



Instituto de  
Investigaciones

# investigaciones



[2011]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
REPÚBLICA ARGENTINA

***Dirección***

Dr. Rodrigo Codino  
Dra. Mariana Caraballo  
Dra. Gabriela Gusi  
Dr. Matías Bailone  
Dra. Mercedes de Urioste  
Dra. María Silvia Galíndez

***Jefe de Redacción***

Dr. Víctor Hugo Accardi

***Colaboradoras***

Lic. Marta Isaura Trotta Lagos  
Lic. Paula Frondizi  
Trad. Laureana Cayuso

***Corrección***

Trad. Carolina Mozo Sartorio

***Diseño y fotografía de tapa  
y diagramación de interiores***

DG. Pablo Molina Almirón

Impreso en la Dirección Servicios Complementarios  
Biblioteca del Congreso de la Nación

© Corte Suprema de Justicia de la Nación  
Impreso en la Argentina - Printed in Argentina  
Hecho el depósito que marca la Ley 11.723  
Registro de Propiedad Intelectual: en trámite

Corte Suprema de Justicia de la Nación  
Instituto de Investigaciones y de Referencia Extranjera  
Talcahuano 550, 4° piso, Oficina 4036  
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina  
Teléfonos: 4370-4600 (int. 4538/4636/4637)  
E-mail: [investigaciones@csjn.gov.ar](mailto:investigaciones@csjn.gov.ar)  
Sitio Web: [www.csjn.gov.ar/ii/investig.html](http://www.csjn.gov.ar/ii/investig.html)



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

**Presidente**

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

**Vicepresidenta**

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

**Ministros/as**

Dr. Carlos S. Fayt

Dr. Enrique Santiago Petracchi

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. E. Raul Zaffaroni

Dra. Carmen María Argibay

# investigaciones [2011]

## SUMARIO

-BUENOS AIRES, 2011. AÑO XV-

Secciones	Páginas
DOSSIER: <i>MEDIO AMBIENTE</i>	11
<i>PRÓLOGO</i> por Ricardo Luis Lorenzetti	13
<i>ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE BOSQUES NATIVOS EN ARGENTINA</i> por Eduardo Conghos y otros	15/40
<i>EL DERECHO DE LA NATURALEZA: FUNDAMENTOS</i> por Ramiro Ávila Santamaría	41/67
JURISPRUDENCIA	69/220
TEXTOS ESCOGIDOS	223/239
ÍNDICES	241/248

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES  
Y DE REFERENCIA EXTRANJERA  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**  
**REPÚBLICA ARGENTINA**

**DOSSIER**

**MEDIO AMBIENTE**

*investigaciones*

## DOSSIER

### PRESENTACIÓN

› por el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Los bienes ambientales no son un mero supuesto de hecho pasivo de la norma, sino un sistema complejo y entramado que motiva sus propias regulaciones y órdenes clasificatorios. Basta con observar los tratados internacionales y leyes nacionales existentes en el mundo sobre suelos, mares, agua potable, glaciares, flora y fauna, aire puro, calentamiento global, especies en extinción y otras similares para apreciar la insuficiencia de la analogía.

El debate relativo a la protección y conservación de esos bienes debe darse a la luz del paradigma ambiental que se orienta hacia la armonización del sistema legal con el ecológico. En este ámbito de estudio, debemos reconocer nuevos desafíos relativos a la escasez de recursos, la acción colectiva, la causalidad en materia ambiental, el papel de las instituciones económicas y los dilemas morales que interactúan de un modo que condicionan nuestro modo de ver los problemas actuales sobre la cuestión ambiental.

Es innegable que la realidad ambiental tiene influencias sobre el derecho que se ponen de manifiesto con el surgimiento de un nuevo bien jurídico protegido de carácter colectivo; un sistema de acciones típico e imperativo (prevención-precaución, seguido de la reparación primero *in natura* y solo subsidiariamente pecuniaria); una legitimación para obrar específica para el bien colectivo; un nuevo diseño de los derechos subjetivos, que al ser puestos en relación con el bien colectivo, adquieren una “función ambiental”, entre otros.

Planteos que antes nos resultaban ajenos y hasta impensables se vuelven en esta materia parte del quehacer cotidiano. Así, la regulación jurídica de la incertidumbre, las disyuntivas que plantea el principio precautorio, los criterios de riesgo-beneficio conviven en la resolución de conflictos o el análisis de nuevos emprendimientos.

La difusión, concientización y educación en materia ambiental se tornan extremadamente necesarias para afrontar nuestro futuro común. Esto incluye no solo el conocimiento de las normas, sino la implementación de medidas que aseguren su cumplimiento mediante el diseño de las instituciones y del buen gobierno conforme al paradigma ambiental, como una manera de seducir a las personas para que orienten sus conductas de modo compatible con la preservación de la naturaleza.

El tema que nos convoca resulta común a todo el planeta; tal vez por eso sea una de las cuestiones más convocantes de nuestros días. En efecto, el medio ambiente es para todos un recurso compartido así como una realidad, más que nunca común a todos los habitantes del mundo. Ante esta circunstancia, es importante advertir que las pretensiones son similares y las soluciones son asimismo iguales en complejidad en cualquier punto del globo.

El objetivo más importante no es el de corregir, enmendar o reparar situaciones ambientales desfavorables para la humanidad, sino, por sobre todas las cosas, el de instalar un espacio de reflexión sobre el estado actual de nuestras herramientas conceptuales, a fin de saber si lo que hacemos todos los días es adecuado para los fines que perseguimos.

< \* >

## ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE BOSQUES NATIVOS EN ARGENTINA

› por Eduardo Conghos, Andrea González, Pablo Lorenzetti, Guillermo Marchesi, Gustavo Rinaldi, Martín Romano, Juan Pablo Russo, Ana Salerno y Federico Zonis

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. — 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES Y PROVINCIALES EN LA REGULACIÓN DE LOS BOSQUES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. — 2.A. ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL. — 3. LEY DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN DE BOSQUES NATIVOS N° 26.331. — 3.A. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY 26.331. PROPÓSITOS Y OBJETIVOS GENERALES. — 3.B. INSTRUMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BOSQUES NATIVOS EN LA LEY 26.331. — 4. LEGISLACIONES PROVINCIALES QUE REGULAN LOS BOSQUES NATIVOS. — 4.A. LEYES PROTECTORAS DE BOSQUES NATIVOS EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS. — 5. JURISPRUDENCIA. ANÁLISIS DEL FALLO “SALAS”. — 5.A. DATOS DE LA SENTENCIA. — 5.B. TRIBUNAL. — 5.C. HECHOS. — 5.D. NORMATIVA EN JUEGO. — 5.E. DICTAMEN DE LA PROCURADORA. — 5.F. SENTENCIA DE LA CORTE (FECHA 29/12/2008). — 5.G. SENTENCIA DE LA CORTE (FECHA 26/03/2009). — 5.H. SENTENCIA DE LA CORTE (FECHA 14/09/2010). — 5.I. BREVE COMENTARIO AL CASO. — 5.J. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL. — 5.K. MEDIDA CAUTELAR. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO AMBIENTAL. — 5.L. EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL ACUMULATIVO O INTEGRAL. — 5.M. LA AUDIENCIA PÚBLICA. — 5.N. LAS FACULTADES ORDENATORIAS DEL JUEZ AMBIENTAL DENTRO DEL PROCESO. — 5.N. CONCLUSIÓN. — 6. ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES DE LOS BOSQUES Y LA IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS DE PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES. — 7. CONCLUSIONES GENERALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la legislación más importante a nivel nacional respecto de la protección de las masas forestales (nativas e implantadas), exponiendo sus fortalezas y debilidades, como así también la legislación más relevante a nivel provincial. Todo esto, sin obviar la interpretación de nuestro más alto tribunal referida a la protección de los bosques nativos, que impone exigentes estándares de protección ambiental en la República Argentina.

Para ello es imprescindible realizar el análisis de la evolución de las principales leyes forestales, algunas aún vigentes en la actualidad, que fueron sentando las bases para la nueva legislación a nivel nacional y provincial.

Tal como surgirá de la lectura del presente, la normativa argentina ha ido introduciendo, tanto a nivel nacional como provincial, el nuevo concepto de desarrollo sostenible en consonancia con las convenciones internacionales y la legislación comparada.

A partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, el tema de la protección de la biodiversidad y la lucha contra el cambio climático producido por la emisión de gases de efecto invernadero adquirió ribetes importantes a nivel internacional.

Así, distintos países han suscripto el acuerdo marco de protección de la diversidad biológica producido durante dicha conferencia internacional. La Argentina no fue la excepción, ratificando la misma por Ley Nacional 24.375, dictada en octubre de 1994, lo que produce la incorporación a la legislación nacional de los objetivos y herramientas contenidos en la Convención para lograr la conservación y explotación de los recursos biológicos, siendo los mismos fundamentales ejes rectores para la protección y el aprovechamiento de los recursos forestales nacionales.

Asimismo, Argentina ratifica la Convención Marco de Cambio Climático por Ley Nacional 24.295 en diciembre de 1993 y el protocolo de Kyoto por Ley Nacional 25.438 en junio de 2001, por el cual se establecen principios y normas relativos a la responsabilidad por las emisiones de gases de efecto invernadero y a la concreción de medidas de adaptación y mitigación de los efectos del cambio climático, temática esta íntimamente relacionada con la protección de las masas forestales (nativas o implantadas) atento a su calidad de sumideros naturales para contribuir a la disminución de los efectos del cambio climático.

La Agenda 21, plan de acción para el desarrollo sustentable acordado en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas realizada en Río de Janeiro en junio de 1992, también fue firmada por Argentina. En su capítulo II, secciones 11 y 12, establece las pautas para la lucha contra la deforestación y desertificación.

En 1996 entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, constituyendo el primer y único marco legalmente vinculante a escala internacional que ha sido creado para hacer frente al problema de la desertificación. La Convención se fundamenta en los principios de participación, colaboración y descentralización, y ha sido suscripto por 192 países, entre ellos Argentina, que por Ley Nacional 24.704 de octubre de 1996 la ha ratificado.

Esta problemática de deforestación y desertificación se haya directamente relacionada con la protección y explotación de los bosques nativos, a partir de que con la deforestación irracional y/o la sustitución de los mismos por zonas de cultivos agrícolas se producen efectos negativos con el consecuente perjuicio social, ambiental y económico que ello produce.

A partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 y con la incorporación de los llamados presupuestos mínimos ambientales en el artículo 41 de la nueva Constitución, se comenzaron a dictar las leyes nacionales de presupuestos mínimos ambientales, las cuales han introducido el paradigma ambiental en forma definitiva en la legislación nacional, con fuerte penetración en las legislaciones provinciales.

La Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos ha marcado un hito en la protección de los mismos y será analizada en el presente trabajo.

A partir de esta ley, varias provincias argentinas han ido receptando los principios e institutos plasmados en la misma dictando, adaptando y/o reformulando las legislaciones provinciales, produciendo la internalización de los mismos en forma definitiva en los plexos normativos provinciales.

Pero además de estas modificaciones legislativas, nuestro más alto tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha realizado un aporte invaluable que será analizado en detalle.

Como colorario del desarrollo hecho, exponemos en breve síntesis una introducción al Pago por Servicios Ambientales tanto en términos generales como particularmente referido a los bosques, describiendo algunas posibilidades de cobro por estos servicios y beneficios de los mismos.

Todo esto será desarrollado en el presente trabajo con la firme intención de realizar una contribución que pueda servir para el conocimiento de la legislación argentina y que a la postre pueda aportar, a nivel regional, para la concreción de propuestas normativas, programas, proyectos, estrategias y directrices que garanticen la protección y la integridad del medio ambiente en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

## **2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES Y PROVINCIALES EN LA REGULACIÓN DE LOS BOSQUES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

El presente capítulo tiene por finalidad demostrar el actual estado de situación de los bosques nativos en la República Argentina.

Primordialmente, la intención del mismo es recorrer y analizar las normas que regulan este recurso y el estado de avance jurídico tanto a nivel nacional como a nivel provincial que se ha producido.

A esta altura, es importante hacer algunas aclaraciones.

Nuestra principal ley que estableció un marco de protección al recurso forestal es la Ley 13.273 de Defensa de la Riqueza Forestal.

Se trata de una ley de adhesión provincial del año 1948, destinada a la defensa, regeneración, mejoramiento y ampliación de los bosques. Su referencia a los bosques o tierras forestales es tanto para aquellos ubicados en propiedades privadas como públicas.

En la mencionada ley, se establece una clasificación de los bosques que será desarrollada en extenso más abajo.

Más adelante en el tiempo, y en lo que importa a esta breve introducción, encontramos la sanción de la Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos.

La misma fue sancionada el 28 de noviembre de 2007 y no deroga expresamente el régimen anterior, ya que entendemos que apunta a la protección de una categoría de bosques (bosque nativo) que en el régimen de la Ley 13.273 se encontraba incluido dentro de los denominados bosques protectores.

Por lo que podemos dejar establecido que en nuestro país conviven dos regímenes de protección forestal, dados por normas distantes en el tiempo en lo que hace a su sanción y de características disímiles, que provocan un entramado normativo con una complejidad particular.

A esto último nos referimos cuando observamos que la Ley 26.331 es una ley de presupuestos mínimos, que se enmarca en el tipo de leyes establecidas por el artículo 41 de la Constitución Nacional, que son dictadas por el Congreso de la Nación, de obligatoriedad de aplicación en todo el territorio y con la posibilidad de ser complementadas por leyes provinciales, todo esto en clara diferencia con la Ley 13.273, cuya característica es ser una ley de adhesión.

## 2.a. ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL

El régimen forestal en nuestro país se encuentra regulado por leyes nacionales y provinciales según la ubicación de las tierras.

Los primeros antecedentes sobre la materia los encontramos en los códigos rurales (Cód. Rural Prov. de Bs. As. 1865), que establecieron disposiciones relativas a la guarda, conservación y fomento de los bosques fiscales. “Entre otras prohibía la tala de maderas y de leña, la elaboración de carbón de palo y la extracción de cascas curtientes y de materias tintóreas y textiles sin la autorización del P.E.”.

La ley de tierras públicas 4167 del año 1903 contenía disposiciones referentes a bosques fiscales nacionales. Esta ley establecía que el P.E. podía conceder hasta 10.000 hectáreas por el 10% del valor de la madera. Los arrendatarios no tenían derecho a la explotación de los bosques; solo se les permitía efectuar las acciones necesarias para la construcción de sus cercos y leña de consumo. Asimismo, podían obtener la concesión para la explotación industrial del bosque abonando un canon adicional de 10%. Estas tierras no podían destinarse a la agricultura o ganadería.

Como enseña Brebbia, esta ley pretendía contener un plan administrativo dirigido a la conservación y al aumento de la riqueza forestal. En ella quedaban comprendidos los terrenos con montes de la Nación y de las provincias, municipalidades, corporaciones o particulares que así lo solicitaran. Se trataba de un régimen de adhesión.

En el año 1948 fue sancionada la Ley Nacional 13.273, que declara de interés público la defensa, mejoramiento y ampliación de bosques.

Esta ley en su artículo 2 define al bosque como “toda formación leñosa, natural o artificial, que por su contenido o función sea declarada en los reglamentos respectivos como sujeta al régimen de la presente ley”.

Asimismo, define a la tierra forestal como aquella que por sus condiciones naturales, ubicación o constitución, clima, topografía, calidad y conveniencias económicas sea declarada inadecuada para cultivos agrícolas o pastoreo y susceptible, en cambio, de forestación, y también aquellas necesarias para el cumplimiento de la presente ley.

Y declara de utilidad pública y sujetos a expropiación, cualquiera sea el lugar de su ubicación, los bosques clasificados como protectores y/o permanentes y los inmuebles necesarios para realizar obras de forestación y reforestación, tendientes al mejor aprovechamiento de las tierras, que será ordenada por el Poder Ejecutivo previo informe pertinente y demás requisitos que establece la ley de expropiación.

La norma establece que quedan sometidos a sus disposiciones “los bosques y tierras forestales que se hallen ubicados en jurisdicción federal; los bosques y tierras forestales de propiedad privada o pública ubicados en las provincias que se acojan al régimen de la presente ley y los bosques protectores y tierras forestales que respondan a algunas de las condiciones especificadas en el artículo 8º, ubicados en el territorio provincial, siempre que los efectos de esa calidad incidan sobre intereses que se encuentren dentro de la esfera de competencia del gobierno federal, sea porque afecten al bienestar general, al progreso y prosperidad de dos o más provincias o de una provincia y el territorio federal o a la defensa nacional”.

El artículo 7 clasifica a los bosques en cinco categorías, a saber:

**Protectores:** aquellos que por su ubicación sirvieran, conjunta o separadamente, para: a) fines de defensa nacional; b) proteger el suelo, caminos, las costas marítimas, riberas fluviales y orillas de lagos, lagunas, islas y prevenir la erosión de las planicies y terrenos en declive; c) proteger y regularizar el régimen de las aguas; d) fijar médanos y dunas; e) asegurar condiciones de salubridad pública; f) defensa contra la acción de los elementos, vientos, aludes e inundaciones; g) albergue y protección de especies de la flora y fauna cuya existencia se declare necesaria.

**Permanentes:** todos aquellos que por su destino, constitución de su alborada y/o formación de su suelo deban mantenerse, como ser: a) los que formen los parques y reservas nacionales, provinciales o municipales; b) aquellos en que existieren especies cuya conservación se considere necesaria; c) los que se reserven para parques o bosques de uso público. El arbolado de los caminos y los montes de embellecimiento anexos disfrutarán del régimen legal de los bosques permanentes.

**Experimentales:** a) los que se designen para estudios forestales de especies indígenas; b) los artificiales destinados a estudios de acomodación, aclimatación y naturalización de especies indígenas o exóticas.

**Montes especiales:** los de propiedad privada creados con miras a la protección u ornamentación de extensiones agrícolas, ganaderas o mixtas.

**Producción:** los naturales o artificiales de los que resulte posible extraer periódicamente productos o subproductos forestales de valor económico mediante explotaciones racionales.

La ley preveía un régimen forestal común, un régimen especial que se aplicaba a los bosques protectores y permanentes, y un régimen de bosques fiscales referido a aquellos que formaban parte del dominio privado del Estado.

Como lo ha sostenido Brebbia, estos regímenes suponen restricciones y limitaciones al dominio que importan un sistema más riguroso especialmente para los bosques protectores y permanentes.

El régimen común establecía normas aplicables a todo bosque cualquiera sea su ubicación y clasificación. Entre las disposiciones más importantes, se encontraba la prohibición de la devastación de bosques y tierras forestales, y la utilización irracional de los productos forestales.

Asimismo, prohibía la iniciación de trabajos de explotación sin la previa conformidad de la autoridad de aplicación. Para ello, los propietarios, arrendatarios, usufructuarios o poseedores de cualquier título de bosques debían presentar un plan de trabajo, salvo las excepciones establecidas en la norma.

En otro orden, prescribía la obligación de la prevención y lucha contra los incendios forestales. Toda persona que tomara conocimiento tenía la obligación de denunciarlo a la autoridad más próxima, quienes debían transmitirla con urgencia y sin previo pago. En tal sentido, las autoridades tenían facultades para convocar a los habitantes de la zona para que contribuyan a la extinción. Esta obligación constituía una carga pública.

En relación con el transporte de productos, debían encontrarse marcados y realizarse con las guías correspondientes.

Las personas que se dedicaban al corte, elaboración, extracción, industrialización o comercio debían estar inscriptas y llevar los libros y documentos que establecía la reglamentación.

Los planes de forestación y reforestación debían ser aprobados por la autoridad previo estudios técnicos y económicos.

El régimen especial relacionado a bosques protectores y permanentes debía ser inscripto en un registro y traía aparejadas restricciones tales como comunicar el cambio de régimen, conservar y repoblar el bosque, realizar la explotación con sujeción a las normas que se aprobaran y requerir autorización para el pastoreo y permitir a la autoridad realizar las labores de forestación o reforestación que estimare procedentes.

En relación con el régimen fiscal, la ley declara que los bosques que formaban parte del dominio privado del Estado eran inalterables. La explotación de estos bosques quedaba sometida al pago de un aforo fijo móvil o mixto que se estableciera para cada caso.

Los bosques protectores y permanentes solo podían ser sometidos a explotaciones mejoradoras. Para ello, debía practicarse un relevamiento forestal, la aprobación de un plan dasocrático y el deslinde, medida y amojonamiento del terreno. **Fondo forestal:** la ley en su capítulo sexto creó el fondo forestal para costear los gastos que demandare su cumplimiento.

Este fondo se encontraba integrado, entre otros, por los siguientes recursos: las sumas asignadas en el presupuesto anual o en leyes especiales, el producido de los derechos, adicionales y tasas creadas por la ley, los aforos por explotación de los bosques fiscales nacionales, multas, comisos, indemnizaciones, derechos de inspección, permisos, peritajes y servicios técnicos en los bosques y tierras forestales, el producido de los derechos de inspección a la explotación de bosques fiscales nacionales, provinciales o comunales de las provincias adheridas, la extracción de productos de bosques particulares y/o extensión de guías para su transporte, el producido por la venta de productos y subproductos forestales, plantas, semillas, etc., las contribuciones voluntarias de las empresas, sociedades, instituciones y particulares interesados en la conservación de los bosques, y las donaciones y legados, las rentas de títulos e intereses de los capitales que integran el fondo forestal.

**Fomento y exenciones:** la norma establecía un régimen de fomento a través de exenciones, sistema de crédito, reducción de tarifas, premios y primas, entre otros.

Quedaban eximidos del pago de impuestos los bosques y montes artificiales.

Las tierras con bosques protectores o permanentes y las tierras forestales situadas en las zonas especificadas en el artículo 8° sometidas a trabajo de forestación o reforestación quedaban exceptuadas del pago de la contribución inmobiliaria en la parte pertinente si se encontraban ubicadas en jurisdicción nacional, y del 50 % o la cantidad que especifiquen los convenios respectivos si pertenecieran a jurisdicción de las provincias.

Se hallaban liberadas del impuesto a los réditos las utilidades que se invirtieran en nuevas plantaciones forestales y en mejoras silvícolas.

En relación con el crédito, la ley disponía que el Banco de la Nación Argentina y el de Crédito Industrial acordarían a los particulares créditos de carácter especial para trabajos de forestación y reforestación, industrialización y comercialización de productos forestales.

Entre las normas de fomento, se encontraban: la creación de mercados de concentración de productos forestales para facilitar operaciones, tipificar calidades y

dimensiones, individualizar procedencia y atender las necesidades con consumo a precios razonables; la reglamentación del tráfico de productos forestales de modo que tengan la mayor elaboración industrial en la zona de producción; la instalación de secaderos y aserraderos de maderas en distintas regiones del país, así como también las industrias poco conocidas o inexistentes destinadas al aprovechamiento de los productos forestales naturales; la creación de establecimientos de investigación y enseñanza de curtidos de cueros con la colaboración de las entidades respectivas; la implantación del seguro contra incendio de bosques; y la distribución gratuita de semillas, estacas y plantas.

**Autoridad de aplicación:** la ley creó como órgano de aplicación la Administración Nacional de Bosques dependiente del Ministerio de Agricultura de la Nación.

Entre sus competencias, podemos destacar: administrar el fondo forestal y los bienes que se le asignen; confeccionar el mapa forestal y mantenerlo actualizado; realizar estudios de técnica y de economía forestal de los bosques, tierras forestales, sus productos y subproductos para la defensa, mejoramiento, ampliación y explotación racional del patrimonio forestal, fiscal y privado, y de índole tecnológica y económica para la comercialización y aplicación industrial de los productos y subproductos forestales; fijar planes de forestación y reforestación; proponer al Poder Ejecutivo la creación de colonias forestales y mixtas, consorcios para la prevención y lucha contra incendios y plagas de los bosques y/o trabajos de reforestación y de cooperativas forestales tendientes al arraigo y mejoramiento de las condiciones de vida de los pobladores de zonas forestales; fomentar el estudio de los problemas forestales, la ejecución de trabajos de defensa, mejoramiento y ampliación de bosques y difundir la educación forestal; instalar y mantener viveros forestales y estaciones experimentales y escuelas de ayudantes forestales; realizar estudios especiales sobre adaptación y ampliación de especies indígenas y exóticas y planificar la formación de tres cortinas forestales de Norte a Sur del país; distribuir gratuitamente o a precios de fomento semillas, estacas y plantas forestales; ejercer la administración de los bosques y tierras forestales del Estado Federal y de las provincias, municipios y entidades autárquicas que le sean conferidos y también los de propiedad particular cuyo usufructo se expropie; adoptar las medidas necesarias para prevenir, combatir y circunscribir los incendios de los bosques y todas las conducentes a la sanidad forestal, y llevar estadística forestal completa.

**Instituto Forestal Nacional:** La Ley 20.531 creó el Instituto Forestal Nacional (IFONA), como sucesor de la Administración Nacional de Bosques. Este organismo tenía capacidad para contratar y administrar bienes, demandar y comparecer en juicio, y realizar todo acto jurídico para el cumplimiento de sus fines.

### 3. LEY DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN DE BOSQUES NATIVOS N° 26.331

Analizaremos bajo este título las principales características de la presente Ley de Presupuestos Mínimos de Protección de Bosques Nativos N° 26.331 y su Decreto Reglamentario Nacional N° 91/2009, efectuando también un breve repaso sobre los principales institutos que ella contiene.

En el mismo sentido, ensayaremos un estudio algo más pormenorizado acerca de lo que consideramos las fortalezas y debilidades sobre cada punto de la regulación anotada, lo que será de suma utilidad a fin de valorar, comparar y proponer mejoras respecto de la legislación protectoria que estamos analizando.

## LEYES DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS EN LA ARGENTINA

La República Argentina ha adoptado la forma de gobierno federal, introduciendo en materia ambiental a partir de la reforma constitucional del año 1994 ciertas particularidades en el reparto de competencias ambientales.

Así, la Constitución Nacional determina en su artículo 1° que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal”. Concordantemente, el artículo 121 establece que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”, y en el mismo sentido, el artículo 124 dice: “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”.

En una primera aproximación, se observa claramente que el constituyente ha determinado atribuir la competencia originaria respecto a los recursos naturales a las provincias o estados federales y que ellas conservarán esa facultad en tanto no lo deleguen en la Nación.

No obstante, el artículo 41 de la Constitución Nacional, establece una delegación de facultades de las provincias a la Nación, otorgándole al Congreso Nacional la competencia para dictar en materia ambiental “las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

De esta manera, resaltamos el particular reparto federal constitucional en materia ambiental, por el cual le corresponde a la Nación determinar los mínimos de protección ambiental y a las provincias dictar las normas maximizadoras y complementarias, dando como resultado la necesidad de establecer un federalismo de concertación (FRÍAS, Pedro: *Introducción al Derecho Público Provincial*, Bs. As., 1980) entre las competencias nacionales y provinciales en la regulación ambiental.

Por último, es del caso señalar lo determinado por la Ley 25.675 General del Ambiente, de la República Argentina, en su artículo 6°, respecto de las normas de presupuestos mínimos, diciendo que: “Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”.

Dentro de este marco de competencias federales, la Nación ha dictado en el mes de noviembre del año 2007 la Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos y en el mes de enero de 2009, su Decreto Reglamentario Nacional N°91/2009.

### 3.a. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA LEY 26.331. PROPÓSITOS Y OBJETIVOS GENERALES

La Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos N° 26.331 enumera sus **propósitos** en el artículo 1°, cuando expresa: “La presente ley establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad”.

Asimismo, en su artículo 2º, determina el **objeto de la regulación, circunscribiéndose, como lo hemos explicado anteriormente, a proteger únicamente a los bosques nativos**. Entonces, decide que se consideran bosques nativos a los ecosistemas forestales naturales compuestos predominantemente por especies arbóreas nativas maduras, con diversas especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea –suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos–, conformando una trama interdependiente con las características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica.

**La Ley 26.331 es la primera ley de la Nación Argentina que regula aspectos de los servicios ambientales;** en ese sentido cabe resaltar que la República del Paraguay, en el año 2006, dictó la Ley 3001 de “valoración y retribución de servicios ambientales”.

Los servicios ambientales son definidos en el artículo 5º como “los beneficios tangibles e intangibles, generados por los ecosistemas del bosque nativo, necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación beneficiados por los bosques nativos”. Asimismo, se encuentran enumerados los principales servicios ambientales que proveen los bosques nativos, a saber: regulación hídrica; conservación de la biodiversidad, conservación del suelo y de calidad del agua; fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; contribución a la diversificación y belleza del paisaje; defensa de la identidad cultural, entre otros.

Finalmente, cabe destacar la suma trascendencia que la norma les otorga a los principios preventivo y precautorio, como principios de política ambiental, diciendo en su artículo 3º que deberá “[h]acer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad”.

### **3.b. INSTRUMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BOSQUES NATIVOS EN LA LEY 26.331**

La presente ley de presupuestos mínimos introduce herramientas que permitirán articular las acciones, a fin de alcanzar los propósitos y objetivos establecidos.

La efectiva implementación de dichos instrumentos o herramientas requiere una acitada articulación institucional de concertación y de estrecha cooperación entre las autoridades con competencias nacionales y locales.

