suspect that there had been a risk of misuse of the firearm.

54. The applicants asserted that the police had also been aware of the videos and pictures posted online before the attack in which the perpetrator could be seen posing with a gun and shooting. The videos clearly showed reckless handling of firearms and random and threatening shooting with a pistol. The police had also been aware, or ought to have been aware, of the strong copycat culture among those who had admired school shootings and that such persons had

tiroteos escolares y que esas personas habían tenido como objetivo copiar las acciones de sus ídolos lo más fielmente posible. Varios agentes de policía habían notado las similitudes notables con un tiroteo en una escuela que había tenido lugar menos de un año antes. Habían calificado al acusado como posible autor de un tiroteo en la escuela. Por lo tanto, las autoridades habían tenido suficiente información para reconocer la posible amenaza de un tiroteo en la escuela, pero cualquier intento de estos policías de confiscar el arma del perpetrador se vio frustrado cuando su superior tomó la decisión consciente de permitir que el perpetrador se quedara con su arma de fuego.

55. Los demandantes declararon además que las autoridades estatales incluso habían tenido conocimiento del claro factor de riesgo relacionado con la salud mental del perpetrador que lo había hecho inadecuado para poseer armas de fuego. El autor había visitado a un psicólogo en julio de 2008 para recibir tratamiento por comportamiento agresivo y había visitado a una enfermera especializada en depresión aproximadamente una vez por semana desde agosto de 2008. Incluso le habían recetado medicamentos para contrarrestar la depresión grave y los trastornos de pánico. El autor incluso se había autolesionado varios años antes y las autoridades estaban al tanto de ello. La policía habría podido obtener toda la información sobre la salud mental del perpetrador si hubieran decidido emprender más acciones de investigación en el caso antes del tiroteo en la escuela. La policía había tenido conocimiento, o al menos habría podido averiguar, que el agresor había sido dado de baja de su servicio militar por motivos de salud mental y que había sido declarado culpable de conducir bajo los efectos del alcohol en el verano de 2007.

56. Sobre la base de las circunstancias anteriores, los demandantes alegaron que era evidente que la policía había sido, o al menos debería

aimed to copy the actions of their idols as closely as possible. There had been remarkable similarities to a school shooting which had taken place less than a year earlier, which several individual police officers had noticed. They had qualified the accused as a potential perpetrator of a school shooting. The authorities thus had had sufficient information to recognise the potential threat of a school shooting but any attempts by these police officers to have the perpetrator's gun confiscated had been thwarted when their superior had made a conscious decision to allow the perpetrator to keep his firearm.

55. The applicants further stated that State authorities had also had knowledge of the clear risk factor related to the perpetrator's mental health which had made him unsuitable to possess firearms. The perpetrator had visited a psychologist in July 2008 for treatment in respect of aggressive behaviour and had visited a nurse specialised in depression about once a week since August 2008. He had also been prescribed medicine to counteract severe depression and panic disorders. The perpetrator had also self-harmed several years earlier and the authorities had been aware of this. The police would have been able to obtain all the information concerning the perpetrator's mental health had they decided to take further investigative action in the case prior to the school shooting. The police had been aware of, or at least would have been able to find out, the fact that the perpetrator had been discharged from his military service for mental health reasons and that he had been found guilty of driving under the influence of alcohol in the summer of 2007.

56. On the basis of the above circumstances, the applicants claimed that it was evident that the police had been, or at least ought to have

haber sido, consciente de la amenaza real e inmediata que el autor había presentado a la escuela en cuestión. Había planeado llevar a cabo un tiroteo escolar en su propia escuela y, por lo tanto, estos estudiantes deberían haber sido considerados como “individuos identificables” que corren el riesgo de ser objetivos potenciales de un acto letal. Por lo tanto, había surgido una obligación positiva para las autoridades de tomar medidas operativas suficientes y eficientes para proteger a estos ciudadanos y a la sociedad en general. Varios agentes de policía habían reconocido el grave riesgo de un posible tiroteo en la escuela y habían intentado confiscar el arma del perpetrador antes de que comenzara una nueva semana escolar. Sin embargo, su superior había decidido conscientemente permitir que el agresor se quedara con su arma de fuego. Este fue el llamado momento decisivo en el que las autoridades no tomaron medidas para evitar el riesgo. Hubo muchas medidas concretas que podrían haberse tomado, siendo la más eficaz la confiscación de su arma. La entrevista real duró unos diez minutos, lo que claramente no fue suficiente para investigar a fondo el asunto. Además, con ello pudo haberse provocado que el agresor actuara más rápido de lo planeado, ya que entonces se dio cuenta del plan de la policía para confiscar su arma.

57. En conclusión, los demandantes alegaron que el Estado demandado había incumplido claramente con su obligación positiva en virtud del artículo 2 del Convenio.

(b) El Gobierno

58. El Gobierno argumentó que, contrariamente al caso *Armani Da Silva vs. El Reino Unido* [GC] (núm. 5878/08, 30 de marzo de 2016), en el presente caso los demandantes parecían no estar satisfechos con la condena y sentencia del Inspector Detective en Jefe y con el hecho de que la demanda de indemnización que entablaron no tuvo éxito. Sin embargo, el asunto había sido resuelto en el ámbito interno

been, aware of the real and immediate threat that the perpetrator had presented to the school in question. He had planned to carry out a school shooting in his own school and therefore these students should have been considered as “identifiable individuals” who risked being potential targets of a lethal act. A positive obligation had therefore arisen for the authorities to take sufficient and efficient operational measures to protect these citizens and society at large. Several police officers had recognised the acute risk of a potential school shooting and had attempted to confiscate the perpetrator’s weapon before the start of a new school week. However, their superior had consciously decided to allow the perpetrator to keep his firearm. This was the so-called decisive moment when the authorities had failed to take measures to avert the risk. There had been many concrete measures which could have been taken, the most efficient being the confiscation of his weapon. The actual interview had lasted for about ten minutes, which had clearly not been sufficient to thoroughly investigate the matter. It might have also made the perpetrator act more rapidly than planned as he had then become aware of the police’s plan to confiscate his gun.

57. In conclusion, the applicants claimed that the respondent State had thus clearly failed to fulfil its positive obligation under Article 2 of the Convention.

(b) The Government

58. The Government argued that, contrary to the case of *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC] (no. 5878/08, 30 March 2016), in the present case the applicants appeared to be dissatisfied with the conviction and sentence of the Detective Chief Inspector and with the fact that their claim for compensation was not successful. However, the matter had been resolved domestically and, taking into

y, teniendo en cuenta el margen de apreciación dejado a los Estados Parte, al respecto la demanda no debe ser considerada por el TEDH debido a su naturaleza de cuarta instancia.

59. El Gobierno declaró que era obvio que el artículo 2 del Convenio requería que los Estados Parte dispusieran de mecanismos efectivos regidos por el derecho administrativo y penal para prevenir el uso indebido de armas de fuego y posibilitar la intervención en dicho uso indebido. No sólo existen varias proscripciones en el Código Penal, sino que incluso existe la posibilidad de incautar armas de fuego y revocar los permisos de adquisición y posesión, lo que en conjunto constituyen un mecanismo eficaz. En ese sentido, existía el mecanismo previsto en la legislación nacional sobre armas de fuego, de conformidad con el artículo 2.

60. La Ley de Armas de Fuego, vigente en el momento de los hechos, prohibía explícitamente la concesión de un permiso sin motivos aceptables o en caso de que existiera alguna razón para sospechar el uso indebido del permiso o de los objetos adquiridos o poseídos. Al evaluar los cargos penales contra el inspector detective en jefe en relación con la concesión de un permiso de adquisición en agosto de 2008, el Tribunal de Apelación no encontró pruebas de que el inspector detective en jefe no hubiera cumplido con la legislación pertinente o que hubiera cualquier otra negligencia, de su parte. En consecuencia, la decisión de otorgar al autor el permiso de adquisición de armas de fuego no había infringido el artículo 2.

61. El Tribunal de Apelación había dictaminado en su sentencia que el material publicado por el autor en Internet, visto en su conjunto, constituía una conducta que infringía el requisito legal de que las armas de fuego se utilicen de manera adecuada. Esa conducta había dado al inspector detective en jefe motivos para investigar más a fondo si la

account the margin of appreciation left to the States in this respect, the applicants' application should not be considered by the Court due to its fourth-instance nature.

59. The Government stated that it was obvious that Article 2 of the Convention required the Contracting Parties to have in place effective mechanisms governed by administrative and criminal law to prevent misuse related to firearms and to make intervention in such misuse possible. Not only were there several proscriptions in the Penal Code, but there was also the possibility to seize firearms and to revoke acquisition and possession permits, which together constituted such an effective mechanism. Accordingly, the domestic firearms legislation was, as a mechanism, in compliance with Article 2.

60. The Firearms Act as in force at the material time had explicitly prohibited the granting of a permit without acceptable grounds or if a reason had existed for suspecting misuse of the permit or objects acquired or possessed under it. When assessing the criminal charges against the Detective Chief Inspector concerning the granting of an acquisition permit in August 2008, the Court of Appeal had found no evidence that the Detective Chief Inspector had failed to comply with the relevant legislation or that there had been any other negligence on his part. Accordingly, the decision to grant the perpetrator the firearms acquisition permit had not been in breach of Article 2.

61. The Court of Appeal had found in its judgment that the material posted by the perpetrator on the Internet, when viewed as a whole, constituted conduct that was in breach of the statutory requirement that firearms be used in an appropriate manner. Such conduct had given the Detective Chief Inspector grounds for further

conducta del agresor podría justificar la revocación de su licencia para poseer armas de fuego. Sin embargo, el Tribunal aun así sostuvo que el inspector detective en jefe no tenía motivos concretos para sospechar que la conducta del perpetrador había sido algo más que despertar miedo y preocupación. Según el tribunal, el inspector detective en jefe no había considerado posible que el perpetrador cometiera un tiroteo en la escuela. El Gobierno subrayó que el autor no había mostrado ningún interés particular por las víctimas antes de que se produjera el tiroteo. A pesar de que el inspector detective en jefe había incumplido sus obligaciones al no incautar el arma de fuego del perpetrador, la situación no era comparable a la de *Osman vs. el Reino Unido* (28 de octubre de 1998, § 116, *Informes de sentencias y decisiones* 1998 VIII). En consecuencia, la decisión del inspector detective en jefe de no confiscar el arma de fuego, no había violado el artículo 2.

62. El Gobierno afirmó que en noviembre de 2008 había designado una comisión de investigación para investigar el tiroteo en la escuela. El 17 de febrero de 2010, la comisión determinó que los intentos de identificar posibles intenciones delictivas en una entrevista realizada por la policía o un médico habían resultado poco fiables, como lo demuestra el hecho de que en los homicidios escolares los agresores se habían comportado con total naturalidad cuando había surgido la necesidad. Tampoco se podría haber considerado que una persona era apta o no apta para poseer un arma de fuego con base en diagnósticos de salud mental.

63. Además, la autoridad nacional que supervisa los servicios de la salud había preparado su propio informe sobre la idoneidad del servicio médico prestado al perpetrador en el presente caso. Según el informe, el personal que trataba al agresor no podía haber previsto el tiroteo en la escuela y no tenían motivos para considerar que el autor había

enquiries as to whether the perpetrator's conduct had warranted a revocation of his licence to possess firearms. The court had, however, also held that the Detective Chief Inspector had had no concrete grounds for suspecting that the perpetrator's conduct had amounted to anything more than arousing fear and concern. According to the court, the Detective Chief Inspector had not considered it possible that the perpetrator would commit a school shooting. The Government stressed that the perpetrator had not shown any particular interest in the victims before the shooting had taken place. Even though the Detective Chief Inspector had acted in breach of his duties by failing to seize the perpetrator's firearm, the situation was not comparable to that in *Osman v. the United Kingdom* (28 October 1998, § 116, *Reports of Judgments and Decisions* 1998VIII). Accordingly, the Detective Chief Inspector's decision not to confiscate the firearm had not been in violation of Article 2.

62. The Government averred that in November 2008 it had appointed an investigation commission to enquire into the school shooting. On 17 February 2010 the commission had found that attempts to identify potential criminal intentions in an interview conducted by the police or a doctor had proved unreliable as evidenced by the fact that in school killings the perpetrators had been able to behave matter-of-factly when the need had arisen. Nor could a person have been deemed suitable or unsuitable to possess a firearm on the basis of mental health diagnoses.

63. Furthermore the national authority supervising health care had prepared its own report on the appropriateness of the health-care service provided to the perpetrator in the present case. According to the report, the staff treating the perpetrator could not have possibly foreseen the school shooting and had had no grounds for considering

representado un peligro inmediato para sí mismo o para los demás. La medicación que se le había recetado era la adecuada, pero cabía la posibilidad que no la hubiera estado tomando durante los últimos días de su vida. El autor tampoco había informado al personal del centro de salud de su interés por las armas de fuego. Las autoridades nacionales de supervisión habían sostenido que las autoridades médicas en cuestión habían adoptado todas las medidas habituales dentro de su competencia. En opinión del Gobierno, las actividades de las autoridades sanitarias también se han ajustado al artículo 2.

64. En conclusión, el Gobierno argumentó que no hubo violación del artículo 2 del Convenio.

2. Valoración del TEDH

(a) Aspecto sustantivo del artículo 2 del Convenio

(b) Principios generales

65. El TEDH recuerda que el artículo 2 del Convenio, que salvaguarda el derecho a la vida, se ubica como una de las disposiciones fundamentales de la Convención. Junto con el artículo 3, consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que integran el Consejo Europeo. El objeto y fin de la Convención como instrumento para la protección de los seres humanos individuales incluso requiere que el artículo 2 sea interpretado y aplicado de manera que sus garantías sean prácticas y efectivas (véase, entre muchos otros precedentes, *Anguelova vs. Bulgaria*, no. 38361/97, párrafo 109, TEDH 2002IV).

66. El TEDH reitera que la primera oración del artículo 2 § 1 obliga al Estado no solo a abstenerse de quitar la vida de manera intencional e ilegal, sino también a tomar las medidas adecuadas para salvaguardar

that the perpetrator had been an immediate danger to himself or others. The medication prescribed for him had been appropriate but it had been possible that he had not been taking it during the last days of his life. The perpetrator had also failed to inform the health-centre staff of his interest in firearms. The national supervisory authorities had held that the health-care authorities in question had taken all customary measures within their competence. In the Government's view the activities of the health-care authorities had also been in compliance with Article 2.

64. In conclusion, the Government argued that there had been no violation of Article 2 of the Convention.

2. *The Court's assessment*

- (a) Substantive aspect of Article 2 of the Convention
- (b) General principles

65. The Court recalls that Article 2 of the Convention, which safeguards the right to life, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention. Together with Article 3, it enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings also requires that Article 2 be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, among many other authorities, *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 109, ECHR 2002IV).

