

***En sesión de 30 de enero del año en curso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el amparo directo 3/2011, a propuesta del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.***

En él se determinó amparar a Lidia María Cacho Ribeiro y Random House Mondadori, en contra de la sentencia emitida por una Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que les condenó, entre otras cosas, al pago por daño moral por incluir, sin consentimiento, fotografías e información íntima de una persona, aquí tercero perjudicada, a partir de todas las ediciones subsecuentes del libro *Los Demonios del Edén. El poder que protege a la pornografía infantil*.

En este asunto, la agraviada demandó a las aquí quejas por la violación de su derecho a la vida privada y propia imagen, con el argumento de que éstas incluyeron sin su consentimiento fotografías y datos personales en el libro antes referido. El tema central, por lo mismo, tiene que ver con libertad de información y derecho a la intimidad.

Al conceder el amparo a Lidia María Cacho Ribeiro y Random House Mondadori, la Primera Sala resaltó los criterios que ha emitido en los casos en que entran en conflicto la libertad de expresión y los derechos a la personalidad, lo cual le llevó, al mismo tiempo, a retomar sus criterios emitidos en aquellos casos donde se suscitaban conflictos entre la libertad de información y derecho a la intimidad.

Hecho lo anterior, concluyó que la divulgación de aspectos de la vida privada sólo puede justificarse cuando éstos son de interés público. Así, la identificación de un interés como el referido en la difusión de información íntima, actualiza una causa de justificación al estar en presencia del uso legítimo de un derecho: la libertad de información. Dicho de otra manera, la presencia de un interés público en la difusión de información de la vida privada de una persona elimina el carácter ilícito o antijurídico de la intromisión en ese derecho de la personalidad.

Agréguese a lo expuesto que, en el caso, la información de que se trata al divulgarse con anterioridad, propició que las difusiones ulteriores de esa información constituyeran intromisiones menos significativas a la intimidad. Asimismo, que la periodista, aquí quejosa, tomó varias medidas para ocultar la identidad de la tercero perjudicada, ya que utilizó un seudónimo para referirse a ella y colocó un cintillo en el rostro de algunas personas que aparecían en las fotografías.

Ambos factores también permitieron concluir que la invasión de la intimidad que tuvo lugar en el caso concreto reviste un carácter proporcional. Por un lado, el tema de los delitos cometidos por la organización criminal es de máximo interés público (recuérdese, en este sentido, que la información divulgada en el citado libro, contribuyó a visualizar las consecuencias de la pederastia y la prostitución infantil sobre sus víctimas y la colusión de intereses económicos y políticos que permiten la comisión impune de este tipo de actos) y, por otro, la invasión de la intimidad no resultó de gran intensidad, teniendo en cuenta las medidas adoptadas por la periodista para evitar la identificación de la persona afectada y que

ésta es un particular con proyección pública, cuya notoriedad fue alcanzada en buena medida por virtud de su propia conducta.

Quizá pueda discutirse, se dijo, si las medidas instrumentadas por la periodista fueron las más idóneas o incluso si fueron suficientes para evitar la identificación de la tercera perjudicada. Lo cierto es que utilizó las medidas de diligencia que le exigía su profesión con la finalidad de que no pudiera saberse la identidad de la persona cuya información personal estaba revelando.

De no haber utilizado ninguna de ellas, tal vez podría argumentarse que su negligencia hubiera sido inexcusable. Sin embargo, es evidente que la conducta de la periodista no satisface el criterio subjetivo de imputación exigido por la ley. En consecuencia, la difusión de la información privada de la tercera perjudicada está amparada por la libertad de expresión de la periodista aquí quejosa.

En cuanto a los efectos del amparo, se remarcó que éstos son para que la Sala responsable deje sin efectos la sentencia reclamada y en su lugar dicte otra en la que siguiendo los lineamientos de esta ejecutoria, considere infundada la acción intentada por la actora y absuelva a las quejas de todas las pretensiones reclamadas. Toda vez que la información íntima difundida en el multicitado libro es indudablemente de interés público y ambas quejas cumplieron con el estándar de diligencia que imponía a cada una de ellas la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, que es el ordenamiento aplicable a este caso concreto.

Finalmente, es de mencionar que en la misma sesión la Primera Sala determinó sobreseer el juicio 4/2011, promovido por la aquí tercera perjudicada.

***En sesión de 30 enero del año en curso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió la contradicción de tesis 303/2012, a propuesta del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.***

En ella determinó que el engaño, como elemento del delito de fraude genérico, no se configura cuando los hechos en que se basa constituyen un acto de corrupción o la práctica de trámites irregulares conocidos previamente por el pasivo (legislación del Distrito Federal).

La contradicción se dio entre dos tribunales que estaban en desacuerdo respecto a si se actualiza el delito de fraude genérico previsto en el artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, si desde antes de la entrega de la cantidad de dinero, el pasivo sabe que la actividad encomendada o la promesa formulada por el activo, por la forma y medios pactados, implica una actividad antijurídica en sí misma, y pese a ello entrega un bien o determinada suma de dinero para obtener sus pretensiones, sin obtener lo esperado.