En ese sentido, el Decreto Reglamentario Nacional 91/2009 otorga un amplio campo de acción al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), resultando el ámbito de concertación por excelencia, ya que en su seno conviven todos los organismos locales y nacionales con competencias ambientales.

Por lo tanto, surgen de la presente ley los siguientes instrumentos:

### **EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE BOSQUES NATIVOS**

La ley ordena la realización en el término de un año de un ordenamiento territorial de los bosques, que deberá establecer las diferentes categorías de conservación en función del

valor ambiental de las unidades de bosques nativos y de los servicios ambientales que prestan. En ese sentido, el Decreto Reglamentario establece que la actualización del ordenamiento deberá ser quinquenal.

Estará a cargo de cada jurisdicción la realización y la actualización periódica del mencionado ordenamiento. Corresponderá a la Autoridad Nacional brindar la asistencia técnica, económica y financiera necesaria para la tarea y, a tales fines, analizará el avance de los respectivos procesos de Ordenamiento de Bosques (Decreto 91/2009).

Dicha categorización se instrumentará a través de la identificación de las correspondientes parcelas con colores, donde el rojo indicará aquellos bosques de muy alto valor de conservación; el amarillo, bosques de mediano valor de conservación; y el verde corresponde a los bosques de bajo valor de conservación. En función de esta categorización se establecen los usos permitidos y prohibidos.

Así, aquellos bosques encuadrados en la categoría I (roja) no pueden ser desmontados ni ser objeto de aprovechamiento sustentable. Los de la categoría II (amarilla) no pueden ser desmontados, pero sí respecto a ellos puede autorizarse el aprovechamiento sustentable. Finalmente, los de la categoría verde pueden ser desmontados total o parcialmente y ser autorizado su aprovechamiento sustentable.

Por último, el Decreto Reglamentario amplía la obligación de la Nación, en el seno del COFEMA, de instar a la aplicación coherente de las categorías de conservación, en especial en aquellas jurisdicciones que comparten ecorregiones.

## **PROGRAMA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS BOSQUES NATIVOS**

Con relación al presente Programa, la Ley de Presupuestos Mínimos establece que deberá promover y ejecutar políticas activas de estímulo y planes de reforestación, restauración ecológica de bosques nativos degradados y las medidas de aprovechamiento sustentable de los bosques nativos que sean necesarias, indicando como objetivo la promoción del manejo sostenible de los bosques de categoría II y III, con adecuación a cada ambiente y jurisdicción, considerando a las comunidades originarias.

La responsabilidad en la ejecución del presente Programa descansa en la Autoridad de Aplicación Nacional, debiendo la Nación brindar a las autoridades jurisdiccionales la asistencia en relación con las capacidades técnicas para posibilitar el cumplimiento de los respectivos planes de manejo sostenible locales.

En el mes de abril de 2009, la Secretaría de Ambiente de la Nación dictó la Resolución 256/2009, por la cual da creación al “Programa Experimental de Manejo y Conservación de los Bosques Nativos 2009”.

## **AUTORIZACIONES PARA EL DESMONTE Y APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE**

El desmonte ha quedado prohibido a partir de la sanción de la presente norma para aquellos bosques nativos de categoría I (rojo) y II (amarillo).

No obstante, previa autorización, que deberá ser otorgada por la autoridad jurisdiccional, estará permitido el desmonte de los bosques nativos de categoría III (verde).

Así, la Ley 26.331 (art. 17) establece que cuando se solicite la autorización para realizar desmontes, deberán realizarse de acuerdo a un Plan de Aprovechamiento del Cambio del Uso del Suelo, el cual se elaborará de acuerdo a las pautas que imponga la autoridad local, la que consecuentemente someterá el mismo a evaluación y aprobará en caso de corresponder.

Asimismo, la autoridad local instrumentará un registro para la inscripción de los profesionales que avalen los mencionados planes.

En aquellos casos en que las solicitudes de permiso sean para realizar manejo sostenible de los bosques nativos de categoría II y III, el interesado deberá presentar un Plan de Manejo Sostenible de Bosques Nativos, el cual, de manera previa a su autorización, deberá ser evaluado por la autoridad jurisdiccional.

Cabe destacar que la ley supone que cuando existan actividades no sostenibles desarrolladas por pequeños productores y/o comunidades campesinas relacionadas a los bosques nativos, la autoridad local deberá asistir técnica y financieramente a fin de propender a la sustentabilidad de las mismas.

#### **EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

La ley impone que la autoridad local será responsable de someter a un procedimiento de impacto ambiental todos los pedidos de autorización para el desmonte y de aquellas autorizaciones para aprovechamiento sostenible que tenga el potencial de causar impactos ambientales significativos.

Asimismo, estará obligada la autoridad local a informar a la Nación de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental que desarrolle, y una vez analizado cada estudio de impacto ambiental interpuesto, en conjunto con los resultados de las audiencias públicas, deberá emitir una Declaración de Impacto Ambiental, que aprobará o denegará el referido estudio, y de la cual se dará información a la Autoridad Nacional.

#### **PARTICIPACIÓN CIUDADANA. AUDIENCIAS PÚBLICAS**

Se establecen audiencias en procesos de decisión vinculados con el ordenamiento ambiental de los bosques y de la evaluación de impacto ambiental de los desmontes y de aquellos proyectos de manejo sostenible que puedan causar impactos ambientales significativos.

En este caso, la presente ley remite a la Ley 25.675 General del Ambiente, siendo obligación de cada jurisdicción, previa a la emisión de cualquier autorización de proyectos de desmonte, cumplir con lo previsto por la mencionada ley general sobre el procedimiento de audiencias o consultas públicas.

Asimismo, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto por otra ley de presupuestos mínimos, la Ley 25.831 de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, poniendo de resalto, en particular, el derecho al acceso de los pueblos originarios, campesinos o indígenas.

### **PODER DE POLICÍA**

El control del cumplimiento de la presente ley y de las condiciones en base a las que se otorgaron las correspondientes autorizaciones es responsabilidad de la autoridad local.

La norma regula sanciones administrativas consistentes en multas, apercibimientos, suspensión o revocación de autorizaciones, que conjuntamente con el procedimiento sumarial previo, serán competencia de la jurisdicción local.

Complementariamente, se crea un Registro Nacional de Infractores, que impedirá a quienes figuren en el mismo, sea por infracciones a leyes forestales ambientales nacionales o provinciales, obtener autorizaciones de desmonte o aprovechamiento.

### **COMUNIDADES INDÍGENAS, CAMPESINAS Y PEQUEÑOS PRODUCTORES**

Es destacable la especial consideración que otorga la ley a los derechos de las comunidades indígenas, campesinas y pequeños productores.

Se prevé que cuando estas comunidades realicen aprovechamientos en superficies menores a 10 hectáreas, la presente norma no será de aplicación (artículo 2º); también, cuando realicen actividades no sostenibles, las autoridades de aplicación deberán prestarles asistencia técnica a fin de propender a la sustentabilidad de las mismas (artículo 21º); y asimismo, menciona particularmente el derecho a participar en las audiencias públicas de las presentes comunidades.

### **FONDO NACIONAL PARA EL ENRIQUECIMIENTO Y LA CONSERVACIÓN DE LOS BOSQUES NATIVOS**

Tal vez el punto central de la efectividad de la Ley 26.331 y su avance más relevante y novedoso resida en este Fondo Nacional, cuyo objeto será compensar los servicios ambientales que prestan las jurisdicciones que conservan los bosques nativos.

Es obligación de las jurisdicciones locales, para ser participadas en la distribución de los fondos, tener aprobado por ley provincial su Ordenamiento de Bosques Nativos.

De manera conjunta, la Autoridad Nacional y las locales determinarán las sumas que corresponda pagar a cada una de las jurisdicciones.

Asimismo, las autoridades locales estarán obligadas a informar a la Nación su Régimen de Ordenamiento de Bosques Nativos y la documentación que acredite su clasificación.

La Autoridad Nacional ejercerá el control sobre lo presentado e informado por las jurisdicciones y será administradora del mencionado Fondo, juntamente con las autoridades jurisdiccionales que hayan presentado sus correspondientes leyes provinciales de Ordenamiento de Bosques Nativos.

Por último, las jurisdicciones beneficiadas en la repartición de los fondos deberán rendir anualmente un informe detallado sobre el destino de los fondos recibidos, lo que estará sujeto a fiscalización por parte de la Autoridad Nacional.

No obstante considerarse a este Plan como fundacional, vertebral, e imprescindible para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley, la misma carecía de precisiones

sobre la proveniencia de los fondos para sustentarlo. El Decreto Reglamentario 91/2009 vino a subsanar dicha imprevisión, regulando la fuente presupuestaria que daría sustento al plan y colocando en cabeza de la Autoridad de Aplicación Nacional la administración de dichos fondos.

#### 4. LEGISLACIONES PROVINCIALES QUE REGULAN LOS BOSQUES NATIVOS

##### 4.a. LEYES PROTECTORAS DE BOSQUES NATIVOS EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS

La situación respecto a la regulación de los bosques nativos en las provincias de nuestro país ha tenido un viraje a partir de la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección de los Bosques Nativos N° 26.331.

Es que hasta ese momento no se contaba con un texto del carácter enunciado, esto es, de presupuestos mínimos, pero que ha su vez instara a las jurisdicciones locales a formular el Ordenamiento de los Bosques Nativos existentes.

Para graficar, transcribimos los artículos pertinentes: “*Art. 6. - En un plazo máximo de UN (1) año a partir de la sanción de la presente ley, a través de un proceso participativo, cada jurisdicción deberá realizar el Ordenamiento de los Bosques Nativos existentes en su territorio de acuerdo a los criterios de sustentabilidad establecidos en el Anexo de la presente ley, estableciendo las diferentes categorías de conservación en función del valor ambiental de las distintas unidades de bosque nativo y de los servicios ambientales que estos presten. La Autoridad Nacional de Aplicación brindará, a solicitud de las Autoridades de Aplicación de cada jurisdicción, la asistencia técnica, económica y financiera necesaria para realizar el Ordenamiento de los Bosques Nativos existentes en sus jurisdicciones. Cada jurisdicción deberá realizar y actualizar periódicamente el Ordenamiento de los Bosques Nativos, existentes en su territorio. Art. 7. - Una vez cumplido el plazo establecido en el artículo anterior, las jurisdicciones que no hayan realizado su Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos no podrán autorizar desmontes ni ningún otro tipo de utilización y aprovechamiento de los bosques nativos. Art. 8. - Durante el transcurso del tiempo entre la sanción de la presente ley y la realización del Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, no se podrán autorizar desmontes”.*

A esta altura es dable destacar que no todas las provincias han cumplimentado con lo ordenado.

De los últimos relevamientos normativos consultados hemos podido determinar que algunas provincias ya tienen vigente sus leyes reglamentarias del Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.

Las mismas son: Chaco (Ley n° 6.409), Jujuy (Decreto n° 2.187), Salta (Ley n° 7.543), San Luis (Ley n° IX-0697-2009), Santiago del Estero (Ley n° 6.942), Santa Fe (Ley n° 12.366) y Tierra del Fuego (Resolución n° 339-09).

Sin perjuicio de lo expuesto, hay otras jurisdicciones que se encuentran transitando el proceso para llegar al dictado de la normativa correspondiente.

Tal es el caso de:

- 1) Catamarca, que posee un avanzado proyecto de Ordenamiento;

2) Córdoba, que cuenta con un proyecto de Ordenamiento que está siendo desarrollado y ejecutado por la Unidad Ejecutora de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, creada por la Resolución n° 328/08 dependiente de la Secretaría de Ambiente de Córdoba;

3) Formosa, que cuenta con una muy novedosa y saludable propuesta que nuclea en el denominado Programa de Ordenamiento Territorial de los ambientes rurales de la Provincia de Formosa (POT-For) no solo dar cumplimiento a lo establecido por la Ley 26.331, sino también establecer criterios que permitieran alcanzar en forma simultánea los siguientes objetivos: *a.* alcanzar un fuerte incremento en las superficies cultivadas con distintas especies; *b.* implementar una sólida política de conservación de los recursos naturales de toda la provincia, áreas boscosas y no boscosas; *c.* fortalecer a los sectores de menos recursos: pequeños productores y comunidades aborígenes; *d.* dejar establecidas reglas claras para todos y un régimen de seguridad jurídica.

4) La Pampa, que posee la Resolución del Ministerio de la Producción de dicha provincia mediante la cual, y hasta tanto sea tratada y promulgada la ley que apruebe el Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos, determina que es necesario ajustar las necesidades de la actividad del bosque nativo pampeano, teniendo en cuenta las características de conservación y productividad propias de la provincia, asegurando los objetivos de la Ley 26.331. Dicha resolución fue emitida por el Ministerio de Producción por ser este la Autoridad de Aplicación en la materia;

5) Misiones, que posee un Proyecto que se encuentra en etapa de desarrollo coordinado por el Ministerio de Ecología, Recursos Naturales Renovables y Turismo. Sin perjuicio de ello, hay que destacar que probablemente Misiones sea la provincia con más fuerte participación en la regulación de su riqueza forestal. Prueba de ello es la completísima y pionera Ley 854 del año 1977, que reglamenta el Régimen Legal de Bosques y Tierras Forestales;

6) Neuquén, que a través del trabajo realizado por la Unidad Ejecutora Provincial dependiente del Ministerio de Desarrollo Territorial definió una propuesta de Ordenamiento Territorial que ya ha sido aprobada mediante Resolución 1078/09, respetando los lineamientos de la Ley 26.331;

7) Santa Cruz, que al igual que otras provincias, a través de la Resolución 166/09 creó la Unidad Ejecutora Provincial a fin de llevar adelante los informes y trabajos necesarios para el cumplimiento de lo establecido en la Ley de Presupuestos Mínimos. Dicha Unidad ya ha presentado el denominado Estudio Técnico, el cual ya ha sido aprobado por la Resolución N° 470, la cual además determina que el mencionado estudio será completado al efectuarse el trabajo final, el cual tomará en cuenta la opinión de los diversos actores implicados en el desarrollo económico-social sustentable de la zona cordillerana, de influencia del bosque nativo;

Un caso especial lo encontramos en la Provincia de Corrientes, la cual, a través del Poder Ejecutivo Provincial, dictó una norma que se encuentra suspendida y tachada de inconstitucional por una resolución judicial, que brevemente y en sus aspectos más salientes comentamos.

La apertura de la instancia judicial en la Provincia de Corrientes se realiza a partir de la presentación que hace la Fundación Reserva del Iberá de un amparo contra el Estado Provincial.

La resolución en cuestión emana del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, quien es la máxima autoridad judicial local.

El objeto principal de la acción es que se declare inconstitucional el Decreto N° 1439/09 del Poder Ejecutivo Provincial por el cual se realizaba el Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos, tal como lo exige la Ley de Presupuestos Mínimos 26.331.

Los motivos que dan lugar a la mencionada acción es la forma y la persona que reguló en esta primera instancia el Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos: esto es, por decreto y a través del Poder Ejecutivo.

Es que claramente tanto el artículo 41 de nuestra Constitución Nacional como los artículos 56, 58 y 63 de la Constitución de la Provincia de Corrientes determinan que la regulación de tales actividades no pueden realizarse por decreto ni por ninguna otra forma de resolución que no sea una ley en sentido formal, es decir, emanada de la Legislatura.

Profundizando un poco más en los argumentos de la resolución adoptada, nos encontramos en principio con una reseña somera de las actuales normas que regulan la materia ambiental a nivel nacional.

Así, se menciona que *“... A partir de la reforma constitucional de 1994, el art. 41 de la Constitución Nacional determina que en materia ambiental, corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales ...”*.

Para continuar expresando: *“... En el orden local, el constituyente en la reforma constitucional del 2007 estableció todas las normas complementarias de los presupuestos mínimos fijados por el Congreso de la Nación Argentina debía ser sancionadas por la Legislatura Provincial...”*.

De este entramado normativo se concluye que *“... no cabe duda que toda disposición tendiente a complementar los presupuestos mínimos en materia de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los “bosques nativos” deberá serlo por ley dictada por la Legislatura Provincial y no por decreto. La circunstancia de que el decreto en cuestión haya sido remitido a la Legislatura con fecha 17/11/09 para su posterior tratamiento no hace otra cosa que reforzar la idea de su invalidez constitucional...”*.

Es que directamente se deriva de ello que *“... existe un vicio formal de origen en el decreto N° 1439/09 por haber sido dictado por una autoridad, que de acuerdo a la Constitución correntina, se encuentra inhabilitada para dictar normas complementarias en materia de protección ambiental, pues el constituyente correntino puso expresamente en cabeza del Poder Legislativo el “deber” de sancionar las normas complementarias de los presupuestos mínimos en materia de protección ambiental...”*.

Creemos importante la expresa mención de esta resolución judicial, porque, como se podrá apreciar en la reseña que *supra* hemos consignado, algunas provincias no han utilizado la figura de ley emanada por la Legislatura para complementar la Ley de Presupuestos Mínimos y realizar su Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos.

Y entendemos, sin más, que no sería saludable que la técnica a utilizar para el cumplimiento de los objetivos determinados por la Ley de Presupuestos Mínimos sea posteriormente y en masa discutida en el ámbito judicial y a través de acciones legales.

Por último, debemos mencionar que no se posee información respecto del estado actual de los procesos normativos de las provincias de Buenos Aires, La Rioja, Entre Ríos, Mendoza, Río Negro y Chubut.

## 5. JURISPRUDENCIA. ANÁLISIS DEL FALLO “SALAS”

**5.a. DATOS DE LA SENTENCIA:** Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional. Publicado en Sup. Adm. 2009 (febrero), 49 - LA LEY 2009-A, 420 - DJ 18/03/2009, 660 - LA LEY 06/05/2009, 10, con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 2009-C, 256, con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 20/05/2009, 5, con nota de María Eugenia Di Paola; José Esain; LA LEY 2009-C, 472, con nota de María Eugenia Di Paola; José Esain; LLP 2009 (junio), 567, con nota de Diego A. Dolabjian; Gustavo A. Szarangowicz; LA LEY 06/11/2009, 5, con nota de Andrea Mendivil; LA LEY 2009-F, 467, con nota de Andrea Mendivil.

**5.b. TRIBUNAL:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. FECHA: 29/12/2008.

**5.c. HECHOS:** Un grupo de personas, comunidades indígenas y asociaciones criollas interponen acción de amparo contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional, con el objeto de: 1) Pretensión de fondo: a) Se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de la provincia de Salta. b) Se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable de las autorizaciones de desmontes otorgadas y se prohíba otorgarlas en el futuro. c) Se imponga a las demandadas el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en caso de no resultar ello técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva a favor de los actores, sin perjuicio de lo que corresponda a otros afectados y al Fondo de Compensación Ambiental creado por la Ley 25.675. 2) Pretensión cautelar: Solicitan los actores una medida cautelar por la cual se ordene el cese provisional del desmonte y la tala de bosques nativos en la zona referida durante la sustanciación del juicio.

Como dato particular del caso debemos anotar que el Estado Provincial había otorgado un grandísimo número de permisos para desmontes durante el último trimestre del año 2007, momento previo a la sanción de la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26.331 (sancionada el 28.11.2007, promulgada el 19.12.2007 y publicada el 26.12.2007).

**5.d. NORMATIVA EN JUEGO:** Constitución Nacional (en especial, arts. 16, 17, 29, 31, 41, 42, 43, 75, inciso 17), Ley General del Ambiente N° 25.675 (en especial, arts. 4, 11, 27 y cc), Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N° 26.331, tratados internacionales en la materia, normativa procesal local.

**5.e. DICTAMEN DE LA PROCURADORA – INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA EL TRATAMIENTO DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL (SENTENCIA DE FECHA 29/12/2008):**

Puede concluirse del dictamen de la Procuradora General de la Corte que dicho tribunal no resultaría con competencia originaria para resolver el proceso de amparo que se le ha presentado en virtud de la norma prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.

Para así dictaminar, la Procuradora observa las siguientes cuestiones relativas a la competencia originaria subjetiva y objetiva de la Corte. A saber:

- El Estado Provincial y la Provincia de Salta no son por sí solos en forma autónoma aforados a la competencia originaria de la Corte. No basta que ambas formen en este caso un litisconsorcio pasivo. Es necesario que la materia en cuestión sea de carácter federal.

- La materia del caso en cuestión no reviste carácter federal. Los diferendos relativos al ejercicio del poder de policía ambiental se rigen por el derecho público local y deben ser de competencia de las autoridades provinciales.

- No existe en el caso “Salas” la afectación de recursos naturales interjurisdiccionales. Por lo tanto, estamos frente a un caso de derecho local que no reviste carácter federal.

Luego de propiciar la incompetencia de la Corte para resolver la cuestión de fondo, el dictamen, en su último párrafo, deja abierta la posibilidad para que el tribunal dicte la medida cautelar en caso de que lo considere pertinente, cuestión que se termina recestando finalmente en el fallo.

La Procuradora sustenta esta posibilidad en el dispositivo del Código Procesal Civil y Comercial nacional que permite el dictado de medidas precautorias por un juez incompetente si así lo aconsejaren las circunstancias y urgencia del caso (art. 196 CPCC).

#### **5.f. LA SENTENCIA DE LA CORTE (FECHA 29/12/2008) HACE LUGAR A LA PRETENSIÓN CAUTELAR:**

El Superior Tribunal se avoca al tratamiento de la cuestión sometida a decisión, pero difiriendo el tratamiento de la declaración de su competencia para entender en el fondo del asunto.

Se atribuye el conocimiento y posterior pronunciamiento acerca de la cuestión cautelar basándose en que se encuentran en juego en el caso derechos y garantías constitucionales que requieren la urgente actuación del tribunal so pretexto de ser vulnerados por completo.

Asimismo, entiende el tribunal que se encuentran presentes los presupuestos clásicos relativos a las medidas cautelares: peligro en la demora y verosimilitud en el derecho. A ellos les suma un principio característico y rector de la materia ambiental como lo es el precautorio (positivizado en el art. 4 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 y, en lo específico, en el art. 3, inc. *d*) de la Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos).

Por ello, ordena la paralización de los desmontes y talas de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, autorizados por la Provincia de Salta durante el último trimestre del año 2007, tal como se había solicitado en el escrito de demanda.

Pero además de lo ya expuesto, como mecanismo novedoso de participación (aunque ya lo había implementado en el conocido caso “Mendoza” sobre la contaminación del río Matanza-Riachuelo), el tribunal dispone la comparencia de las partes a una audiencia pública a los efectos de recolectar información y explicaciones acerca del caso, la que finalmente se termina realizando el 18 de febrero de 2009.

**5.g. SENTENCIA DE LA CORTE (FECHA 26/03/2009) – EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL ACUMULATIVO O INTEGRAL:**

Luego de llevada a cabo la audiencia dispuesta en el pronunciamiento anterior (puede verse en versión digital el video de la misma en <<http://www.cij.gov.ar/multimedia.html>>), la Corte dicta un nuevo fallo confirmatorio y a la vez ampliatorio del anterior.

Vale destacar que en esta instancia ya se encontraba vigente la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos de Protección de los Bosques Nativos (N° 23.661) y que la provincia de Salta había dictado su propia ley de ordenamiento territorial de bosques nativos, receptando la manda contenida en el art. 6 de la norma nacional.

Por un lado, mantiene la Corte, a pesar del cuestionamiento efectuado por la provincia de Salta, la medida cautelar de la suspensión de los permisos de tala y desmonte dispuestos en la resolución previa.

Sigue el tribunal fundamentando su decisión en el principio precautorio ambiental y confirma, luego de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, que *“se configura entonces, una situación clara de peligro de daño grave porque podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior.*

*Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio”* (2° considerando).

Se efectúa también una interesante interpretación acerca de la opción entre proteger el ambiente frente a propiciar el desarrollo económico. Plantea la Corte que no debe darse esta discusión en términos confrontativos, sino complementarios: *“no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”* (2° considerando).

Por otra parte, el Superior Tribunal ingresa al análisis de otro instituto de derecho ambiental: el estudio de impacto ambiental “acumulativo o integral”.

En este sentido, se destaca que se han otorgado los permisos de tala evaluando la ingerencia que cada uno en particular puede llegar a producir, pero sin tener en cuenta de ningún modo el efecto acumulativo que la tala de aproximadamente un millón de hectáreas de bosques puede producir al medio.

Es por ello que ordena a la provincia, con apoyo de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y participación de las comunidades que habitan la región, la realización de un estudio de este tipo y a presentarse en el plazo perentorio de noventa días.

Así, *“dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras”* (3° considerando).

Por último, destacamos como interesante la cita de la Ley General del Ambiente (N° 25.675) que hace la Corte a los efectos de fundamentar su “activismo judicial” en el presente caso.

Se apoya en este sentido en las facultades instructorias que otorga al juez el artículo 32 de la ley mencionada en los siguientes términos: *“El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”*.

#### **5.h. SENTENCIA DE LA CORTE (FECHA 14/09/2010). PODER DE POLICÍA. COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

En el marco de este proceso, el letrado apoderado de la parte actora, junto con nueve personas que invocan su condición de demandantes en la causa y de integrantes de la “Mesa de Tierras del norte de Salta”, denuncian que se estaría violando la medida cautelar dictada por la Corte.

Afirman que diversos miembros de las comunidades que representan habrían observado que los desmontes continuaron pese a la decisión adoptada. Además sostienen que se habría violado el decreto 2789/2009, en cuyo art. 1º establece que: “Durante el plazo de vigencia de la Ley 26.160, no podrán ejecutarse las autorizaciones de desmontes pendientes de realización...”.

La Corte resolvió que el planteo referido a los desmontes que habrían continuado pese al anterior pronunciamiento de la Corte y a la supuesta violación del decreto 2789/2009 de la Provincia de Salta deberá realizarse ante las autoridades locales, pues se vincula directamente con las facultades inherentes al poder de policía asignado expresamente en el art. 3º del decreto mencionado al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable local, en su condición de autoridad de aplicación de la Ley 7543 (art. 36), al que le compete asegurar el efectivo cumplimiento de la prohibición que se denuncia violada, y teniendo en cuenta que no se advierte que el art. 15 de la Constitución provincial contradiga o altere la finalidad, sentido o espíritu del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, de manera tal que se justifique la competencia originaria de la Corte Suprema.

#### **5.i. BREVE COMENTARIO AL CASO**

El precedente jurisprudencial en comentario fue elegido por su actualidad y trascendencia en el ámbito jurídico argentino, además del impacto que ha tenido sobre la realidad de una provincia de nuestro país.

Recordemos que la magnitud del daño que podría haberse producido de prosperar los desmontes y talas autorizados sería altísima en lo espacial (más de un millón de hectáreas de una provincia), en lo temporal (los daños se seguirían generando hacia el futuro), en lo personal (miles de personas se verían perjudicadas en sus patrimonios individuales), además de afectar diversos componentes del hábitat tales como especies forestales, animales, recursos hídricos, aire y esencialmente el clima de toda una región.

Reseñamos a continuación algunas ideas e institutos ambientales que se han tenido en cuenta y desarrollado en el caso tomado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estamos analizando.

### 5.j. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. PRINCIPIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

Este caso posee una gran relevancia respecto de la protección de los derechos fundamentales de las comunidades originarias habitantes de los terrenos afectados por los permisos de tala y desmonte en los bosques salteños.

Son dichas comunidades las que han accionado en este caso (se puede ver en los videos de las audiencias a uno de sus representantes exponer ante la Corte) en defensa de su hábitat en virtud de la potestad que les reconoce el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y pactos internacionales que en forma concordante destacan su preexistencia en estas tierras y en el aprovechamiento y protección de los recursos naturales.

La Ley Nacional de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Bosques Nativos, al crear el Programa Nacional de Protección de Bosques Nativos, ejecutado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, comprende a las comunidades indígenas, señalando entre sus objetivos: “b) Impulsar las medidas necesarias para garantizar que el aprovechamiento de los bosques nativos sea sostenible, considerando a las comunidades indígenas originarias que los habitan o dependen de ellos, procurando la minimización de los efectos ambientales negativos” (art. 12).

Además, en su artículo 19 la misma norma señala que todo proyecto de aprovechamiento o desmonte de bosque nativo deberá reconocer y respetar los derechos de las comunidades indígenas originarias del país que tradicionalmente ocupen esas tierras.

También destaca el tribunal que estos daños que producen las talas y desmontes sobre el ambiente en cuestión no solo afectan a los actuales habitantes del territorio salteño, sino que lo hacen también respecto de las generaciones que en un futuro lo hagan.

Se pone un particular énfasis en la evitación de daños ambientales irreversibles que tornen inhabitable al medio para el futuro.

Este principio también se encuentra positivizado en la Ley General del Ambiente a través de su artículo 4º en los siguientes términos: “Los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras”. El dispositivo además tiene su basamento constitucional en el artículo 41 de la Carta Magna.

### 5.k. MEDIDA CAUTELAR. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO AMBIENTAL

Resulta interesante destacar que a los efectos de fundamentar la ya mencionada medida cautelar de paralización de los desmontes y talas que se producirían por los permisos otorgados durante el último trimestre del año 2007, el tribunal se apoya en el denominado principio precautorio ambiental.