66. The Court reiterates that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the

la vida de quienes se encuentren dentro de su jurisdicción (ver *L.C.B. vs. el Reino Unido*, 9 de junio 1998, § 36, Reportes 1998 III; *Osman, citado anteriormente*, § 115; y *Paul y Audrey Edwards vs. el Reino Unido*, no. 46477/99, § 71, TEDH 2002II). Se ha descubierto que esta obligación positiva surge en una variedad de contextos diferentes. Así, por ejemplo, el TEDH ha sostenido que la obligación positiva del Estado en virtud del artículo 2 se refiere a la gestión de diversas actividades peligrosas (véase *Öneryıldız vs. Turquía* [GC], no. 48939/99, § 71, TEDH 2004XII) así como en el contexto de la seguridad vial (véase *Nicolae Virgiliu Tănase vs Rumanía* [GC], no. 41720/13, § 135, 25 de junio 2019). Estos deberes de las autoridades nacionales implican sobre todo la obligación primordial de contar con un conjunto adecuado de medidas preventivas orientadas a garantizar la seguridad pública. Esto implica en primer lugar un deber básico por parte del Estado de adoptar e implementar un marco legislativo y administrativo diseñado para proporcionar una disuasión efectiva contra las amenazas al derecho a la vida (ver *Öneryıldız*, citado anteriormente, §§ 89-90, y *Masneva vs. Ucrania*, no. 5952/07, § 64, 20 de Diciembre 2011). Al respecto, el TEDH ha enfatizado que la obligación de los Estados de regular debe entenderse en un sentido más amplio que incluye el deber de asegurar el funcionamiento efectivo de ese marco regulatorio. Por lo tanto, las obligaciones regulatorias abarcan las medidas necesarias para garantizar la implementación, incluida la supervisión y el cumplimiento (*Lopes de Sousa Fernandes vs. Portugal* [GC], no. 56080/13, § 189, TEDH 2017). Por lo tanto, la obligación positiva de los Estados en virtud de la parte sustantiva del artículo 2 se extiende al deber de garantizar el funcionamiento eficaz del marco normativo adoptado para la protección de la vida (véase *Cavit Tınarlıoğlu vs. Turquía*, no. 3648/04, § 86, 2 febrero 2016).

67. El Tribunal ha sostenido que la obligación positiva anterior en virtud del artículo 2 debe interpretarse como aplicable en el contexto de

lives of those within its jurisdiction (see *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports* 1998III; *Osman*, cited above, § 115; and *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, no. 46477/99, § 71, ECHR 2002II). Such a positive obligation has been found to arise in a range of different contexts. Thus, for example, the Court has held that the State's positive obligation under Article 2 is engaged in respect of the management of various dangerous activities (see *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 71, ECHR 2004XII) as well as in the context of road safety (see *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], no. 41720/13, § 135, 25 June 2019). These duties of the domestic authorities entail above all the primary obligation to have in place an appropriate set of preventive measures geared to ensuring public safety. This entails above all a primary duty on the part of the State to adopt and implement a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life (see *Öneryıldız*, cited above, §§ 89-90, and *Masneva v. Ukraine*, no. 5952/07, § 64, 20 December 2011). In this regard, the Court has emphasised that the States' obligation to regulate must be understood in a broader sense which includes the duty to ensure the effective functioning of that regulatory framework. The regulatory duties thus encompass necessary measures to ensure implementation, including supervision and enforcement (*Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [GC], no. 56080/13, § 189, ECHR 2017). Thus, the States' positive obligation under the substantive limb of Article 2 extends to a duty to ensure the effective functioning of the regulatory framework adopted for the protection of life (see *Cavit Tınarlıoğlu v. Turkey*, no. 3648/04, § 86, 2 February 2016).

67. The Court has held that the above positive obligation under Article 2 must be construed as applying in the context of any

cualquier actividad, pública o no, en la que pueda estar en juego el derecho a la vida (véase *Öneryıldız*, citado anteriormente, § 89, y *Nicolae Virgiliu Tănase*, antes citado, § 135, con más referencias). Por lo tanto, en el contexto de las actividades que pueden representar un riesgo para la vida humana debido a su naturaleza intrínsecamente peligrosa, los Estados deben tomar medidas razonables para garantizar la seguridad de las personas según sea necesario (véase *Cevrioğlu vs. Turkía*, no. 69546/12, § 57, 4 de octubre 2016, con más referencias). En este sentido, se debe hacer especial hincapié en las regulaciones adaptadas a las características especiales de la actividad en cuestión, en particular en lo que respecta al nivel de riesgo potencial para las vidas humanas (ver *Masneva*, citado anteriormente, § 64). Las medidas reglamentarias en cuestión deben regir la concesión de licencias, el establecimiento, el funcionamiento, la seguridad y la supervisión de la actividad y deben obligar a todos los interesados a tomar medidas prácticas para garantizar la protección efectiva de los ciudadanos cuyas vidas puedan verse amenazadas por los riesgos inherentes (ver *Cevrioğlu*, antes citado, § 51, y *Zinatullin vs Rusia*, no. 10551/10, §§ 25-27, 28 de enero 2020). Sin embargo, la Corte además ha enfatizado que la obligación positiva debe interpretarse de tal manera que no imponga una carga excesiva a las autoridades, teniendo en cuenta, en particular, la imprevisibilidad de la conducta humana y las opciones operativas que deben tomarse en términos de prioridades y recursos (ver *Öneryıldız*, antes citado, § 107, y *Ciechońska vs. Polonia*, no. 19776/04, §§ 63 y 64, 14 de junio 2011). En consecuencia, no todos los riesgos potenciales para la vida pueden implicar para las autoridades tomar medidas preventivas incluidas en el Convenio, tendientes a impedir que ese riesgo se materialice. El alcance de las obligaciones positivas en un contexto dado depende del tipo de riesgos en cuestión y la posibilidad de mitigarlos (ver *Cavit Tınarlıoğlu*, citado anteriormente, § 90).

activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake (see *Öneryıldız*, cited above, § 89, and *Nicolae Virgiliu Tănase*, cited above, § 135, with further references). Thus, in the context of activities which may pose a risk to human life due to their inherently hazardous nature, States are required to take reasonable measures to ensure the safety of individuals as necessary (see *Cevrioğlu v. Turkey*, no. 69546/12, § 57, 4 October 2016, with further references). In this regard, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives (see *Masneva*, cited above, § 64). The regulatory measures in question must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks (see *Cevrioğlu*, cited above, § 51, and *Zinatullin v. Russia*, no. 10551/10, §§ 25-27, 28 January 2020). The Court has, however, also emphasised that the positive obligation is to be interpreted in such a way as not to impose an excessive burden on the authorities, bearing in mind, in particular, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources (see *Öneryıldız*, cited above, § 107, and *Ciechońska v. Poland*, no. 19776/04, §§ 63 and 64, 14 June 2011). Accordingly, not every potential risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take preventive measures to deter that risk from materialising. The extent of the positive obligations in a given context depends on the kind of risks concerned and the possibilities of mitigating them (see *Cavit Tınarlıoğlu*, cited above, § 90).

68. En este contexto, el TEDH ha sostenido que cuando un Estado Parte ha adoptado un marco legal general y una legislación adaptada a los requisitos de protección en el contexto específico, asuntos tales como un error de juicio por parte de un juzgador individual o una coordinación negligente entre profesionales, ya sean públicos o privados, no podrían ser suficientes por sí mismos para hacer que el Estado Parte rinda cuentas desde el punto de vista de su obligación positiva derivada del artículo 2 del Convenio de proteger la vida (véase *Lopes de Sousa Fernandes vs. Portugal* [GC], antes citado, § 165; *Fernandes de Oliveira vs. Portugal* [GC], no. 78103/14, § 106, 31 enero 2019; y *Marius Alexandru y Marinela Ștefan vs. Rumania*, no. 78643/11, § 100, 24 marzo 2020).

69. Además, existe la obligación positiva sustantiva adicional de tomar medidas operativas preventivas para proteger a un individuo identificado de otro individuo (ver *Osman*, citado anteriormente, § 115, y *Nicolae Virgiliu Tănase*, citado anteriormente, § 136) o, en circunstancias particulares, de sí mismo (ver *Fernandes de Oliveira*, antes citado, §§ 103 y 108-15). Para el cumplimiento de esta obligación positiva, se debe establecer que las autoridades conocían o debían haber sabido en ese momento, de la existencia de un riesgo real e inmediato derivado de los hechos delictivos de un tercero, para la vida de un individuo o individuos identificados y que no tomaron medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podrían haber evitado ese riesgo (ver *Osman*, citado anteriormente, §§ 115-16; *Öneryıldız*, citada anteriormente, §§ 74 y 101; *Bone vs. Francia* (dec.), no. 69869/01, 1 marzo 2005; *Tagayeva y Otros vs. Rusia*, nos. 26562/07 y 6 otros, § 483, 13 abril 2017; *Cavit Tınarlıoğlu*, citado anteriormente, §§ 91-92; y *Fernandes de Oliveira*, citado arriba, § 109).

70. La anterior obligación de las autoridades estatales de tomar medidas operativas preventivas se ha establecido para situaciones en las que

68. In this context, the Court has held that where a Contracting State has adopted an overall legal framework and legislation tailored to the protective requirements in the specific context, matters such as an error of judgment on the part of an individual player, or negligent coordination among professionals, whether public or private, could not be sufficient of themselves to make a Contracting State accountable from the standpoint of its positive obligation under Article 2 of the Convention to protect life (see *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal* [GC], cited above, § 165; *Fernandes de Oliveira v. Portugal* [GC], no. 78103/14, § 106, 31 January 2019; and *Marius Alexandru and Marinela Ștefan v. Romania*, no. 78643/11, § 100, 24 March 2020).

69. In addition, there is a further substantive positive obligation to take preventive operational measures to protect an identified individual from another individual (see *Osman*, cited above, § 115, and *Nicolae Virgiliu Tănase*, cited above, § 136) or, in particular circumstances, from himself (see *Fernandes de Oliveira*, cited above, §§ 103 and 108-15). In order to engage this positive obligation, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time, of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see *Osman*, cited above, §§ 115-16; *Öneryıldız*, cited above, §§ 74 and 101; *Bone v. France* (dec.), no. 69869/01, 1 March 2005; *Ta-gayeva and Others v. Russia*, nos. 26562/07 and 6 others, § 483, 13 April 2017; *Cavit Tınarlıoğlu*, cited above, §§ 91-92; and *Fernandes de Oliveira*, cited above, § 109).

70. The above obligation of the State authorities to take preventive operational measures has been established for situations where the

el riesgo real e inmediato de actos delictivos de un tercero tiene que ver con la vida de una o más personas identificadas o identificables. Sin embargo, en determinadas circunstancias, el TEDH ha sostenido que una obligación similar de brindar protección contra un riesgo real e inminente de actos delictivos que emanan de un individuo determinado puede surgir hacia miembros del público que no son identificables de antemano, es decir, en el contexto de la concesión de licencia de prisión o puesta en libertad condicional a presos peligrosos (ver *Mastromatteo vs. Italia* [GC], no. 37703/97, § 69, TEDH 2002VIII; *Maiorano y Otros vs. Italia*, no. 28634/06, § 107, 15 diciembre 2009; y *Choreftakis y Choreftaki vs. Grecia*, no. 46846/08, §§ 48-49, 17 de enero 2012).

71. Así, el TEDH ha establecido una distinción entre los casos relacionados con el requisito de protección personal de una o más personas identificables de antemano como posibles objetivos de un acto letal, y aquellos en los que se cuestionaba la obligación de brindar protección general a la sociedad (ver *Maiorano y Otros*, citado anteriormente, § 107, y *Giuliani y Gaggio vs. Italia* [GC], no. 23458/02, § 247, TEDH 2011 (extractos)). En este último contexto, el TEDH ha destacado el deber de diligencia que incumbe a las autoridades estatales, al enfrentar el peligro que emana de los actos potenciales de determinadas personas a su cargo, consistente en brindar protección general al derecho a la vida (ver *Mastromatteo*, citado arriba, § 74, y *Maiorano y Otros*, citado anteriormente, § 121). De manera similar, en un caso relativo a un oficial de policía que deliberadamente disparó a dos personas con su arma oficial mientras estaba fuera de servicio, el Tribunal determinó una violación del artículo 2 argumentando de que el oficial había recibido el arma en violación de la legislación nacional vigente de armas de la policía y no se había evaluado adecuadamente su personalidad a la luz de su historial conocido, que comprendía infracciones disciplinarias anteriores (ver *Gorovenko y Bugara vs. Ucrania*, núms.36146/05 y 42418/05, § 39, 12 enero 2012).

real and immediate risk from criminal acts of a third party concerns the life of a one or more identified or identifiable individuals. In certain circumstances, however, the Court has held that a similar obligation to afford protection against a real and imminent risk of criminal acts emanating from a given individual may arise toward members of the public who are not identifiable in advance, namely in the context of the granting of prison leave or conditional release to dangerous prisoners (see *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, § 69, ECHR 2002VIII; *Maiorano and Others v. Italy*, no. 28634/06, § 107, 15 December 2009; and *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*, no. 46846/08, §§ 48-49, 17 January 2012).

71. Thus, the Court has drawn a distinction between cases concerning the requirement of personal protection of one or more individuals identifiable in advance as the potential target of a lethal act, and those in which the obligation to afford general protection to society was in issue (see *Maiorano and Others*, cited above, § 107, and *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], no. 23458/02, § 247, ECHR 2011 (extracts)). In the latter context, the Court has stressed the duty of diligence incumbent on the State authorities, in dealing with the danger emanating from the potential acts of certain individuals in their charge, to afford general protection of the right to life (see *Mastromatteo*, cited above, § 74, and *Maiorano and Others*, cited above, § 121). Similarly, in a case concerning a police officer who deliberately shot two persons with his police gun while off-duty, the Court found a violation of Article 2 on the grounds that the officer had been issued with the gun in breach of the existing domestic legislation governing police weapons and there had been a failure to properly assess his personality in the light of his known history of previous disciplinary offences (see *Gorovenko and Bugara v. Ukraine*, nos. 36146/05 and 42418/05, § 39, 12 January 2012).

72. El TEDH asimismo ha encontrado que la obligación de brindar protección general contra posibles actos letales se aplicaba con respecto al peligro que emanaba de una persona con antecedentes de violencia, posesión ilegal de armas de fuego y abuso de alcohol, que aparentemente tenía trastornos mentales y había estado bajo el control de la policía el día del homicidio cometido por él (ver *Bljakaj y Otros vs. Croacia*, no. 74448/12, § 121, 18 septiembre 2014). En las circunstancias de ese caso, que surgió en el contexto de violencia doméstica y se refería al asesinato de la abogada de la esposa del perpetrador a raíz de un ataque a está, se consideró que el riesgo para la vida que representaba del agresor era real y inminente, mientras que la abogada no fue identificada de antemano como víctima. Además, los deberes de supervisión de diligencia en el contexto de una escuela se llevaron a cabo en *Kayak vs. Turquía* (núm. 60444/08, §§ 59 y 66, 10 julio 2012).