La Primera Sala argumentó que acuerdo con el Código Penal para el Distrito Federal, comete el delito de fraude genérico quien por medio del engaño se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero.

Sin embargo, se dijo que el engaño, como elemento del delito, no se actualiza cuando los hechos en que se basa constituyen un acto de corrupción en el que conscientemente estuvo involucrado el sujeto pasivo o bien, si éste previamente conoció de la práctica de trámites irregulares del activo.

Al respecto, se ejemplificó que cuando una persona afirma que fue engañado porque entregó cierta cantidad de dinero al sujeto activo y éste incumplió la promesa de *conseguirle* diversas plazas de trabajo que se obligó a obtener con base en un soborno, no puede considerarse actualizado el *engaño*, en tanto que el incumplimiento de lo convenido implica actuar en un ámbito que no está permitido por las normas aplicables.

***En sesión de 30 enero del año en curso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió la contradicción de tesis 380/2012, a propuesta del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.***

Determinó que para tener por actualizado el delito de ocultamiento total o parcial de los sistemas, registros contables y documentación relativa a los asientos respectivos, previsto en el artículo 111, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, no es determinante la simple omisión de atender de manera integral los requerimientos de la autoridad fiscal, sino que es necesario advertir, del cúmulo probatorio, que el activo tiene la clara y manifiesta voluntad de impedir que sean consultados o examinados los sistemas y registros contables solicitados.

La contradicción se dio entre tres tribunales que estaban en desacuerdo respecto a si para tener por actualizado el delito en cuestión, es o no determinante la simple omisión de atender de manera integral los requerimientos de la autoridad fiscal, previa notificación al contribuyente y en el término concedido para ello.

La Primera Sala señaló que la medida referida se debe a que, a nivel penal se busca sancionar una conducta compleja, es decir, a toda una estratagema para entorpecer o evitar las facultades de comprobación fiscal, lo cual tiene sentido si se atiende al principio de *última ratio* en materia penal, el cual establece que sólo merecen la sanción más grave que se conoce en el orden jurídico nacional, aquellos ataques a los bienes jurídicos que la sociedad tiene en más alta estima.

Además, mencionaron los ministros, si la expresión ocultar se traduce en una acción u omisión tendente a esconder, tapar, no dar a conocer, disfrazar o encubrir a la vista de la autoridad hacendaria la documentación fiscal requerida, con el consecuente resultado de entorpecer o impedir las labores de comprobación, entonces es necesario que el juzgador valore el material probatorio existente que permita concluir que la falta de desahogo de uno solo o de varios requerimientos administrativos es parte de una estrategia tendente a realizar la conducta.

## **PRIMERA SALA DETERMINA ALCANCE CONSTITUCIONAL DE PERSONAS INDÍGENAS Y SU DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA**

En sesión de 30 de enero del año en curso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aprobó cinco asuntos que tienen que ver con los derechos fundamentales de las personas indígenas en materia de acceso a la justicia y derecho que tienen de ser asistidos en todo tiempo por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, como lo ordena el artículo 2º constitucional.

Si bien los asuntos tienen en común el tema en cuestión, cada caso contiene características peculiares (tres de ellos son delitos contra la salud, uno de homicidio calificado y uno más de violación en grado de tentativa) y, por lo mismo, resolutivos diversos. En uno se precisó el sentido y alcance del artículo 2º constitucional y reservó jurisdicción al tribunal competente, mientras que, en cuatro de ellos, se concedió el amparo para efecto de reponer el procedimiento hasta la fase procesal de preinstrucción (declaración preparatoria), precisamente a consecuencia de la violación a ese hecho fundamental.

En todos ellos, sin embargo, se efectuó un estudio detallado, entre otros temas, del concepto de *indígena* y su derecho fundamental de acceso a la justicia, y del precepto de intérprete. Asimismo, se estudió la importancia que tiene, para el derecho penal, que el artículo 2º constitucional reconozca que las personas indígenas tienen derecho a regir su vida de acuerdo con sus usos y costumbres, lo que llevó, a su vez, a determinar la importancia de contar con una defensa especializada en materia indígena.

### **Concepto de “indígena”**

El artículo 2º constitucional señala que *la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas*. De la interpretación anterior, así como de las disposiciones internacionales sobre el particular, como es la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, se desprende que en ausencia de previsiones específicas que regulen el modo en que debe manifestarse esta conciencia, será indígena aquella persona que se autoadscribe y autoreconozca como indígena, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de los pueblos indígenas.

En el entendido que la apreciación de si existe o no una autoadscripción indígena en un caso concreto, debe descansar en una consideración completa del caso, basada en constancias y actuaciones, amén de que debe realizarse con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en los casos penales y en aquellos que, en principio, parecen involucrar a grupos estructuralmente en desventaja.