El mismo se encuentra mencionado en la Ley General del Ambiente N° 25.675 argentina en su art. 4º en los siguientes términos: “*Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente*”.

Luego y en lo específico, el principio también fue receptado por la ley de bosques nativos argentina en su art. 3º, inc. d: “*Hacer prevalecer los principios precautorio y preventivo, manteniendo bosques nativos cuyos beneficios ambientales o los daños ambientales que su ausencia generase, aún no puedan demostrarse con las técnicas disponibles en la actualidad*”.

Vemos entonces que se ha reinterpretado el concepto de la “verosimilitud en el derecho” a la hora de aplicarlo a las medidas cautelares que tienen por objeto la protección de un bien ambiental como lo son los bosques nativos.

En este sentido, se ha hecho jugar al principio precautorio como contorno y justificativo de la decisión adoptada en el caso.

El tribunal ha encontrado acreditada la existencia de un peligro grave e irreversible que podría generarse en el medio con las autorizaciones de talas y desmontes ya otorgadas por el gobierno provincial.

Entonces, haciendo uso de las particulares herramientas que le confiere al juez la legislación ambiental, el tribunal consideró que la ausencia de certeza respecto de si el conjunto de los permisos otorgados efectivamente generarían un perjuicio grave e irreparable no era óbice para actuar precautoriamente y así decidió suspenderlos hasta tanto se pruebe que los mismos no serán dañosos para el ambiente.

### **5.1. EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL ACUMULATIVO O INTEGRAL**

Ya adelantamos que una de las ideas más novedosas que introduce la sentencia en comentario es la del procedimiento de evaluación de impacto ambiental acumulativo o integral.

Es que advierte claramente la Corte que los estudios presentados respecto de las afectaciones al ambiente que podrían haber producido los permisos de desmontes considerados en forma individual solo brindan un panorama parcial e insuficiente.

Podría concluirse al analizar cada permiso en esta forma que el mismo no genera un perjuicio ambientalmente relevante que justifique la paralización de los desmontes en la zona determinada por cada uno.

Sin embargo, el problema surge al merituar el alcance general de los efectos negativos que podría traer aparejada la concesión de cientos de permisos de tala y desmonte sobre alrededor de un millón de hectáreas de bosques nativos en toda la provincia.

A los efectos de solucionar esta cuestión y recolectar información para poder decidir el caso, el tribunal ordena a la provincia la confección de este estudio que *“deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras”* (Considerando 3° del fallo de fecha 26.03.2009).

El informe deberá presentarse en un plazo de 90 días a partir de la notificación de la sentencia.

Juzgamos como positiva esta idea del tribunal de requerir a las partes elementos que lo ilustren acerca de la cuestión de fondo a decidir, ya que se trata de problemas técnicos complejos con una alta repercusión social.

### 5.m. LA AUDIENCIA PÚBLICA

Otra institución que consideramos interesante destacar es la de la audiencia pública como mecanismo participativo y democrático a través del cual el tribunal puede recepcionar las alegaciones de todas las partes del juicio y conocer sus posturas al respecto.

Ello, además de formar la conciencia del magistrado respecto del tema que le toca decidir, contribuye a un acercamiento entre las posiciones de las partes en un acto único, concentrado y público como lo fue la audiencia celebrada en fecha 18.02.2009.

La inmediatez que se genera respecto del tribunal es interesante, así como lo es la publicidad del caso (la audiencia fue filmada y puede ser vista por cualquier integrante de la sociedad) a los efectos del control por parte de la sociedad cuando de casos sensibles, colectivos y, en lo particular, ambientales se trata.

No solo los letrados patrocinantes de las partes procesales tuvieron posibilidad de exponer; también lo han hecho los representantes de las comunidades indígenas que ocupan los terrenos de la provincia de Salta afectados.

Con ello, el tribunal ha podido percibir de parte de una fuente inmejorablemente directa la magnitud del problema que generan los desmontes y talas del bosque salteño.

El mecanismo que reseñamos tiene su origen en el sistema judicial de los Estados Unidos y también fue utilizado en otros casos tramitados por ante la Corte argentina. Como ejemplos en materia ambiental: caso “Mendoza” sobre el saneamiento de la cuenca río “Matanza-Riachuelo” y caso “INVAP” sobre el tratamiento de residuos peligrosos.

### 5.n. LAS FACULTADES ORDENATORIAS DEL JUEZ AMBIENTAL DENTRO DEL PROCESO

En el fallo en comentario, la Corte hace uso de las facultades ordenatorias e instructorias que le confiere el art. 32 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 en los siguientes términos: *“el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañinos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”*.

Así, entendemos, ha dispuesto todas las medidas necesarias y urgentes que el caso requería para la salvaguarda de los bosques nativos en cuestión.

Ello lo ha hecho independientemente de dirimir o no su competencia originaria para entender en el fondo del asunto teniendo en cuenta la importancia de los bienes en juego y la necesaria actuación rápida, eficaz y protectoria del bien colectivo. Es decir que ha postergado la resolución sobre su competencia para entender en el fondo del asunto, privilegiando la urgencia que existe a los efectos de proteger el ambiente.

Además, también el tribunal ha actuado independientemente y aún más allá de lo solicitado por las partes en el pleito, ya que la realización de un estudio de impacto ambiental acumulativo no había formado parte de la pretensión de la actora.

Sin embargo, la Corte entendió procedente dicha exigencia y así se lo solicitó a la provincia de Salta. Curiosamente, para fundamentar este tema, citó en la resolución de fecha 26.03.2009 el siguiente pasaje del art. 32 de la Ley General del Ambiente N° 25.675: *“el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”*.

La paradoja en este punto radica en que el párrafo citado había sido derogado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante decreto 2413/2002.

Dicho veto fue motivo de crítica de la doctrina especializada. Entre otros, Roland Arazi afirma que: *“Si el derecho no es disponible, si la protección del medio ambiente compete a todos, incluso al juez, no se justifica el respeto irrestricto al principio de congruencia propio de los sistemas dispositivos. ( ) El fundamento del decreto 2413/2002 para observar esa parte de la ley 25.675 (respeto al principio de congruencia) no es válido en el caso, pues el proceso ambiental se rige por reglas propias distintas del proceso común”*<sup>1</sup>.

Luego, esta irregularidad fue rápidamente subsanada por una resolución aclaratoria del tribunal de fecha 27.03.2009 en la que cita el párrafo correcto del artículo y que mencionáramos más arriba en este título.

Luce interesante este accionar de la Corte, ya que hace uso de las herramientas y técnicas que contribuyen a moldear el perfil que debe exigirse al juez a la hora de enfrentarse a las particularidades que presenta un caso ambiental.

## 5.ñ. CONCLUSIÓN

Como corolario del análisis del precedente “Salas”, diremos que el mismo ha constituido un avance en la efectiva implementación del derecho ambiental en el marco jurídico argentino.

En tal sentido, el decisorio ha aplicado institutos y principios de derecho ambiental a la materia forestal reinterpretando conceptos e ideas con el objeto de prevenir daños graves e irreversibles.

Al hacer lugar a la medida cautelar solicitada argumentando la decisión principalmente con el principio precautorio ambiental, el tribunal claramente ha tomado una postura protectora y conservacionista, independientemente de haber postergado la resolución acerca de su competencia originaria para entender el fondo del asunto.

La Corte ha utilizado mecanismos procesales novedosos tales como las facultades ordenatorias e instructorias del proceso, así como también ha innovado en la utilización de procedimientos ampliamente participativos como lo son las audiencias públicas.

Además, se ha generado en el caso en comentario un verdadero diálogo entre los poderes del Estado argentino, en especial entre el Judicial y el Ejecutivo. La postura de requerir informes y estudios al gobierno provincial “con asistencia del nacional” que ha tomado la Corte sigue los lineamientos ya esbozados, por ejemplo, en el precedente “Mendoza”<sup>2</sup> referido al saneamiento

1 Arazi, Roland. “El Derecho Procesal Ambiental”. *Revista de Derecho de Daños*, 2008, N° 3, diciembre, pp. 92/93.

2 “Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros”. CSJN, 20.06.2006. Publicado en: LA LEY 11/07/2006, 4, con nota de Daniel Alberto Sabsay; LA LEY 2006-D, 281, con nota de Daniel Alberto Sabsay; DJ 2006-2, 706, con nota de Carlos Aníbal Rodríguez; LA LEY 29/06/2006, 29/06/2006, 8 - LA LEY 2006-D, 88 - IMP 2006-15, 1919 - LA LEY 2006-E, 41, con nota de Andrés Gil Domínguez; RCyS 2006, 1359 - LA LEY 2006-E, 318, con nota de Gala Barbieri; LA LEY 02/11/2006, 6, con nota de Leila Devia; Paula Nosedá; Agnès Sibileau; LA LEY 2006-F, 355, con nota de Leila Devia; Paula Nosedá; Agnès Sibileau; LA LEY 29/11/2006, 9, con nota de Pedro Zambrano; LA LEY 2006-F, 634, con nota de Pedro Zambrano; LA LEY 21/03/2007, 8, con nota de Néstor A. Cafferetta; LA LEY 2007-B, 424, con nota de Néstor A. Cafferetta.

de la cuenca “Matanza–Riachuelo” o en el caso “Badaro”<sup>3</sup> al tratar la cuestión de los ajustes previsionales (en este caso, las exhortaciones han sido dirigidas también al Poder Legislativo).

Concluimos afirmando que seguramente el decisorio contribuirá a que en el futuro todas las medidas gubernamentales que sean susceptibles de generar daños ambientales o sobre las que simplemente exista incerteza sobre su inocuidad deberán ser testeadas bajo el prisma y el bagaje que aporta la legislación protectoria ambiental, tanto de base constitucional, legal nacional como internacional.

## **6. ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES DE LOS BOSQUES Y LA IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS DE PAGO POR SERVICIOS AMBIENTALES**

En Argentina, la Ley 26.331 de Bosques Nativos refiere en muchos de sus artículos que los bosques brindan “servicios ambientales” a toda la sociedad y se propone conservarlos. Estos “servicios” son los beneficios que el bosque nativo trae tanto para la naturaleza como para las personas que cohabitan con ellos. En este sentido, la ley valora explícitamente el aporte de los bosques nativos en la defensa de las identidades culturales de campesinos y pueblos originarios.

En el marco de lo que podríamos denominar un sistema de pago por servicios ambientales, la ley fija la existencia de un Fondo Nacional para el Enriquecimiento y la Conservación de los Bosques Nativos (Fondo Compensatorio). Esto implica que asignará una cantidad de recursos a cada provincia para compensar a quienes sean propietarios de las tierras donde se conserve el bosque nativo y para que desarrolle programas que apoyen su conservación.

Se les otorgará solo a aquellas provincias que hayan realizado su Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos. La compensación será mayor en las áreas que se clasifiquen con categoría I (rojo), es decir, que se deben conservar totalmente.

El espíritu de dicha compensación se basa en el valor de los servicios ambientales que proveen los bosques, tales como los beneficios hidrológicos, el almacenamiento y secuestro de carbono, y la conservación de la biodiversidad.

Las dificultades de implementación práctica del Fondo Nacional plantea un conjunto de desafíos, entre los cuales se destacan: la determinación de la base objeto de compensación, la distribución del fondo entre los participantes y la forma de financiamiento del mismo. En relación con la base objeto de compensación, la dificultad reside en la determinación de cuánto “valen” los servicios ambientales. Si bien dicha valoración es compleja y controvertida, la ley no establece ningún criterio específico para tal fin, pudiendo llevar a conflictos en el futuro acerca del verdadero valor de la conservación. Un aspecto vinculado a lo anterior y a tener en cuenta es que una hectárea de bosque no provee la misma canasta de servicios ambientales en todas las regiones. Aun cuando la ley fija la necesidad de establecer valores diferenciales según la categoría de conservación de la tierra (alto valor y mediano valor), no se discuten métodos para valorar la magnitud de tal diferencia.

3 “Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nac. de la Seguridad Social”. CSJN, 08.08.2006. Publicado en: LA LEY 14/08/2006, 14/08/2006, 7 - LA LEY 2006-D, 801 - DJ 23/08/2006, 1191 - LA LEY 30/08/2006, 7, con nota de Javier B. Picone; Eloy A. Nilsson; LA LEY 2006-E, 156, con nota de Javier B. Picone; Eloy A. Nilsson; IMP 2006-17, 2145 - DT 2006 (agosto), 1195, con nota de José M. Besteiro; LA LEY 08/09/2006, 5, con nota de Luis Emilio Ayuso; LA LEY 2006-E, 372, con nota de Luis Emilio Ayuso; LA LEY 2007-A, 74, con nota de Beatriz L. Alice; LA LEY 2007-A, 241, con nota de Néstor D. Robledo.

En relación con la distribución del fondo entre las provincias, se presenta el problema de que no existe un criterio consensuado de cómo asignar ponderaciones a las categorías que la ley establece para su asignación: el porcentaje de superficie de bosques nativos declarados, su relación con la superficie total de la provincia y las categorías de conservación declaradas.

Por último, este fondo va a estar integrado por un porcentaje del presupuesto anual nacional (no inferior al 0,3%), el 2% del total de las retenciones de los productos primarios y secundarios provenientes del sector agrícola, ganadero y forestal, y otras fuentes de financiamiento menos relevantes como donaciones, legados, préstamos y subsidios.

## 7. CONCLUSIONES GENERALES

Hemos intentado a partir del presente trabajo realizar un análisis exhaustivo respecto de la protección y explotación de los recursos forestales, en especial, los bosques nativos en la Argentina.

Esto, partiendo de los antecedentes legislativos nacionales y provinciales más relevantes que datan del siglo XIX (Código Rural de la Provincia de Buenos Aires, Ley Nacional de Tierras Públicas), como del análisis de la legislación dictada durante el siglo XX (Ley de la Defensa de la Riqueza Forestal), aún hoy vigente, y las dictadas durante el siglo XXI (Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Protección Ambiental de los Bosques Nativos y las leyes provinciales).

Y haciendo especial hincapié en la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331. De la misma se ha desarrollado un análisis pormenorizado de cada uno de sus artículos, resaltando sus principales institutos.

A ello se le ha sumado el análisis del estado actual de la legislación provincial derivada de la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331. Se han destacado las provincias que cuentan con una legislación aprobada, como también se han mencionado los proyectos de ley existentes en las jurisdicciones que aún no las tienen aprobadas. Asimismo, se ha comentado el caso especial de la provincia de Corrientes, donde el Poder Ejecutivo Provincial dictó un decreto referido al ordenamiento territorial de los bosques nativos que hoy se encuentra suspendido y tachado de inconstitucional por el Superior Tribunal de la Provincia.

Además, se ha realizado el análisis de la novísima jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, última instancia de interpretación de la Constitución Nacional y las leyes que en su consecuencia se dictan, referida a la explotación de los bosques nativos, y al alcance e interpretación de las normas ambientales, en especial, a la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331. Por último, se ha realizado un análisis aproximatorio del Pago por Servicios Ambientales, de manera general.

Como conclusión de lo expuesto, podemos afirmar que la normativa argentina ha ido introduciendo, tanto a nivel nacional como provincial, el nuevo concepto de desarrollo sostenible en consonancia con las convenciones internacionales y la legislación comparada.

Ello, a partir de la ratificación de las convenciones internacionales en materia de medio ambiente, pero también a partir del desarrollo legislativo concretado en base al artículo 41 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

Este desarrollo legislativo produjo la definitiva introducción del paradigma ambiental a la legislación nacional y provincial. Reflejo de esto es la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, que ha marcado un hito en la protección de los mismos y que incluye institutos propios y particulares del Derecho Ambiental (ordenamiento territorial, plan de manejo sostenible y de aprovechamiento de uso del suelo, autorizaciones para el desmonte, fondo para el enriquecimiento y conservación de los bosques nativos, programa nacional de protección, evaluación de impacto ambiental y participación ciudadana).

Como vemos a lo largo del trabajo, se ha mudado en la legislación argentina de un concepto netamente productivista y economista de defensa de la riqueza forestal por cuestiones de desarrollo, encarnado en la ley 13.273, a un sistema de protección, conservación y explotación de los bosques nativos signado por el manejo sostenible de los mismos, teniendo en cuenta no solo los servicios económicos que prestan, sino los servicios ambientales que estos brindan a la sociedad; servicios estos (regulación hídrica; conservación de la biodiversidad, conservación del suelo y de calidad del agua; fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; contribución a la diversificación y belleza del paisaje; defensa de la identidad cultural) que según la ley son necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto, y para mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la Nación.

Asimismo, se ha ampliado la concepción de bosque nativo, conforme al artículo 2 de la ley 26.331, no solo en lo atinente al recurso forestal en sí mismo, sino a las especies de flora y fauna asociadas, en conjunto con el medio que las rodea –suelo, subsuelo, atmósfera, clima, recursos hídricos–, conformando una trama interdependiente con las características propias y múltiples funciones, que en su estado natural le otorgan al sistema una condición de equilibrio dinámico y que brinda servicios ambientales a la sociedad, además de los diversos recursos naturales con posibilidad de utilización económica.

Y esto ha sido resaltado por nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha realizado un aporte invalorable a la cuestión de la protección de los bosques nativos a partir del dictado del fallo “Salas”. El mismo ha constituido un avance notable en la efectiva implementación del derecho ambiental en el marco jurídico argentino. En tal sentido, la Corte ha resaltado y aplicado institutos y principios de derecho ambiental a la materia forestal. Ha llevado a su máxima expresión los mismos valorizándolos y reinterpretándolos de manera extraordinaria.

El principio precautorio, la necesidad de un estudio de impacto ambiental acumulativo o integral, la participación ciudadana, el principio de equidad intergeneracional y las facultades ordenatorias del juez ambiental dentro del proceso son exaltados en la aplicación práctica realizada por la Corte y son hoy en la Argentina máximas ambientales que no pueden ser dejadas de lado.

< \* >

## EL DERECHO DE LA NATURALEZA: FUNDAMENTOS

› por Ramiro Ávila Santamaría\*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. TODOS LOS CAMINOS CONDUCEN A ROMA. — 1. LA DIGNIDAD. — 2. EL DERECHO SUBJETIVO. — 3. LA CAPACIDAD. — 4. LA IGUALDAD. — III. ESTIRAR LOS PIES HASTA DONDE ALCANZA LA SÁBANA. — 1. LA DIGNIDAD. — 2. EL DERECHO SUBJETIVO. — 3. LA CAPACIDAD. — 4. LA IGUALDAD. — IV. CAMINAR ALEGREMENTE HACIA LA FUENTE. — 1. LA RELACIONALIDAD. — 2. LA CORRESPONDENCIA. — 3. LA COMPLEMENTARIEDAD. — 4. EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD. — V. DEL AGUJERO NEGRO AL *BIG BANG*. — VI. REFLEXIONES FINALES. — BIBLIOGRAFÍA.**

### I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 2008 tiene algunas novedades con relación al constitucionalismo ecuatoriano, regional y mundial. Una de ellas es el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos. Este reconocimiento ha sido motivo de más de una crítica por parte de los abogados y abogadas. Hay muchas inquietudes que van desde el escepticismo hasta la sorna. ¿Es realmente un derecho o más bien una declaración de buenos propósitos? ¿Puede un ser no humano ser sujeto de derechos? Si es que lo fuere, ¿cuál es el contenido del derecho? ¿Los derechos de la naturaleza debilitan la teoría de los derechos humanos? ¿Es exigible el derecho de la naturaleza?

Intentaremos afrontar esas preguntas desde una perspectiva jurídica para sostener, al final, que existen fundamentos para afirmar que tiene sentido el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Este ensayo está dividido en cinco partes. La primera, “Todos los caminos conducen a Roma”, intenta describir los argumentos jurídicos que se podrían esgrimir para negar los derechos de la naturaleza. La segunda, “Estirar los pies hasta donde alcanza la sábana”, afirma que, usando los argumentos tradicionales, cabe reconocer los derechos de la naturaleza. La tercera, “Caminar alegremente hacia la fuente”, busca nuevos fundamentos que enriquecen no solo el debate sobre los derechos de la naturaleza, sino también toda la teoría del derecho. La cuarta parte, “Del agujero negro al *Big Bang*”, que es una entrada histórica, hace referencia al desarrollo evolutivo de los derechos y considera que el reconocimiento de la titularidad de los derechos de la naturaleza es una etapa inevitable. Finalmente, se cierra el ensayo con unas reflexiones finales y conclusivas sobre el derecho y la naturaleza.

En un inicio nos propusimos abordar doctrinariamente los contenidos del derecho de la naturaleza. El espacio y el tiempo conspiraron contra este deseo, pero queda

---

\* Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho (*Human Rights Fellow*) por Columbia University de New York. Profesor de Derecho Constitucional y derechos humanos en la Universidad Andina Simón Bolívar y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. [ravila@uasb.edu.ec](mailto:ravila@uasb.edu.ec).

pendiente esta discusión importante, que ya Eduardo Gudynas lo comenzó con bastante solvencia y profundidad<sup>1</sup>.

## II. TODOS LOS CAMINOS CONDUCEN A ROMA

Se suponía, alguna vez en la historia, que Roma era el centro de la Tierra y que, tarde o temprano, se llegaba a Roma por cualquier camino que se tome. Lo mismo podría pensarse con relación a la teoría del derecho y a su relación con el derecho de la naturaleza. Todos los fundamentos de los derechos nos llevan a la conclusión de que la naturaleza no puede ser sujeto de derechos.

Pasemos revista a algunos argumentos jurídicos que se han esgrimido en la teoría del derecho para sostener que los seres humanos merecen una protección especial de parte del Estado: (1) la dignidad, (2) el derecho subjetivo, (3) la capacidad, y (4) la igualdad.

### 1. LA DIGNIDAD

Emmanuel Kant hizo un esfuerzo enorme por encontrar normas morales que tengan validez universal y atemporal, que puedan ser aplicadas en cualquier tiempo y lugar. A esas normas las llamó imperativos categóricos. Por mencionar algunas de aquellas, la norma que imponía la obligación de cumplir con el deber sin otra motivación que su cumplimiento (el deber por el deber) es considerada como la causante de haber provocado la irracionalidad de cumplir órdenes en la Primera Guerra Mundial; la norma que impone que hay que obrar de tal manera que lo que se haga sea una máxima de comportamiento para cualquier persona es tan impositiva de valores de una cultura o de una personalidad que desconoce la diversidad<sup>2</sup>. Todas ellas han fracasado en su intento, salvo una que perdura y es constantemente invocada. La norma que perdura se desprende de lo que Kant llamaba la doctrina de la virtud y que es la fórmula de la dignidad<sup>3</sup>.

Kant distingue entre dos tipos de leyes. Las leyes de la naturaleza, de las que los seres humanos no tienen control alguno, y las leyes que regulan las relaciones entre los seres humanos. Estas leyes son estrictamente deberes y se dividen en tres. El deber de beneficencia, el de respeto y el de amor. El deber de beneficencia consiste en promover la felicidad de los otros que están en necesidad sin obtener ganancia inmediata, bajo el supuesto de que en algún

1 Véase Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico, Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya Yala, 2009. Comparto todas las apreciaciones del autor, salvo aquella relacionada con la distinción entre restauración y reparación; creo que la visión restrictiva sobre la reparación que asume el autor, limitada a las indemnizaciones económicas y a los seres humanos, no es adecuada ni con la Constitución ni con la doctrina desarrollada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Conviene una interpretación finalista y creo que el concepto de restauración que desarrolló Gudynas cabe exactamente en el concepto de reparación.

2 Siempre pongo el ejemplo de mi gusto por la ópera; si aplicara este principio kantiano, significaría que mi placer por la ópera debe ser compartido por cualquiera, pero lo cierto es que podría ser el peor castigo para una que no gusta de la ópera; lo mismo se puede predicar entre culturas: lo que para una es un valor para otra puede ser un gesto desagradable, como por ejemplo eructar en las comidas.

3 Kant, Immanuel, "The doctrine of virtue", en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Alston, Philip, *International Human Rights in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000, pp. 261-263.

momento podremos encontrarnos en estado de necesidad. El deber de respeto consiste en limitarnos por la dignidad de otras personas, esto es que no debemos hacer a otros medios para cumplir nuestros fines. El deber de amor consiste en convertirnos en un medio para la realización de los fines de otros. La clave para entender la dignidad está en la fórmula de medio y fin. En el primer caso, que es típico de los sistemas de seguridad social, somos un medio ahora para cumplir los fines de otros porque algún día las otras personas serán un medio para cumplir nuestros fines. En el segundo caso, que es propiamente el concepto de dignidad, solo podremos ser un medio para los fines de otros cuando siendo medio cumplimos nuestros fines. El tercer caso es propio de las personas santas, del tipo Madre Teresa de Calcuta, que su fin era exclusivamente ser medio para otros, entregarse al puro y desinteresado servicio, como la Madre lo hizo con las personas enfermas de lepra en la India.

La fórmula es realmente útil. Se la puede utilizar en cualquier tipo de relación humana, por ejemplo, para analizar la esclavitud, la explotación laboral, el fenómeno delincencial y, en general, cualquier violación a los derechos humanos. En la tortura, por ejemplo, se utiliza el dolor del cuerpo de una persona para conseguir información que interesa a otra; en la violación, se irrespeta la integridad sexual de una persona para satisfacer los impulsos de otra. En esos casos, se afirma que se atenta contra la dignidad, por usar a unas personas como medios para cumplir los fines de otras; luego, se violan los derechos humanos. Este principio ha sido citado por casi todos los autores que tratan sobre el tema de derechos humanos<sup>4</sup>.

Si aplicamos esta fórmula a la naturaleza, podríamos concluir fácilmente que siempre la naturaleza tiene que ser un medio para cumplir los fines de los seres humanos. Piénsese, por ejemplo, en las ciudades que se montan sobre pedazos de tierra que quedan cubiertos por pavimento y cemento, en la dieta alimenticia que se basa en productos de la naturaleza, en los depósitos de basura y, en general, en la contaminación. La naturaleza siempre, por esencia e inevitablemente, es un medio. Como la naturaleza no puede ser un fin en sí mismo, porque los fines son siempre dados por los seres humanos, luego la naturaleza no puede ser digna y, en consecuencia, no puede gozar del *status* de titular de derechos.

## 2. EL DERECHO SUBJETIVO

La teoría sobre el derecho subjetivo, como toda área del derecho a decir verdad, no es pacífica. Utilizaremos el parámetro de un profesor que es conocido como progresista y que además es actual, Ferrajoli, para no remontarnos a exquisitos maestros, como Kelsen, del milenio pasado. El maestro italiano sostiene que un derecho subjetivo es una condición prevista por una norma jurídica positiva que sirve de presupuesto para ser titular de situaciones o autor de actos<sup>5</sup>. En la lógica de Ferrajoli, el *status* de la persona para ser titular de derechos se desprende de una norma jurídica. En ese sentido, por ejemplo, una persona es titular del derecho político a elegir y a ser elegido si tiene el número de años determinado por el sistema jurídico; si una persona tiene 18 años, puede ser candidato a un cargo público que se designa por elección popular. El titular del derecho subjetivo, en este caso, sería una persona mayor de 18 años.

4 Una de las referencias y aplicaciones mejor logradas del principio de dignidad de Kant puede encontrarse en Roig, Arturo Andrés, "La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina", en *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, 2002, pp. 53-70.

5 Ferrajoli, Luigi, "Derechos Fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19.

El efecto del derecho subjetivo es que podemos exigir las obligaciones que se desprenden de la norma jurídica. Si tenemos, por ejemplo, el derecho subjetivo al sustento alimenticio por tener la calidad de hijo y además tenemos una partida de nacimiento que lo demuestra, podemos exigir de nuestro padre o madre, siendo menor de edad, que cumpla con su obligación de pagar una pensión alimenticia.

La teoría del derecho subjetivo se aplica tanto para las relaciones horizontales entre particulares como para las relaciones verticales, entre particulares y el Estado, llamándose a estas últimas derecho subjetivo público. La diferencia entre estas dos es que en las relaciones horizontales debemos demostrar nuestra calidad de titulares del derecho mediante un título (contrato, partida de nacimiento, sentencia, escritura pública, certificado de propiedad...) y en los derechos públicos subjetivos la titularidad la tiene todo ser humano y, en consecuencia, no hay que demostrar la existencia del ser humano que demanda el cumplimiento de una obligación. Otra diferencia entre el derecho subjetivo privado del público, según Antonio M. Peña, la encontramos en que el primero otorga facultades a la persona y el segundo, potestades. En el primero, la tutela estatal depende de la voluntad del titular del derecho y, en el segundo, la tutela es una obligación del estado<sup>6</sup>.

Todo el diseño normativo se basa en el reconocimiento de la capacidad del ser humano de exigir un derecho, patrimonial o fundamental, ante los tribunales, que en última instancia es el garante de las obligaciones que emanan de los derechos. En esta lógica, toda la teoría se centra en una organización social creada y utilizada de conformidad con los parámetros de los seres humanos. Siempre el *status* jurídico se refiere a las personas y, con suerte, a las colectividades o a los grupos de personas. Ningún teórico del derecho, clásico o contemporáneo, cuando define el derecho subjetivo, amplía el *status* a otros seres que no sean los humanos. Por consiguiente, la naturaleza no puede ser titular de derechos subjetivos.