73. Para que surja una obligación positiva, en todo caso debe establecerse que las autoridades no tomaron medidas dentro del ámbito de sus competencias que, juzgadas razonablemente, hubieran podido evitar ese riesgo (ver, entre otros gobiernos, *Keenan vs. Reino Unido*, no. 27229/95, § 90, TEDH 2001III).

(i) *Aplicación en el presente caso*

74. El TEDH observa que el principal agravio de los demandantes se refiere al hecho de que se permitió al autor del ataque funesto, poseer un arma de fuego y que, en particular, su arma autorizada no fue incautada antes del ataque.

75. Para el TEDH, no cabe duda de que el uso de armas de fuego conlleva un alto nivel de riesgos inherentes al derecho a la vida, ya

72. The Court has also found that the obligation to afford general protection against potential lethal acts was engaged in respect of the danger emanating from a person with a history of violence, unlawful possession of firearms and alcohol abuse, who was apparently mentally disturbed and had been under the control of the police on the day of the killing committed by him (see *Bljakaj and Others v. Croatia*, no. 74448/12, § 121, 18 September 2014). In the circumstances of that case, which arose in the context of domestic violence and concerned the killing of the lawyer of the perpetrator's wife in the wake of an attack on the latter, the risk to life emanating from the perpetrator was found to be real and imminent, whereas the lawyer was not in advance identifiable as victim. Furthermore, the supervisory duties of diligence in the context of a school were engaged in *Kayak v. Turkey* (no. 60444/08, §§ 59 and 66, 10 July 2012).

73. For a positive obligation to arise, it must in any event be established that the authorities failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see, amongst other authorities, *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 90, ECHR 2001III).

(i) *Application in the present case*

74. The Court notes that the applicants' main grievance concerns the fact that the perpetrator of the fatal attack was permitted to possess a firearm and that, in particular, his licensed weapon was not seized before the attack.

75. For the Court, there can be no doubt that the use of firearms entails a high level of inherent risks to the right to life since any kind of

que cualquier tipo de mala conducta, no solo intencional sino también negligente, que involucre el uso de armas de fuego puede tener consecuencias fatales para las víctimas, y el riesgo de que esas armas se utilicen para cometer actos delictivos deliberados es aún más grave. En consecuencia, el uso de armas de fuego es una forma de actividad peligrosa que debe comprometer la obligación positiva de los Estados de adoptar y aplicar medidas destinadas a garantizar la seguridad pública (véanse los párrafos 66 a 68 *supra*). Esta obligación primordial consiste en el deber de adoptar normas para la protección de la vida y asegurar la efectiva implementación y funcionamiento de ese marco regulatorio.

76. A la luz de las quejas de los demandantes, el marco normativo aplicable en el Estado demandado en el momento pertinente como tal no está en litigio en el presente caso. El TEDH no percibe deficiencias al respecto que pudieran implicar una violación de las obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 2. En este contexto, el TEDH no está preparada para sostener que la ausencia de un intercambio de información a nivel nacional entre las distintas autoridades policiales locales sobre antecedentes de diversas amenazas que no han dado lugar a procesos penales pueda considerarse en sí misma como una deficiencia relevante en el marco regulatorio (véase el párrafo 18 anterior).

77. En cuanto a la concesión de licencias para el arma de fuego del perpetrador, los tribunales nacionales han examinado los alegatos formulados por los demandantes y han establecido que la licencia otorgada al perpetrador se expidió de conformidad con la legislación pertinente. El autor había cumplido los requisitos legales y se había sometido a una entrevista personal para obtener la licencia. Según los tribunales nacionales, no hubo pruebas de negligencia por parte del inspector detective en jefe a cargo de la concesión de licencias. El

misconduct, not only intentional but also negligent behaviour, involving the use of firearms may have fatal consequences to victims, and the risk of such weapons being used to commit deliberate criminal acts is even more serious. Accordingly, the use of firearms is a form of dangerous activity which must engage the States' positive obligation to adopt and implement measures designed to ensure public safety (see paragraphs 66-68 above). This primary obligation consists in the duty to adopt regulations for the protection of life and to ensure the effective implementation and functioning of that regulatory framework.

76. In the light of the applicants' complaints, the regulatory framework applicable in the respondent State at the relevant time as such is not in issue in the present case. The Court does not discern any deficiencies in this respect that could entail a violation of the State's positive obligations under Article 2. In this context, the Court is not prepared to hold that the absence of a nationwide sharing between the various local police authorities of information regarding past records of various threats which have not given rise to criminal proceedings could in itself be considered as a relevant deficiency in the regulatory framework (see paragraph 18 above).

77. As regards the licensing of the perpetrator's firearm, the domestic courts have examined the allegations put forward by the applicants, and have established that the license granted to the perpetrator was issued in compliance with the relevant legislation. The perpetrator had fulfilled the statutory requirements and had undergone a personal interview as a prerequisite for the license. According to the domestic courts, there was no evidence of negligence on the part of the Detective Chief Inspector in charge of the

TEDH no ve ninguna razón para cuestionar estas conclusiones de los tribunales nacionales.

78. Pasando a la cuestión de si las autoridades nacionales, en particular la policía local, cumplieron con las obligaciones operativas preventivas derivadas del artículo 2 (véase el párrafo 69 *supra*). El TEDH observa que los tribunales internos, habiendo tomado y considerado cuidadosamente las pruebas disponibles, concluyeron que la información con que contó la autoridad policial local en el momento anterior al acto delictivo del perpetrador no dio lugar a ninguna razón para sospechar un riesgo real de ataque, en forma de tiroteo en la escuela.

79. El TEDH reitera que su cometido no es sustituir su propia apreciación de los hechos por la de los tribunales internos y, por regla general, corresponde a dichos tribunales valorar la prueba que tienen ante sí (ver, *inter alia*, *Radomilja y Otros vs. Croacia* [GC], nos. 37685/10 y 22768/10, § 150, 20 marzo 2018). Si bien el TEDH no está obligado a adoptar las conclusiones de los tribunales internos, en circunstancias normales requiere elementos convincentes que lo lleven a apartarse de las conclusiones de hecho alcanzadas por dichos tribunales (ver *Gäffgen*, citada anteriormente, § 93). En el presente caso, el TEDH no ve ningún motivo para apartarse de la apreciación del Tribunal de Apelación. El enfoque seguido por ese tribunal no es incompatible con la prueba del conocimiento real o imputado de un riesgo real e inminente para la vida según lo establecido en la jurisprudencia del TEDH.

80. En esencia, la evaluación realizada por el tribunal nacional lleva a la conclusión de que, si bien, antes del ataque homicida cometido por el perpetrador, existían ciertos elementos fácticos que sugerían que podría representar el riesgo de cometer actos potencialmente mortales, el asesinato en la escuela cometido por él no era razonablemente

licensing. The Court sees no reason to call into question these findings of the domestic courts.

78. Turning to the question of whether the domestic authorities, in particular the local police, complied with the preventive operational duties arising under Article 2 (see paragraph 69 above), the Court notes that the domestic courts, having taken and carefully considered the available evidence, concluded that the information available to the local police authority at the time preceding the perpetrator's criminal act did not give rise to any reason to suspect an actual risk of an attack in the form of a school shooting.

79. The Court reiterates that its task is not to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for those courts to assess the evidence before them (see, *inter alia*, *Radomilja and Others v. Croatia* [GC], nos. 37685/10 and 22768/10, § 150, 20 March 2018). Although the Court is not bound by the findings of the domestic courts, in normal circumstances it requires cogent elements to lead it to depart from the findings of fact reached by those courts (see *Gäfgen*, cited above, § 93). In the present case, the Court does not discern any grounds for departing from the assessment of the Court of Appeal. The approach followed by that court is not inconsistent with the test of actual or imputed knowledge of a real and imminent risk to life as laid down in the Court's case-law.

80. In essence, the assessment made by the domestic court leads to the conclusion that although, prior to the murderous attack committed by the perpetrator, there were certain factual elements suggesting that the perpetrator might potentially pose a risk of life-threatening acts, the school killing actually committed by him was not reasonably foreseeable. The findings of the investigation commission

previsible. Las conclusiones de la comisión de investigación establecieron de manera similar que el material publicado por el autor en Internet no contenía ninguna referencia a un asesinato en la escuela. El TEDH considera importante enfatizar que sigue existiendo una diferencia sustancial entre la conducta que involucra videoclips y publicaciones crípticas en Internet sin amenazas específicas o incluso inespecíficas, y los asesinatos indiscriminados de personas presentes en un lugar específico (ver, *mutatis mutandis*, *Van Colle vs. Reino Unido*, no. 7678/09, § 99, 13 noviembre 2012). El TEDH igualmente observa que la Corte de Apelaciones consideró posible que no fue sino hasta después de la entrevista policial y la advertencia verbal que el agresor había decidido realmente cometer el hecho (ver párrafo 29 *supra*).

81. En estas circunstancias, el TEDH no puede concluir que existió un riesgo real e inmediato para la vida de personas identificables que las autoridades conocían o debían haber conocido en el momento pertinente. En otras palabras, no puede sostenerse que las circunstancias del presente caso dieron lugar a un deber de protección personal hacia las víctimas del homicidio posterior, o hacia los demás alumnos o personal de la escuela en cuestión. La interrogante de si existió alguna etapa decisiva en la secuencia de hechos que condujeron al tiroteo fatal en la que las autoridades habían sabido o debían haber sabido de un riesgo real e inmediato para la vida de los familiares de los demandantes, debe ser respondido negativamente (ver *Van Colle*, antes citada, § 95). En consecuencia, no se puede culpar a las autoridades internas por haber incumplido su obligación operativa preventiva de proteger a las víctimas, tal como lo establece la jurisprudencia del TEDH (ver párrafo 69 *supra*).

82. El presente caso también debe distinguirse del de *Bljakaj y otros* (véase el párrafo 72 anterior). En ese caso, se determinó que el autor

similarly stated that the material posted by the perpetrator in the Internet did not contain any references to a school killing. The Court finds it important to emphasise that there remains a substantial difference between conduct involving video clips and cryptic postings on the Internet without any specific or even unspecific threats, and the indiscriminate killing of persons present at a specific location (see, *mutatis mutandis*, *Van Colle v. the United Kingdom*, no. 7678/09, § 99, 13 November 2012). The Court also notes that the Court of Appeal found it possible that it was not until after the police interview and the verbal warning that the perpetrator had actually decided to commit the act (see paragraph 29 above).

81. Under these circumstances, the Court is unable to conclude that there was a real and immediate risk to life directed at identifiable individuals of which the authorities knew or ought to have known at the relevant time. In other words, it cannot be held that the circumstances in the present case gave rise to a duty of personal protection toward the victims of the subsequent killing, or toward the other pupils or staff of the school concerned. The question whether there had been any decisive stage in the sequence of events leading up to the fatal shooting when it could have been said that the authorities had known or ought to have known of a real and immediate risk to the life of the applicants' next of kin must therefore be answered in the negative (see *Van Colle*, cited above, § 95). Consequently, the domestic authorities cannot be faulted for having failed to comply with their preventive operational obligation to protect the victims, as set out in the Court's case-law (see paragraph 69 above).

82. The present case must also be distinguished from *Bljakaj and Others* (see paragraph 72 above). In that case, the perpetrator was

presentaba un riesgo real e inmediato para la vida del cual las autoridades competentes tenían conocimiento, mientras que la víctima no fue identificable de antemano. El caso se refería a una persona mentalmente perturbada y peligrosa respecto de la cual se había detectado la necesidad de una mayor supervisión médica y que, debido al estado agudo en el que se encontraba y las amenazas formuladas por él, había estado bajo control policial inmediato anteriormente en el mismo día en que hirió gravemente a su esposa y mató a su abogado. En el presente caso, los tribunales internos, habiendo examinado los hechos y las pruebas, no concluyeron que pudiera preverse que el perpetrador suponía un riesgo real e inmediato para la vida de otras personas. De hecho, las circunstancias del presente caso son claramente distintas. El agresor fue entrevistado por el inspector detective en jefe debido a los materiales que había publicado en internet para determinar si existían indicios de que representara un peligro para la seguridad pública, pero no se consideró que fuera así. A la luz de las valoraciones efectuadas por las autoridades y tribunales nacionales, el TEDH no está en condiciones de concluir que existía un riesgo real e inmediato para la vida representado por el agresor, del que la policía conocía o debió haber conocido antes del ataque.

83. Esta conclusión no se ve afectada por el argumento esgrimido por los demandantes según el cual la autoridad policial debió haber obtenido los registros médicos y militares del autor para verificar los datos sobre su salud mental. El TEDH recuerda que la confidencialidad de los datos de salud es un principio vital en los sistemas legales de todos los Estados Partes, y incluso protegido por el artículo 8 del Convenio. El Tribunal ha reconocido que el respeto de dicha confidencialidad es fundamental no solo por el bien del sentido de privacidad de los pacientes, sino para preservar su confianza en el servicio de salud y garantizar que no se desanime a las personas de buscar un diagnóstico o

found to present a real and immediate risk to life of which the relevant authorities were aware, whereas the victim was not identifiable in advance. The case concerned a mentally disturbed and dangerous person in respect of whom the need for further medical supervision had been identified and who, due to the acute state he had been in and the threats made by him, had been under immediate police control previously on the same day on which he severely wounded his wife and killed her lawyer. In the present case, the domestic courts, having examined the facts and the evidence, did not conclude that the perpetrator could be foreseen to pose a real and immediate risk to the life of others. The circumstances of the present case are indeed distinctly different. The perpetrator was interviewed by the Detective Chief Inspector because of the materials he had posted on the Internet in order to determine whether there were indications of him posing a danger to public safety but this was not considered to be the case. In the light of the assessments made by the domestic authorities and courts, the Court is not in a position to conclude that there was a real and immediate risk to life emanating from the perpetrator of which the police knew or ought to have known in advance of the attack.