Así, se estimó que el Estado y en particular, los órganos encargados de la persecución de los delitos y de la impartición de justicia, deben guiarse por lo que la población indígena decide. Ello anterior se explica dada la complejidad de que sea el propio aplicador del derecho quien determine quién es indígena o no, basado en una labor meramente

intelectual, con exclusión de sentimientos o percepciones de la persona que detente dicha calidad específica.

### **Acceso a la justicia y concepto de intérprete en el texto constitucional**

En cuanto al acceso a la justicia para personas indígenas se mencionó que para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, nuestra Carta Magna establece que se deberán tomar en cuenta sus costumbres, especificidades culturales y su derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Sobre esto último, se dijo que existe el consenso que las personas indígenas sometidas a proceso penal cuenten con la asesoría de *alguien* que conozca su lengua y cultura. Sin embargo, no así en la calidad que deben tener las personas a las que se les encomienda dicha asesoría. Esto es, existe duda sobre si, además de intérprete, el defensor debe contar también con conocimientos de la lengua y cultura del sujeto activo indígena.

Razón por la cual, la Primera Sala determinó que el señalamiento constitucional de que la persona indígena debe ser asistida por un *intérprete y defensor que tengan conocimientos de su lengua y cultura*, no debe interpretarse en su sentido literal, ya que ambos deben estar unidos pues participan de los intereses de la misma persona, en el caso, el indígena sujeto a proceso penal.

El intérprete realiza su función constitucional encomendada cuando explica a otras personas, en la lengua que entiende, lo dicho en otra que le es desconocida. En este supuesto, desde luego, es indispensable que el intérprete tenga conocimientos amplios y profundos de la lengua y la cultura tanto de origen como de destino.

A través de esta persona, es como el indígena acusado por la posible comisión de un delito, puede ser escuchado plenamente en todos los actos y por todos los actores del proceso. Al ser esto así, se explica porque el legislador instruyó conjuntamente que *los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores*, pues el derecho fundamental de acceso pleno a la justicia en materia de indígenas, no podría entenderse si faltara alguno de ellos, dado el aporte indispensable e indisoluble a que están obligados ambos de proporcionar al inculpado. El primero debe dedicarse a interpretar lo dicho por el acusado, mientras que el segundo, a asesorarlo bajo los principios que rigen en la abogacía.

La Sala remarcó que la función del intérprete dentro de un proceso está encaminada no solo a interpretar, sino también a poner en un contexto jurídico a la persona indígena imputada de un delito, para que esté debidamente informada y entienda que se está ventilando un proceso en su contra, y a su vez pueda preparar una defensa, situación que se complementa con la figura del defensor.

### **Derecho Penal y derecho de usos y costumbres de personas indígenas**

Se enfatizó la importancia que tiene para el derecho penal que el artículo 2º constitucional reconozca que las personas indígenas tengan derecho a regir su vida de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando dichas normas y procedimientos no sean contrarios a

los principios generales de la Constitución y, de manera relevante, en contra de la dignidad de las mujeres, ya que dicho reconocimiento faculta a las autoridades indígenas para aplicar sus sistemas normativos en la solución de sus conflictos internos, aunque limita este derecho cuando establece que dichas normas no deben ser contrarias a los principios generales de la Constitución.

Una interpretación estricta de este artículo haría nugatorio los derechos indígenas fundamentales reconocidos. Aún más cuando inmediatamente enumera que dichas normas deberán ser validadas por las autoridades correspondientes, terminado con ello el derecho de la autonomía que se pretende reconocer a los pueblos indígenas.

De ahí que la propuesta para resolver esta serie de contradicciones sea adoptar una visión que no resulte extremista, sino de acuerdo al núcleo esencial y valorativo de cada derecho. Una posición que respete los parámetros valorativos de cada derecho, anteponiendo o interponiendo entre ambos derechos el derecho a la vida y a la integridad personal o física.

En función de lo anterior, es indispensable la adopción o implementación de medias especiales que permitan a las colectividades indígenas, en condiciones de igualdad real con respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas, completas e imparciales. En este sentido, los órganos del Estado deben proveer las medidas de corrección o compensación necesarias para asegurar a los sujetos indígenas su acceso a los derechos fundamentales.

Es de capital importancia contar con una defensa especializada en materia indígena, la cual debe contener, entre otros elementos, un tratamiento diferenciado que se justifica por la vulnerabilidad social y cultural de los imputados indígenas. Tratamiento que se especifica en los tratados internacionales, los que establecen determinados deberes de protección respecto de cierto tipo de destinatarios, como son, en el caso, los indígenas.

La necesidad de otorgar defensa especializada requiere no solo de asistencia de tipo jurídico, sino que la defensa como tal debe captar las especiales características del sujeto en cuestión, si para ello es necesario contar con otro tipo de asistencia complementaria, el deber del Estado sólo podrá cumplirse cuando de forma efectiva disponga de mecanismos suficientes para garantizar que la defensa se preste con asistencia de tipo complementario.