### 3. LA CAPACIDAD

El concepto de capacidad está íntimamente vinculado con el derecho a la libertad y es uno de los conceptos centrales en la teoría del derecho. Mediante la capacidad, el sistema normativo reconoce la posibilidad de contraer obligaciones y de disponer de derechos. La capacidad está, además, vinculada al concepto de titularidad de derechos. Si tenemos capacidad para obrar, entonces podemos contratar, vender, comprar, disponer de nuestra propiedad, decidir ser candidatos, ejercer funciones públicas, expresarnos, estudiar en la universidad, contraer matrimonio, decidir el lugar de nuestro domicilio y hasta cometer infracciones penales.

La capacidad se adquiere cuando se cumplen las condiciones establecidas en la ley. Una de las condiciones más comunes es la edad. A cierta edad se puede trabajar, casar, viajar sin autorización o disponer de la propiedad. El sistema jurídico, particularmente en los derechos que tienen que ver con los derechos que son disponibles, puede exigir además otras condiciones, como la nacionalidad en caso de algunos derechos políticos.

6 Peña Freire, Antonio Manuel, "Derechos subjetivos y garantía", en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 132-135.

Para el Código Civil, “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio ni la autorización de otra”<sup>7</sup>. Si una persona es capaz, entonces puede obligarse con otra por un acto o declaración de voluntad.

¿Puede la naturaleza ser capaz? ¿Cumple acaso con las condiciones requeridas por el sistema jurídico? La primera y a veces única respuesta será que no. Y mucho más contundente será la respuesta si nos remitimos a las categorías propias del derecho privado. Desde una entrada poco reflexiva, podría pensarse que es imposible que la naturaleza pueda manifestar su voluntad y, peor, que pueda obligarse con otro ser. Sin duda, las personas legisladoras y los doctrinarios clásicos de los derechos humanos no se plantearon siquiera la hipótesis de que un animal o la naturaleza puedan tener capacidad para tener titularidad y, peor, ejercer derechos.

#### 4. LA IGUALDAD

El concepto de igualdad ha sido un principio que ha sufrido un largo camino para ampliarse a la protección y a la promoción de lo diverso. Una primera acepción tiene que ver con la concepción aristotélica de igualdad, por la que se debe tratar igual a lo que tiene características iguales y diferente a lo que es diferente. Esta caracterización hizo que se distinga entre ciudadanos y esclavos en la antigua Grecia y, en nuestro mundo moderno, ha dado lugar a regímenes basados en el *Apartheid* (piénsese, por ejemplo, en el fenómeno urbano de las ciudades que tienen barrios de ricos que son amurallados y barrios de pobres, en las escuelas de ricos y de pobres, en los clubs privados y exclusivos y en los parques públicos...). Luego, se ubicó a un ser ideal (*optimo iure*) y la igualdad se entendió como el acercamiento de lo diferente a ese ser ideal o a su eliminación; esta concepción dio lugar a la homologación o al exterminio; el método para lograr la igualdad en el primer caso fue la asimilación y, en el segundo, el genocidio<sup>8</sup>. Ahora se habla de igualdad sin discriminación<sup>9</sup>, que consiste en respetar la diferencia cuando la igualdad descaracteriza, y combatir la diferencia cuando la distinción subordina<sup>10</sup>. Por ejemplo, en el primer caso, al declarar que existe un idioma único oficial, quienes hablan otras lenguas tienen el legítimo derecho de exigir un trato diferenciado; en el segundo caso, quien se encuentre en situación de marginalidad social y económica puede exigir un trato igual a quienes gozan de todos los derechos.

Más allá de las diferencias teóricas entre las diferentes concepciones, la lucha por la igualdad ha sido siempre entre seres que tenían características comparables. Al final, por ejemplo, cuando Bartolomé de las Casas discutía sobre la humanidad o no de los indígenas hace algunos siglos atrás, partía de la premisa de que tanto indígenas como europeos eran humanos y por tanto tenían alma. Luego, si no se tenía alma, como la naturaleza, las cosas o los animales, no se era humano.

7 Código Civil, art. 1461.

8 Ferrajoli, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 3ª. ed., 2003, pp. 73-96.

9 Willian, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en *Derecho y Género*, LOM ediciones, 1999, pp. 75-97. El mismo artículo está publicado en Ávila Santamaría, Ramiro *et al.*, *El género en el derecho, ensayos críticos*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 11, V&M Gráficas, 2010.

10 De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 164.

La lucha por el reconocimiento de la igualdad ha sido, en última instancia, la lucha por el reconocimiento de la calidad de ser humano. Jurídicamente, cuando los elementos a analizar no tienen características comparables, no se puede aplicar el principio de igualdad. ¿Se puede comparar un ser humano con la naturaleza? La respuesta aparentemente es que no.

Pero, por un instante, detengámonos a pensar qué es lo que caracteriza a un ser humano para que goce de una protección especial y privilegiada frente a otros seres del planeta. Por el sentido común, nuestra racionalidad puede discernir entre un ser humano y un ser no humano. Cuando intentamos racionalizar, como lo trató el pensador Francis Fukuyama<sup>11</sup>, la respuesta no es tan sencilla. El ser humano debe tener una esencia que lo distingue de otros seres. Ser hijo de Dios y creado a su imagen y semejanza no es un argumento racional y es una pésima entrada para quienes no creen o no les importa Dios. Fukuyama explora en la capacidad de ejercer poder, experimentar dolor y sufrimiento, en la condición humana, en la racionalidad, en la conciencia, en la capacidad de organizarse..., en todas ellas encuentra similitudes y acercamientos con los animales. Al final, en lugar de concluir que somos más animales de lo que nos creemos no serlo, concluye en que el ser humano es un todo complejo que nos distingue de otros seres vivos, que ha sido construido racional e intersubjetivamente.

Lo cierto es que todas las teorías sobre la igualdad están concebidas para ser aplicadas desde y para los seres humanos. El primer requisito del test de razonabilidad para determinar la igualdad<sup>12</sup> sería suficiente para descartar a la naturaleza como un ser comparable con el ser humano.

La derivación del principio de igualdad en términos de organización política, que es la ficción más invocada por el Estado moderno, es la teoría del contrato social. Se supone que, para una convivencia pacífica y mutuamente benéfica, las personas que deciden vivir en sociedad ceden parte de sus libertades para que el Estado las administre y, en contrapartida, pueda obligar a estos para su propio beneficio. Si la naturaleza no puede ser considerada igual y tampoco puede ejercer su libertad, en consecuencia, el Estado tampoco puede ser funcional a su protección. Por tanto, el Estado se organiza para proteger a los seres humanos en sus múltiples relaciones.

Sin ánimo de agotar todos los fundamentos teóricos, y como una muestra de algunas reflexiones sobre el fundamento del derecho, podemos apreciar que todas las teorías son construidas *antropocéntricamente* y excluyen a todo ser que no sea considerado humano. La construcción del derecho es personalista y, desde esta perspectiva, la naturaleza debe ser calificada como un objeto<sup>13</sup>. De ahí que se pueda entender que el haber reconocido derechos a la naturaleza es una verdadera locura<sup>14</sup>. Afortunadamente, Roma no era el centro de la Tierra ni todos los caminos llegaban a tan imponente ciudad. Así, por ejemplo, el camino del Inca lleva a Macchu Pichu.

11 Fukuyama, Francis, "La dignidad", en *El fin del hombre/ el último hombre*, Madrid, punto de lectura, 2003, pp. 241-285.

12 El test de razonabilidad puede tener varios parámetros: (1) comparabilidad, (2) fin constitucional legítimo para establecer la diferencia, (3) idoneidad del medio empleado, (4) necesidad, y (5) proporcionalidad. Sobre este aspecto se puede encontrar mayores detalles en Pulido, Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 59-92.

13 Serrano Pérez, Vladimir, "El buen vivir y la Constitución ecuatoriana", en Pérez Ordóñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Quito, Taurus, 2009, p. 197.

14 Sobre una réplica a la locura de reconocer derechos a la naturaleza, véase Eduardo Galeano, "La naturaleza no es muda", en Acosta, Alberto, "Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces", en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, pp. 25-29.

### III. ESTIRAR LOS PIES HASTA DONDE ALCANZA LA SÁBANA

Antes de explorar otros caminos, intentaremos forzar las teorías hasta donde más podamos para intentar sostener que, con un poco de humildad y también de creatividad, podría considerarse a la naturaleza como sujeto de derechos. La clave de lectura para encontrar los fundamentos, en las mismas teorías, la encontramos en la excepción o salvedad de la regla, que es parte consustancial de la norma, o, como suele decirse, la excepción confirma la regla.

#### 1. LA DIGNIDAD

Nadie puede ser un medio para el cumplimiento de los fines de otros —regla general—, salvo que, siendo medio, sea un fin al mismo tiempo. El ejemplo por excelencia es el trabajo digno; por un lado, somos medios porque contribuimos a cumplir los fines económicos o sociales de la persona o empresa donde trabajamos, pero, por otro lado, al recibir un salario que se necesita para la subsistencia y al hacer algo que nos gusta, siendo medios cumplimos nuestros fines. Pongamos otro ejemplo relacionado con la paternidad o maternidad responsable: un niño o niña, para cumplir sus fines, que son el desarrollo al máximo de sus potencialidades, requiere de un padre o madre que cumpla sus responsabilidades; pero las personas (padre o madre), siendo un medio para promover y proteger los derechos de sus hijos o hijas, cumplen al mismo tiempo sus fines, si es que siempre han soñado con ser padres o madres. Trabajadores y empleadores, hijos e hijas y padres y madres son todos dignos, son medios y a la vez cumplen sus fines.

En las relaciones sociales respetuosas de los derechos humanos resulta prácticamente imposible cumplir solo los fines y nunca ser medios o, por el contrario, ser solo medios y nunca cumplir fines propios. La interacción entre medio y fin es dinámica, permanente y siempre condicionada.

¿Puede aplicarse la excepción en la relación entre ser humano con otros seres? Ya afirmamos que la naturaleza siempre será un medio; ahora enfáticamente consideramos que el ser humano también siempre será un medio. La pregunta es ¿si la naturaleza tiene también fines propios, así como los seres humanos, como entes morales, puede determinarse a sí misma?

La primera constatación que tenemos que hacer es que la *Tierra* es un ser vivo<sup>15</sup>, tiene incluso planes de vida<sup>16</sup>, y como todo ser vivo tiende a la supervivencia y a la reproducción para garantizar su existencia, que serían sus fines, desde nuestra limitada racionalidad para comprender a otros seres vivos con los que no tenemos iguales códigos de comunicación.

Según la cosmovisión indígena, todos los seres de la naturaleza están investidos de energía que es el SAMAI y, en consecuencia, son seres que tienen vida: una piedra, un río (agua), la montaña, el sol, las plantas, en fin, todos los seres tienen vida y ellos también disfrutan de una familia, de alegrías y tristezas al igual que el ser humano<sup>17</sup>. [...] en el mundo de los pueblos indígenas —

15 Martínez, Esperanza, “Los Derechos de la Naturaleza en los países amazónicos”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 96.

16 Gudynas, Eduardo, “Derechos de la naturaleza y políticas ambientales”, en Acosta, Alberto y Martínez Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 43.

17 Pacari, Nina, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 33.

La Tierra— no es sino *allpa-mama* que, según la traducción literal, significa madre-tierra. ¿Por qué esto de *allpa-mama*? Primero, hay una identidad de género: es mujer. Segundo, es lo más grande y sagrado, es la generadora de vida y producción; sin ella, caemos en la nada, simplemente somos la nada o no somos nadie, como dicen nuestros abuelos<sup>18</sup>.

Desde el lado científico, James Lovelock afirmó que incluso existe una “inteligencia planetaria: la Tierra no es un conjunto de rocas u otros elementos inertes, sino un sistema coherente, ligado a una intensión”<sup>19</sup>. De este modo, se cambió de un paradigma mecanicista, en el que la Tierra era una gran masa de piedra, por otro en el que se puede afirmar que la Tierra es un ser vivo. A esta tesis se la llamó Gaia, que era el nombre de la antigua diosa griega que generó a todos los seres que habitan en el planeta.

¿Necesita la naturaleza del ser humano? ¿Es decir, el ser humano puede ser un medio para que la naturaleza cumpla sus fines?

Recordemos la metáfora que utiliza Juan Ramón Capella para explicar la necesidad de armonía entre los distintos elementos de un conjunto: el jardín japonés<sup>20</sup>. A nuestra mente suelen venir las típicas estampas estáticas y armónicas, pero lo cierto es que los peces multicolores, las flores de loto, el nivel del agua tienen, entre todos, cierto equilibrio. ¿Qué pasaría si la flor de loto duplica su tamaño por día y acaba cubriendo la laguna? Los peces morirían por falta de luz y lo mismo podríamos decir de los peces si se multiplican: acabarían destrozando la flor de loto. Con relación a la Tierra, considerando que tanto naturaleza como ser humano somos elementos de un mismo conjunto, si uno altera el equilibrio, como lo estamos haciendo los seres humanos, la Tierra puede acabar no cumpliendo sus fines.

En ese sentido, los seres humanos somos medios por omisión y por acción. La Tierra nos necesita para que no la agotemos ni la destrocemos, es decir, demanda un “no hacer”, un respeto de nuestra parte. De igual modo, nos necesita para que lo que hagamos sea respetuoso con sus ciclos de regeneración, o sea, demanda un hacer racional, una actitud conservacionista y hasta ecologista. Al ritmo que vamos en lo que entendemos por desarrollo o progreso, acabaremos necesitando un lugar distinto a la Tierra para vivir. En palabras de Nina Pacari:

[...] la madre tierra o *allpa-mama*, al envolver en su vientre las semillas, que luego de sus respectivos procesos se constituyen en el alimento de los seres vivos, debe ser cuidada, respetada e igualmente alimentada. En esa relación con la *allpa-mama*, cuando se producen las cosechas, los pueblos indígenas entonan sus cánticos conocidos como el *Jahuai-jahuai*, se preparan rituales de agradecimiento, se brinda con ella regando en la tierra chicha (bebida de maíz fermentado) que no es otra cosa que el compartir el compromiso de seguir generando vida. Entonces, en la cosmovisión indígena, se entabla una relación de respeto mutuo, la tierra es parte del ser humano y viceversa, por eso, cuando nace un *wawa* (bebé) el cordón

18 Pacari, Nina, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 34.

19 Serrano Pérez, Vladimir, “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”, en Ordóñez, Diego Pérez, *La Constitución ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Quito, Taurus, 2009, p. 199.

20 Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 179-214.

umbilical y la placenta siembran bajo tierra junto a un árbol que luego florecerá, dará frutos y nos brindará cobijo o sombra. Asimismo, cuando se produce la muerte, que es otra forma de vivir, nuevamente volvemos a la tierra, a nuestra *allpa-mama* y volvemos a ser parte de ella<sup>21</sup>.

Por tanto, los seres humanos necesitamos de la naturaleza para vivir y esta necesita también de los seres humanos. En consecuencia, se puede aplicar con absoluta pertinencia el principio kantiano de la dignidad.

## 2. EL DERECHO SUBJETIVO

El derecho subjetivo es una categoría jurídica que ha ido evolucionando hacia la ampliación de su contenido. Si trazamos su camino histórico, podríamos encontrar su origen en la concepción del derecho natural o derecho moral<sup>22</sup>. De hecho, lo que hacen las primeras declaraciones de derechos en el siglo XVIII es reconocer jurídicamente una reivindicación teórica, aunque, al momento, harto restringida (libertad y propiedad). Una vez formalizada la demanda de reconocimiento de ciertos derechos que eran importantes para un grupo social, convenía evitar la influencia del derecho natural (que tiene una tendencia expansiva). Se crea la teoría del derecho subjetivo, que se restringe a la titularidad basada en las condiciones normativas (edad, propiedad, educación, autonomía laboral y hasta pertenencia a una religión)<sup>23</sup>. Con el apareamiento del derecho social y con la posibilidad de demandar también al Estado (y no solo a los particulares), se crea la noción del derecho subjetivo público, que abre la posibilidad de los amparos, tutelas o acciones de protección. A escala internacional, la noción de derecho subjetivo público que escapa de las esferas de protección del Estado nacional se torna en derecho humano. El profesor Hernán Salgado sostiene que los derechos humanos ya no pueden ser considerados como derechos subjetivos, porque “no favorece a estos ni les da la jerarquía que tienen, pues no se trata de cualquier pretensión o facultad, son derechos esenciales, fundamentales como los ha calificado el derecho constitucional”<sup>24</sup>.

Como se puede apreciar, el concepto ha evolucionado hacia una mayor comprensión de los titulares de los derechos, de los obligados y hasta de los órganos de protección. La tendencia

21 Nina Pacari, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 35.

22 Beuchot, Mauricio, “Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos”, en *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 4ª. edición, 2001, pp. 123-153.

23 Amparo Albán utiliza esta categoría, propia del siglo XVIII, para manifestar la dificultad de la naturaleza como titular de derechos que puede ejercerlos, al sostener que tanto en el derecho anglosajón como en el románico germánico “a cada derecho le corresponde en contraprestación una obligación y, en consecuencia, solo los entes deliberantes sean personas naturales o jurídicas, lo pueden ejercer” (véase Albán, Amparo, “El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano”, en Pérez Ordóñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Quito, Taurus, 2009, p. 160). Albán desconoce que, desde la teoría del derecho de los derechos humanos, ciertos titulares pueden no tener obligaciones correlativas, como cuando se les reconoce derechos a los niños y niñas o a los pueblos indígenas, criterio que es propio de las relaciones jurídicas horizontales que son características del derecho civil.

24 Salgado Pesantez, Hernán, “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, 2009, p. 983.

teórica que domina la teoría contemporánea es el considerar al derecho como un derecho fundamental, en el que cabe la protección de los seres humanos y también de la naturaleza. La Constitución de Ecuador omite la calificación de subjetivo, humano o fundamental. La primera no cabía por las razones expuestas por el profesor Salgado; la segunda porque la naturaleza también tiene derechos, y la tercera porque no era necesario al estar establecido en el texto jurídico de mayor jerarquía<sup>25</sup>.

Volviendo a Ferrajoli, y desde la doctrina del derecho positivo, el *status*, las condiciones y las expectativas que se derivan del reconocimiento del derecho dependen de la norma jurídica positiva. En esta lógica, el mismo Ferrajoli sostiene, al enunciar su teoría formal o estructural con pretensión universal, que nada impide para que sea constitucional el esclavismo en algún período de la historia o que se introduzcan derechos que, para algunos doctrinarios, se puedan considerar como no fundamentales (como suele suceder con la visión europea de las constituciones andinas de Bolivia, Venezuela y Ecuador, a las que atribuyen un nivel de detalle y de enumeración de derechos exagerado, en particular en cuanto al énfasis de los derechos sociales o del buen vivir, o también se dice que los amplios catálogos de derechos “expresan preocupaciones locales, las cuales son resultado de proyectos políticos concretos”)<sup>26</sup>. El *status* del titular de derecho ha cambiado con el tiempo. En un inicio, en el constitucionalismo moderno, solo tenía *status* jurídico el burgués propietario; este se fue expandiendo, con el constitucionalismo social, al obrero y campesino; se integró la mujer, el indígena y los mayores de edad; últimamente, se ha ampliado el *status* a todas las personas. Finalmente, el *status* se ha extendido a la naturaleza.

En otras palabras, el concepto de derecho subjetivo y las condiciones evolucionan hacia la expansión y mayor integración de sujetos protegidos y, en últimas, dependen del debate democrático en un Estado constitucional. Desde la historia del concepto, e incluso desde la teoría positivista, se cumplen los presupuestos para que se considere a la naturaleza como sujeto de derechos.

### 3. LA CAPACIDAD

La capacidad también es un concepto que ha evolucionado y que tiene excepciones. En algún momento de la historia debe haber sido tan obvio que solo los propietarios, que trabajaban sin relación de dependencia, educados, con acceso a la lectoescritura y que eran hombres, eran los únicos considerados jurídicamente capaces. Y debe haber costado, como a veces se escucha que cuesta, aceptar que la mujer también puede ser considerada capaz y que puede ejercer sus libertades prescindiendo de los hombres o incluso de sus esposos. También debe haber costado, y debe seguir costando, comprender que los niños y las niñas no son, como me dijo alguna vez un alumno en una clase, como animalitos (denotando una subcategoría dentro de una lógica antropocéntrica), que

25 El profesor Salgado sostiene que fue un error la omisión de la palabra “humano” (véase Salgado, Hernán, “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, 2009, p 984), pero fue intencional no ponerla; si se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, no cabría establecer una palabra que iba a ocasionar confusión.

26 Carbonell, Miguel, “Derechos fundamentales en América Latina”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, 2009, p. 37.

no opinan, que no tienen racionalidad “madura” o que no entienden nada. Debe haber costado, y debe seguir costando, para seguir ampliando los ejemplos, considerar que los indígenas no son unos ignorantes, irracionales, incivilizados, salvajes y que pueden ejercer funciones públicas, ser diputados y que pueden aspirar legítimamente a ser presidentes. De igual modo, en la lucha de las personas que antes eran calificadas como minusválidas, ahora se las considera que tienen capacidades diferentes. Pero, jurídicamente, a todos estos seres que fueron considerados incapaces ahora se les reconoce capacidad. Es decir, una vez más, el concepto de capacidad, como cualquier categoría jurídica positiva, es convencional (depende de decisiones) y evoluciona en el tiempo. Así como la ampliación del concepto de capacidad no ha sido fácil ni imposible, ha costado racionalmente aceptarla y, casi siempre cuando se exponía, se ha considerado una barbaridad jurídica y hasta una insensatez, lo mismo ha sucedido con el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.

Pero para evitar el argumento de que la naturaleza nunca podrá ejercer por sí misma sus derechos, pasemos revista a la excepción del concepto de capacidad. Todas las personas son capaces para ejercer derechos y para contraer obligaciones, salvo que sean calificadas como incapaces. La incapacidad, según el Derecho civil, puede ser relativa si es que existe alguna razón superable para ejercer la capacidad, o absoluta cuando se considera que las razones que impiden tener conciencia y voluntad son definitivas.

Los seres humanos podemos estar en circunstancias de incapacidad relativa y absoluta, de acuerdo con el Derecho civil. La regla es que todos somos capaces, salvo que la ley diga lo contrario<sup>27</sup>. La ley civil enumera los absolutamente incapaces, que son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; y son relativamente incapaces las personas menores de edad y las personas jurídicas<sup>28</sup>. Nótese que la naturaleza no se encuentra entre las excepciones y podría entenderse, desde una interpretación fácil y malintencionada, que se aplica la regla general y que, por tanto, al no haber una excepción legal, la naturaleza tiene capacidad. Pero, obviamente, quienes escribieron el Código no pudieron imaginar el alcance de la evolución de los derechos fundamentales y, si lo hubieran concebido, la hubieran enumerado como incapaz.

Estos conceptos, no podía ser de otra manera, son también relativos. Ciertas tendencias del pensamiento en la psiquiatría consideran que quizá los locos no sean tan locos como pensamos. Siempre recuerdo la discusión de un loco con un psiquiatra en una película maravillosa que se llama *Hombre mirando al sudeste*<sup>29</sup>, en la que Rantés, el loco, que tenía sensibilidad para apreciar el dolor y la necesidad ajena, le interpelaba al profesional diciendo quién es el loco, ustedes, los que están afuera del hospital psiquiátrico, y no sienten emoción alguna ante tanto dolor o miseria, o los que están adentro felices en su mundo. A veces simplemente, quien opina y vive de forma distinta a la mayoría podría ser considerado incapaz.

Pero lo importante de la figura de la incapacidad es el respeto al *status* de sujeto de derechos por intermedio de la institución que se denomina *representante legal* o la *tutela*<sup>30</sup>. La persona, por incapaz que se considere, no deja de ser titular de derechos; el problema es

27 Código Civil, art. 1462.

28 *Ibid.*, art. 1463.

29 Subiela, Eliseo, *Hombre mirando al sudeste*, Buenos Aires, 1986.

30 La tutela es una institución del derecho civil, obviamente no pensada para la naturaleza, que consiste en el “cargo impuesto por ciertas personas a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos o administrar competentemente sus negocios [...]”, Código Civil, art. 367.

que ciertos derechos dejan de ejercer por sí mismos y lo hace un tercero al que se denomina representante. Un bebé de cinco meses, al que se le mueren sus padres, tiene derecho a la herencia, pero su administración requerirá de un representante. Una persona considerada demente tampoco deja ser propietaria o deja de ser padre o madre o ciudadana, sino que se le designará un representante. Aun en el supuesto de la incapacidad absoluta, se deja de ejercer derechos. La mayoría de derechos siguen ejerciendo los sujetos incapaces, tales como vivir, expresarse, alimentarse, recrearse, descansar, relacionarse. Los derechos que requieren representación tienen que ver con la facultad de obligarse y de exigir su cumplimiento. No se puede suscribir contratos ni plantear juicios, dependiendo de las condiciones determinadas por la ley.

La incapacidad de las personas se suple con la representación. El efecto de la representación es que “lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”<sup>31</sup>. ¿Puede aplicarse el mismo argumento para la naturaleza? Sin duda que sí, la naturaleza no necesita de los seres humanos para ejercer su derecho a existir y a regenerarse. Pero si los seres humanos la destrozan, la contaminan, la depredan, necesitará de los seres humanos, como representantes, para exigir la prohibición de suscribir un contrato o convenio mediante el cual se quiera talar un bosque primario protegido o para demandar judicialmente su reparación o restauración.

El derecho ampliamente ha reconocido el derecho a la representación y la capacidad a las personas jurídicas, que son entes abstractos, ficciones, intangibles, y nada obstaculiza que se pueda reconocer los derechos a la naturaleza que, en cambio, es material, real y tangible. Desde otro ángulo, las personas jurídicas, históricamente, tienen una existencia temporal muy limitada; en cambio, la naturaleza tiene una duración ilimitada y su temporalidad es casi absoluta, en el sentido de que es anterior a la humanidad y posiblemente la trascenderá<sup>32</sup>. “No hay razón —como sostiene Melo— para no innovar en materia de derechos”<sup>33</sup>.

Esta discusión está saldada a nivel constitucional, que establece la representación en todas las personas para poder comparecer en juicio a nombre de la naturaleza: “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”<sup>34</sup>.

#### 4. LA IGUALDAD

La igualdad, como toda categoría jurídica, seguimos insistiendo, es convencional y puede evolucionar. Alguna vez se consideró que jurídicamente no eran comparables los indígenas del nuevo mundo con los europeos, y de igual modo, en los Estados Unidos, los afrodescendientes con los considerados blancos, que justificó un tratamiento jurídico de

31 Código Civil, art. 1464.

32 Elizalde Hevia, Antonio, “Derechos de la Naturaleza, ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza, El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 7.

33 Melo, Mario, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza, El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 53.

34 Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 71, inciso 2.

segregación. El avance hacia convertir dos sujetos en comparables dependió de un consenso argumentativo y de una categoría jurídica poderosa que se llamó discriminación (en todas sus variantes: racismo, machismo, adultocentrismo...). En el primer caso, se llegó a reconocer que los indígenas tenían alma y, en el segundo, que tenían dignidad. La comparabilidad, en todo caso, fue entre seres humanos.

Ahora nos encontramos ante un fenómeno un poco más complejo, pero no por ello *in solucionable*. Con relación a los animales, Peter Singer<sup>35</sup> nos ayuda con el análisis al crear una categoría discriminatoria y que la denominó *especifismo*. El especificismo es una actitud favorable de una especie en desmedro de otra, que lleva a desconocer el principio de igualdad. Casi todos los seres humanos somos *especifistas*, unos con conocimiento y consentimiento, otros por omisión y hasta por ignorancia. El especificismo se refleja en nuestras dietas alimenticias (carnívoros), en nuestro trabajo (industria alimenticia basada en la crianza y muerte de animales), en nuestra forma de hacer deporte (caza de animales) y hasta en nuestra afectividad (mascotas). El principio de igualdad es una categoría que admite interpretación y que no necesariamente se infiere que deba ser aplicada entre seres humanos. Como se puede apreciar, la comparabilidad no es exclusivamente restringida a seres humanos, sino que permite su apertura entre especies o seres vivos. En esta lógica, la inteligencia, la racionalidad, la esencia humana es irrelevante. Peter Singer acude a la capacidad de sufrir, que es común entre los animales y los seres humanos. Los animales expresan el dolor físicamente, se retuercen, gritan, huyen, atacan y esto se deduce de una simple observación. No hay que apelar a si los seres pueden pensar, hablar o comunicarse, sino si pueden sufrir. Pero además, como lo han demostrado los últimos descubrimientos científicos, las semejanzas genéticas entre seres humanos y otros animales son mayores que las diferencias<sup>36</sup>. Pero hay un argumento más fuerte aún: todo ser humano es un animal. Luego la comparabilidad, para aplicar el principio de igualdad, es posible.