83. This conclusion is not affected by the argument advanced by the applicants according to which the police authority ought to have obtained the perpetrator's medical and military records to verify data regarding his mental health. The Court recalls that the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties, and also protected under Article 8 of the Convention. The Court has acknowledged that respect for such confidentiality is crucial not only for the sake of the patients' sense of privacy but to preserve their confidence in the health service and to ensure that persons are not discouraged from seeking diagnosis

tratamiento, lo contrario socavaría la esfuerzos preventivos en el cuidado de la salud (ver *Z vs. Finlandia*, 25 febrero 1997, § 95, *Reportes* 1997I; *P.y S. vs. Polonia*, no. 57375/08, § 128, 30 octubre 2012; y *L.H. vs. Letonia*, no. 52019/07, § 56, 29 abril 2014). Por lo tanto, la legislación nacional debe ofrecer la protección adecuada para evitar cualquier comunicación o divulgación de datos personales de salud que pueda ser incompatible con las garantías del artículo 8 del Convenio (ver *Z vs. Finlandia*, antes citada, §95). Si bien es indudable que existen muchas circunstancias en las que es necesario y justificado que las autoridades policiales puedan obtener determinados datos médicos para el desempeño de sus funciones de aplicación de la ley y prevención del delito, el acceso de la policía a los datos médicos de una persona no puede ser una cuestión de rutina. Dicho acceso debe estar sujeto a requisitos específicos de necesidad y justificación basados en circunstancias concretas. La presencia de tal necesidad o justificación no puede establecerse con los resultados obtenidos de manera retrospectiva. Además, incluso si los datos sobre el historial médico del perpetrador (véase el párrafo 9 *supra*) hubieran estado disponibles, no se puede determinar si, o en qué medida, la evaluación del perpetrador planteó un riesgo real e inminente en el momento relevante, o si la evaluación podría haber dependido de dicha información.

84. A la luz de las obligaciones positivas del Estado relacionadas con el control de actividades peligrosas (véanse los párrafos 66 a 68 *supra*), queda por examinar si las autoridades del Estado demandado han cumplido con su deber de diligencia en la protección de seguridad pública, teniendo en cuenta el contexto del caso, es decir, el uso de armas de fuego, en el que es inherente un riesgo especialmente agudo para la vida. El TEDH reitera que, a la luz de la importancia de la protección que otorga el artículo 2, debe analizar las denuncias sobre pérdida de vidas al más detenido escrutinio, tomando en

or treatment, which would undermine the preventive efforts in health care (see *Z v. Finland*, 25 February 1997, § 95, *Reports* 1997I; *P. and S. v. Poland*, no. 57375/08, § 128, 30 October 2012; and *L.H. v. Latvia*, no. 52019/07, § 56, 29 April 2014). The domestic law must therefore afford appropriate safeguards to prevent any such communication or disclosure of personal health data as may be inconsistent with the guarantees in Article 8 of the Convention (see *Z v. Finland*, cited above, § 95). While there are undoubtedly many circumstances in which it is necessary and justified for the police authorities to be able to obtain certain medical data in order to carry out their functions in law enforcement and crime prevention, access by the police to an individual's medical data cannot be a matter of routine. Such access must remain subject to specific requirements of necessity and justification based on the concrete circumstances. The presence of such necessity or justification cannot be established with the benefit of hindsight. Furthermore, even if the data on the perpetrator's medical history (see paragraph 9 above) had been available, it cannot be determined whether or to what extent the assessment of whether the perpetrator posed a real and imminent risk at the relevant time might have depended on such information.

84. In the light of the State's positive obligations relating to the control of dangerous activities (see paragraphs 66-68 above), it remains to be examined, however, whether the authorities of the respondent State have complied with their duty of diligence in the protection of public safety, taking into account the context of the case, namely the use of firearms, where a particularly high level of risk to life is inherent. The Court reiterates that, in the light of the importance of the protection afforded by Article 2, it must subject complaints about loss of life to the most careful scrutiny, taking into consideration all

consideración todas las circunstancias relevantes (ver, entre muchos otros gobiernos, *Banel vs. Lituania*, no. 14326/11, § 67, 18 junio 2013).

85. Como se indicó anteriormente, el TEDH ha sostenido que el deber de brindar protección general a la sociedad contra posibles actos delictivos de una o varias personas, puede aplicarse con respecto a personas, en particular presos peligrosos, que están a cargo de las autoridades estatales, o en circunstancias donde el peligro inminente que emana de ellos se ha hecho evidente en relación con una intervención de la policía (véase el párrafo 71 *supra*). El TEDH considera que existe obligación similar de diligencia especial se encuentra en las circunstancias del presente caso. Si bien el autor no estuvo a cargo de las autoridades estatales, esas autoridades son responsables de determinar y hacer cumplir los requisitos para la posesión legal de armas de fuego. El riesgo de vida particularmente elevado que conlleva su uso debe implicar el deber de intervención de las autoridades ante hechos que susciten sospechas concretas sobre el cumplimiento de tales requisitos.

86. En el presente caso, la policía local tuvo conocimiento de las publicaciones del autor en Internet que, aunque no contenían amenazas, eran de tal naturaleza que arrojaban dudas sobre si el autor podía permanecer en posesión de un arma de fuego sin peligro. De hecho, la policía no permaneció pasiva, sino que entrevistó al perpetrador. Sin embargo, no se tomó ninguna medida para apoderarse del arma que se sabía y tenía licencia para poseer. Si bien un error de juicio individual no puede ser suficiente para concluir una violación de las obligaciones positivas del Estado (ver párrafo 68 *supra*), especialmente cuando se identifica de manera retrospectiva, se puede considerar que lo que está en discusión en el presente caso va más allá de tal error de juicio. El TEDH observa, sin embargo, que no

relevant circumstances (see, among many other authorities, *Banel v. Lithuania*, no. 14326/11, § 67, 18 June 2013).

85. As stated above, the Court has held that the duty to provide general protection to society against potential criminal acts of one or several individuals may be engaged in respect of persons, notably dangerous prisoners, who are in the charge of State authorities, or in circumstances where the imminent danger emanating from them has become apparent in connection with an intervention by the police (see paragraph 71 above). The Court considers that a similar obligation of special diligence is engaged in the circumstances of the present case. Although the perpetrator was not in the charge of State authorities, those authorities are responsible for determining and upholding the requirements for the lawful possession of firearms. The particularly high level of risk to life which is inherent in their use must entail a duty for the authorities to intervene when alerted to facts that give rise to concrete suspicions regarding compliance with such requirements.

86. In the present case, the local police had become aware of the perpetrator's postings on the Internet which, although they did not contain any threats, were of such a nature as to cast doubt on whether the perpetrator could safely remain in possession of a firearm. Indeed, the police did not remain passive but conducted an interview with the perpetrator. No action was taken, however, to seize the weapon he was known and licensed to possess. While an individual error of judgment cannot suffice to conclude a violation of the State's positive obligations (see paragraph 68 above), especially not when identified with the benefit of hindsight, what is in issue in the present case can be seen to go beyond such an error of judgment. The Court notes, however, that it cannot accept the applicants' argument

puede aceptar el argumento de los demandantes que sugiere que el perpetrador fue en realidad provocado por la entrevista policial para que proceder con el ataque a la mañana siguiente. Tal conclusión se basa enteramente en apreciación hecha de manera retrospectiva. El TEDH no ve ninguna razón por la cual, a la luz de los hechos conocidos en ese momento, no hubiera sido un paso adecuado organizar un encuentro personal con el perpetrador luego del descubrimiento de sus publicaciones en Internet.

87. La cuestión fundamental es si existían medidas que las autoridades nacionales podrían haber tomado razonablemente para evitar el riesgo de muerte derivado del peligro potencial que indicaba la conducta conocida del autor, mostrada por las publicaciones en Internet. Lo importante es si las medidas razonables que las autoridades nacionales no tomaron podrían haber tenido una perspectiva real de alterar el resultado o mitigar el daño (ver *Bljakaj y Otros*, antes citada, §124).

88. Dado el riesgo particularmente alto que conlleva cualquier conducta indebida con armas de fuego, el TEDH considera que es fundamental que el Estado instale y aplique rigurosamente un sistema de protección adecuado y efectivo diseñado para contrarrestar y prevenir cualquier uso no permitido o peligroso de tales armas. En el contexto del presente caso, el TEDH nota que la medida cautelar de incautación del arma estuvo a disposición de la autoridad policial e incluso fue considerada, aunque no implementada. El TEDH incluso observa que tal medida no habría implicado ninguna interferencia significativa en relación con cualquiera de los derechos previstos en el Convenio y, por lo tanto, no habría implicado algún ejercicio de ponderación particularmente difícil o delicado. Tampoco habría requerido una medida de alto impacto, sino todo lo contrario. En efecto, la Corte de Apelaciones interna sostuvo que, dada la información que había llegado a la

suggesting that the perpetrator was actually provoked by the police interview to proceed with the attack the following morning. Such a conclusion is entirely based on the benefit of hindsight. The Court can see no reason why, in the light of the facts known at the time, it would not have been an appropriate step to take to organise a personal encounter with the perpetrator following the discovery of his postings on the Internet.

87. The crucial question is whether there were measures which the domestic authorities might reasonably have been expected to take to avoid the risk to life arising from the potential danger of which the perpetrator's known behaviour, displayed by the Internet postings, gave indications. What is important is whether reasonable measures which the domestic authorities failed to take could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm (see *Bljakaj and Others*, cited above, § 124).

88. Given the particularly high level of risk to life involved in any misconduct with firearms, the Court considers that it is essential for the State to put in place and rigorously apply a system of adequate and effective safeguards designed to counteract and prevent any improper and dangerous use of such weapons. In the context of the present case, the Court notes that the precautionary measure of seizing the gun was available to the police authority and was even considered although not implemented. The Court also observes that such a measure would not have entailed any significant interference with any competing rights under the Convention, and thus it would not have involved any particularly difficult or delicate balancing exercise. Nor would such a measure have required any high threshold of application, rather the contrary. Indeed, the domestic Court of Appeal held that, given the information that had come to the attention of the

atención de la autoridad policial, el arma podría y debería haber sido incautada de acuerdo con la legislación interna, lo que se prevé como una medida cautelar de bajo impacto (ver párrafo 27 arriba).

89. El TEDH reitera, en consonancia con la Corte de Apelaciones, que esta conclusión es un asunto independiente de la que se adopte, según la cual no sea posible sostener que el no incautar el arma haya sido causalmente relevante para los asesinatos posteriores, o que hubiera implicado incumplimiento de la obligación del Estado de brindar protección personal a las víctimas (ver párrafo 81 *supra*). Para el TEDH, la incautación del arma del agresor era una medida de precaución razonable a tomar en circunstancias en las que hubieran surgido dudas, sobre la base de información que analizó la autoridad competente, en cuanto a si el perpetrador estaba en condiciones de poseer un arma de fuego peligrosa. Por lo tanto, el TEDH considera que las autoridades internas no han cumplido con el deber especial de diligencia que les incumbe debido al nivel particularmente alto de riesgo para la vida inherente a cualquier mala conducta que involucre el uso de armas de fuego.

90. Por estas razones, el TEDH concluye que ha existido una violación por parte del Estado demandado a las obligaciones sustantivas positivas derivadas del artículo 2 del Convenio.

(c) Aspecto procesal del artículo 2 del Convenio

91. El TEDH reitera de su bien establecida jurisprudencia en la cual sostiene que ocurre una lesión mortal o la muerte, el artículo 2 requiere que se establezca un sistema judicial efectivo para garantizar la aplicación del marco legislativo orientado a proteger el derecho a la vida, proporcionando la reparación del daño (véase, por ejemplo, *Anna Todorova vs. Bulgaria*, núm. 23302/03, § 72, 24 mayo 2011, and *Antonov vs. Ucrania*, núm. 28096/04, § 44, 3 noviembre 2011). Dicho

police authority, the gun could and should have been seized according to domestic law, this being foreseen as a low threshold precautionary measure (see paragraph 27 above).

89. The Court reiterates, in line with the Court of Appeal, that this finding is a matter separate from the conclusion according to which it could not be held that the decision not to seize the gun was causally relevant to the subsequent killings, or that it entailed a failure to comply with the State's obligation to provide personal protection to the victims (see paragraph 81 above). For the Court, the seizure of the perpetrator's weapon was a reasonable measure of precaution to take under circumstances where doubts had arisen, on the basis of information that had come to the attention of the competent authority, as to whether the perpetrator was fit to possess a dangerous firearm. The Court therefore considers that the domestic authorities have not observed the special duty of diligence incumbent on them because of the particularly high level of risk to life inherent in any misconduct involving the use of firearms.

90. For these reasons, the Court finds that there has been a violation by the respondent State of the substantive positive obligations arising under Article 2 of the Convention.

(c) Procedural aspect of Article 2 of the Convention

91. The Court reiterates from its well-established case-law that where a life-threatening injury or a death occurs, Article 2 requires that an effective judicial system be set up to ensure enforcement of the legislative framework geared to protecting the right to life by providing appropriate redress (see, for instance, *Anna Todorova v. Bulgaria*, no. 23302/03, § 72, 24 May 2011, and *Antonov v. Ukraine*, no. 28096/04, § 44, 3 November 2011). Such a system may, and

sistema puede, y en determinadas circunstancias debe, incluir el acceso al derecho penal (*ibid.*, § 45). En el contexto particular de la pérdida de la vida o lesiones graves ocurridas en relación con actividades peligrosas, el TEDH ha considerado que una investigación penal oficial es indispensable dado que las autoridades públicas son a menudo las únicas entidades que tienen el conocimiento suficiente y relevante para identificar y establecer los complejos fenómenos que pueden causar un incidente (ver, en particular, Öneriyıldız, citado arriba, § 93, y *Brincat y Otros vs. Malta*, núms. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11, §§ 121-22, 24 julio 2014). En cuanto a la posible responsabilidad de los funcionarios del Estado por muertes ocurridas como consecuencia de su presunta negligencia, la obligación que impone el artículo 2 de establecer un sistema judicial efectivo no requiere necesariamente la disposición de un recurso penal en todos los casos (ver, entre otros, *Branko Tomasić y Otros vs. Croacia*, no. 46598/06, § 64, 15 enero 2009).

92. El cumplimiento de una investigación oficial con el requisito procesal previsto en el artículo 2 se evalúa con base en varios parámetros esenciales: la adecuación de las medidas de investigación, la rapidez de la investigación, la participación de la familia de la persona fallecida y la independencia de la investigación (ver, *Mustafa Tunç y Fecire Tunç vs. Turquía* [GC], no. 24014/05, § 225, 14 abril 2015). Para que sea “eficaz”, una investigación debe ser, en primer lugar, adecuada (véase *Ramsahai y otros vs. los Países Bajos* [GC], no. 52391/99, § 324, TEDH 2007 II). Es decir, debe ser capaz de conducir al esclarecimiento de los hechos y, en su caso, a la identificación y sanción de los responsables (ver *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, antes citado, §§ 172-74).

93. Estos requisitos además se extienden a la etapa de juicio (ver *Abdullah Yılmaz vs. Turquía*, no. 21899/02, § 58, 17 junio 2008, y

under certain circumstances must, include recourse to criminal law (ibid., § 45). In the particular context of the loss of life or serious injury incurred in connection with dangerous activities, the Court has considered that an official criminal investigation is indispensable given that public authorities are often the only entities to have sufficient relevant knowledge to identify and establish the complex phenomena that might have caused an incident (see, in particular, *Öneryıldız*, cited above, § 93, and *Brincat and Others v. Malta*, nos. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, §§ 121-22, 24 July 2014). As regards the possible responsibility of State officials for deaths occurring as a result of their alleged negligence, the obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case (see, among other authorities, *Branko Tomašić and Others v. Croatia*, no. 46598/06, § 64, 15 January 2009).