Pero la naturaleza es una categoría mucho más extensa y todo depende de si consideramos a la Tierra como un ser vivo. Si un ser vivo es un ente que nace, vive, reproduce su vida y muere, todo nos haría pensar que nuestro planeta, al igual que las estrellas y hasta el universo, es un ser vivo. “La Tierra, nuestro hogar, está viva con una comunidad singular de vida [...] la protección de la vitalidad, diversidad y la belleza de la Tierra es un deber sagrado”<sup>37</sup>.

Siendo un ser vivo, entonces la categoría no es ser humano, ser una especie, sino existir como: “ser vivo”. Esta ampliación del principio de igualdad, que puede tener sus resistencias, haría viable un trato más respetuoso entre todos los seres. Al final, la preocupación por otros seres no dependería de condición alguna que no sea convencionalmente decidida por quienes tienen el poder de decidir.

La calidad de ser vivo la reconoce la Constitución del Ecuador, al establecer que “[l]a naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”<sup>38</sup>.

35 Singer, Peter, *Liberación Animal*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 19-59.

36 Véase Sagan, Carl y Druyan, Ann, *Shadows of forgotten ancestors*, New York, Ballantine Books, 1992, en particular los capítulos que se denominan “What is Human?” y “The animal within”, pp. 361-408.

37 Naciones Unidas, *La Carta de la Tierra*, 2000, en <[www.earthcharterinaction.org](http://www.earthcharterinaction.org)>, recuperado el 7 de mayo de 2010.

38 Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 71.

Por otro lado, las convenciones de derechos y las constituciones contemporáneas siempre albergan una categoría abierta para prevenir la discriminación, que se enuncia, después de enumerar las categorías sospechosas que son problemáticas en ciertos contextos sociales, como “cualquier otra distinción [...]”<sup>39</sup>. Esa distinción permitiría la introducción de la especie o simplemente del ser vivo. El lenguaje de derechos, y en este caso, el de la igualdad, es útil políticamente para lograr una convivencia menos desastrosa y dolorosa entre los seres que compartimos este planeta.

Hay un cuento de Dr. Seuss, que se llama *Horton*<sup>40</sup>, que trata de la vida de un elefante que, un buen día, escucha un *auxilio* que viene de una partícula de polvo. Este grano de polvo era un planeta entero que tenía vida adentro y que estaba en peligro de extinción si es que no vivía en armonía con los seres externos. Esa partícula no podía expresarse por sí misma ante los seres vivos que vivían en la Tierra y necesitaron de Horton para poder ser escuchados, protegidos y respetados. Al final del cuento, uno de los seres que vivían en la partícula escucha, a su vez, en una partícula de su polvo un grito de auxilio. Se puede deducir que la Tierra es también una partícula de polvo y que también necesitamos de cierta armonía interna como externa y, sobre todo, que la Tierra, partícula de polvo en el universo, es un ser que merece ser respetado y protegido. El mensaje del libro es que una persona es una persona, no importa cuán pequeña es y, con relación a la Tierra como ser vivo, podríamos decir incluso cuán grande es.

El contrato social, derivación de las normas de convivencia entre los seres que deciden respetarse, debe ser ampliado suponiendo que esta teoría liberal nos podría ser útil, hacia un contrato que incluya la participación aun con representación de otros seres no humanos. En este sentido, estaríamos hablando de una ampliación de la democracia y, por tanto, de un contrato existencial que supera al contrato social.

Podríamos concluir que las teorías existentes son útiles en cuanto, con una interpretación evolutiva, convencionalmente justifican a la naturaleza como titular de derechos. Sin embargo, ello sería estirar los pies hasta donde llega la sábana, cuando lo que se puede hacer también es proponer tener una sábana lo suficientemente amplia para no restringirnos teóricamente. Existen otros caminos y otras teorías que nos pueden ayudar no solo a justificar la titularidad de derechos de la naturaleza, sino también para encontrar otros fundamentos para los derechos y para su teoría jurídica.

#### IV. CAMINAR ALEGREMENTE HACIA LA FUENTE

El principito tenía sed y debía caminar un trecho largo para llegar a una fuente de agua y satisfacerse. Aparece uno de esos seres grises<sup>41</sup> que comercian con el tiempo libre de la gente (el tiempo es oro), y le propone al principito tomar una cápsula para calmar la sed. “¿Para qué sirve?” le pregunta el principito, y le contesta que para no perder el tiempo en ir a la fuente. El principito entonces contesta que prefiere caminar alegremente a la fuente<sup>42</sup>.

39 *Ibid.*, art. 11 (2).

40 Seuss Geisel, Theodor, *Horton hears a Who!*, New York, Random House, 1986.

41 Ende, Michael, *Momo*, Madrid, Alfaguara, 2010.

42 Saint-Exupéry, Antoine, *El Principito-Le Petit Prince*, traducción Joelle Eyhéramonno, Madrid, Enrique Sainz Editores, 1994, pp. 100-101.

Las píldoras son las respuestas rápidas e inútiles que dan las teorías tradicionales y que, desde una aproximación superficial, rechazarían las nuevas concepciones como la ampliación de la titularidad a la naturaleza. Un jurista que pretende estar comprometido con un cambio de paradigma, por otro lado, no puede ni debe tragarse la píldora. El caminar alegremente hacia la fuente significa explorar y estar abierto a lo que en el camino de fundamentar se puede encontrar.

En el camino se puede encontrar un argumento que podría ser considerado *utilitarista*. Este consiste en otorgar una protección reforzada constitucionalmente, que se la da por medio del reconocimiento de la titularidad de derechos, por conveniencia. En la fundamentación utilitarista, se recurre a la evidencia científica<sup>43</sup> que existe en relación con el entorno insostenible del ser humano y con el colapso de nuestro estilo de vida, que pone en riesgo la supervivencia de nuestra especie<sup>44</sup>. Entonces podemos constatar el fenómeno del calentamiento global, la contaminación ambiental, la desertificación, las inundaciones, la sobrepoblación y la presión sobre los recursos naturales, y más datos para acabar concluyendo que se necesita proteger urgentemente a la naturaleza.

El camino que nos permitimos escoger para llegar a la fuente que sustente el derecho de la naturaleza Josef Estermann lo llama *Filosofía Andina*<sup>45</sup>, libro del que sacaremos algunos principios que podrían sustentar la necesidad de esta protección poderosa del derecho occidental que se llama derechos. De *Filosofía Andina* utilizaremos cuatro principios de su *lógica*: (1) la relacionalidad, (2) la correspondencia, (3) la complementariedad y (4) la reciprocidad.

## 1. LA RELACIONALIDAD<sup>46</sup>

En la lógica racional occidental, se pueden separar las categorías y distinguirse. Dentro de la lógica simbólica, por ejemplo, la base de la estructura es *p* y *no p*, que ha hecho que nuestra forma de concebir el mundo siempre sea una contraposición entre opuestos y dual: hombre y mujer, bueno y malo, positivo y negativo, blanco e indígena, animal y ser humano, espacio privado y público, urbano y rural, selva y desierto, individuo y sociedad, yo y el otro... Cada elemento tiene una sustancia particular y diferente. Para la filosofía andina, en cambio, lo importante es la relación.

Para la filosofía andina, el individuo como tal no es ‘nada’ (un ‘no ente’), es algo totalmente perdido, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones [...] Desconectarse de los nexos naturales y cósmicos (un postulado de la Ilustración), significaría para el *runa* de los Andes firmar su propia sentencia de muerte<sup>47</sup>.

43 Sobre los datos relacionados al desarrollo sustentable en Ecuador, véase Larrea, Carlos, “Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador”, en Acosta, Alberto y Martínez Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, pp. 75-84.

44 Borja Ortiz, Andrés, “Derechos de la Naturaleza”, en Cordero, David y otros, *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, Serie 14 de investigación, INREDH, 2009, p. 125.

45 Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, 1998.

46 Estermann, Josef, *Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, Ecuador, 1998, pp. 114-122.

47 *Ibid.*, pp. 97-98.

Este principio tiene que ver con una concepción holística de la vida. Todo está relacionado, vinculado, conectado entre sí. Este principio puede ser enunciado de forma negativa y positiva. De la primera forma, no existe ningún ente carente de relaciones y, por tanto, todo ente es necesitado. En la forma positiva, lo que haga o deje de hacer un ente afecta a los otros. La relación no es causal, sino ontológica. Esto quiere decir que lo importante no es que un ente tiene capacidad de alterar al otro, sino que todos los entes “son”. No existe una relación causalista, sino esencialista. El conocimiento y la vida misma es integral y no compartimentalizado por las categorías, como lo hace la filosofía occidental.

La consecuencia de este principio es que la naturaleza requiere de los seres que la habitan, y los seres no podrían vivir sin la naturaleza. Además, el ser humano no está en la naturaleza —o la naturaleza alberga al ser humano—, sino que el ser humano es la naturaleza. No se puede desintegrar el concepto de ser humano con la naturaleza; ambos son uno, de ahí que hacer daño a la naturaleza es hacerse daño a sí mismo.

## 2. LA CORRESPONDENCIA<sup>48</sup>

El pensamiento andino implica una correlación mutua y bidireccional entre dos elementos, que se manifiestan en todo nivel y en todos los aspectos de la vida. Pongamos un ejemplo de la medicina indígena y también de la medicina homeopática: la curación y la enfermedad están estrechamente relacionadas; se considera que la enfermedad es causada por sustancias similares a ella, por eso se dice que el enfermo puede recuperarse por la dinámica de su propio organismo.

El pensamiento occidental pone énfasis, en cambio, en el principio de causalidad: dado un fenómeno, se sigue un efecto inevitable. Esta reducción de la realidad, que es base de la ciencia, utiliza múltiples categorías, tales como la semejanza, la adecuación, la identidad, la diferencia, la equivalencia, la implicación, la derivación o la exclusión. El ser humano occidental tiene que encontrar una respuesta lógica y verificable entre la realidad y su explicación racional. Siempre me acuerdo de mi maestro en lógica simbólica, el filósofo Emilio Cerezo, quien cuando aplicaba la lógica simbólica al análisis de textos, solía afirmar que la lógica no explica ni podrá explicar todo el fenómeno humano, que no es lógico y que escapa afortunadamente de las reglas. Las emociones, los sentimientos, la causalidad, lo inimaginable, lo imprevisto, el caos... todo sucede en la vida.

Para la filosofía andina, la explicación racional o causal es solamente una forma —y no exclusiva— de entender el mundo y de conocer. Si la interpretación occidental causal se la hace mediante métodos cuantitativos, cualitativos, comparativos o exegéticos, la interpretación andina es, además, simbólica, ritual, *celebrativa* y afectiva.

Al manifestarse la correspondencia en todos los ámbitos de la vida, existe una realidad cósmica, una realidad terrenal y una infraterrenal.

[...] hay correspondencia entre lo cósmico y humano, lo humano y extra-humano, lo orgánico e inorgánico, la vida y muerte, lo bueno y malo, lo divino y humano, etc. El principio de correspondencia es de validez universal, tanto en la gnoseología, la cosmología, la antropología, como en la política y ética<sup>49</sup>.

48 *Ibid.*, pp. 123-125.

49 *Ibid.*, p. 125.

Las explicaciones que se puedan hacer sobre la forma de pensar andina, siempre desde una lógica occidental, son difíciles de comprender. Se separan los elementos para afirmar que no se pueden separar. De ahí que, una vez más, respetar la naturaleza tiene un impacto directo en el respeto del ser humano y, por contrapartida, irrespetar a cualquier ser humano significa indefectiblemente el irrespeto a la naturaleza.

### 3. LA COMPLEMENTARIEDAD<sup>50</sup>

Todos los entes coexisten. Un elemento depende de todos los restantes para ser pleno o completo. Esto nos recuerda a ese clásico dibujo de la filosofía oriental que es el *yin* y el *yang*. Para ser un elemento se requiere del que se podría considerar opuesto y, dentro del opuesto, precisamente para no considerarlo de ese modo, se tiene en el centro el punto del diferente. Es decir, los elementos no son precisamente opuestos, sino complementarios y armónicos. Todos los elementos *sufren* de una deficiencia ontológica. Esto me recuerda aquel principio del maestro Boaventura de Sousa Santos<sup>51</sup> que afirma la inexistencia de sociedades subdesarrolladas y personas ignorantes. Por el principio de complementariedad, el subdesarrollo de unos implica el desarrollo de otros, y la ignorancia de unos, el conocimiento de otros. Es decir, los países centrales son desarrollados en tecnología, pero subdesarrollados en comunitarismo social; la ignorancia de conocimiento racional puede significar la sabiduría emocional. Mi conocimiento de la lengua española, por ejemplo, es diametralmente opuesto a mi ignorancia en el quichua.

En la racionalidad occidental, por el principio de identidad, un elemento siempre es coincidente consigo mismo y distinto a los demás. Si *p* es verdadero, no puede ser al mismo tiempo *no p*, es decir, no puede ser falso; además *p* no es *q*. Esta lógica no se identifica con el principio de complementariedad por el que los opuestos se integran, se completan y, por tanto, se complementan. La relación sería  $p \leftrightarrow no\ p$  y  $p \leftrightarrow q$ . La contradicción occidental es para los indígenas contrariedad. Si *p* y *q* son distintos, pueden coexistir como partes complementarias de una tercera entidad que los concilia y que, en estricto sentido, es un *todo* que los comprende. Los opuestos están dinámicamente unidos.

[...] los complementos en sentido andino no son ‘posiciones’ abstractas y logo-mórficas, sino experiencias parciales de la ‘realidad’. Y tampoco son ‘antagónicas’ en un sentido de irreconciliación racional; se requieren mutuamente, no como ‘motor dinámico’ para elevarse a otro nivel, sino para complementarse en el mismo nivel<sup>52</sup>.

En este sentido, cielo y tierra, sol y luna, claro y oscuro, verdad y falsedad, macho y hembra, naturaleza y ser humano no pueden excluirse, sino más bien complementarse necesariamente para su afirmación como entidad superior e integral.

En la lógica de derechos, entonces, sería profundamente inadecuado proteger a uno de los elementos que conforman el complemento porque generaría un desequilibrio indeseable

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 126-131.

<sup>51</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes, 1998, p. 122.

<sup>52</sup> Estermann, Josef, *Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, 1998, pp. 130-131.

e inadecuado. De ahí, entonces, que tenga sentido que tanto seres humanos como naturaleza gocen de igual protección jurídica.

#### 4. EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD<sup>53</sup>

El principio de reciprocidad es la forma práctica como interactúan los demás principios brevemente enunciados. En todo tipo de interacción, humana y no humana, cada vez que se produce un acto o fenómeno, se manifiesta un acto recíproco como una contribución complementaria. Toda actuación humana tiene trascendencia cósmica y forma parte de un orden universal. Esta forma de ver el mundo no tiene sentido para el pensamiento occidental, que es profundamente individualista y que promueve, por el contrario, la autonomía de la voluntad y la libertad para tomar decisiones.

Los actos de los seres humanos, al igual que los de la naturaleza, se condicionan mutuamente, “de tal manera que el esfuerzo o la ‘inversión’ en una acción por un actor será ‘recompensado’ por un esfuerzo o una ‘inversión’ de la misma magnitud por el receptor”<sup>54</sup>. De ahí se desprende, por ejemplo, que el trueque tenga mucho sentido en las relaciones económicas entre personas.

La base de la reciprocidad es lo que Estermann denomina “justicia cósmica”, que aglutinaría todas nuestras formas compartimentalizadas de entender la justicia (económica, judicial, social...). Por ello, la base de toda relación es el orden cósmico. Un acto indebido puede alterar el orden global.

El equilibrio cósmico (armonía) requiere de la reciprocidad de las acciones y la complementariedad de los actores. Esto no quiere decir que los *relata* de una relación recíproca siempre sean ‘equivalentes’ y ‘con-naturales’, sino que a la iniciativa de un *relatum* corresponde una reacción complementaria de otro *relatum*. Una relación (unilateral) en la que una parte solo da o solo es activa, y la otra únicamente recibe o es pasiva, para el *runa* andino no es imaginable ni posible<sup>55</sup>.

El principio de reciprocidad se lo puede apreciar, vivir y aplicar en cualquier campo de la vida, desde lo cotidiano y aparentemente personal hasta lo trascendente y cósmico.

En cuanto a la relación con la naturaleza, el ser humano cuando se interrelaciona con la tierra, al sembrar o cosechar, no lo hace como con un objeto, sino como un sujeto, con el que trabaja, se transforma, tiene rostro. El rito de la siembra es una interrelación de profundo respeto y reciprocidad.

Del principio de reciprocidad se deriva, en la teoría de los derechos humanos, la idea de valor y respeto. Lo que se tiene que cuidar, proteger y promover tiene que ser protegido por el derecho, que es una noción abstracta que genera vínculos y límites al accionar humano. Si la naturaleza es recíproca con el ser humano y viceversa, conviene preservar esa interrelación por medio de la noción de derecho. Descuidar, desproteger y dañar la naturaleza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidad. Además, si las

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 131-135.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 134.

relaciones son recíprocas, existe pues una razón más para poder aplicar la noción de igualdad y, por tanto, de no discriminar a una de las partes en relaciones equivalentes. La categoría de derecho fundamental es una especie de antídoto<sup>56</sup> que neutraliza lo patético que puede ser el uso indiscriminado de la naturaleza.

Como se puede desprender de este acápite y contrastando con los anteriores, la filosofía andina no parte desde la concepción de que el ser humano es el único y exclusivo receptor de los beneficios del discurso de derechos. Al contrario, la lógica andina no considera y, por tanto, en la fundamentación se descarta el antropocentrismo. Gudynas ha denominado al nuevo paradigma como *biocéntrico* por oposición al dominante en el derecho.<sup>57</sup>

Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que debe protegerse. No hacerlo significaría alterar o descuidar las interrelaciones entre los elementos de la vida que son absolutamente necesarias.

## V. DEL AGUJERO NEGRO AL BIG BANG

En el principio era la nada o todo contraído, o algo que era una singularidad espacio temporal de densidad infinita matemáticamente paradójica; lo cierto es que sucedió una gran explosión y el universo, desde entonces, se ha ido expandiendo; de ahí el porqué los planetas y las estrellas se van alejando. De igual modo, en el principio jurídico no había teoría hasta que a algún filósofo se le ocurre crear una institución y esta va desarrollándose y sus postulados originales se multiplican y se alejan entre sí. Algo así sucede con el tratamiento jurídico de la naturaleza.

El agujero negro quizás era la completa integración entre el ser humano con la naturaleza hasta que se instituyó el mandato bíblico, al menos en la tradición judeo-cristiana, que es la que influye determinadamente en la cultura occidental, de dominar la Tierra y someterla<sup>58</sup>. El ser humano se convierte en una especie de mayordomo de la Tierra y de la naturaleza. En la historia bíblica del origen del universo, el ser humano es la creación a imagen y semejanza de Dios y ejerce ese poder en la Tierra; además de usarla, la debe fructificar, debe multiplicarse y llenar la Tierra<sup>59</sup>. Someter a la naturaleza significa dominar la Tierra, los peces del agua, las aves del cielo, los animales y, en suma, ejercer autoridad sobre todo ser no humano. Esta norma, de carácter moral, es la que primará y se aplicará durante gran parte de la historia de la humanidad.

En términos de derecho positivo, podríamos afirmar que, dentro de la lógica liberal, estaba permitido hacer cualquier actividad con relación a la naturaleza. La naturaleza estaba bajo la categoría del derecho a la propiedad. En este sentido, la naturaleza se compartimentaliza

56 Nino, Carlos Santiago, "Introducción", en *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2ª. edición, 2005, p. 4.

57 Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya Yala, 2009, pp. 39, 58, 63, 65.

58 Génesis 1:28.

59 Goto, Rafael, "Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente", 11 de septiembre 2007, en <<http://www.radioevangelizacion.org/spip.php?article1008>>, recuperado el 16 de abril de 2010; además de hacer una interpretación clásica, este autor hace una referencia contemporánea basada en la responsabilidad.

en tantas partes cuantos propietarios existen. El destino de la naturaleza depende de la forma de disposición de los dueños. Los propietarios pueden usar, usufructuar y disponer (prestar, vender o abandonar) un bien, mueble o inmueble sin que exista restricción alguna. Si somos dueños de un pedazo de tierra, lo podemos sembrar, quemar, pavimentar, talar, vender, descuidar, proteger. Hay una máxima que dice que, en las relaciones privadas, como el ejercicio de los derechos de propiedad, se puede hacer todo lo que no esté prohibido. Como puede constatar en las legislaciones penales del siglo pasado, desde el derecho liberal, cualquier atentado contra los derechos de la naturaleza no estaba penalizado; luego, se entiende que se puede hacer cualquier actividad u omisión que a uno se le ocurra.

En cuanto a aquellos bienes que no tienen propietarios privados, se considera que los Estados ejercen los derechos de los propietarios. Esto sucede, por ejemplo, con los páramos, con los mares, con el subsuelo, con el aire y el espacio, con los ríos, con las aguas y, en general, con aquella naturaleza que, dentro del territorio nacional, no tiene propietario privado. El Estado puede, como cualquier dueño, disponer de la propiedad; en unos casos no puede vender; sin embargo, puede autorizar su uso y usufructo.

Un problema aparte, y sumamente complejo, es el de los bienes que no tienen dueños privados ni estatales, y se trata de los bienes comunes (*common goods*), tales como el mar intercontinental, el espacio aéreo y, en general, todos aquellos bienes que no tienen control por el principio de soberanía estatal y que se comparten entre todos los seres humanos y entre todos los Estados. Hay quienes, desde una perspectiva liberal, consideran que al no tener un dueño que cuide el bien, estos están condenados a ser destruidos (*the tragedy of the commons*)<sup>60</sup>. Hay otros que dicen que al apropiarse inmediatamente se convierten en bienes excluyentes. Lo cierto es que el derecho permite su uso y usufructo y que cada vez hay un llamado a respetar y cuidar estos bienes. De cualquier forma, en estas dos concepciones (la bíblica y la civil), la naturaleza es un objeto, un bien, mueble o inmueble, que puede ser utilizado o dispuesto sin restricción alguna.

La Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, aprobada el 16 de junio de 1972, marca el inicio de una nueva era en la concepción del derecho y la naturaleza. Sin duda, esta pieza jurídica es la culminación de un lento y decisivo movimiento ambientalista sensible ante los problemas ecológicos que se estaban comenzando a constatar. En la declaración se reconoce que el ser humano tiene una enorme capacidad para transformar el medio ambiente que lo rodea y que no siempre lo hace de forma constructiva. Se admite que ese poder de transformar, basado en la ciencia y en la tecnología...

[a]plicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio ambiente. A nuestro alrededor vemos multiplicarse las pruebas del daño causado por el hombre en muchas regiones de la Tierra: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biósfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias,

60 Norman Wray cuenta que, en las discusiones en la Asamblea Constituyente de Ecuador, se esgrimió, al respecto, el siguiente argumento: “Se han preguntado ustedes ¿por qué las ballenas desaparecen? Y a continuación, ¿por qué las vacas no? La respuesta fue inmediata: en el primer caso nadie es dueño de ellas, por lo tanto ¿quién las cuida?”, en Wray, Norman, “Los retos del régimen de desarrollo. El buen vivir en la Constitución”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 52.

nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio ambiente por él creado, especialmente en aquel en que vive y trabaja<sup>61</sup>.

El hito estuvo en llamar la atención sobre el problema ambiental ya generado y en el establecimiento de mínimos normativos para prevenir peores daños. Sin embargo, la entrada sigue siendo desde la centralidad del ser humano. “El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea<sup>62</sup> [...] La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero [...]”<sup>63</sup>. En otras palabras, el ser humano sigue el mandato bíblico de ser mayordomo de la Tierra, pero tiene que hacerlo con cuidado porque puede afectar a su propio desarrollo.

Podríamos afirmar que la *Declaración de Estocolmo* es la piedra angular del derecho ambiental moderno y el impulsor definitivo del movimiento social denominado *verde*. El derecho ambiental ha tenido un desarrollo conceptual notable tanto a nivel doctrinario (existen incluso especializaciones universitarias, en varias disciplinas, sobre el ambiente) como a nivel normativo. Además, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que casi todos los países de influencia occidental cuentan con códigos ambientales, que tienen como objeto establecer restricciones y salvaguardas al medio ambiente. Existen reglas, directrices, autoridades administrativas y prohibiciones en relación con la forma como se debe tratar al medio ambiente. El derecho a la propiedad ha sufrido serias restricciones y controles. No existe, pues, plenas facultades de disposición, ni de uso y usufructo.

A la par del derecho ambiental, se ha desarrollado también una protección (represión) extra, que es la rama penal-ambiental. Se ha considerado que el daño producido al medio ambiente debe tener una protección extraordinaria. Por un lado, podría pensarse que el medio ambiente se ha convertido en un bien jurídico digno de respuesta penal; por otra parte, podría discutirse sobre la efectividad de este severo mecanismo para producir cambios de conducta y la proporcionalidad en el uso de penas, particularmente la privación de la libertad, con relación al daño que produce la conducta considerada delictiva.

Un paso más adelante ha sido, otra vez desde el derecho internacional, la expedición de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada el 14 de junio de 1992, que determinó que:

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza<sup>64</sup>.

Es decir, de ahí en adelante el lenguaje de derechos humanos se incorpora a la consideración jurídica de la naturaleza. El potente lenguaje de derechos tendrá como contrapartida la demanda de una obligación vinculante por parte de los Estados. El eco de esta declaración no se hizo esperar. En los mismos años noventa, particularmente

61 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, numeral 3.

62 *Ibid.*, numeral 1.

63 *Ibid.*, numeral 2.

64 *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Principio 1.

algunas constituciones de Latinoamérica, como las más recientes andinas, reconocerán que todo ser humano tiene derecho a un medio ambiente sano. Esta perspectiva, que es un gran adelanto conceptual —se sigue expandiendo el panorama teórico-jurídico—, sin embargo sigue considerando a la naturaleza como un medio indispensable para la sobrevivencia del ser humano. La naturaleza goza de protección especial en tanto es el humano el que se beneficia de ella. Es decir, la visión antropocéntrica sigue siendo la que prima.

La Constitución de Ecuador, pionera en la ruptura de la concepción tradicional de derechos humanos, reconoce por primera vez el derecho de la naturaleza como un derecho autónomo del ser humano. Existen algunas rupturas conceptuales, comenzando por la denominación. No cabe ya el término genérico de “derechos humanos” para referirse a los derechos que tienen una protección especial en las Constituciones. Conviene denominarlos derechos fundamentales o derechos constitucionales. Otra ruptura es que la protección a la naturaleza no se la hace porque conviene al ser humano, sino por la naturaleza en sí misma. En consecuencia, la concepción jurídica de los derechos deja de ser antropocéntrica. Tercera ruptura: la teoría jurídica tradicional para entender el derecho tiene que buscar nuevos fundamentos y renovadas lecturas, que tienen que ver con la ruptura del formalismo jurídico y con una superación de la cultura jurídica imperante.

Sin embargo, estamos convencidos, al menos con lo que hemos analizado de la filosofía andina, que este avance no será el último ni el definitivo. La concepción de derechos, al ser manifiestamente occidental, distinguirá entre derechos de los humanos y no humanos, y creará dos categorías que pueden ser analizadas de forma distinta y separada. Esta concepción sigue fortaleciendo la lógica dualista y categorial propia del pensamiento occidental.

Paralelamente al desarrollo conceptual del pensamiento occidental, han existido y existen formas de concebir a la naturaleza. Como hemos visto, de acuerdo con la filosofía andina, la naturaleza no es un ente separado del ser humano ni viceversa. Hemos afirmado que defender los derechos de la naturaleza es defender al ser humano y que defender al ser humano es defender la naturaleza. No es suficiente la creación de la categoría “derechos de la naturaleza”, sino que se tiene que, en algún momento, superar estas distinciones que, al dividir, debilitan la concepción holística de la existencia, de la vida, del universo.

El maestro Zaffaroni nos recuerda la concepción griega de la Gaia, que era la diosa griega Tierra y que consideraba al planeta como un ser vivo, como un sistema que regula y recrea la vida, que se renueva y que está en constante cambio, que es tan importante que es una diosa, que tiene que ser venerada y cuidada<sup>65</sup>.

Así como los *runas* andinos, los griegos antiguos, estamos seguros de que otros pensamientos no dominantes deben haber desarrollado hace mucho tiempo ya normas que disponen el trato armónico y respetuoso con la naturaleza. Ahí tenemos un camino por explorar, además sabiendo que en muchos casos esa sabiduría que existe posiblemente no esté

65 Véase Zaffaroni, Raúl Eugenio, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”. No podemos dejar de reconocer que este ensayo, que lo hemos difundido con entusiasmo en más de una clase que hemos podido compartir con nuestros alumnos en clases de Derechos Humanos y en un doctorado en Salud Pública, ha sido una motivación inmensa para seguir apreciando nuestra Constitución ecuatoriana y para emprender el desafío teórico de dar contenido al derecho a la naturaleza.

escrita. El derecho, una vez más, tiene que aprender de otras ciencias, como la antropología, la historia y la sociología, para seguir mejorando el sistema jurídico y, en este caso, desarrollando el contenido del derecho de la naturaleza.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Conviene plasmar algunas palabras sobre la utopía de los derechos y también sobre la “lógica” indígena invocada en este ensayo. Toda declaración de derechos constitucional siempre —y no puede dejar de serlo— debe ser utópica y plantear una realidad que, siendo difícil o hasta imposible de alcanzar, es deseable luchar por que se la consiga. Todos y cada uno de los derechos significan una aspiración y un problema por superar. Si se establece que hay derecho a la nutrición es porque hay niños y niñas desnutridos crónicos; si se reconoce la dimensión positiva del derecho a la vida es porque hay mortalidad infantil; si se establecen los derechos del buen vivir es porque hay un modelo de desarrollo que aplasta e impide el ejercicio de todas las potencialidades del ser humano; si se establece la igualdad material es porque vivimos en una sociedad que perenniza la exclusión. Si se establece los derechos de la naturaleza es porque la capa de cemento que nos separa de la tierra no solo nos separa dos centímetros, sino un millón de años luz de lo que realmente somos: tierra o polvo.