92. Compliance of an official investigation with the procedural requirement of Article 2 is assessed on the basis of several essential parameters: the adequacy of the investigative measures, the promptness of the investigation, the involvement of the deceased person's family, and the independence of the investigation (see, as a recent authority, *Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey* [GC], no. 24014/05, § 225, 14 April 2015). In order to be "effective," an investigation must firstly be adequate (see *Ramsahai and Others v. the Netherlands* [GC], no. 52391/99, § 324, ECHR 2007II). That is to say it must be capable of leading to the establishment of the facts and, where appropriate, the identification and punishment of those responsible (see *Mustafa Tunç and Fecire Tunç*, cited above, §§ 172-74).

93. These requirements also extend to the trial stage (see *Abdullah Yılmaz v. Turkey*, no. 21899/02, § 58, 17 June 2008, and *Mosendz*

Mosendz vs. Ucrania, no. 52013/08, § 94, 17 enero 2013). Sin embargo, no se puede inferir que el artículo 2 implique el derecho a que se procese o condene a terceros por un delito o la obligación absoluta de que todos los enjuiciamientos den lugar a una condena o, de hecho, en una sentencia determinada (ver *Giuliani and Gaggio*, antes citada, § 306).

94. El artículo 2 de la Convención implica, entre otros requisitos, que la investigación debe ser suficientemente independiente (ver, como expertos recientes, *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, antes citados, § 217). No requiere que las personas y organismos responsables de la investigación gocen de absoluta independencia, sino que sean suficientemente independientes de las personas y estructuras cuya responsabilidad es probable que se comprometa (ver *ibid.*, y *Ramsahai y Otros*, antes citado, §§ 343-44).

95. El TEDH observa que los demandantes no se quejaron de la investigación previa al juicio, salvo que alegaron, con fundamento en el artículo 6 del Convenio que no hubo un juicio justo ya que la investigación previa al juicio fue realizada por la policía. El TEDH observa que, en el sistema legal finlandés, las investigaciones previas al juicio siempre las lleva a cabo la policía. En el presente caso, la investigación previa al juicio estuvo a cargo de la Dirección Nacional de Investigaciones, ya que el caso se refería a las acciones u omisiones de un agente de la policía local. Por lo tanto, no hubo problema de parcialidad y la investigación fue suficientemente independiente de las personas y estructuras cuya responsabilidad iba a ser comprometida. Tampoco hay indicios de que la investigación previa al juicio fuera de alguna manera insuficiente o defectuosa, ni hubo controversia sobre sus conclusiones. Por el contrario, los demandantes nunca cuestionaron la efectividad de la investigación realizada por la policía.

v. Ukraine, no. 52013/08, § 94, 17 January 2013). It cannot, however, be inferred that Article 2 entails the right to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence or an absolute obligation for all prosecutions to result in conviction, or indeed in a particular sentence (see *Giuliani and Gaggio*, cited above, § 306).

94. Article 2 of the Convention implies, among other requirements, that the investigation must be sufficiently independent (see, as a recent authority, *Mustafa Tunç and Fecire Tunç*, cited above, § 217). It does not require that persons and bodies responsible for an investigation enjoy absolute independence, but rather that they are sufficiently independent of the persons and structures whose responsibility is likely to be engaged (see *ibid.*, and *Ramsabai and Others*, cited above, §§ 343-44).

95. The Court notes that the applicants did not complain about the pretrial investigation, other than claiming under Article 6 of the Convention that there had been no fair trial as the pre-trial investigation had been conducted by the police. The Court observes that, in the Finnish legal system, pre-trial investigations are always conducted by the police. In the present case, the pre-trial investigation was conducted by the National Bureau of Investigation as the case concerned the actions or omissions of a local police officer. There was thus no issue of partiality, and the investigation was sufficiently independent of the persons and structures whose responsibility was to be engaged. Nor are there any indications that the pre-trial investigation conducted in the case was somehow insufficient or faulty, nor was there any dispute about its conclusions. On the contrary, the effectiveness of the investigation conducted by the police was never questioned by the applicants.

96. Además, en noviembre de 2008 el Gobierno nombró una comisión para investigar el tiroteo en la escuela. La comisión terminó su trabajo en febrero de 2010 cuando emitió nueve recomendaciones sobre, entre otras cosas, sobre la disponibilidad de armas de fuego, los servicios de salud mental para los jóvenes, la planificación integral de la seguridad en las instituciones educativas, la cooperación entre las autoridades para prevenir incidentes similares y apoyo psicosocial.

97. Los demandantes no han indicado ninguna otra deficiencia. El TEDH tampoco ha identificado ninguna.

98. En consecuencia, no ha habido violación del aspecto procesal del artículo 2 del Convenio.

II. EL RESTO DE LA DEMANDA

99. Los demandantes igualmente se quejaron de que, atendiendo a los artículos 5, 6 y 13 del Convenio que los tribunales nacionales no habían sido imparciales e independientes, que habían evaluado las pruebas incorrectamente y que no hubo un juicio justo ya que se había llevado a cabo la investigación previa al juicio por la policía. Además, los demandantes alegaron que no tenían un recurso efectivo ya que sus cargos fueron desestimados sin examinar el fondo por falta de *locus standi*.

100. A la luz de todo el material en su poder, y en la medida en que los asuntos denunciados son de su competencia, el TEDH concluye que no revelan apariencia alguna de violación de los derechos y libertades consagrados en el Convenio o en sus Protocolos. En consecuencia, esta parte de la demanda debe ser desestimada por manifiestamente infundada y declarada inadmisibles de conformidad con el artículo 35, §§ 3 (a) y 4 del Convenio.

96. Moreover, in November 2008 the Government appointed an investigation commission to enquire into the school shooting. The commission finished its work in February 2010 when it issued nine recommendations concerning, *inter alia*, the availability of firearms, mental-health services for young people, comprehensive security planning in educational institutions, co-operation between authorities in preventing similar incidents, and co-ordination of psychosocial support.

97. The applicants have not indicated any other shortcomings. Nor has the Court identified any.

98. Accordingly, there has been no violation of the procedural aspect of Article 2 of the Convention.

II. THE REMAINDER OF THE APPLICATION

99. The applicants also complained under Articles 5, 6 and 13 of the Convention that the domestic courts had not been impartial and independent, that they had assessed the evidence wrongly, and that there had been no fair trial as the pre-trial investigation had been conducted by the police. Moreover, the applicants claimed that they did not have an effective remedy as their charges had been dismissed without examining the merits for the lack of *locus standi*.

100. In the light of all the material in its possession, and in so far as the matters complained of are within its competence, the Court finds that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or its Protocols. Accordingly, this part of the application must be rejected as manifestly ill-founded and declared inadmissible pursuant to Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

III. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

101. El artículo 41 del Convenio dispone:

“Si el TEDH determina que se ha producido una violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno del Estado Parte del que se trate sólo permite una reparación parcial, el TEDH deberá, en caso necesario, brindar una justa satisfacción a la parte ofendida.”

A. Daño

102. El demandante, Elmeri Kotilainen, reclamó 31.571,97 euros (EUR) más intereses por concepto de daño pecuniario por la pérdida de ingresos debido al fallecimiento de su madre.

Todos los demandantes reclamaron 45.000 euros cada uno por concepto de daño no pecuniario.

103. El Gobierno consideró como hipotético e infundado el daño pecuniario reclamado de Elmeri Kotilainen y consideró que, por lo tanto, debería rechazarse.

En cuanto al daño no pecuniario, consideraron excesivas las reclamaciones de los demandantes. La indemnización por daños no pecuniarios no debe superar los 2.500 euros por solicitante.

104. El TEDH recuerda que debe existir una relación causal clara entre el daño pecuniario reclamado por un demandante y la violación declarada por el TEDH, y que esto puede, en un caso apropiado, incluir una indemnización por lucro cesante (véase, entre otras, *Imakayeva vs. Rusia*, no. 7615/02, párrafo 213, TEDH 2006XIII (extractos)). Teniendo en cuenta sus conclusiones anteriores, el TEDH considera que existe un vínculo causal suficiente entre la violación del artículo 2 con respecto a la madre de Elmeri Kotilainen y la pérdida

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

101. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

102. The applicant, Elmeri Kotilainen, from the first household unit, claimed 31,571.97 euros (EUR) plus interest in respect of pecuniary damage for the loss of earnings owing to the death of his mother.

All the applicants claimed EUR 45,000 each in respect of non-pecuniary damage.

103. The Government found Elmeri Kotilainen’s claim for pecuniary damage hypothetical and unsubstantiated and considered that it should therefore be rejected.

As to the non-pecuniary damage, they considered the applicants’ claims excessive. Compensation for non-pecuniary damage should be no higher than EUR 2,500 per applicant.

104. The Court recalls that there must be a clear causal connection between the pecuniary damage claimed by an applicant and the violation found by the Court, and that this may, in an appropriate case, include compensation in respect of loss of earnings (see, among other authorities, *Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, § 213, ECHR 2006XIII (extracts)). Having regard to its above conclusions, the Court finds that there is a sufficient causal link between

del apoyo económico que podría haber obtenido de ella como dependiente. El Tribunal considera razonable suponer que su madre habría tenido ingresos y que él se pudo haber beneficiado de ellos. En consecuencia, existe una justificación para otorgar concesión a Elmeri Kotilainen bajo este título. Teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluida la edad de la víctima y la de Elmeri Kotilainen y el grado de parentesco que tenían entre sí, el TEDH le otorga íntegramente la suma reclamada por daño pecuniario.

105. Además, el TEDH reconoce que es innegable que los demandantes han sufrido daños no pecuniarios que no pueden ser compensados únicamente por la constatación de una violación. Resolviendo sobre una base equitativa, otorga a cada unidad de hogar, según se detalla en el Anexo siguiente, de manera conjunta 30.000 euros por concepto de daño no pecuniario.

B. Gastos y costas

106. Los demandantes incluso reclamaron 6.818,56 EUR por cada unidad familiar, excepto la primera unidad doméstica que reclamó conjuntamente 2.086,34 EUR, por los gastos y costas incurridos ante los tribunales nacionales y por los incurridos ante el TEDH.

107. El Gobierno consideró que los demandantes no habían presentado informes suficientemente detallados de sus reclamos con los documentos de respaldo, como lo requiere la Norma 60 del Reglamento del TEDH. En cualquier caso, las reclamaciones por costas y gastos incurridas ante los tribunales nacionales deben desestimarse en su totalidad. En cuanto a los incurridos ante el TEDH, el Gobierno consideró que las reclamaciones eran excesivas en cuanto a la cuantía y consideró que la compensación no debería ser superior a 2.500

the violation of Article 2 in respect of Elmeri Kotilainen's mother and the loss by him of the financial support which he could have obtained from her as a dependent. The Court considers it reasonable to assume that his mother would have had earnings and that he would have benefitted from them. Consequently, there is justification for making an award to Elmeri Kotilainen under this head. Having regard to all the circumstances, including the age of the victim and that of Elmeri Kotilainen and how closely they were related to each other, the Court awards him the sum claimed for pecuniary damage in full.

105. Moreover, the Court acknowledges that the applicants have undeniably sustained non-pecuniary damage which cannot be compensated for solely by the finding of a violation. Ruling on an equitable basis, it awards each household unit, as detailed in the Appendix below, jointly EUR 30,000 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

106. The applicants also claimed EUR 6,818.56 per each household unit, except the first household unit which claimed EUR 2,086.34 jointly, for the costs and expenses incurred before the domestic courts and for those incurred before the Court.

107. The Government considered that the applicants had failed to submit sufficiently itemised particulars of their claims with supporting documents, as required by Rule 60 of the Rules of Court. In any event, the claims for costs and expenses incurred before the domestic courts should be rejected in full. As to those incurred before the Court, the Government found the claims excessive as to quantum and considered that the compensation should not be

euros (incluido el impuesto sobre el valor agregado) conjuntamente para los demandantes.

108. Según la jurisprudencia del TEDH, un demandante tiene derecho al reembolso de las costas y gastos sólo en la medida en que se demuestre que se han incurrido real y necesariamente y que son razonables en cuanto a la cuantía. En el presente caso, teniendo en cuenta los documentos en su poder y los criterios anteriores, el TEDH considera razonable otorgar a los demandantes la totalidad de las cantidades reclamadas, es decir, 6.818,56 euros en conjunto por cada unidad de hogar, según se detalla en el Anexo siguiente, excepto la primera unidad familiar que reclamó conjuntamente 2.086,34 euros, por los gastos y costas incurridos ante los tribunales nacionales y por los incurridos ante el TEDH.

C. Interés moratorio

109. El TEDH considera apropiado que el tipo de interés moratorio se base en el tipo de interés marginal de los préstamos del Banco Central Europeo, al que deberían añadirse tres puntos porcentuales.

POR ESTAS RAZONES, EL TEDH

- 1. Declara, por unanimidad, admisible la denuncia en virtud del artículo 2 del Convenio e inadmisibile el resto de la demanda;*
- 2. Declara, por seis votos contra uno, que ha habido una violación de la parte sustantiva del artículo 2 del Convenio;*

higher than EUR 2,500 (inclusive of value-added tax) jointly for the applicants.

108. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the applicants the full amounts claimed, that is, EUR 6,818.56 jointly per each household unit, as detailed in the Appendix below, except the first household unit which claimed EUR 2,086.34 jointly, for the costs and expenses incurred before the domestic courts and for those incurred before the Court.

C. Default interest

109. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT

- 1. Declares, unanimously, the complaint under Article 2 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible;*
- 2. Holds, by six votes to one, that there has been a violation of the substantive limb of Article 2 of the Convention;*

3. *Declara*, por unanimidad, que no ha habido violación de la parte procesal del artículo 2 del Convenio;

4. *Sostiene*, por unanimidad,

(a) que el Estado demandado pagará a los demandantes, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia sea firme de conformidad con el artículo 44 § 2 del Convenio, las siguientes cantidades:

(i) 31.571,97 euros (treinta y un mil quinientos setenta y un euros noventa y siete centavos) a favor de la demandante, Elmeri Kotilainen, más cualquier impuesto que pudiera ser exigible, por concepto de daño pecuniario;

(ii) 30.000 euros (treinta mil euros) a cada unidad familiar de forma conjunta, más cualquier impuesto que pudiera ser devengado, por concepto de daño no pecuniario;

(iii) 2.086,34 euros (dos mil ochenta y seis euros treinta y cuatro centavos), a la primera unidad familiar, en concepto de costas y gastos;

(iv) 6.818,56 euros (seis mil ochocientos dieciocho cincuenta y seis centavos) a cada una de las demás unidades del hogar (dos a diez), en concepto de costas y gastos;

(v) más cualquier impuesto que sea imputable a los demandantes, por concepto de costas y gastos;

(B) que, a partir de la expiración de los tres meses antes mencionados hasta la liquidación, se pagarán intereses simples sobre los importes anteriores a un tipo igual al tipo de interés marginal de los préstamos del Banco Central Europeo durante el período de incumplimiento más tres puntos porcentuales;

5. *Rechaza*, por unanimidad, el resto de la demanda, relativo a una justa restitución.

3. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of the procedural limb of Article 2 of the Convention;

4. *Holds*, unanimously,

(a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:

(i) EUR 31,571.97 (thirty-one thousand five hundred and seventy-one euros ninety-seven cents) to the applicant, Elmeri Kotilainen, plus any tax that may be chargeable, in respect of pecuniary damage;

(ii) EUR 30,000 (thirty thousand euros) to each household unit jointly, plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(iii) EUR 2,086.34 (two thousand eighty-six euros thirty-four cents), to the first household unit, in respect of costs and expenses;

(iv) EUR 6,818.56 (six thousand eight hundred and eighteen euros fifty-six cents) to each of the other household units (two to ten), in respect of costs and expenses;

(v) plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

5. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Hecho en inglés y notificado por escrito el 17 de septiembre de 2020, de conformidad con la Norma 77 §§ 2 y 3 del Reglamento del TEDH.

Abel Campos
Secretario Adjunto de Sección

Ksenija Turković
Presidente

De conformidad con el artículo 45 § 2 del Convenio y el artículo 74 § 2 del Reglamento del TEDH, se adjunta a la presente sentencia la opinión separada del juez Eicke.

K.T.U.
A.C.

Done in English, and notified in writing on 17 September 2020,
pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Abel Campos
Secretario Adjunto de Sección

Ksenija Turković
Presidente

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2
of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Eicke is annexed
to this judgment.

K.T.U.
A.C.

OPINIÓN PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EICKE

I. INTRODUCCIÓN

Este es un caso de lo más trágico y uno no puede dejar de sentir la mayor compasión por las víctimas, sus familiares y amigos.

Sin embargo, desafortunadamente, estos eventos trágicos incluso crean un riesgo de (y quizás un incentivo para) una extralimitación regulatoria con el objetivo declarado de lograr una seguridad aún mayor para todos (o al menos la impresión de ello). En particular, existe el peligro de tratar de idear reglas o estándares con el beneficio de una visión retrospectiva que hubiera (o podría haber) evitado que ocurriera el evento mismo. A mi pesar, he llegado a la conclusión de que, por las razones que se exponen a continuación, la presente sentencia hace exactamente eso. En mi opinión, es un ejemplo de tal extralimitación en forma de ampliación indebida de la jurisprudencia existente en virtud del artículo 2. Crea lo que, en mi opinión, son nuevos requisitos para las autoridades nacionales que, en su esfuerzo por garantizar que cumplen con los requisitos del artículo 2, probablemente encontrarán difíciles de aplicar “de una manera que respete plenamente el debido proceso y otras garantías que limitan legítimamente el alcance de su acción” (ver *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, no. 13178/03, § 53, TEDH 2006-XI; *Miembros de la Congregación Gldani de los testigos de Jehová y otros vs. Georgia*, no. 71156/01, § 96, 3 mayo 2007).

II. EL CONTEXTO

Si bien no puede haber ninguna duda de que las armas de fuego son intrínsecamente peligrosas, es por esta misma razón que, al menos en

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE EICKE

I. INTRODUCTION

This is a most tragic case and one cannot but have the greatest sympathy for the victims and their families and friends.

Unfortunately, however, such tragic events also create a risk of (and perhaps an incentive for) regulatory overreach with the stated aim of achieving yet greater security for everybody (or at least the impression thereof). In particular, there is a danger to seek to devise rules or standards with the benefit of hindsight which would (or might) have prevented the very event from having occurred. To my regret, I have come to the conclusion that, for the reasons set out below, the present judgment does exactly that. It is, in my eyes, an example of such overreach in the form of an undue extension or enlarging of the existing case-law under Article 2. It creates what, in my view, are new requirements on domestic authorities which they, in their endeavour to ensure they comply with the requirements under Article 2, are likely to find difficult to apply “in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action” (see *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, § 53, ECHR 2006-XI; *Members of the Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses and Others v. Georgia*, no. 71156/01, § 96, 3 May 2007).

II. THE CONTEXT

While there can be no doubt that firearms are inherently dangerous, it is for this very reason that – at least in Europe – their acquisition,

Europa, su adquisición, concesión de licencias y uso ya está muy regulado tanto a nivel nacional como a nivel de la UE. Ya sea como resultado de este nivel de regulación ya existente o no, la evidencia sugiere que la tasa de homicidios con armas de fuego en la Unión Europea es de solo 0.24 por cada 100.000 personas (0.2 en Finlandia) en comparación con 4.46 en los Estados Unidos,¹ precisamente por esta razón, al menos en Europa, su adquisición, la concesión de licencias y su uso ya están muy regulados tanto a nivel nacional como a nivel de la UE.

Por tanto, es importante

(a) por un lado, no exagerar el riesgo general derivado del uso de armas de fuego y, en particular, de su posesión legítima y autorizada, como en este caso, y

(b) por otro lado, tener en cuenta que los principios establecidos por el TEDH en su jurisprudencia derivada del artículo 2 deben poder aplicarse más allá de los hechos de un caso concreto, sin que, como la mayoría acepta en el § 67, impongan “una carga excesiva a las autoridades, teniendo en cuenta, en particular, la imprevisibilidad de la conducta humana y las opciones operativas que deben tomarse en términos de prioridades y recursos”.

En este contexto, quizás incluso valga la pena tener en cuenta que, mientras que la Gran Sala en *Nicolae Virgiliu Tănase vs. Rumania* [GC], no. (41720/13, §§ 147-148, 25 junio 2019) no asumió una opinión final sobre si conducir un automóvil es una “actividad particularmente peligrosa o no”, a los efectos del artículo 2, hay pruebas de que, de hecho, los vehículos y las armas blancas, las primeras, por supuesto, igualmente suelen estar sujetas a un régimen de licencia, se utilizan

¹ Alpers, Philip, Amélie Rossetti y Marcus Wilson. 2020. *Armas en la Unión Europea: Tasa de homicidios con armas de fuego por cada 100.000 habitantes*. Escuela de Salud Pública de Sydney, Universidad de Sydney. GunPolicy.org, 9 junio. Consultado el 10 de septiembre de 2020. en: https://www.gunpolicy.org/firearms/compare/347/rate_of_gun_homicide/194.

licensing and use is already highly regulated both at domestic level as well as at EU level. Whether as a result of this already existing level of regulation or not, the evidence suggests that the rate of gun homicides in the European Union is at only 0.24 per 100,000 people (0.2 in Finland) as compared with e.g. 4.46 in the United States.¹ is for this very reason that – at least in Europe – their acquisition, licensing and use is already highly regulated both at domestic level as well as at EU level.

It is, therefore, important

(a) on the one hand not to overstate the general risk arising from the use of firearms and, in particular, from the – as in this case – lawful and licensed ownership of firearms and,

(b) on the other hand, to bear in mind that the principles laid down by this Court in its case-law under Article 2 need to be capable of being applied beyond the facts of any one particular case, without, as the majority accept in § 67, imposing “an excessive burden on the authorities, bearing in mind, in particular, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources”.

In this context, it is perhaps also worth bearing in mind that, while the Grand Chamber in *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], no. 41720/13, §§ 147-148, 25 June 2019 did not take a final view on whether driving a car is a “particularly dangerous activity or not” for the purposes of Article 2, there is evidence that, in fact, vehicles and bladed weapons, the former of course also commonly subject to a licensing regime, are increasingly used as weapons in terrorist

¹ Alpers, Philip, Amélie Rossetti and Marcus Wilson. 2020. *Guns in the European Union: Rate of Gun Homicide per 100,000 People*. Sydney School of Public Health, The University of Sydney. GunPolicy.org, 9 June. Accessed 10 September 2020. at: https://www.gunpolicy.org/firearms/compare/347/rate_of_gun_homicide/194.

cada vez más como armas en ataques terroristas.² Como dijo acertadamente la Corte en *Nicolae Virgiliu Tănase vs. Rumania* [GC], citado anteriormente, § 136, “no todos los presuntos riesgos para la vida pueden implicar para las autoridades un requisito del Convenio de tomar medidas operativas para evitar que ese riesgo se materialice”.

III. PUNTOS DE COINCIDENCIA

La Gran Sala, en su sentencia *Nicolae Virgiliu Tănase vs. Rumania* [GC], antes citada, §§ 134 a 145, ha intentado más recientemente proporcionar un resumen fidedigno de las diferentes obligaciones derivadas del artículo 2 con base en que esta disposición requiere que los estados “no solo se abstengan de quitar la vida ‘intencionalmente’, sino que además tomen las medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de aquellos dentro de su jurisdicción” (§ 134). Estas son:

(a) “establecer un marco legislativo y administrativo diseñado para proporcionar una disuasión efectiva contra las amenazas al derecho a la vida” (descrito como una “obligación positiva sustantiva”; § 135);

(b) “Tomar medidas operativas preventivas para proteger a una persona identificada de otra (véase *Osman vs el Reino Unido*, 28 octubre 1998, § 115, Reportes 1998VIII) o, en circunstancias particulares, de sí mismo” (incluso una “obligación positiva sustantiva”; § 136); y

(c) “disponer de un sistema judicial independiente y eficaz. Dicho sistema puede variar según las circunstancias. Sin embargo, debería ser capaz de establecer rápidamente los hechos, responsabilizar a los culpables y proporcionar una reparación del daño adecuada a la víctima (descrita como una “obligación procesal positiva”; § 137).

² Ver el Reporte “Ataques en Londres y Manchester marzo-junio 2017: Evaluación Independiente del MI5 y las Revisiones Internas de la Policía” por David Anderson QC citado en la sentencia de Sala en *Big Brother Watch y Otros vs. el Reino Unido*, nos. 58170/13 y otros 2 más, § 177, 13 septiembre 2018.

attacks.² As the Court rightly said in *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], cited above, § 136, “[n]ot every alleged risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising”.

III. COMMON GROUND

The Grand Chamber, in its judgment in *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], cited above, §§ 134 - 145, has most recently sought to provide an authoritative summary out the different obligations arising under Article 2 on the basis that this provision requires states “not only to refrain from the ‘intentional’ taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction” (§ 134). These are:

(a) “to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life” (described as a “substantive positive obligation”; § 135);

(b) “to take preventive operational measures to protect an identified individual from another individual (see *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, § 115, Reports 1998VIII) or, in particular circumstances, from himself” (also a “substantive positive obligation”; § 136); and

(c) “to have in place an effective independent judicial system. Such system may vary according to circumstances. It should, however, be capable of promptly establishing the facts, holding accountable those at fault and providing appropriate redress to the victim (described as a “procedural positive obligation”; § 137).

² See the 2017 Report “Attacks in London and Manchester March-June 2017: Independent Assessment of MI5 and Police Internal Reviews” by David Anderson QC quoted in the Chamber judgment in *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, nos. 58170/13 and 2 others, § 177, 13 September 2018.

El tema de la privación “intencional” de la vida por un agente estatal, por supuesto, no surgen en este caso. En consecuencia, las circunstancias de este caso deben ser consideradas por referencia a las obligaciones establecidas en virtud del artículo 2 como se enumeran anteriormente.

Habiendo considerado las pruebas de que dispone el TEDH en este caso, estoy completamente de acuerdo con la mayoría de que:

(a) no hay razón para considerar que el marco regulatorio aplicable en el Estado demandado en el momento relevante fuera deficiente de una manera que hubiera justificado una constatación de una violación de las obligaciones positivas del Estado en virtud del artículo 2 (§ 76);

(b) Con base en la prueba ante el TEDH (confirmada por las conclusiones de los tribunales internos), no había fundamento para concluir que hubiera existido un riesgo real e inmediato para la vida de personas identificables del que las autoridades sabían o debían haber sabido en el tiempo pertinente para dar lugar a un “deber de protección personal hacia las víctimas del asesinato posterior, o hacia los demás alumnos o personal de la escuela en cuestión” (§ 81). Como la mayoría, en este contexto destacaría las claras conclusiones de los tribunales nacionales de que (i) la licencia otorgada al perpetrador fue emitida en cumplimiento de la legislación pertinente (§ 77); (ii) no hubo evidencia de negligencia por parte del inspector detective en jefe a cargo de la licencia inicial (*ibid.*); y (iii) la información de que disponía la autoridad policial local en el momento anterior al acto delictivo no dio lugar a ninguna razón para sospechar un riesgo materializado en un tiroteo en la escuela (§ 78); y

(c) no ha habido violación del aspecto procesal del artículo 2 del Convenio (§§ 91-98).

The issue of “intentional” taking of life by a state agent does not, of course, arise in this case. Consequently, the circumstances of this case fall to be considered by reference to the established obligations under Article 2 as listed above.

Having considered the evidence available to the Court in this case, I completely agree with the majority that:

(a) there is no reason to consider that the regulatory framework applicable in the respondent State at the relevant time was deficient in a way that would have justified a finding of a violation of the State’s positive obligations under Article 2 (§ 76);

(b) on the evidence before the Court (as confirmed by the findings of the domestic courts), there was no basis to conclude that there had been a real and immediate risk to life directed at identifiable individuals of which the authorities knew or ought to have known at the relevant time so as to give rise to a “duty of personal protection toward the victims of the subsequent killing, or toward the other pupils or staff of the school concerned” (§ 81). Like the majority, in this context I would highlight the clear findings of the domestic courts that (i) the license granted to the perpetrator was issued in compliance with the relevant legislation (§ 77); (ii) there was no evidence of negligence on the part of the Detective Chief Inspector in charge of the initial licensing (*ibid*); and (iii) the information available to the local police authority at the time preceding the perpetrator’s criminal act did not give rise to any reason to suspect an actual risk of an attack in the form of a school shooting (§ 78); and.

(c) there has been no violation of the procedural aspect of Article 2 of the Convention (§§ 91 – 98).

Con base en los hechos de este caso, aquí es donde, para mí, el análisis debería haberse detenido, llegando a la conclusión inevitable de que no se había violado el artículo 2.

IV. EL NUEVO “DEBER DE DILIGENCIA”

Desafortunadamente, la mayoría pasó a crear una obligación adicional, o como dice la sentencia “deber de diligencia”, en relación con “la protección de la seguridad pública” de manera más general, más allá del deber de proteger a una persona identificada como se establece en la jurisprudencia *Osman* del TEDH (§ 84).