Por otro lado, los derechos son siempre una herramienta contra el poder que tenemos, en terminología de Ferrajoli, los más débiles. Desde la lógica del poder, los derechos subvierten el *statu quo* y se convierten en un arma para eliminar “privilegios fundados en inequitativas relaciones de poder”<sup>66</sup>.

Así que no solo son falsas promesas, sino que son instrumentos de lucha y mundos en los que queremos vivir.

Se podrá afirmar, al apelar a la filosofía andina, que estamos idealizando el mundo indígena y que estamos resucitando al “buen salvaje”. Pero aun suponiendo que los indígenas andinos están tan *aculturizados* que lo que se afirma en relación con su concepción de la naturaleza no es cierto, nadie nos quita que la concepción de un indígena precolonial o de unas concepciones que nos pueden ayudar a alcanzar el buen vivir son importantes; por ello, debemos rescatarlas o crearlas.

En cuanto a la naturaleza, nos permitimos resumir un extracto de una novela que para nosotros ha sido muy aleccionadora: *La rebelión de la granja*, y que consideramos nos puede ayudar para cerrar este ensayo.

Una noche el señor Jones, propietario de una granja, cierra el gallinero. Enseguida, alborotados, los animales de la granja se reúnen para escuchar el sueño un cerdo bonachón y majestuoso, que ha llegado a entender el sentido de la vida. El cerdo, Viejo Mayor, que tiene doce años ya —nos cuenta George Orwell<sup>67</sup>— siente la necesidad de contar un sueño extraño a todos los animales de la granja. Pero antes Mayor hace algunas preguntas que despiertan la

66 Melo, Mario, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza, El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009 p. 53.

67 Orwell, George, *La rebelión de la granja*, capítulo I, Madrid, Clásicos Universales, Edición Integra, Ediciones Escolares, 2ª. edición, 2004, pp. 25-33.

conciencia de los animales. ¿Cuál es la realidad de nuestras vidas? Las gallinas tienen huevos que no son destinados a ser gallinas, sino a ser vendidos en el mercado; las vacas tienen leche que no es para robustecer a sus terneros, sino para que tomen los humanos; los cerdos son engordados para ser muertos y comidos, los caballos sirven para transportar, los perros para cuidar... nadie es dueño de su vida y de su libertad. ¿Esta realidad forma parte del orden natural? No, mil veces no, insiste el cerdo Mayor. ¿Por qué continuar en esta mísera condición? El ser humano arrebató todo, consume sin producir, da lo mínimo, acumula sin compartir. El cerdo enuncia su sueño, que es una vida donde cada animal sea dueño de su piel, de su trabajo, de su libertad, de su vida y hasta de su muerte. Todos se consideran iguales y comparables. Y comienza la rebelión de la granja por la dignidad.

La lectura de este cuento, que puede ser metáfora de las relaciones entre seres humanos o patéticamente real cuando uno aplica a las formas de relacionamiento entre los seres humanos y otros seres vivos no humanos incluidos, por supuesto, la naturaleza, nos habla de una forma de interactuar que no es adecuada y que provoca justificadamente una rebelión.

La naturaleza, de alguna manera, se está rebelando. El calentamiento global y las consecuencias en la vida humana es una de sus manifestaciones. A diario leemos noticias que nos hablan de desequilibrios ecológicos. Por un lado, hay unas terribles sequías y seres que se mueren por no tener agua ni alimentos; por otro lado, hay unas terribles inundaciones y seres que también se mueren en cambio por tener demasiada agua y no tener vivienda ni medios de subsistencia por las inundaciones. ¿Será que el ser humano no ha sido capaz de comprender la rebelión de la granja y de la naturaleza? Cuando uno lee sobre los grandes foros económicos mundiales y sus resoluciones, la primera reacción es pensar que no somos aún sensibles ante estos problemas humanos. Pero también cuando miramos y aprendemos sobre la lucha que muchos movimientos sociales realizan para denunciar y promover una relación más armónica con la naturaleza, no podemos sino tener la esperanza firme de que las cosas pueden cambiar.

El derecho a la naturaleza establecido en la Constitución del Ecuador es al mismo tiempo un hito en una lucha de movimientos sociales y un comienzo. Los derechos al final siempre son armas ficticias, etéreas y abstractas que pretenden regular relaciones basadas en el poder. Es más fácil exigir cuando un sistema jurídico ha reconocido un derecho que hacerlo sin él. Pero el derecho, como las garantías jurídicas, no es suficiente. Estas conquistas jurídicas se nutren de las luchas y de los movimientos sociales. También los grandes cambios se nutren y requieren “esfuerzos audaces y mentes abiertas”<sup>68</sup>. Se ha demostrado históricamente que los poderosos nunca han cedido sus privilegios de forma voluntaria, sino que lo han hecho gracias a la lucha y a la presión de la gente<sup>69</sup>. Esa lucha en Ecuador tiene múltiples caras y organizaciones, muchas de ellas que ni siquiera conocemos; sin embargo, queremos dedicar este pequeño esfuerzo académico a Alberto Acosta y a Esperanza Martínez, quienes de alguna manera tuvieron el merecido honor, después de haberlo pregonado en Ecuador muchos años antes, de impulsar su reconocimiento constitucional.

68 Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009, p. 15.

69 Véase Pissarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, p. 111.

**BIBLIOGRAFÍA**

Acosta, Alberto, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.

Acosta, Alberto y Esperanza Martínez (comps.), *El buen vivir, una vía para el desarrollo*, Quito, Abya Yala, 2009.

\_\_\_\_\_, *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.

Albán, Amparo, “El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano”, en Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana, Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Quito, Taurus, 2009.

Beuchot, Mauricio, “Abordaje filosófico del problema de la fundamentación de los derechos humanos”, en *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 4ª. edición, 2001.

Borja Ortiz, Andrés, “Derechos de la Naturaleza”, en Cordero, David y otros, *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, Serie 14 de investigación, INREDH, 2009.

Capella, Juan Ramón, *Entrada en la barbarie*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

Carbonell, Miguel, “Derechos fundamentales en América Latina”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, 2009.

Elizalde Hevia, Antonio, “Derechos de la Naturaleza. ¿Problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.

Ende, Michael, *Momo*, Madrid, Alfaguara, 2010.

Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Quito, Abya Yala, 1998.

Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_, “Igualdad y diferencia”, en *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2003.

Fukuyama, Francis, “La dignidad”, en *El fin del hombre/ el último hombre*, punto de lectura, 2003.

Galeano, Eduardo, “La naturaleza no es muda”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza, El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.

Goto, Rafael, “Reflexiones sobre Biblia y medio ambiente”, en <<http://www.radioevangelización.org/spip.php?article1008>>, recuperado el 16 de abril de 2010.

Gudynas, Eduardo, “Derechos de la naturaleza y políticas ambientales”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.

\_\_\_\_\_, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Quito, Abya Yala, 2009.

- Kant, Immanuel, “The doctrine of virtue”, en *Metaphysics of morals*, citado por Steiner Henry y Philip Alston, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, Second Edition, 2000.
- Larrea, Carlos, “Naturaleza, sustentabilidad y desarrollo en el Ecuador”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Martínez, Esperanza, “Los Derechos de la Naturaleza en los países amazónicos”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza, El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Melo, Mario, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Nino, Carlos Santiago, “Introducción”, en *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Orwell, George, *La rebelión de la granja*, capítulo I, 2º ed., Madrid, Clásicos Universales, Edición Integra, Ediciones Escolares, 2004.
- Pacari, Nina, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *Derechos de la Naturaleza, El futuro es ahora*, Quito, Abya Yala, 2009.
- Peña Freire, Antonio Manuel, “Derechos subjetivos y garantía”, en *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Quito, Taurus, 2009.
- Pissarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática participativa y multinivel”, en *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007.
- Pulido, Carlos Bernal, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Roig, Arturo Andrés, “La dignidad humana y la moral de la emergencia en América Latina”, en *Ética del poder y moralidad de la protesta, la moral latinoamericana de la emergencia*, Quito, Corporación Editora Nacional/ Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.
- Sagan, Carl y Druyan, Ann, *Shadows of forgotten ancestors*, New York, Ballantine Books, 1992.
- Saint-Exupery, Antoine de, *El Principito-Le Petit Prince*, Traducción Joelle Eyhéramonno, Madrid, Enrique Sainz Editores, 1994.
- Salgado Pesantez, Hernán, “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 514, 2009.
- Serrano Pérez, Vladimir, “El buen vivir y la Constitución ecuatoriana”, en Pérez Ordoñez, Diego, *La Constitución Ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, Quito, Taurus, 2009.
- Seuss Geisel, Theodor, *Horton bears a Whol!*, New Cork, Random House, 1986.

Sousa Santos, Boaventura de, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes.

\_\_\_\_\_, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social*, Bogotá, ILSA, 2003.

Singer, Peter, *Liberación Animal*, Madrid, Trotta, 1999.

Subiela, Eliseo, *Hombre mirando al sudeste*, 1986.

Willian, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en *Derecho y Género*, LOM, 1999. El mismo artículo también está publicado en Ávila Santamaría, Ramiro y otros, *El género en el derecho, ensayos críticos*, Quito, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 11, V&M Gráficas, 2010.

Wray, Norman, “Los retos del régimen de desarrollo. El buen vivir en la Constitución”, en Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (comps.), *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya Yala, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia”.

< \* >

# JURISPRUDENCIA

*investigaciones*

## JURISPRUDENCIA

### ABORTO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – IRLANDA).

**1. Antecedentes del caso:** en el año 2005, las ciudadanas irlandesas A y B y la ciudadana lituana C, mayores de edad y residentes en Irlanda, que habían quedado involuntariamente embarazadas, viajaron al Reino Unido para someterse a un aborto.

A era soltera, estaba desempleada, vivía en condiciones de pobreza, y debido a su adicción al alcohol, sus cuatro hijos pequeños estaban a cargo de los servicios sociales. Para no poner en peligro su salud ni perder la ocasión de volver a reunirse con sus hijos, había recurrido a un prestamista que le había adelantado los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que implicaba la intervención.

B no estaba en condiciones de cuidar sola a un hijo en ese momento de su vida.

Antes de saber que estaba embarazada, C se había sometido a unos chequeos necesarios para la cura de una rara forma de cáncer que tenía en remisión, contraindicados durante el embarazo. Preocupada por su salud y su vida, ya que el embarazo podía provocarle una recaída, supuso que llevarlo a término podía comportar riesgos para el feto, pero no pudo obtener asesoramiento médico alguno respecto de esta circunstancia.

La ley penal irlandesa incrimina el aborto y, en particular, el art. 58 de la *Offences Against the Person Act* de 1891, que aún está vigente, establece que toda mujer embarazada o tercera persona que emprenda una acción ilegal con la intención de provocar el aborto de una mujer comete un delito que tiene prevista la cadena perpetua.

En el año 1983, en Irlanda se realizó un referéndum que dio lugar a la VIII Enmienda a la Constitución: su art. 40.3.3 reconoce el derecho a la vida del feto y el igual derecho a la vida de la madre, garantizando el respeto de este último en las leyes nacionales.

A raíz de los casos concernientes a la interpretación de dicha enmienda presentados ante los tribunales irlandeses, en 1992, en el caso X, la Corte Suprema de Irlanda declaró que el aborto era legal en dicho país cuando el embarazo genera un riesgo real e importante para la vida -no así para su salud- de la madre. Posteriormente, en casos similares, los tribunales establecieron que el Parlamento no había aprobado la legislación necesaria para reglamentar ese derecho garantizado por la Constitución.

En 1992, se realizó otro referéndum que dio lugar a la XIII Enmienda a la Constitución, que eliminó la prohibición de realizar viajes al extranjero para someterse a un aborto y permitió que se divulgara en todo el país la información relativa a abortos legales que se realizaban en el extranjero.

Las tres mujeres alegaron que la imposibilidad de someterse a un aborto en Irlanda les había ocasionado una situación innecesariamente costosa, complicada y traumática y que tal circunstancia las estigmatizaba, las humillaba y les imponía un riesgo para su salud, y, en el caso de C, inclusive para su vida. En consecuencia, interpusieron contra Irlanda un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte). Las primeras dos recurrentes

alegaron una violación a los arts. 3, 8, 13 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) y la tercera, también al art. 2.

**2. Sentencia:** en el caso de las dos primeras recurrentes, no hubo violación al art. 8 de la Convención; ni al art. 13 en conjunción con el art. 8.

En el caso de la tercera recurrente, hubo violación del art. 8 de la Convención, pero no existe una cuestión independiente fundada en el art. 13 en conjunción con el art. 8.

Tampoco existe una cuestión independiente fundada en el art. 14 en conjunción con el art. 8 en el caso de las tres recurrentes.

### *2.1. Presunta violación del art. 2 de la Convención*

No se presentó obstáculo legal alguno para que las recurrentes viajaran al extranjero a fin de someterse a un aborto. Además, la tercera recurrente, que sufrió complicaciones tras el aborto, no manifestó que estas representaran una amenaza para su vida, razón por la cual resultan inadmisibles sus reclamos fundados en el art. 2 de la Convención (derecho a la vida).

### *2.2. Presunta violación del art. 3 de la Convención*

Se rechazan los reclamos fundados en el art. 3 de la Convención, ya que las cargas psicológicas y físicas que indudablemente sufrieron las tres recurrentes a raíz de su viaje al extranjero para someterse a un aborto son insuficientes para constituir un trato inhumano o degradante.

### *2.3. Presunta violación del art. 8 de la Convención*

El concepto de “vida privada” en el sentido del art. 8 de la Convención es amplio y abarca, entre otros, el derecho a la autonomía y al desarrollo personal, y está referido a asuntos tales como la identidad de género, la orientación sexual y la vida sexual, la integridad física y psicológica de la persona y la decisión de tener o no tener hijos o de convertirse en padres genéticos.

Por otro lado, la legislación que regula la interrupción del embarazo corresponde a la esfera de la vida privada de la mujer. Sin embargo, el art. 8 de la Convención no puede ser interpretado en el sentido de que el embarazo y su interrupción pertenecen únicamente a la vida privada de la mujer, ya que esta siempre resulta ligada íntimamente al feto en desarrollo. Por consiguiente, el derecho de la mujer al respeto de su vida privada debe ser contrapuesto a otros derechos y libertades invocados, entre ellos los del feto.

#### **2.3.1. Las dos primeras recurrentes**

En el caso de las dos primeras recurrentes, la prohibición de interrumpir el embarazo constituyó una interferencia, en términos de la ley, en su derecho al respeto de su vida privada y persiguió el legítimo objetivo de proteger la moral pública tal como es entendida en Irlanda.

En cuanto a si la prohibición era necesaria en una sociedad democrática y, en particular, a si respondía a una necesidad social apremiante, esta Corte observa que, en principio, debe otorgarse un amplio margen de apreciación al Estado irlandés para que determine si existió un justo equilibrio entre el derecho a la vida del feto y el derecho de las dos primeras recurrentes al respeto de su vida privada, que garantiza el art. 8 de la Convención.

En efecto, contrariamente a la opinión del gobierno irlandés, en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa hay consenso en cuanto a autorizar el acceso al aborto en una mayor cantidad de supuestos que en el derecho irlandés. De hecho, las recurrentes podrían haberse sometido a un aborto en alrededor de treinta Estados miembros del Consejo de Europa. La primera de ellas lo podría haber hecho por motivos de salud en aproximadamente cuarenta Estados miembros y la segunda, por motivos de bienestar, en alrededor de treinta y cinco de ellos. Únicamente en Andorra, Malta y San Marino el acceso al aborto es aún más restringido que en Irlanda, ya que en tales países la prohibición rige independiente de la existencia de un riesgo para la vida de la mujer. Pero Irlanda es el único miembro del Consejo de Europa que solo autoriza el aborto cuando el embarazo plantea tal riesgo.

Sin embargo, el indiscutible consenso existente entre los Estados miembros del Consejo de Europa no resulta suficiente para reducir en forma decisiva el amplio margen de apreciación del que goza el Estado.

En *Vo c. Francia*, esta Corte decidió que la determinación de cuándo comienza la vida se encuentra dentro del margen de apreciación de cada Estado. Al no existir consenso a nivel europeo acerca de la definición científica y legal del comienzo de la vida, y dado que el derecho del feto y el de la madre están estrechamente ligados, el margen de apreciación otorgado a un Estado para que proteja a un niño por nacer necesariamente se traslada a un margen de apreciación sobre la forma en que dicho Estado hace el balance con los intereses contrapuestos de la madre.

Por otro lado, a las dos primeras recurrentes se les ha reconocido el derecho a viajar al extranjero para someterse a un aborto y a recibir en Irlanda una adecuada atención médica antes y después del mismo, y dado que la prohibición del aborto por razones de salud o bienestar surge de los más profundos valores morales del pueblo irlandés con respecto al derecho a la vida del feto, esta Corte llega a la conclusión de que tal prohibición no excede el margen de apreciación otorgado al Estado irlandés a ese respecto. En efecto, la prohibición constituye un justo equilibrio entre el derecho de las dos primeras recurrentes al respeto de sus vidas privadas y los derechos invocados en nombre del feto. En consecuencia, no ha habido violación del art. 8 en el caso de las primeras dos recurrentes.

### **2.3.2. La tercera recurrente**

La rara forma de cáncer de la tercera recurrente constituye un riesgo para su vida. Esta Corte considera que la generación de cualquier riesgo importante para su vida por causa del embarazo afecta claramente los valores fundamentales y los aspectos esenciales de su derecho al respeto a la vida privada (ver *X y Y c. Holanda*). Contrariamente a lo manifestado por el gobierno irlandés en su presentación, no es necesario que la recurrente acreditara ulteriormente el presunto riesgo médico, ya que su denuncia se fundaba en la inexistencia de un procedimiento interno eficaz para establecer ese riesgo.

El gobierno irlandés afirma que en Irlanda una mujer cuenta con procedimientos efectivos y accesibles para establecer su derecho a someterse a un aborto legal. Sin embargo, esta Corte ha examinado el único medio no judicial a que el gobierno irlandés se refiere -la consulta médica de una mujer embarazada-, que considera de dudosa efectividad como medio para determinar el derecho de la tercera recurrente a un aborto legal en Irlanda.

En efecto, a partir de la interpretación del art. 40.3.3 de la Constitución que la Corte Suprema de Irlanda hizo en el caso X, el derecho irlandés no ha establecido criterios ni procedimientos legislativos ni jurisprudenciales que permitan evaluar ni determinar el riesgo para la vida de la mujer embarazada, circunstancia que ha generado incertidumbre respecto de la aplicación exacta de la norma. Por otra parte, los arts. 58 y 59 de la *Offences Against the Person Act* de 1891 nunca han sido reformados, razón por la cual la absoluta prohibición del aborto y los delitos penales asociados allí previstos continúan vigentes.

En este contexto, resulta evidente que dichas disposiciones penales constituyen un factor significativamente adverso para las mujeres así como para los médicos en el marco de la consulta. En efecto, tanto la tercera recurrente como cualquier médico corrían el riesgo de verse enfrentados a una condena penal grave y al encarcelamiento si decidían que la mujer, debido a un riesgo para su vida, tenía derecho a realizarse un aborto en Irlanda, y si tal decisión luego se declaraba contraria al art. 40.3.3 de la Constitución. Los médicos también corrían el riesgo de quedar expuestos a procedimientos disciplinarios laborales y severas sanciones. Por esta razón, la Corte considera que el proceso normal de consulta médica no puede ser considerado un medio efectivo para determinar si un aborto puede realizarse legalmente en Irlanda dada la existencia de un riesgo para la vida de la madre.

Por otro lado, el gobierno irlandés argumentó que la tercera recurrente podría haber iniciado acciones ante los tribunales constitucionales a fin de determinar si tenía derecho a un aborto legal y obtener el dictado de órdenes de cumplimiento obligatorio para que los médicos interrumpieran su embarazo. Sin embargo, esta Corte considera que tal acción tampoco es efectiva, ya que la función de los tribunales constitucionales no es determinar si una mujer tiene derecho a un aborto legal.

Igualmente inapropiado resulta requerir que las mujeres sigan tales procedimientos constitucionales cuando su derecho a un aborto no está en discusión si el embarazo plantea un riesgo para sus vidas.

Más aún, no resulta claro de qué manera los tribunales pueden dictar una orden para que los médicos realicen un aborto, dado que el gobierno irlandés no ha brindado suficiente información a esta Corte en lo concerniente a la realización de abortos legales en Irlanda.

Por consiguiente, ni las consultas médicas ni las acciones legales constituyen procedimientos efectivos y accesibles que hayan podido permitir a la tercera recurrente establecer su derecho a realizarse un aborto legal en Irlanda. Además, el gobierno irlandés no ha brindado explicación alguna a esta Corte de por qué el art. 40.3.3 no ha sido aplicado hasta el momento.

En estas circunstancias, esta Corte rechaza el argumento del gobierno irlandés según el cual la tercera recurrente no agotó los recursos internos. En efecto, las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de garantizarle el efectivo respeto de su vida privada, habida cuenta de la inexistencia de una reglamentación legislativa o de un régimen regulador que determine un posible derecho al aborto legal en Irlanda mediante un procedimiento accesible y efectivo de conformidad con el art. 40.3.3 de la Constitución.

En consecuencia, ha habido una violación del art. 8.

**Notas del Instituto:** 1) v. Shannon K. Calt , “*A, B. & C. v. Ireland: ‘Europe’s Roe v. Wade’?*”, en *Lewis & Clark Law Review*, vol. 14, No. 3, p. 1189, 2010, en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1540344](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540344)>; 2) dada la polarización que existe en relación con el aborto, hay innumerables artículos en Internet de orientación religiosa que comentan esta sentencia.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 16-12-2010, caso *A, B, and C c. Irlanda*, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=878721&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

< \* >

**ADOPCIÓN. REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACER LOS POTENCIALES ADOPTANTES. HOMOSEXUALES (MÉXICO).**

**1. Antecedentes del caso:** el Procurador General de la República interpuso una acción de inconstitucionalidad en relación con las reformas a los arts. 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción por parte de estas de menores.

**2. Sentencia:** son válidas las reformas cuya constitucionalidad se impugna.

No es sostenible una interpretación constitucional que lleve a concluir que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en ejercicio de su competencia para regular lo relativo al matrimonio, no pueda extenderlo a las relaciones o uniones entre personas del mismo sexo, que son totalmente asimilables a las relaciones heterosexuales, puesto que la Constitución protege a todo tipo de familia, sin que el matrimonio entre un hombre y una mujer sea la única forma de integrarla, ni sea un concepto predeterminado e indisponible para el legislador.

Por tal razón, no existe impedimento alguno para que el legislador regule el libre acceso a esa relación jurídica en condiciones de plena igualdad para todos los individuos, con independencia de la identidad o de la diversidad sexual de los contrayentes.

Por otra parte, en atención a lo dispuesto en el art. 121, fracción IV de la Constitución Federal, el matrimonio que se celebre en el Distrito Federal entre personas del mismo sexo tendrá que ceñirse a lo establecido por dicho numeral, el cual dispone que los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en el resto de las entidades del país.

Asimismo, resulta válida la adopción de menores para los matrimonios entre personas del mismo sexo, toda vez que no vulnera garantías constitucionales. Lo que debe garantizar el legislador es que en el procedimiento para autorizar la adopción de un menor por parte de una persona soltera o de los cónyuges solicitantes, en aras de lograr el pleno respeto a los derechos de la niñez, se garantice que esa sea su mejor opción de vida, al margen de la orientación sexual de la mujer o del hombre solteros solicitantes, o de si se trata de un matrimonio heterosexual o de personas del mismo sexo.

Ello, porque una prohibición de este tipo no encuentra cabida en el texto constitucional, en cuanto consagra el principio de igualdad y prohíbe toda discriminación.

**CORTE SUPREMA DE MÉXICO** (Pleno), sentencia del 16-8-2010, acción de inconstitucionalidad 2/2010, en < <http://www.scjn.gob.mx/Documents/AI-2-2010.pdf>>.

< \* >

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL.** REQUISITOS. IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES. DETERMINACIÓN. FUNDAMENTO. **DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN RACIAL (ITALIA).

**1. Antecedentes del caso:** el Tribunal de Menores de Catania dictó un decreto de idoneidad para la adopción de un menor extranjero (conf. art. 30 de la ley N° 184/1983) (Ley), fundándose parcialmente en una declaración de los solicitantes de no estar dispuestos a acoger “niños de piel oscura o diferente a la típica europea”. Esto dio lugar a que el presidente de la Asociación Amigos de los Niños promoviera una acción judicial tendiente a lograr la anulación de dicho decreto. En el curso de este trámite, el Fiscal General solicitó a la Corte de Casación italiana que estableciera, como principio, que un tribunal de menores no puede dictar estos decretos con este tipo de fundamentos.

**2. Sentencia:** se hace lugar a la solicitud formulada.

**2.1.** El art. 29 de la ley N° 476/1998 dispone que la adopción de menores extranjeros debe realizarse conforme a los principios y directivas de la Convención de La Haya, a fin de respetar el interés superior del menor y los derechos fundamentales que a este reconoce el derecho internacional.

Este principio está en consonancia con una progresiva evolución del derecho hacia una concepción de la adopción como instituto de protección al menor en estado de abandono, que garantiza un desarrollo armónico de la personalidad de este en el seno de una familia sustituta.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea considera que el interés superior del menor es preeminente. En consecuencia, tanto en el plano lógico como en el jurídico, tal interés prevalece sobre todos los otros que en forma abstracta se le oponen, incluyendo los deseos de los adoptantes. La necesidad de paternidad debe estar acompañada de la aceptación de la identidad y de la diversidad del menor, a fin de garantizar los derechos fundamentales de este.

Por ello, los tribunales de menores deben evaluar atentamente la idoneidad de los solicitantes para ofrecerse como familia de acogida. La declaración de su idoneidad solo expresa las conclusiones de una evaluación preliminar y general que no tiene relación alguna con un menor determinado, cuyo interés debe ser evaluado, en primer lugar, por la autoridad extranjera competente, tomando en cuenta las características de la familia de acogida y la idoneidad de esta para satisfacer concretamente las necesidades específicas de ese niño.

Para garantizar el respeto al interés superior del menor, la Convención de La Haya exige determinar la capacidad e idoneidad de los adoptantes y las características de los niños a ser adoptados. En el régimen jurídico italiano, la autoridad extranjera y la entidad autorizada a entender en los procedimientos de adopción son quienes determinan el encuentro entre los adoptantes y el menor.

En este contexto, no debe permitirse que los adoptantes impongan a su disponibilidad para adoptar límites basados en las características somáticas o en el origen étnico específico del niño a adoptar. La obligación de respetar los derechos fundamentales del menor impide a las autoridades públicas legitimar semejante selección. Esta prohibición se funda en las diversas normas constitucionales, internacionales y nacionales que integran el sistema de protección de tales derechos.

El principio de no discriminación constituye uno de los pilares fundamentales del ordenamiento italiano del cual no puede apartarse el procedimiento de adopción internacional, conforme a lo dispuesto por los arts. 1 y 32 de la Ley y reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional (casos Nros. 199/1986, 349/1998, 371/2003 y 347/2005) y de la Corte Europea de Derechos Humanos (casos *Singh c. Reino Unido*, sentencia del 21-2-1996, y *Wagner y J.M.W.I c. Luxemburgo*, sentencia del 26-6-2007).

La actitud discriminatoria manifiesta en la negativa de la pareja solicitante de acoger a un niño de un determinado origen étnico no resulta relevante si permanece en su esfera volitiva interna. Pero cuando se solicita a los órganos públicos la adopción de un menor de un determinado origen étnico, el juez no puede avalar una elección que contradice los principios fundamentales nacionales e internacionales antes mencionados. Tal opción pone en evidencia una carencia de capacidad de acogida y una desatención de las peculiaridades de la integración del menor extranjero, que, precisamente por provenir de comunidades de lengua, cultura, tradiciones y/o etnia diferentes, presenta problemas especiales. Es preciso considerar también que, además de la conciencia de tales dificultades, la disponibilidad a la acogida requiere una gran sensibilidad, dada la degradación del entorno del que proviene el menor y su vivencia de abandono.