La mayoría busca justificar la creación de este “deber de diligencia” (§ 85) haciendo referencia a la jurisprudencia identificada en el § 71 de la sentencia donde se advierte acertadamente que:

...el TEDH ha establecido una distinción entre los casos relacionados con el requisito de protección personal de una o más personas identificables de antemano como el objetivo potencial de un acto letal, y aquellos en los que la obligación de brindar protección general a la sociedad estaba en juego (ver *Maiorano y Otros*, antes citada, § 107, y *Giuliani y Gaggio vs. Italia* [GC], no. 23458/02, § 247, TEDH 2011 (extractos)). En este último contexto, el TEDH ha destacado el deber de diligencia que incumbe a las autoridades estatales, en el enfrentamiento del peligro que emanan de los potenciales actos de determinadas personas a su cargo, de brindar protección general al derecho a la vida (ver *Mastromatteo*, [no. 37703/97, § 74, TEDH 2002VIII], y *Maiorano y Otros*, [no. 28634/06, § 121, 15 diciembre 2009]). De manera similar, en un caso relativo a un oficial de policía que deliberadamente disparó a dos personas con su arma de policía mientras estaba fuera de servicio, el TEDH determinó una violación del artículo 2 con el argumento de que el oficial había recibido el arma en violación de la legislación nacional vigente que rige las armas de la policía y no se había

On the facts of this case, this is where – for me – the analysis should have stopped, leading to an inevitable finding of no violation of Article 2.

IV: THE NEW “DUTY OF DILIGENCE”

Unfortunately, the majority went on to create a further obligation, or as the judgment puts it “duty of diligence”, in relation to “the protection of public safety” more generally, over and above the duty to protect an identified individual as laid down in the Court’s *Osman* jurisprudence (§ 84).

The majority seeks to justify the creation of this “duty of diligence” (§ 85) by reference to the case-law identified in § 71 of the judgment where it is rightly noted that:

“... the Court has drawn a distinction between cases concerning the requirement of personal protection of one or more individuals identifiable in advance as the potential target of a lethal act, and those in which the obligation to afford general protection to society was in issue (see *Maiorano and Others*, cited above, § 107, and *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], no. 23458/02, § 247, ECHR 2011 (extracts)). In the latter context, the Court has stressed the duty of diligence incumbent on the State authorities, in dealing with the danger emanating from the potential acts of certain individuals in their charge, to afford general protection of the right to life (see *Mastromatteo*, [no. 37703/97, § 74, ECHR 2002VIII], and *Maiorano and Others*, [no. 28634/06, § 121, 15 December 2009]). Similarly, in a case concerning a police officer who deliberately shot two persons with his police gun while off-duty, the Court found a violation of Article 2 on the grounds that the officer had been issued with the gun in breach of the existing domestic legislation governing police weapons and there had been a failure to properly assess his personality

evaluado adecuadamente su personalidad a la luz de su historial conocido de infracciones disciplinarias anteriores (ver *Gorovenko y Bugara vs. Ucrania*, nos.36146/05 y 42418/05, § 39, 12 enero 2012).

Las sentencias *Mastromatteo* y *Maiorano*, sin embargo, dejan absolutamente en claro que surgieron (y se limitan a) el contexto muy específico de lo que el TEDH calificó como un “deber de diligencia” que el Estado tiene en relación con la adopción e implementación de las decisiones de conceder licencia temporal de prisión o tratamiento en semireclusión a los presos peligrosos, mientras estén a cargo de las autoridades estatales. En esos casos, el TEDH destacó que las personas en cuestión se encontraban (a) bajo la custodia del Estado (en prisión) con base en lo que el TEDH denominó “[una] de las funciones esenciales de la pena de prisión [es decir] para proteger a la sociedad, por ejemplo, evitando que un delincuente reincida y, por lo tanto, cause más daño” (*Mastromatteo* § 72); y (b) su puesta en libertad temporal a los efectos de la “reintegración social progresiva” dependía de que el preso hubiera demostrado “buen comportamiento mientras estaba en prisión y ...su puesta en libertad no representaría un peligro para la sociedad”, en caso de liberación temporal (*ibid.*).

Si bien la aplicación de esta prueba reducida, basada en el “deber de cuidado” que tiene el Estado, de “hacer todo lo que razonablemente se pueda para evitar un riesgo real e inmediato para la vida del que tenían o debían haber tenido conocimiento” (§74, citando *Osman*), concluyó en la decisión de que no hubo violación en *Mastromatteo*, también concluyó en que sí la hubo en el caso *Maiorano*. Este último caso se basó en la evaluación del TEDH del equilibrio entre los informes sobre el comportamiento positivo del recluso mientras estaba en prisión y la información adversa disponible. Esto incluía, en particular, los antecedentes penales extremadamente graves del preso (se

in the light of his known history of previous disciplinary offences (see *Gorovenko and Bugara v. Ukraine*, nos. 36146/05 and 42418/05, § 39, 12 January 2012).”

The judgments in *Mastromatteo and Maiorano*, however, make absolutely clear that they arose in (and are limited to) the very specific context of what the Court referred to as a “duty of care” owed by the State in relation to the adoption and implementation of decisions to grant temporary prison leave or semi-custodial treatment to dangerous prisoners, while they are in the charge of State authorities. In those cases, the Court stressed that the individuals in question were (a) in the custody of the state (in prison) on the basis of what the Court referred to as “[o]ne of the essential functions of a prison sentence [namely] to protect society, for example by preventing a criminal from re-offending and thus causing further harm” (*Mastromatteo* § 72) and (b) their temporary release for the purposes of “progressive social reintegration” was dependent upon the prisoner having shown that he had been “of good behaviour while in prison and ... his release would not present a danger to society” upon temporary release (*ibid*).

While the application of this narrow test, based on the “duty of care” owed by the state “to ‘do all that could reasonably be expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they had or ought to have had knowledge’” (§74, quoting *Osman*) led to a finding of no violation in *Mastromatteo*, it led to a finding of a violation in *Maiorano*. The latter finding was based on the Court’s assessment of the balance between the reports of the prisoner’s positive behaviour while in prison weighed against the available adverse information. This included in particular the extremely serious criminal history of the prisoner (including his “condamnation à perpétuité

tenía en cuenta su “condena a perpetuidad por actos considerados de excepcional crueldad”), así como la información o advertencias recibidas por las autoridades antes de que se cometiera el asesinato (incluida la información de que se estaba preparando previendo la comisión de un asesinato y otros delitos graves). Sin embargo, la prueba seguía consistiendo en si las autoridades sabían o debían haber sabido de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida.

La mayoría sugiere, al final del § 85, que este “deber de cuidado”/obligación puede, sin más, extenderse a situaciones en las que “aunque el perpetrador no estaba a cargo de las autoridades estatales, esas autoridades son responsables de determinar y mantener los requisitos para la posesión legal de armas de fuego” únicamente sobre la base del “nivel particularmente alto de riesgo para la vida que es inherente a su uso”.

No puedo aceptar que la extensión del deber de protección existente (para crear un “deber de diligencia” adicional) en un caso como el presente esté justificado o sea apropiado. Después de todo, en el presente caso, no tenemos ninguno de los pilares identificados en la jurisprudencia del TEDH como necesarios, ya sea para que surja el “deber de diligencia” (tal como lo identificó el TEDH en *Maiorano*) o para una constatación de un incumplimiento de los mismos: (a) el perpetrador en el presente caso no estuvo en ningún momento bajo el control del Estado; (b) la necesidad de proteger a la sociedad (para justificar la prisión o de otra manera) no se había establecido previamente y no se conocía, (c) la sentencia concluye positivamente (y con razón en mi opinión) que las autoridades no sabían y no podían haber sabido razonablemente de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida que representara el agresor, ya sea para las personas identificadas o en general y (d) las “advertencias” en el presente caso no fueron tan específicas o graves como en *Maiorano* (y menos aún en el contexto de una persona sin un antecedente previo de riesgo/amenaza).

pour des faits considérés comme étant d’une cruauté exceptionnelle”) as well as the information/warnings received by the authorities before the murder was committed (including information that he was getting ready to commit murder and other serious offences). The test, however, remained whether the authorities knew or ought to have known of the existence of a real and immediate risk to life.

The majority suggests, at the end of § 85, that this “duty of care”/obligation can, without more, be extended to situations where “[a]lthough the perpetrator was not in the charge of State authorities, those authorities are responsible for determining and upholding the requirements for the lawful possession of firearms” solely on the basis of the “particularly high level of risk to life which is inherent in their use”.

I am unable to agree that the extension of the existing duty of protection (so as to create an additional “duty of diligence”) in a case such as the present is either justified or appropriate. After all, in the present case, we have none of the building blocks identified in the Court’s case-law as being necessary either for the “duty of care” (as identified by the Court in *Maiorano*) to arise or for a finding of a breach thereof: (a) the perpetrator in the present case was not at any time under the control of the state; (b) the need to protect society (so as to warrant prison or otherwise) had not previously been established and was not known, (c) the judgment positively (and rightly in my view) concludes that the authorities did not know and could not reasonably have known of the existence of a real and immediate risk to life posed by the perpetrator whether to identified individuals or generally and (d) the “warnings” in the present case were nowhere near as specific or serious as in *Maiorano* (and even less so in the context of a person of no prior finding of risk/threat).

El caso de *Gorovenko y Bugara vs. Ucrania* tampoco, en mi opinión, amplía significativamente la clase limitada de casos establecidos en *Mastro-matteo y Maiorano*. En ese caso, el culpable fue un oficial de policía (es decir, un agente del Estado) que mató a dos personas con su arma de servicio. Allí, el TEDH basó expresamente su decisión, entre otras cosas, en el hecho de que “se espera que los Estados establezcan altos estándares profesionales dentro de sus sistemas de aplicación de la ley y aseguren que las personas que prestan servicios en estos sistemas cumplan con los criterios requeridos (...). En particular, al equipar a las fuerzas policiales con armas de fuego, no solo debe impartirse la formación técnica necesaria, sino que la selección de los agentes autorizados a portar tales armas de fuego también debe estar sujeta a un escrutinio especial” (§38).

En el contexto de la prisión (especialmente en el caso de delincuentes peligrosos) es comprensible que cualquier liberación (temprana) en la comunidad dependa y deba depender de que el preso establezca que tenía buen comportamiento (a fin de compensar los riesgos para la sociedad y que ya habían sido establecidos por los tribunales penales) En este contexto específico, el TEDH —por referencia al derecho a la vida previsto en el Artículo 2— reconocería que el estado tenía un “deber de cuidado” al hacer esa evaluación en el momento de (y durante) cualquier liberación temporal. La Gran Sala en *Murray vs. los Países Bajos* [GC], no. 10511/10, § 111, 26 abril 2016 describió esto como parte de la “obligación positiva del Estado de proteger a los ciudadanos al continuar deteniendo a los presos de por vida mientras sigan siendo peligrosos”.

Lo mismo puede decirse del deber de establecer y aplicar altos estándares profesionales dentro de sus sistemas de aplicación de la ley para prevenir asesinatos por parte de agentes estatales. Después de todo, en ambos escenarios el riesgo emana o el peligro es creado por un acto positivo del Estado (realizado con conocimiento real o constructivo de los peligros planteados), es decir, la liberación de un

The case of *Gorovenko and Bugara v. Ukraine* also does not, in my view, significantly expand the narrow class of cases established in *Mastromatteo and Maiorano*. In that case, the culprit was a police officer (i.e. an agent of the State) who killed two persons with his service gun. The Court there, expressly based its decision *inter alia* on the fact that “the States are expected to set high professional standards within their law-enforcement systems and ensure that the persons serving in these systems meet the requisite criteria (...). In particular, when equipping police forces with firearms, not only must the necessary technical training be given but the selection of agents allowed to carry such firearms must also be subject to particular scrutiny” (§38).

In the prison context (especially involving serious criminals) it is understandable that any (early) release into the community would and should be dependent on the prisoner establishing that s/he was of good character (so as to outweigh the risks to society they pose which had already been established by the criminal courts). In this specific context, this Court would – by reference to the right to life under Article 2 – recognise that the state had a “duty of care” when making that assessment at the time of (and during) any temporary release. The Grand Chamber in *Murray v. the Netherlands* [GC], no. 10511/10, § 111, 26 April 2016 described this as part of the State’s “positive obligation to protect the public by continuing to detain life prisoners for as long as they remain dangerous”.

The same can be said of the duty to set and apply high professional standards within their law-enforcement systems so as to prevent killings by state agents. After all, in both these scenarios the risk emanates/the danger is created by a positive act of the State (undertaken with actual or constructive knowledge of the dangers posed), namely the release of a convicted and known dangerous

criminal peligroso condenado y conocido en la sociedad o la provisión de un arma de servicio a un oficial de policía sin las garantías necesarias. En el contexto de este último, nuevamente a diferencia del presente caso, esto ocurrió sin que se hubieran cumplido los requisitos expresamente establecidos en la normativa interna.

Por el contrario, en mi opinión, el artículo 2 no proporciona ninguna base para ese enfoque en el contexto de la concesión de licencias de armas de fuego (u otros equipos o actividades potencialmente peligrosos) a personas que, en el momento pertinente, aparentemente tienen un buen comportamiento. En el presente caso, el autor fue evaluado de manera competente en el momento pertinente y no hay críticas a esa evaluación. Incluso si la afirmación en el § 88 de la sentencia fuera correcta de que la suspensión de la licencia del perpetrador y/o la incautación temporal de su arma “no habría implicado ninguna interferencia significativa con ningún derecho en competencia en virtud del Convenio” (y esto, por supuesto, no necesariamente siempre será el caso), es difícil ver cómo (y sujeto a qué garantías) un titular de licencia de este tipo podría demostrar a las autoridades que la información (por ejemplo, como en este caso publicaciones en Internet) que dio lugar a la incautación/suspensión temporal no generó, de hecho, la sospecha de que representa una amenaza para el derecho a la vida. Existe una dificultad (e injusticia) muy real en que se le exija probar una negativa en tales circunstancias.

En mi opinión, la dificultad con el enfoque propuesto se destaca aún más por el hecho de que la mayoría:

(a) identificó correctamente la naturaleza genérica del material (de Internet) en el que se había basado y enfatizado la sospecha (§ 80) que “sigue existiendo una diferencia sustancial entre la conducta que involucra clips de video y publicaciones crípticas en Internet sin amenazas específicas o incluso inespecíficas, y el asesinato indiscriminado de personas presentes en un lugar específico”; y

criminal into society or the provision of a service gun to a police officer without the necessary safeguards. In the context of the latter - again unlike in the present case - this occurred without the requirements expressly laid down in domestic regulations having been followed.

By contrast, in my view, Article 2 provides no basis for such an approach in the context of the licensing of firearms (or other potentially dangerous equipment or activities) to persons of, at the relevant time, apparently good character. In the present case, the perpetrator was competently assessed at the relevant time and there is no criticism of that assessment. Even if the assertion in § 88 of the judgment were right that the suspension of this perpetrator's licence and/or a temporary seizure of his gun "would not have entailed any significant interference with any competing rights under the Convention" (and this will, of course, not necessarily always be the case), it is difficult to see how (and subject to what safeguards) such a licence holder would be able to establish to the authorities that the information (e.g. as in this case internet postings) which led to the temporary seizure/suspension did not, in fact, give rise to a suspicion that s/he poses a threat to the right to life. There is a very real difficulty (and unfairness) in being required to prove a negative in such circumstances.