No resulta excesivo subrayar la importancia de la necesidad de formación que deben tener los núcleos familiares que inician un procedimiento de adopción internacional, en la cual los servicios y organismos sociales deberían jugar un rol fundamental conforme a lo dispuesto por el art. 39-ter de la Ley. Si se guía a la pareja hacia el desarrollo de una conciencia más profunda del carácter solidario y no egoísta de la adopción, se pueden prevenir opciones de impronta discriminatoria, mientras se presta el apoyo psicológico necesario para favorecer la superación de las dificultades con las que se enfrentan los aspirantes a la adopción debido a la falta de preparación para la acogida de un niño que no se adapte a su propia imagen y al temor a los fenómenos de xenofobia que pongan en peligro la integración del menor al ambiente social y le acarreen problemas de adaptación.

**Nota del Instituto:** v. sentencias citadas de la Corte Constitucional italiana en <<http://www.corteconstituzionale.it>>, y de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Singh c. Reino Unido*, sentencia del 21-2-1996, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695861&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166D>>

EA398649>, y caso *Wagner y J.M.W.I c. Luxemburgo*, sentencia del 26-6-2007, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=819406&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

**CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA**, sentencia del 1-6-2010, caso N° 13332, en <[http://www.cortedicassazione.it/Documenti/13332\\_06\\_10.pdf](http://www.cortedicassazione.it/Documenti/13332_06_10.pdf)>.

< \* >

**AMPARO.** PROCEDENCIA. PRESUPUESTOS. **DERECHO AMBIENTAL.** DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO. **DERECHO A LA SALUD. LEY.** INAPLICABILIDAD (PERÚ).

**1. Antecedentes del caso:** José Trujillo Alcalá interpuso demanda de amparo contra las municipalidades de Lima y de Lurigancho solicitando la inaplicabilidad de los dos primeros artículos de una ordenanza dictada por la primera de ellas, modificatoria de la zonificación general de los usos del suelo del distrito de Lurigancho. Fundó su pretensión en la amenaza de violación de su derecho fundamental a la paz, así como a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, a la vida, a la integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo, bienestar y a la salud. Afirmó que la empresa Caliza Cemento Inca S.A. estaba construyendo una planta industrial que, a su entender, ocasionaría, en un futuro cercano, daños a los pobladores de los asentamientos humanos de la zona.

El juzgado de primera instancia hizo lugar a la demanda basándose en las conclusiones de las pericias ordenadas de oficio que habían corroborado el impacto negativo que ocasionaría el funcionamiento de la fábrica, más aún cuando el cambio de zonificación se había llevado a cabo sin haber meritulado el futuro uso del predio y cualquier tipo de impacto biológico o ambiental.

La revisora, revocando la sentencia apelada, juzgó que no se había acreditado que la mencionada fábrica constituyera una potencial fuente de contaminación, dado que las pericias producidas a instancia del demandante y las de oficio resultaban insuficientes para acreditar las denuncias formuladas. Entonces, Trujillo Alcalá interpuso recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional de Perú.

**2. Sentencia:** se declara infundada la demanda.

**2.1.** Este Tribunal Constitucional tiene establecido (v. STC N.° 2308-2004-AA/TC) que el inciso 2) del art. 200 de la Constitución no prohíbe cuestionar, mediante el proceso de amparo, la validez de normas que, en sí mismas, puedan ser lesivas de derechos fundamentales, sino que la restricción allí prevista debe entenderse en el sentido de que este tipo de procesos no procede en los casos en que se cuestione la validez de una norma jurídica en abstracto, habida cuenta de que en el ordenamiento peruano existen otros procesos, como el de inconstitucionalidad o el popular, cuyo objeto precisamente consiste en la preservación de la Constitución como norma suprema del Estado.

Por ello, resulta necesario distinguir lo que es propiamente un supuesto de amparo contra leyes de lo que es, en rigor, un supuesto de amparo contra actos sustentados

en la aplicación de una ley. Así, en relación con el primero de ellos, la procedencia de este instrumento procesal está supeditada a que la norma jurídica a la cual se le imputa el agravio de un derecho fundamental sea operativa, esto es, una norma cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida en que adquiere eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia.

En tal caso, y siempre que una de dichas normas afecte directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo podrá prosperar no solo porque una interpretación literal de la citada disposición dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario, sino, además, porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, esta debe interpretarse en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto del fondo de su pretensión.

Por otro lado, se ha establecido que el proceso de amparo procede contra actos basados en la aplicación de una ley en la medida en que la eficacia y, por lo tanto, la eventual lesión de la misma se encuentran condicionadas a la realización de actos posteriores de aplicación. En estos supuestos, su procedencia ha de responder a los criterios que se indican a continuación.

Por un lado, si se trata de una alegación de amenaza de violación, esta habrá de ser cierta y de inminente realización. “Cierta” –ha dicho este Tribunal– quiere decir posible de ejecutarse tanto desde un punto de vista jurídico como desde un punto de vista material o fáctico. Y con la exigencia de que la amenaza sea de “inminente realización”, este Tribunal ha requerido su evidente cercanía en el tiempo, es decir, la actualidad del posible perjuicio cuya falta de atención oportuna haría ilusoria su reparación. Por otro lado, tratándose de la alegación de violación, tras realizar actos de aplicación concretos sustentados en una ley, como sucede en cualquier otra hipótesis del amparo, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.

Así las cosas, queda claro que en el caso de autos el acto lesivo cuestionado, esto es, el cambio de zonificación decretado por la Municipalidad Metropolitana de Lima, en tanto posibilita a Caliza Cemento Inca S.A. la construcción y puesta en funcionamiento de una fábrica potencialmente peligrosa para la población residente en los alrededores de la misma, se basa en la aplicación de la ordenanza expedida por la mencionada comuna, norma que ostenta rango de ley, por lo que nos encontramos en el segundo de los supuestos desarrollados *supra*.

Ahora bien, este Tribunal estima que la innovación introducida en el ordenamiento jurídico por la mencionada ordenanza municipal constituye una amenaza cierta e inminente de violación del derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado de los pobladores de los asentamientos humanos próximos al predio ubicado en el distrito de Lurigancho, debido a que ya se ha iniciado la construcción de la referida fábrica con licencia de obra, por lo que resulta inverosímil que en un futuro cercano no entre en funcionamiento.

**2.2.** De autos surge que, en esencia, lo que el demandante pretende es que este Tribunal no aplique a Caliza Cemento Inca S.A. el cambio de zonificación del predio de dicha empresa a fin de que no pueda construir y operar su fábrica, pues, de lo contrario, se vulneraría su derecho fundamental –y en particular, el de los pobladores que habitan en los alrededores–

a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana, que como ya ha sido desarrollado por este Tribunal Constitucional está determinado por los siguientes elementos: el derecho a gozar del medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (art. 1 Const.). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

En relación con el segundo elemento del contenido esencial, se establece que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

En razón de ello, cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de todas las especies.

A tal efecto, el intérprete constitucional cuenta con dos principios que le ilustran la salida a adoptar ante estas situaciones: el principio de prevención y el principio precautorio. El primero exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente, mientras que el segundo comporta adoptar medidas de cautela ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente, pues la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendientes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas.

En ese sentido, la controversia consiste, pues, en determinar si el futuro funcionamiento de la aludida fábrica de cemento supone, o no, una amenaza de violación del derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, lo cual debe ser verificado a través de la revisión de los diversos estudios e informes periciales que sobre el particular obran en autos.

En este caso concreto, no es posible comprobar si, efectivamente, el eventual funcionamiento de la aludida fábrica de cemento supone una amenaza de afectación del derecho del actor, y de quienes habitan alrededor de la misma, a gozar de un medio ambiente adecuado, dado que si bien en autos obran diversos informes en ese sentido, lo cierto es que también obran otros que concluyen lo contrario.

En dicho contexto, dado que los medios probatorios son en su mayoría contradictorios, una evaluación conjunta de los mismos no permite llegar al convencimiento de que existen indicios razonables y suficientes que posibiliten la aplicación del principio precautorio,

y las pericias ordenadas de oficio por el tribunal de primera instancia adolecen de una solvencia mínima que justifique la aplicación de dicho principio. Por ello, la demanda no puede ser estimada.

Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal Constitucional estima pertinente advertir que si bien el presupuesto esencial para la aplicación del “principio precautorio” radica en la falta de certeza científica, su aplicación presupone la existencia de indicios razonables y suficientes –lo que no sucede en el caso *sub examine*– que justifiquen la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables, tendientes a la salvaguarda de un ambiente saludable, pues, de lo contrario, la tutela podría resultar ineficaz e ineficaz y, por tanto, inoperante. Y es que, *so pretexto* de evitar un eventual daño al medio ambiente, la aplicación de dicho principio en modo alguno puede justificar actos arbitrarios y carentes de toda razonabilidad.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que, al no haberse acreditado la amenaza de violación de los derechos invocados, la demanda debe ser desestimada.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ**, sentencia del 31-8-2009, Expte. N° 05387-2008-PA/TC, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05387-2008-AA.html>>.

< \* >

**CONSUMIDORES. PRODUCTOS DEFECTUOSOS. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE. ALCANCES. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO. FILIALES. DISTRIBUIDORES (REINO UNIDO).**

**1. Antecedentes del caso:** el 3 de noviembre de 1992, O’Byrne (OB) se aplicó una vacuna (el producto) fabricada en Francia por una compañía francesa, actualmente conocida como Aventis Pasteur SA (APSA). En septiembre de ese mismo año, APSA había enviado en consignación una partida de esa vacuna, que incluía la que se aplicó el demandante, a la filial que entonces era enteramente de su propiedad, Aventis Pasteur MSD Ltd. (APMSD), con sede en Inglaterra. Esta filial era la distribuidora de los productos de APSA en el Reino Unido.

Nueve años después, en agosto de 2001, OB promovió una demanda por daños contra APMSD fundada en el art. 2 de la Ley de Protección al Consumidor de 1987 (*Consumer Protection Act 1987*), alegando que el producto era defectuoso y que le había causado daño cerebral. En su defensa, APMSD señaló que no era el fabricante, sino simplemente el distribuidor del producto.

En razón de esto, en octubre de 2002 OB inició otra demanda contra APSA, con los mismos fundamentos. APSA invocó la prescripción de la acción de resarcimiento, con base en el art. 11, inc. 3 de la Ley de 1980 sobre Prescripción (*Limitation Act 1980*) y el art. 11 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas del 25 de julio de 1985 sobre la armonización de leyes, normativas y disposiciones administrativas de los Estados Miembros sobre responsabilidad por productos defectuosos, afirmando que habían transcurrido más de diez años desde que el producto se había puesto en circulación, lo que no había sucedido

con posterioridad al 22 de septiembre de 1992. En líneas generales, el art. 11 de la Directiva dispone que existe un plazo límite de diez años para iniciar una acción de resarcimiento contra el fabricante de un producto.

OB solicitó entonces, en el caso contra APMSD, un cambio de carátula a fin de reemplazar a la parte demandada, APMSD, por APSA, fundándose en el art. 35(5)(b) y (6)(a) de la Ley sobre Prescripción, y en la norma 19.5(3)(a) de las *Civil Procedure Rules* de 1998. En estas circunstancias, APSA respondió sosteniendo que, en la medida en que el derecho inglés permitía tal sustitución luego de producida la prescripción de la acción, resultaba incompatible con el art. 11 de la Directiva. La *High Court* sometió el caso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que examinara en forma preliminar la causa, el que sostuvo que cuando se inicia una acción contra una compañía considerada erróneamente como fabricante de un producto, corresponde al derecho nacional determinar bajo qué condiciones puede sustituirse una parte por otra en el contexto de esa causa. Con esto, la *High Court* hizo lugar a la petición de OB de sustituir APMSD por APSA como parte demandada, sobre la base de que el actor había demandado a APMSD por error. APSA interpuso un recurso contra esta decisión, el cual fue rechazado por la *Court of Appeal*, pero posteriormente admitido en la Cámara de los Loes.

Según el Comité de Apelación de esa cámara, era claro que el Tribunal de Justicia había querido establecer en su examen preliminar que, en algunas circunstancias, el derecho procesal nacional puede razonablemente considerar los juicios en los que resulta evidente que han sido entablados contra el fabricante, pero en los que se empleó otro nombre por error, como acciones interpuestas contra el fabricante. La mayoría de dicho comité consideró que este era el criterio apropiado para aplicar en las circunstancias del presente caso y que, por lo tanto, correspondía desestimar la apelación. Sin embargo, ante la falta de unanimidad a este respecto, la Cámara de los Loes remitió por segunda vez la causa al tribunal de Luxemburgo.

La devolución que hizo esta vez el Tribunal de Justicia sobre la interpretación del art. 11 de la Directiva no siguió la línea de interpretación de su sentencia anterior, pero fue determinante: una vez transcurridos diez años desde el momento en que un fabricante ha puesto un producto en circulación, aquel no puede ser demandado, a menos que el juicio se haya iniciado antes del vencimiento de dicho plazo de prescripción, aun cuando la omisión de haber demandado oportunamente al fabricante haya sido fruto de algún error cometido por el actor. En consecuencia, el fabricante no puede reemplazar al distribuidor como parte demandada después del vencimiento de dicho plazo.

Con esta conclusión, el actor no podía seguir fundando su petición de cambio de carátula en el art. 35 de la Ley sobre Prescripción. Sin embargo, sostuvo que el fallo del Tribunal de Justicia ofrecía otro fundamento diferente sobre el cual podía basar el cambio que solicitaba: que en los juicios contra una filial que fuese enteramente de propiedad de la empresa fabricante promovidos dentro del plazo de diez años, la filial puede ser sustituida por el fabricante si el tribunal nacional competente llega a la conclusión de que la decisión de poner en circulación el producto en cuestión fue, de hecho, del fabricante. Frente a esto, APSA afirmó que el pasaje en cuestión de la sentencia del Tribunal de Justicia debía ser interpretado en el contexto del fallo considerado en su conjunto, y que una interpretación más precisa no haría lugar a la sustitución en este caso. Por lo tanto, el conflicto entre las partes reside ahora en la interpretación de ese fragmento de la sentencia del Tribunal de Justicia.

**2. Sentencia:** se hace lugar al recurso interpuesto por APSA y se anula el párrafo 1 de la orden de la *High Court* que sustituye a la parte demandada, APMSD, por APSA en el presente juicio.

Nada sugiere que el Tribunal de Justicia, al brindar una orientación adicional vinculada a la correcta interpretación del art. 11 de la Directiva, haya querido apartarse del criterio principal que había adoptado previamente en su sentencia, a saber, que el art. 11 impide la aplicación de la legislación nacional en la medida en que permita demandar a un fabricante luego del vencimiento del plazo de prescripción de diez años en procesos iniciados dentro de ese plazo contra otra persona.

En su afán de ofrecer esta orientación adicional, el Tribunal de Justicia estaba siguiendo el dictamen del Procurador General, quien había considerado cómo debía aplicarse el art. 11 en un caso como el presente, en el cual APSA había transferido el producto a un distribuidor, APMSD, una filial enteramente de propiedad de la empresa fabricante. El Procurador se había remitido al fallo que el Tribunal de Justicia había dictado en oportunidad de la primera remisión de la causa, en el que se había sostenido que “un producto es puesto en circulación cuando sale del proceso productivo a cargo del fabricante y entra en el proceso de comercialización, habiendo adoptado la forma en que se ofrece al público para ser usado o consumido”. A este respecto, por lo general no es relevante que el producto sea vendido directamente al consumidor por el fabricante o que la venta se lleve a cabo como parte de un proceso de distribución que involucre a uno o más operadores. Pero cuando uno de los eslabones en la cadena de distribución está estrechamente relacionado con el fabricante, por ejemplo en el caso de una filial enteramente de propiedad de este último, es necesario establecer si, en razón de tal vínculo, esa entidad participa de hecho en el proceso productivo: en otras palabras, si la relación entre el fabricante y la otra entidad es tan cercana que el concepto de fabricante incluye a la segunda y el transporte del producto de una entidad a otra no equivale a ponerlo en circulación. El Tribunal de Justicia rechazó todo criterio basado en la relación jurídica formal existente entre la empresa fabricante matriz y la distribuidora subsidiaria, e hizo particular hincapié en la irrelevancia de que fabricante y distribuidor sean personas jurídicas distintas. El tribunal nacional –sostuvo– debe examinar todo tipo de vínculo existente entre ambas empresas y, sobre ese fundamento, decidir si se hallan tan estrechamente vinculadas que, a los fines del art. 11 de la Directiva, el concepto de fabricante (APSA) incluye a la distribuidora (APMSD). En tal caso, aun el traslado del producto de una empresa a otra no significa que haya salido del proceso productivo a cargo del fabricante; es decir, el producto no [necesariamente] se pone en circulación al pasar a manos del distribuidor. Obviamente, la preocupación del tribunal europeo se centraba en que, al menos en lo que hace a productos de larga vida, para el momento en que el distribuidor eventualmente los colocase en el mercado, ya podría haber transcurrido una parte significativa del plazo de prescripción de diez años estipulado para interponer demandas contra el fabricante, lo que perturbaría el equilibrio entre los intereses del productor y del consumidor que procura mantener la Directiva.

El Procurador General utilizó esta parte del análisis del Tribunal de Justicia para mostrar cuándo una filial distribuidora podía estar tan estrechamente vinculada con la empresa fabricante que ambas pudieran, en efecto, ser consideradas como una única compañía a los fines del art. 11 de la Directiva. De esta manera, demandar a la filial equivaldría a demandar a la empresa matriz. Concretamente, si esa fuera la postura en este caso, al demandar a APMSD dentro del plazo de prescripción de diez años, el actor también habría demandado oportunamente a APSA. Así, el límite de tiempo impuesto por el art. 11 no plantearía un obstáculo y el demandante podría solicitar el cambio de carátula y sustituir APMSD por APSA como parte demandada en el presente juicio.

Esta categorización –a ser determinada por los tribunales nacionales– del distribuidor del producto como su fabricante no solo da lugar a que el distribuidor responda por los daños causados por un defecto en el producto, sino también a que el plazo de prescripción de diez años para accionar contra el fabricante en cuyo proceso productivo participa el distribuidor no empiece a correr hasta el momento en que este último pone el producto en circulación. En ese caso, las demandas entabladas contra el distribuidor interrumpirán el correr del plazo estipulado en el art. 11 de la Directiva también para el fabricante de cuyo proceso de producción el distribuidor es parte.

Es con este contexto en mente que el Tribunal de Justicia, en su segunda sentencia, agregó ciertos párrafos con el propósito de ofrecer una orientación adicional al juez. A esos efectos, señaló así que era el tribunal nacional el que debía determinar si la empresa fabricante, APSA, tenía control sobre APMSD y decidía cuándo se ponía en circulación el producto. La circunstancia de que APMSD fuese una filial enteramente de propiedad de la empresa fabricante era meramente un factor –de ninguna manera decisivo– a ser considerado por el tribunal nacional al momento de determinar en qué grado la filial participaba en las actividades productivas de la empresa matriz. Era necesario tener en cuenta todas las circunstancias del caso para determinar si APSA en realidad ocupaba una posición en su relación con el distribuidor que le permitía decidir cuándo el producto debía ser distribuido, en cuyo caso APMSD sería parte integrante del proceso productivo y podría estimarse que estaba bajo un tipo de supervisión tan directa de APSA que los juicios promovidos contra APMSD podrían razonablemente considerarse promovidos contra la compañía matriz, APSA. De ahí que si tal fuera el caso, la filial podría ser sustituida en la carátula por la empresa fabricante.

**Notas del Instituto:** 1) cabe recordar que la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional el que debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia, la cual vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un caso similar; 2) puede verse el texto en español de la sentencia del Tribunal de Justicia del 9-2-2006 en este caso (asunto C-127/04) en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0127:ES:PDF>>; 3) en relación con los derechos del consumidor, en Estados Unidos, v. Lyndsey Layton, “Consumer Product Safety Commission to launch public database of complaints”, en *The Washington Post*, 10-1-2011, que describe la difusión de las quejas acumuladas por productos defectuosos que realizará la *Consumer Product Safety Commission* (<<http://www.cpsc.gov/>>) a partir de marzo.

**SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO**, sentencia del 26-5-2010, *OB (by his mother and litigation friend) (FC) v. Aventis Pasteur SA*, en <[http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2009\\_0152\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0152_Judgment.pdf)>.

< \* >

**CRÍMENES DE GUERRA.** RESPONSABILIDAD POR LA PROVISIÓN DE ARMAS QUÍMICAS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – PAÍSES BAJOS).

**1. Antecedentes del caso:** entre abril de 1984 y agosto de 1988, el comerciante holandés Frans Van Anraat fue el único proveedor del gobierno iraquí de más de 1100 toneladas métricas de tiodiglicol, producto químico utilizado para elaborar lo que comúnmente se conoce como

gas mostaza. Este gas fue utilizado por las fuerzas armadas iraquíes en la guerra contra Irán (1980-1988) y en los ataques contra la población kurda del norte de Iraq. Uno de esos ataques, perpetrado en marzo de 1988 contra la ciudad de Halabja, dejó un saldo de miles de civiles muertos y de otros tantos heridos. Saddam Hussein y Ali Hassan Abd al-Majid al-Tikriti, alias “Alí el Químico”, Secretario General del Partido Ba’ath en el norte de Iraq, fueron luego considerados los principales responsables de ese ataque.

Van Anraat fue juzgado en Holanda por haber violado el derecho internacional al haber suministrado a Iraq productos químicos (entre ellos, el tiodiglicol), y materiales y asesoramiento para fabricar armas químicas. Los delitos que se le imputaron están tipificados en varias normas internas holandesas, tales como el art. 8 de la Ley de Crímenes de Guerra.

La Cámara de Apelaciones de Holanda lo declaró cómplice de la comisión de los crímenes de guerra prohibidos por la mencionada norma, es decir, de las violaciones a las “leyes y costumbres de la guerra” cometidas por Saddam Hussein, Ali Hassan al-Majid al-Tikriti y otro/otros, en: a) un conflicto internacional o no, en lo que respecta a los ataques con gas perpetrados contra la población kurda del norte de Iraq, en Halabja y en otros sitios, y b) un conflicto internacional, con relación a los ataques con gas perpetrados en Irán y en las zonas limítrofes entre este país e Iraq. La Cámara definió las “leyes y costumbres de la guerra” como las disposiciones de derecho internacional consuetudinario que prohíben, en particular, usar armas químicas, veneno o armas venenosas, gases asfixiantes o venenosos, infligir sufrimientos innecesarios y perpetrar ataques contra civiles y combatientes indiscriminadamente. Se fundó en el Protocolo de Ginebra de 1925 relativo a la prohibición de emplear gases en la guerra, y en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, para condenar a Van Anraat a diecisiete años de prisión.

Este, entonces, interpuso un recurso de apelación que la Corte Suprema holandesa desestimó. Al responder al dictamen del Procurador General ante el Alto Tribunal, Van Anraat agregó un nuevo argumento, a saber, que Saddam Hussein y Ali Hassan al-Majid al-Tikriti gozaban de inmunidad por ser miembros del gobierno de un Estado soberano y que, al encontrarse estos fuera del ámbito de jurisdicción de los tribunales holandeses, él no debería haber sido juzgado como cómplice. El 30 de junio de 2009, la Corte Suprema rechazó la pretensión de Van Anraat.

Este interpuso entonces un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos alegando que la Corte Suprema de Holanda había violado el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) (derecho a una audiencia justa) al no haber respondido a su pretensión de que Saddam Hussein y Ali Hassan al-Majid al-Tikriti estaban fuera del ámbito de jurisdicción de los tribunales holandeses y que, por lo tanto, estos no deberían haberlo juzgado como cómplice. Asimismo, denunció una violación de los arts. 6 ó 7 (principio de legalidad) de la Convención, por cuanto el art. 8 de la Ley holandesa de Crímenes de Guerra, al referirse al derecho internacional, no definía con suficiente precisión los actos que incriminaba (*lex certa*).

**2. Sentencia:** el recurso es inadmisibile por estar manifiestamente mal fundado.

### 2.1. Art. 6. Competencia de los tribunales holandeses

Van Anraat no incluyó en su apelación el argumento relativo a la inmunidad, sino que lo articuló por primera vez al responder el dictamen del Procurador General, antes de que la

Corte Suprema se pronunciara. El respeto al carácter contradictorio de un procedimiento no exige autorizar al demandado a formular nuevas pretensiones que no tienen incidencia alguna en los puntos incluidos en el dictamen del Procurador. En este caso, Van Anraat presentó un argumento totalmente novedoso en la última etapa de las actuaciones, que el art. 6.1 no obliga a la Corte Suprema holandesa a responder. Por otra parte, si Van Anraat tenía la intención de solicitar a dicho tribunal que reconsiderara o perfeccionara su jurisprudencia, nada le impedía plantear esa cuestión con anterioridad.

## 2.2. Art. 7. Seguridad jurídica

El recurrente alegó que la Corte Suprema holandesa no debería haber resuelto que la imprecisión (*vagueness*) del art. 8 era “inevitable”, que “costumbres de la guerra” era una expresión excesivamente general e imprecisa, ni que el Protocolo de Ginebra de 1925 no reflejaba la realidad de la guerra contemporánea.

También argumentó que el uso del gas mostaza como arma de guerra por parte de Iraq no podía considerarse moral ni legalmente diferente a la utilización del napalm (arma incendiaria) por parte de los Estados Unidos durante la Guerra de Vietnam y que, por otra parte, el uso del gas mostaza carecía de la trascendencia que tiene la posesión de armas nucleares por parte de un pequeño número de Estados y su utilización en 1945. Afirmó que no se podía esperar que él supiera, durante la guerra entre Irán e Iraq, que sus actividades comerciales eran ilegales.

Las armas incendiarias y nucleares están sujetas a regímenes jurídicos diferentes que no resultan aplicables en este caso. Por ello, la comparación que Van Anraat hace entre el gas mostaza, el napalm y las armas nucleares resulta irrelevante. Solo corresponde establecer aquí si el recurrente es culpable de un “delito penal” por la realización de actos que constituían “delitos penales en términos del derecho nacional o internacional” en el momento en que fueron cometidos.

Cuando el recurrente proveyó tioglicol al gobierno iraquí, existía una norma del derecho internacional consuetudinario que prohibía usar gas mostaza como arma de guerra en los conflictos internacionales. No había duda sobre la naturaleza criminal del uso de ese gas, contra un enemigo en un conflicto internacional o contra la población civil en las zonas limítrofes afectadas por un conflicto internacional. Por lo tanto, el recurrente razonablemente pudo conocer el estado del derecho y, en caso de necesidad, haber buscado un asesoramiento adecuado.

**Notas del Instituto:** 1) las sentencias de primera instancia y de cámara pueden encontrarse en <<http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/6/892.html>>. La decisión de la Suprema Corte solo se puede consultar, en ese mismo sitio, en holandés; 2) en relación con la sentencia de la Suprema Corte de Holanda, v. Marten Zwanenburg y Guido den Dekker, “Prosecutor v. Frans van Anraat”, en *American Journal of International Law*, vol. 104, N° 1, 2010, pp. 86/94; 3) en junio de 2009, la Suprema Corte de Dinamarca resolvió la apelación que Van Anraat había interpuesto contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de mayo de 2007, confirmatoria de la condena que se le había impuesto por el delito de complicidad en la comisión de crímenes de guerra; 4) en enero de 2010, Ali Hassan al-Majid fue ejecutado en Iraq por haber ordenado el ataque a Hajabla; 4) en relación con este tema, v. Harmen van der Wilt, “Genocide v. War Crimes in the *Van Anraat Appeal*”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6 (3), pp. 557/567; 5) asimismo, “Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal”, en “Informe sobre la Responsabilidad Legal del Panel de Expertos de la Comisión de Juristas sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales”, Derecho Penal y

Crímenes Internacionales, vol. 2, en *Relaciones Internacionales*, N° 11, junio 2009, GERI-UAM, en <[http://relacionesinternacionales.info/ojs/index.php?journal=Relaciones\\_Internacionales&page=article&op=view&path%5B%5D=162&path%5B%5D=148](http://relacionesinternacionales.info/ojs/index.php?journal=Relaciones_Internacionales&page=article&op=view&path%5B%5D=162&path%5B%5D=148)>; 6) también, Harmen van der Wilt, “Genocide *v.* War Crimen in the *Van Anraat Appeal*”, en *Oxford Journal of International Criminal Justice*, 2008, vol. 6, pp 557/567; v. Gulassekaram, Pratheepan, “‘The People’ of the Second Amendment: Citizenship and the right to bear arms”, en *New York University Law Review*, vol. 85, n° 5, pp. 1521/1580.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 20-7-2010, *Van Anraat c. Países Bajos* en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=871464&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

< \* >

**DEBIDO PROCESO. DERECHO A LA LIBERTAD. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** RESPONSABILIDAD POR LA CONDUCCIÓN DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES (CANADÁ).

**1. Antecedentes del caso:** en el año 2002 las fuerzas armadas estadounidenses detuvieron en Guantánamo al ciudadano canadiense K, quien aún era menor de edad. Un año después, los agentes de los servicios de inteligencia canadienses CSIS y DFAIT lo interrogaron en relación con las imputaciones que se le hacían, y el resultado de tales entrevistas fue posteriormente comunicado a las autoridades estadounidenses.