The difficulty with the proposed approach is in my view further highlighted by the fact that the majority:

(a) rightly identified the generic nature of the (internet) material on which the suspicion had been based and emphasised (§ 80) that "there remains a substantial difference between conduct involving video clips and cryptic postings on the Internet without any specific or even unspecific threats, and the indiscriminate killing of persons present at a specific location"; and

(b) respalda nuevamente (§ 89) la decisión del tribunal de apelación de que “no se puede sostener que la decisión de no confiscar el arma fue causalmente relevante para los asesinatos posteriores”.³

Finalmente, cabe preguntarse: ¿dónde deja esto a las autoridades nacionales (policiales o de concesión) que, como consecuencia de esta sentencia, deberán a partir de ahora aplicar este nuevo “deber de diligencia” tal y como se establece en la misma? Tendrán que hacerlo en el contexto de la supervisión continua de aquellos que (en ese momento) tienen la licencia adecuada y apropiada para llevar a cabo una actividad peligrosa (en este caso, la propiedad de un arma), --y hacerla sabiendo que es probable que el Estado sea responsable de una indemnización por referencia a una violación del artículo 2 del Convenio si no son “suficientemente cautelosos”. En mi opinión, la presente sentencia corre el riesgo de dejar a esas autoridades en una verdadera situación en la que todos pierden.

Si bien una legislatura nacional puede, por supuesto, optar por permitir que las autoridades nacionales tomen una “medida de precaución con un umbral bajo ... que no esté condicionado a ninguna conducta ilícita” (§ 27), sin duda, con sus propias garantías específicas, en mi opinión, no existe una base legítima para que el TEDH busque crear tal requisito para las autoridades de los 47 Estados Partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, ciertamente, no en virtud del Artículo 2 del Convenio, que se describe correctamente como “una de las disposiciones fundamentales del Convenio [...] consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas que componen el Consejo de Europa” (§65).

(b) endorses again (§ 89) the decision of the Court of Appeal that “it could not be held that the decision not to seize the gun was causally relevant to the subsequent killings”.³

Finally, the question has to be asked: where does this leave the domestic (police or licencing) authorities who, as a result of this judgment, will from now on have to apply this new “duty of diligence” as set out therein? They will have to do so in the context of the continuing supervision of those who (at the time) are properly and appropriately licensed to carry out a dangerous activity (in this case ownership of a gun) - and do so knowing that the State is likely to be liable in compensation by reference to a breach of Article 2 of the Convention if they are not “sufficiently cautious”. In my view, the present judgment risks leaving those authorities in a true lose-lose situation.

While a domestic legislature may, of course, chose to enable national authorities to take a “precautionary measure with a low threshold ... not conditional upon any unlawful conduct” (§ 27), no doubt with its own specific safeguards, there is in my view no legitimate basis for this Court seeking to create such a requirement for the authorities of the 47 Contracting Parties to the European Convention on Human Rights and certainly not under Article 2 of the Convention which is rightly described as “one of the most fundamental provisions in the Convention [...] enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe” (§65).

APÉNDICE

Las unidades familiares son las siguientes:

1. Elmeri KOTILAINEN, nacido el 31 de marzo de 2006, es un ciudadano finlandés que vive en Jyväskylä y Pasi KOTILAINEN, nacido el 30 de mayo de 1978, es un ciudadano finlandés que vive en Jyväskylä.
2. Harri FINNILÄ, nacido el 20 de diciembre de 1958, es un ciudadano finlandés que vive en Mantila y Sirkka FINNILÄ, nacida el 21 de febrero de 1955, es una ciudadana finlandés que vive en Mantila.
3. Anneli HEIKKILÄ-KIILI, nacida el 16 de mayo de 1960, es una ciudadana finlandés que vive en Norinkylä y Sauli KIILI es un ciudadano finlandés que vive en Norinkylä.
4. Raili KORKIAMÄKI es un ciudadano finlandés que vive en Munakka y Tapani KORKIAMÄKI, nacido el 13 de mayo de 1954, es un ciudadano finlandés que vive en Munakka.
5. Jarmo KOSKINEN es un ciudadano finlandés que vive en Tampere y Kirsi KOSKINEN es una ciudadana finlandés que vive en Tampere.
6. Helena LAHTI-RÖYSKÖ, nacida el 26 de septiembre de 1957, es una ciudadana finlandesa que vive en

APPENDIX

The household units are the following:

1. Elmeri KOTILAINEN, born on 31 March 2006, is a Finnish national who lives in Jyväskylä and Pasi KOTILAINEN, born on 30 May 1978, is a Finnish national who lives in Jyväskylä.
2. Harri FINNILÄ, born on 20 December 1958, is a Finnish national who lives in Mantila and Sirkka FINNILÄ, born on 21 February 1955, is a Finnish national who lives in Mantila.
3. Anneli HEIKKILÄ-KIILI, born on 16 May 1960, is a Finnish national who lives in Norinkylä and Sauli KIILI is a Finnish national who lives in Norinkylä.
4. Raili KORKIAMÄKI is a Finnish national who lives in Munakka and Tapani KORKIAMÄKI, born on 13 May 1954, is a Finnish national who lives in Munakka.
5. Jarmo KOSKINEN is a Finnish national who lives in Tampere and Kirsi KOSKINEN is a Finnish national who lives in Tampere.
6. Helena LAHTI-RÖYSKÖ, born on 26 September 1957, is a Finnish national who lives in Koskenkorva and

Koskenkorva y Jussi LAHTI-RÖYSKÖ es una ciudadana finlandesa que vive en Koskenkorva.

7. Marja-Terttu MARTISKAINEN es una ciudadana finlandesa que vive en Koskenkorva.
8. Seppo RANTALA, nacido el 6 de septiembre de 1962, es un ciudadano finlandés que vive en Kauhava y Taina RANTALA, nacida el 10 de julio de 1961, es una ciudadana finlandés que vive en Kauhava.
9. Marketta VALLI, nacida el 30 de agosto de 1948, es una ciudadana finlandés que vive en Ilmajoki y Matti VALLI es un ciudadano finlandés que vive en Ilmajoki.
10. Matti YLI-MANNILA, nacido el 24 de abril de 1956, es un ciudadano finlandés que vive en Alajärvi y Mervi YLI-MANNILA, nacida el 7 de agosto de 1959, es una ciudadana finlandés que vive en Alajärvi.

Jussi LAHTI-RÖYSKÖ is a Finnish national who lives in Koskenkorva.

7. Marja-Terttu MARTISKAINEN is a Finnish national who lives in Koskenkorva.
8. Seppo RANTALA, born on 6 September 1962, is a Finnish national who lives in Kauhava and Taina RANTALA, born on 10 July 1961, is a Finnish national who lives in Kauhava.
9. Marketta VALLI, born on 30 August 1948, is a Finnish national who lives in Ilmajoki and Matti VALLI is a Finnish national who lives in Ilmajoki.
10. Matti YLI-MANNILA, born on 24 April 1956, is a Finnish national who lives in Alajärvi and Mervi YLI-MANNILA, born on 7 August 1959, is a Finnish national who lives in Alajärvi.

MATERIA CONSTITUCIONAL

Pág.

-A-

ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA, IMPROCEDENCIA CUANDO SE IMPUGNA LA VOTACIÓN DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 135 DE ESTE ORDENAMIENTO. La acción por omisión legislativa procede cuando no se haya aprobado alguna ley, decreto o norma de carácter general o reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México, o cuando se estime que no cumple con los preceptos constitucionales la norma reglamentaria de la Constitución Política de la Ciudad de México. En el segundo supuesto, nos hallamos ante la actividad incompleta por parte del Congreso de la Ciudad de México, esto es, cuando lleva a cabo el proceso legislativo pero la norma que aprueba no alcanza a satisfacer el espectro normativo necesario para el desarrollo de un derecho contenido en la Constitución Política de la Ciudad de México; es decir, en este supuesto la acción por omisión legislativa tiene como propósito provocar que el legislador perfeccione la norma impugnada, situación que en el caso en estudio resulta imposible para el Congreso de la Ciudad de México. La imposibilidad jurídica señalada encuentra su razón de ser en el hecho de que el Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 4º la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de bienestar, impugnado en el caso que se estudia, se emitió en términos del artículo 135 de la Constitución Federal por lo que hace a las Legislaturas de los Estados y al Congreso de la Ciudad de México. Es decir, que el debate parlamentario se circunscribió a dar

su voto a favor o en contra de la reforma constitucional sometida a su valoración, puesto que las modificaciones al texto constitucional federal sólo se discuten y aprueban, obviamente, en las cámaras del Congreso de la Unión, de conformidad con el artículo 72 de la propia Constitución federal. A mayor abundamiento, la acción por omisión legislativa sería improcedente si se alegase que se presentaron vicios o violaciones en los procedimientos de formación de una ley o decreto, para tal caso procede, siempre y cuando se trate de leyes, decretos o normas de carácter general o reglamentarias de la Constitución Política de la Ciudad de México, la acción de inconstitucionalidad.

2

-D-

#

DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA COINCIDENTE, SUPUESTO EN QUE SON OBJETO DE UNA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. No pasa desapercibido a esta Sala Constitucional que en materia de derecho al bienestar nos encontramos ante un derecho humano fundamental de naturaleza coincidente, puesto que éste se haya regulado no sólo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino por el artículo 3, apartado 2, inciso c) de la Constitución Política de la Ciudad de México, y al cual nuestra Carta Magna local le otorga el carácter de principio rector de la Ciudad de México. En tal virtud, es de la mayor importancia subrayar que corresponde al Congreso de la Ciudad de México cuidar que las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resulten contestes al contenido y alcance progresivo de los derechos humanos en general y, en este caso, del derecho al bienestar de los habitantes de la Ciudad de México, en lo particular. Circunstancia esta última para nada baladí, toda vez que en el supuesto de que una reforma a la Constitución federal

contraviniese el contenido y alcance progresivo de un derecho humano salvaguardado por la Constitución Política de la Ciudad de México, pudiera darse el caso de que ese decreto fuese, incluso, rechazado. Si la contradicción constitucional señalada se llegara a presentar, el Congreso de la Ciudad de México posee atribuciones para examinar la materia objeto de la reforma constitucional y, de ir ésta en perjuicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Ciudad de México, votarla en contra, actuando así a favor de los intereses de la ciudadanía de esta capital.

3

MATERIA FAMILIAR

-A-

ALIMENTOS, CASO EN QUE SE INCORPORA AL ACREEDOR AL HOGAR. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Debe precisarse que atendiendo al principio de proporcionalidad que rige en materia de alimentos, cuando son varios los deudores o en el caso de que ambos padres trabajen, independientemente de que uno de ellos tenga incorporado al o a los acreedores al hogar, debe repartirse equitativamente la carga alimenticia tomando en cuenta los ingresos que cada uno obtenga, pues en términos de ley, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. Así las cosas, el principio de proporcionalidad de los alimentos, previsto en el precitado artículo 311 del Código Civil de esta localidad, debe establecerse tomando en consideración las necesidades de los acreedores alimentarios y la capacidad económica del deudor. En tal virtud, cuando la madre o el padre tiene incorporado al menor a su domicilio, si bien con ello cumple con su obligación alimentaria (artículo 309 del Código Civil local), esa situación no implica que no tenga que aportar la porción de los alimentos que le corresponde pagar, en razón que el rubro de

alimentos no se cubre solamente con la vivienda. Por tanto, teniendo como base el cien por ciento de las necesidades del o de los acreedores menores de edad, debe considerarse la cantidad que corresponda a cada uno de los padres, misma que debe repartirse entre ambos de manera proporcional, según los ingresos que perciban; máxime que no debe pasarse por alto que el principio de proporcionalidad no implica llegar al extremo de empobrecer al progenitor que no tiene incorporado a su domicilio al menor o menores, y que pese a que el otro obtenga ingresos, aquél sea condenado a absorber la totalidad de la carga alimentaria.

28

MATERIA PENAL

-P-

PERSPECTIVA DE GÉNERO AL JUZGAR, DERECHOS DE LA VÍCTIMA Y DERECHO A UN DEBIDO PROCESO. El hecho de que exista un rango de protección internacional para las víctimas de los delitos de trata de personas no constituye una autorización para la violación del derecho fundamental al debido proceso, el cual requiere, entre otras cosas, que la víctima se presente a declarar para realizar una imputación directa y categórica en contra de la persona o personas señaladas como sujetos activos y que exhiba pruebas suficientes para corroborar su dicho, sin que ello por sí mismo constituya una revictimización cuando se siguen todos los protocolos para salvaguardar los derechos de la posible víctima, reservando sus datos generales y sus datos de identidad. Así, el Tribunal de Enjuiciamiento no está obligado a dar credibilidad absoluta al dicho de la víctima, pues esto violaría el principio de igualdad entre las partes contenido en el artículo 11 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como el principio de debido proceso, previsto en el artículo 14 Constitucional, que

impone a los tribunales previamente establecidos el cumplimiento de las formalidades esenciales de procedimiento; por tanto, resulta esencial que el Ministerio Público desvirtúe la presunción de inocencia que existe a favor del enjuiciado con pruebas suficientes que permitan acreditar la existencia de los delitos que se le atribuyen, así como su responsabilidad penal. El juzgar con perspectiva de género no implica generar una ventaja procesal a favor de la denunciante; en realidad, juzgar con perspectiva de género conlleva la obligación del Tribunal de velar por que se cumpla con el principio de igualdad entre las partes, que permite asegurar un juicio justo en el que cada una asume su obligación de acreditar su imputación o, en su caso, su postura defensiva.

59

Poder Judicial de la Ciudad de México

Dr. Rafael Guerra Álvarez
Magistrado Presidente

Dr. Jorge Martínez Arreguín
Lic. Susana Bátiz Zavala
Dr. Ricardo Amezcua Galán
Dra. Irma Guadalupe García Mendoza
Consejeros

Comité Editorial del PJCDMX

Mgdo. Dr. Rafael Guerra Álvarez Presidente

Vocales

Dr. Ricardo Amezcua Galán
Consejero de la Judicatura

Mtro. Sadot Javier Andrade Martínez
Magistrado de la Segunda Sala
de Justicia para Adolescentes

Mtra. Judith Cova Castillo
Jueza Décimo de lo Civil

Dr. Sergio Fontes Granados
Oficial Mayor

Dra. María Elena Ramírez Sánchez
Directora General
del Instituto de Estudios Judiciales

Lic. Raciél Garrido Maldonado
Director General de Anales
de Jurisprudencia y Boletín Judicial

Secretaría Técnica



ANALES JURISPRUDENCIA
TSJCDMX