En 2004, K fue acusado de la comisión de crímenes de guerra, pero el juicio todavía está pendiente. Ese mismo año, un funcionario de la DFAIT volvió a interrogarlo sabiendo que, a fin de disminuir su resistencia a los interrogatorios, las autoridades estadounidenses lo habían sometido a una técnica de privación del sueño conocida como “programa del viajero frecuente”.

En el caso *Khadr v. Canada* de 2008 (“Khadr 2008”), esta Corte sostuvo que el régimen imperante en Guantánamo constituía una clara violación de las obligaciones internacionales asumidas por Canadá en materia de derechos humanos y, en virtud de lo dispuesto por el art. 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta), ordenó al gobierno canadiense que diera a conocer a K la transcripción de las entrevistas que había mantenido con CSIS y DFAIT, orden que fue cumplimentada.

K solicitó reiteradamente al gobierno canadiense que pidiera su repatriación, pero el Primer Ministro decidió no acceder a este pedido. Entonces, K pidió a la Corte Federal la revisión judicial de esa decisión administrativa a la que reputaba violatoria de sus derechos garantizados por el art. 7 de la Carta. Dicha Corte entendió que, en las particulares circunstancias de este caso, Canadá tenía el deber de brindar a K las garantías acordadas en la mencionada cláusula de la Carta, y ordenó al gobierno que solicitara su repatriación. La Corte Federal de Apelaciones confirmó esa orden, pero sostuvo que la violación del art. 7 se había producido al interrogar a K en el año 2004, a sabiendas de que había sido sometido al “programa del viajero frecuente”. Entonces, el gobierno interpuso un recurso ante la Suprema Corte de Canadá.

## 2. Sentencia: se hace lugar parcialmente a la apelación interpuesta.

Canadá ha participado activamente en un proceso que violenta sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y ha contribuido a la actual detención de K, privándolo de su derecho a la libertad y a la seguridad personal que el art. 7 de la Carta le garantiza, contraviniendo los principios de la justicia fundamental. Si bien K ya no está sujeto al mismo proceso considerado en *Khadr 2008*, lo cierto es que su pretensión está basada en la misma sucesión de eventos. Tal como esta Corte decidió en dicho caso, la Carta resulta aplicable a la participación de los funcionarios canadienses en un programa que luego es reputado violatorio de los derechos fundamentales amparados por el derecho internacional.

La participación del gobierno en el proceso ilegal y la privación de la libertad y de la seguridad personal de K están suficientemente vinculadas. En efecto, si bien los Estados Unidos son quienes dieron origen a tal privación, de la prueba no controvertida producida ante esta Corte es razonable inferir que las declaraciones obtenidas por los funcionarios canadienses contribuyeron a que la detención de K se prolongara. La privación de su libertad personal y de su seguridad no se compadece con los principios de la justicia fundamental. Interrogar a un menor detenido sin posibilitarle el acceso a un abogado con el objeto de obtener de él declaraciones relativas a graves imputaciones penales formuladas en su contra, a sabiendas de que ha estado sometido a la privación del sueño y de que el resultado de los interrogatorios será transmitido a sus acusadores, violenta los estándares canadienses más básicos en materia de tratamiento de menores sospechosos detenidos.

En virtud de lo dispuesto por el art. 24(1) de la Carta, K tiene derecho a un recurso. El remedio que solicita -que Canadá pida su repatriación- está suficientemente vinculado con las violaciones de la Carta ocurridas en los años 2003 y en 2004 porque el efecto de las mismas se proyecta hasta el presente y a las posibles repercusiones que tendrán en el juicio a que posteriormente se someta a K. Si bien el gobierno debe tener discrecionalidad para decidir la forma en que cumple con sus obligaciones relativas a la conducción de las relaciones exteriores en ejercicio de su prerrogativa real, lo cierto es que no está exento del control constitucional de sus acciones. Los tribunales tienen la competencia y el deber de determinar si existe la prerrogativa real invocada por el Gobierno y si el ejercicio de la misma infringe la Carta u otras normas constitucionales, y, si es necesario, de dar una orientación específica al Poder Ejecutivo. En este caso, el juez de primera instancia incurrió en error al ordenar al gobierno que solicitara la repatriación de K, dadas las atribuciones constitucionales que el Poder Ejecutivo tiene para tomar decisiones en materia de relaciones exteriores y el estado no concluyente del trámite del proceso. Corresponde aquí declarar que los derechos que la Carta garantiza a K han sido violados, y dejar que el gobierno decida, a la luz de la información actual, cuál es la mejor manera de hacer frente a la responsabilidad que tiene en relación con las relaciones internacionales y la Carta.

**Notas del Instituto:** 1) a la sentencia que la Suprema Corte de Canadá dictó el 23-5-2008 se puede acceder en <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2008/2008scc29/2008scc29.html>; 2) el art. 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades dice: “*Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*”, en [http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html#anchorbo-ga:l\\_I-gb:s\\_7](http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html#anchorbo-ga:l_I-gb:s_7); 3) “justicia fundamental” (*fundamental justice*) es una expresión usada en el derecho administrativo canadiense que engloba a todos los derechos procesales básicos acordados a cualquier persona que se enfrenta a un proceso adjudicativo o a un proceso que afecte derechos

fundamentales. A partir de la decisión que la Suprema Corte de Canadá adoptó, en 1985, en el caso *In Re B.C. Motor Vehicle Act* (17-12-1985, en <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-486/1985scr2-486.html>>), el significado de esta expresión usada en el art. 7 de la Carta se ha ampliado mucho y actualmente comprende mucho más que garantías meramente procesales; 4) las prerrogativas reales tienen su origen en el derecho británico (v. Lucinda Maer y Oonagh Gay, “*The Royal Prerogative*”, House of Commons Library, Parliament and Constitution Centre, 30-12-2009, en <<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-03861.pdf>>).

**SUPREMA CORTE DE CANADÁ**, sentencia del 29-1-2010, *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, en <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2010/2010scc3/2010scc3.html>>.

< \* >

## **DERECHO A LA EDUCACIÓN. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** ALCANCE (REINO UNIDO).

**1. Antecedentes del caso:** A es un hombre que actualmente tiene 21 años de edad, autista, epiléptico y tiene serias dificultades de aprendizaje, razón por la que cuando era niño asistió a una escuela de educación especial. En el año 2001, cuando tenía doce años, los maestros de su colegio manifestaron que su comportamiento les preocupaba y que no tenían posibilidades de lidiar con ese problema, dado que A se lastimaba a sí mismo, regularmente sufría ataques de epilepsia a pesar de estar medicado, sufría doble incontinencia, carecía de la noción de peligro y requería una constante supervisión. En enero de 2002, invocaron razones de salud y seguridad para solicitar a sus padres que no continuaran llevándolo a esa escuela. Entonces, se dispuso que a A se le hiciera una urgente evaluación médica domiciliaria, pero esta diligencia se fue postergando. Mientras tanto, el colegio enviaba al domicilio de A trabajos y actividades para que hiciera allí con sus padres, y semanalmente le brindaba algunas sesiones de fonoaudiología. Ni el consejo escolar ni el colegio tuvieron posibilidades de enviarle a domicilio un tutor capacitado para satisfacer sus necesidades. La evaluación finalmente se realizó en septiembre de 2002 y en base a sus conclusiones, se recomendó que A ingresara a un colegio residencial especializado en el tratamiento de problemas serios de comportamiento. Entre octubre y diciembre de ese año, el consejo escolar escribió a varias escuelas buscando infructuosamente una vacante para A. Mientras tanto, la condición de este seguía deteriorándose. Finalmente, a fines de julio de 2003, surgió la vacante requerida. A partir del momento de su ingreso a la institución residencial, la salud y comportamiento de A comenzaron a mejorar y, desde entonces, recibe una educación apropiada. En el verano de 2008, A dejó el colegio y desde entonces vive en un instituto terapéutico.

Fundándose en que el art. 2 del Primer Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos (Protocolo) –convención traspuesta al derecho británico mediante la *Human Rights Act 1998*– garantiza el derecho a la educación, A promovió una acción de daños y perjuicios contra el consejo escolar del condado de Essex alegando que entre enero de 2002 y julio de 2003, dicha institución había violado su derecho a la educación. La *High Court* y la *Court of Appeal* decidieron que el caso de A no tenía una posibilidad realista de prosperar, debía ser desestimado y que, en consecuencia, A no podría intentar probar su pretensión en un proceso ordinario. Entonces, A interpuso un recurso ante la Suprema Corte del Reino Unido.

**2. Sentencia:** se desestima la apelación.

Este caso plantea una importante cuestión constitucional: ¿impone el art. 2 del Protocolo a los Estados una obligación mínima de brindar a un niño una educación efectiva que tenga en cuenta sus necesidades especiales, sin tomar en cuenta las exigencias económicas que ello implique? A afirma que sí y que esto impone a Inglaterra y Gales una obligación de derecho público. Alega que durante dieciocho meses este derecho le fue desconocido porque no se satisficieron sus necesidades especiales. Por otra parte, afirma que el mencionado artículo del Protocolo le daba derecho a haber accedido, durante los dieciocho meses, a las prestaciones que estuvieran disponibles aun cuando no fueran adecuadas para él, y que este derecho le fue desconocido.

No puede afirmarse que el art. 2 del Protocolo brinde al apelante un derecho absoluto a haber recibido una educación que satisficiera sus necesidades especiales durante los dieciocho meses. No puede autorizarse la apertura a prueba fundada en este argumento.

El tiempo que transcurrió hasta que el Estado encontró un colegio que satisficiera estas necesidades es atribuible a la limitación de recursos y, aun cuando en parte sea producto de ineficiencias administrativas, no da lugar a una violación al art. 2 del Protocolo.

**SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO**, sentencia del 14-7-2010, *A v. Essex County Council*, en <[http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2009\\_0065\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0065_Judgment.pdf)>.

< \* >

**DERECHO A LA EDUCACIÓN. UNIVERSIDADES. UNIVERSIDADES PRIVADAS. ARANCELES. SANCIONES IMPUESTAS POR FALTA DE PAGO DEL ARANCEL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (PERÚ).**

**1. Antecedentes del caso:** Flavio Roberto Jhon Lojas interpuso demanda de amparo contra la Universidad Inca Garcilaso de la Vega solicitando que se le permita ingresar a la Facultad de Derecho sin restricción alguna durante la época de exámenes parciales y finales, rendir todo tipo de evaluaciones y exposiciones sin necesidad de estar al día con su pago, sin perjuicio de que, para matricularse en el ciclo subsiguiente, se le exija el pago de la deuda con los intereses y moras que correspondan. Manifestó que resultaba desproporcionado e irregular que ante la demora en el pago se le impusieran sanciones tan drásticas como las que había recibido, que le habían impedido aprobar los cursos en que se había matriculado y, por consiguiente, le exigían volver a matricularse en los mismos y pagar nuevamente por ellos. Agregó que lo proporcional y razonable hubiera sido retenerle su certificado de estudios o, en su defecto, impedirle la inscripción en el ciclo subsiguiente hasta la cancelación de su deuda. Asimismo, denunció que si bien la Universidad no persigue fines de lucro, lo cierto es que tiene superávit financiero y brinda un servicio público, pero perjudica a sus alumnos de menores recursos. Juzgó, por ello, vulnerado su derecho a la educación.

El juzgado de primera instancia declaró fundada la demanda porque consideró que pese a que el actor había cancelado lo adeudado más el recargo por mora, la Universidad le había

impedido el ingreso; que resultaba de aplicación en este caso la excepción de incumplimiento invocada por la Universidad (art. 1426 del Cód. Civil), pues las prestaciones no se cumplen instantáneamente, y también el art. 2 de la Ley N° 27665 de Protección a la Economía Familiar, toda vez que la evaluación de los alumnos en ningún caso puede estar supeditada a que estén al día con los pagos.

**2. Sentencia:** durante el transcurso de este proceso constitucional, Jhon Lojas culminó los doce meses académicos en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, lo que ha producido la sustracción de la materia por haber devenido el agravio abstracto, conforme a lo establecido en el art. 5, inc. 5 del Código Procesal Constitucional (Cod. Proc. Const). En consecuencia, corresponde declarar improcedente la demanda. No obstante, la Universidad Inca Garcilazo de la Vega debe tener en cuenta los conceptos en relación con el derecho a la educación, a efectos de no volver a incurrir en una vulneración de este derecho fundamental.

De estos autos surge que si bien el contrato celebrado entre Jhon Lojas y la Universidad prevé prestaciones recíprocas, no por ello se puede atribuir a la presente controversia una naturaleza civil o contractual que deba ser resuelta al amparo de las normas de derecho privado, en la medida que el servicio brindado por la Universidad es considerado un servicio público, el cual atiende a la prestación de un específico derecho social fundamental, como el derecho a la educación. Lo que cabe determinar es si, al amparo de la facultad que tiene la Universidad para efectivizar el cumplimiento de la obligación contractual asumida por el recurrente de pagar mensualmente el arancel de estudios correspondiente, puede restringir el derecho iusfundamental a la educación del demandante al impedirle rendir sus exámenes y poder concluir satisfactoriamente su ciclo de estudios.

En este marco, es de especial preocupación la prestación que las empresas privadas brindan hoy de servicios considerados esenciales que atienden necesidades básicas de la población, calificadas por la Constitución como derechos fundamentales, como es el caso de la salud, la educación y las pensiones de cesantía.

En este sentido, la eficacia frente a los particulares no se proyecta solo al ámbito de los clásicos derechos civiles y políticos, como el honor, la asociación o el debido proceso, sino que encuentra un particular terreno de desenvolvimiento en los denominados derechos económicos, sociales y culturales o derechos de segunda generación.

A efectos de resolver la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el art. 5, inc. 1 del Cód. Proc. Const., esto es, con el objeto de determinar la naturaleza constitucional de la presente controversia, es necesario resaltar que en el presente caso la prestación o bien jurídico involucrado es el derecho a la educación superior del demandante, una específica e importante dimensión como es la continuidad en la prestación educativa, libre de intervenciones arbitrarias o irrazonables.

Este Tribunal ha establecido que la educación posee un carácter binario en razón de que no solo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones firmes del Estado, de ejecución por el propio Estado o por terceros bajo fiscalización estatal y que, indudablemente, constituye un elemento esencial en el libre desarrollo de la persona, un bien de trascendental importancia en la función social del Estado recogido en los arts. 13 y 14 de la Carta Magna y que se vincula directamente con el fortalecimiento del sistema democrático y con el desarrollo económico y social del país.

Así pues, de conformidad con el art. 13 de la Ley Fundamental, la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, mientras que de acuerdo con el art. 14, promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte y prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad por el Estado, que se encuentra obligado a garantizar la continuidad del servicio y brindar un acceso efectivo para todos los habitantes del territorio nacional, en especial, los de menores recursos.

El art. 18 de la Constitución ha indicado que a la universidad le corresponde realizar el servicio público de la educación mediante la investigación, la docencia y el estudio, teniendo como funciones, entre otras, las de creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como las de difusión, valoración y transferencia del conocimiento para lograr una mayor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo.

En este marco, este Tribunal ya ha señalado que el derecho fundamental a la educación universitaria no solo garantiza, entre otros, el derecho de acceso a la universidad en condiciones de igualdad (previo cumplimiento de los requisitos que razonablemente se impongan al respecto), sino también el derecho a permanecer en ella libre de limitaciones arbitrarias mientras se desarrolle el estudio y la actividad de investigación, e incluso el derecho a la obtención del respectivo título universitario una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes.

En el presente caso, el núcleo del problema constitucional planteado radica en determinar si la interrupción de los estudios del demandante como medio para lograr el pago de la prestación educativa constituye una interrupción razonable de la permanencia del demandante en la universidad o si, por el contrario, deviene en una limitación arbitraria y desproporcionada y, por tanto, ilegítima por parte de la entidad emplazada. En un sentido general, puede decirse que la educación del estudiante universitario debe ser garantizada en cuanto a su continuidad, pues es obligación del Estado proveer el servicio de modo continuo. En el caso de que el servicio educativo sea brindado por particulares, dicha obligación adquiere un matiz distinto, pues su prestación está ligada a un contrato de naturaleza privada donde el centro educativo –en este caso, la universidad– se obliga a brindar el servicio a cambio de una contraprestación económica. En este contexto, es necesario tener en cuenta que si bien la universidad privada lleva a cabo una actividad calificada como servicio público que se orienta a la satisfacción de un derecho fundamental, no por ello dicha actividad deja de tener o pierde su cualidad primordial de actividad empresarial, garantizada por la libertad de gestión y empresa que todo ente privado de este carácter ostenta. En dicha línea, es preciso tener presente que cuando se aborda un problema de este tipo no solo debe considerarse el carácter de derecho fundamental que ostenta el servicio educativo, sino que es preciso atender también al legítimo derecho de la entidad educativa privada de requerir la contraprestación dineraria correspondiente. Así lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana, la que ha manifestado que la vocación de empresa orientada a la prestación de un servicio público, que cumple una función social y que materializa un derecho fundamental, impone que la realización de estas altas finalidades no se logre a costa del sacrificio de las legítimas expectativas de los establecimientos educativos particulares, pues están amparados por la libertad de gestión y de empresa, que no puede desconocerse.

En este contexto de la preservación del mayor equilibrio posible entre la continuidad del servicio educativo sin discriminación de ningún tipo como parte del contenido esencial

del derecho a la educación y la potestad de la empresa privada de recibir la prestación dineraria a cambio, es importante tener en cuenta el principio de concordancia práctica que este Tribunal ha recogido permanentemente como principio orientador de la interpretación constitucional. De acuerdo con este, la solución brindada al caso debe optimizar en el mayor grado posible la virtualidad jurídica de los principios en juego, de modo que los derechos o principios constitucionales en conflicto mantengan, luego de la solución brindada, un determinado ámbito de vigencia.

Este Tribunal considera que, a efectos de verificar si en el presente caso ha existido una intervención irrazonable en el derecho fundamental a la educación, se debe recurrir a un examen de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, a la evaluación de la relación de proporción entre el grado de restricción del derecho afectado y el grado de satisfacción del bien constitucionalmente protegido. Bajo esta óptica, el impedimento de rendir los exámenes por la falta de pago del arancel universitario se presenta como una medida de intervención grave o severa en el derecho del estudiante a recibir de modo regular y continuo el servicio educativo. El hecho de no poder rendir los exámenes, sean estos parciales, de unidad o finales, deja al estudiante en tal desventaja que difícilmente pueda considerarse que va a superar satisfactoriamente el ciclo de estudios, con la consiguiente pérdida del tiempo invertido en los estudios adelantados, el registro desaprobatorio por las notas por causas no académicas y la interrupción del proceso de aprendizaje técnico y científico. Si a ello sumamos que según el reglamento de la universidad emplazada, también se impide al estudiante moroso el ingreso al campus universitario, ello representa en la práctica una interrupción abrupta del ciclo de estudios, que afecta gravemente la continuidad intrínseca al servicio educativo, garantizada como un contenido básico del derecho a la educación.

Frente a dicha afectación grave del derecho a la educación universitaria, en su dimensión de continuidad del servicio, el grado de protección o satisfacción de la libertad de empresa de la entidad universitaria demandada se refleja solo como leve, en el sentido de que la universidad no pierde el derecho ni una oportunidad adecuada para hacer efectivo el cobro de la contraprestación adecuada.

En este contexto, resulta inadmisibles el argumento de que la medida adoptada por la Universidad puede llegar a proteger considerablemente la libertad empresarial, ya que la continuidad del estudiante sin la contraprestación debida fomenta una cultura del “no pago” y deja en indefensión a la Universidad respecto al cobro de la deuda; y ello porque lo único que se está solicitando y que este Tribunal está evaluando es si el estudiante puede continuar estudiando y rindiendo sus exámenes a fin de superar el ciclo de estudios en curso. En dicha línea, la admisión de la pertenencia del estudiante moroso durante el ciclo no supuso el incumplimiento indefinido de su obligación contractual, sino que solo lo circunscribe a lo que dure el ciclo de estudios con el objeto de proteger la continuidad del servicio educativo. Es difícil pensar que esta solución fomente una economía de hacerlo en una universidad privada, sin pagar el arancel de modo regular, pues ello conduciría a la acumulación de una deuda de modo innecesario. Por otro lado, no se deja a la universidad en indefensión frente a su pretensión de cobrar lo adeudado, pues tendrá el derecho de hacerlo en la próxima matrícula, como condición indispensable para registrar al alumno en el ciclo siguiente.

No puede, por tanto, considerarse frente a lo precedentemente expuesto, que la medida de impedimento de la rendición de los exámenes al actor se presente como proporcionada y, por ende, legítima frente a la pretensión de la universidad de cobrar la contraprestación

adecuada por el servicio prestado. La importante valencia del bien jurídico-constitucional en juego, el cual resulta casi enteramente sacrificado en el presente caso merced a la medida impuesta, frente a una afectación solo leve de la actividad empresarial de la demanda así lo justifica. La solución brindada es posible en aras a la protección de los bienes constitucionales en juego, pues ni se permite una interrupción abrupta del ciclo regular de estudios ni se deja en indefensión a la universidad frente al cobro de lo adeudado.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ**, sentencia del 15-8-2010, Expte. N° 00607-2009-PA/TC, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00707-2009-AA.html>>.

< \* >

**DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **HOMOSEXUALES** (REINO UNIDO).

**1. Antecedentes del caso:** HJ y HT son hombres homosexuales provenientes de Irán y Camerún, respectivamente, que pidieron asilo en el Reino Unido alegando que si vuelven a sus países de origen se enfrentarían a un riesgo de persecución en razón de su orientación sexual, dado que en dichos Estados la realización voluntaria de actos homosexuales por parte de adultos está castigada con penas de cárcel o con la pena de muerte.

La Convención relativa al Estatus de los Refugiados, de la forma en que se aplica a través del Protocolo de 1967 (Convención), dispone que los miembros de un determinado grupo social, que pueden incluir a grupos definidos por una orientación sexual común, tienen derecho al asilo en los Estados Parte de la Convención si pueden establecer que se enfrentarían a un temor bien fundado de persecución si tuvieran que volver a sus países de origen.

La *Court of Appeal* encontró que si tenían que volver a sus países respectivos, HJ y HT ocultarían su orientación sexual a fin de evitar el riesgo de persecución. En consecuencia, no llamarían la atención de las autoridades y, por lo tanto, no estarían en riesgo de persecución. Por ende, ninguno de ellos tenía un “temor bien fundado de persecución” que les diera derecho a gozar de la protección de la Convención. Los Estados Parte de la Convención podían negarse a dar asilo a una persona homosexual que, en caso de tener que regresar a su país, negaría su identidad y ocultaría su orientación sexual a fin de evitar ser perseguida en la medida en que la situación de la persona homosexual pueda ser considerada “razonablemente tolerable”. Solamente cuando se considere que el sufrimiento que ella padecería excede este umbral, el peticionante tiene derecho a gozar de la protección de la Convención.

Entonces, HJ y HT apelaron ante la Suprema Corte del Reino Unido, alegando que el test de la “tolerabilidad razonable” (*reasonable tolerability*) adoptado por la *Court of Appeal* resulta incompatible con la Convención.

**2. Sentencia:** se hace lugar a la apelación interpuesta. El estándar de la “tolerabilidad razonable” aplicado por la *Court of Appeal* resulta contrario a la Convención y no debe seguirse en el futuro. Se devuelven las actuaciones para que sean reconsiderados a la luz de las pautas detalladas brindadas por esta Corte.

Resulta incuestionable que los homosexuales gozan de la protección de la Convención al estar la membresía del grupo definida por la inmutable característica de la sexualidad de sus miembros.

Obligar a una persona homosexual a fingir que su sexualidad no existe o a suprimir el comportamiento a través del cual esta se manifiesta es negarle su derecho fundamental a ser quien es. Los homosexuales tienen tanto derecho a la libertad de asociarse con otras personas de su misma orientación sexual como la gente heterosexual.

La Convención otorga el derecho de asilo a fin de impedir que una persona sufra persecución, la cual ha sido interpretada como la recepción de un trato como la muerte, la tortura o el encarcelamiento. Para que la Convención entre en juego, la persecución debe estar patrocinada o tolerada por el país de origen.

El simple trato discriminatorio fundado en la orientación sexual no da derecho a gozar de la protección de la Convención. Lo mismo sucede con el riesgo a padecer la desaprobación familiar o social, aun cuando esta se exprese mordazmente.

Uno de los objetivos fundamenales de la Convención es luchar contra la discriminación, y la Convención no permite, ni siquiera imagina, que los peticionantes sean obligados a retornar a sus países de origen “con la condición” (*on condition*) de que tomen las medidas necesarias para evitar ofender a sus perseguidores.

La persecución no deja de ser persecución a los fines de la Convención por la circunstancia de que las personas perseguidas puedan eliminar el daño mediante la adopción de medidas preventivas.

El test de la “tolerabilidad razonable” aplicado por la *Cour of Appeal* debe, en consecuencia, rechazarse.

Pueden existir casos en que el miedo a la persecución no sea la única razón por la que un peticionante oculta su orientación sexual; por ejemplo, también puede estar preocupado por una reacción adversa de la familia, familia o colegas. En esos supuestos, el peticionante tendrá derecho a gozar de protección si puede decirse que el miedo a la persecución es la razón fundamental del ocultamiento.

**SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO**, sentencia del 7-7-2010, caso *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, en <[http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC\\_2009\\_0054\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0054_Judgment.pdf)>.

< \* >

**DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN POR CASTAS. **IGUALDAD ANTE LA LEY. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN.** ORGANIZACIÓN SOCIAL. HOMICIDIOS DE HONOR (INDIA).

**1. Antecedentes del caso:** en julio de 1999, en un festival celebrado en un pueblo del estado indú de Tamil Nadu, hubo una práctica de *Jallikattu* (deporte comunitario ancestral de amansamiento de novillos) y se produjo una discusión en torno al modo de atar los animales.

El señor Arumugam Servai insultó al señor Panneerselvam diciéndole: “¡Eres un *pallapaya!* ¡Comes carne de vaca!”, tras lo cual tres personas lo golpearon con palos, hiriéndolo en el hombro izquierdo. Entonces, intervino el señor Mahamani, quien también fue atacado del mismo modo, padeciendo fractura de cabeza.

Los tribunales de primera y segunda instancia hicieron lugar a la denuncia presentada por la fiscalía contra los agresores. Estos recurrieron entonces ante la Suprema Corte de la India.

## 2. Sentencia: se rechaza el recurso interpuesto.

Los acusados pertenecen a la casta “servai”, una casta “atrasada” (“*backward caste*”), mientras que los denunciantes pertenecen a “*pallan*”, una casta “catalogada” (“*scheduled caste*”) de Tamil Nadu, esta última, denominación oficial de los grupos que tradicionalmente han tenido el estatus más bajo en la sociedad india, es decir, los intocables. Por otra parte, la palabra “*pallan*” suele utilizarse en sentido despectivo. Insultar a un miembro de una casta “catalogada” llamándolo “*pallan*” constituye un delito en virtud de lo dispuesto por el art. 3 (1) (x) de la *Scheduled Castes and Scheduled Tribes Act* de 1989 (Ley de Prevención de Atrocidades, en adelante, Ley), en los siguientes términos: “... Todo aquel que no siendo miembro de una Casta Catalogada o de una Tribu Catalogada intencionalmente insulte o intimide a un miembro de una Casta Catalogada o de una Tribu Catalogada, en cualquier lugar, a la vista del público, a fin de humillarlo... será castigado con una pena de entre 6 meses y 5 años, y una multa”.

Llamar a una persona “*pallapaya!*” es aun mucho más ofensivo. En el caso en examen, resulta obvio que esa palabra fue utilizada con intención de insultar, lo cual constituye un delito tipificado en la Ley.

En un país como la India —en donde existe una gran diversidad de religiones, castas, grupos étnicos y lingüísticos—, todas las comunidades y grupos deben ser tratados con respeto y nadie debería ser despreciado ni considerado inferior. Solamente así el país podrá mantenerse unido y fuerte.

En *Swaran Singh & Ors. vs. State thr’ Standing Counsel & Anr.* (2008), esta Corte señaló que, al interpretar el art. 3 (1) (x) de la Ley, es necesario tener en cuenta el propósito con que fue sancionada, a saber, prevenir ultrajes, humillaciones y hostigamientos a los miembros de las “castas catalogadas” y a las “tribus catalogadas”. En la era de la democracia y de la igualdad, ninguna comunidad debe ser insultada o despreciada y los sentimientos no deben ser heridos. Esto se compadece con las características básicas y el espíritu de la Constitución india.

Por otro lado, en el estado de Tamil Nadu existen cafeterías y restaurantes que utilizan dos tipos de vasos para servir el té y otras bebidas: uno para las personas pertenecientes a las “castas catalogadas” y otros para las demás. Semejante costumbre constituye un delito en virtud de la Ley. Por ello, deberán iniciarse acciones legales contra aquellos que la practican, quienes serán castigados rigurosamente. Los agentes administrativos y policiales serán considerados responsables y serán procesados a nivel departamental si consienten que en sus jurisdicciones se realicen este tipo de prácticas sin promover las acciones penales pertinentes contra los culpables.

En *Lata Singh vs. State of U.P. & Anr.* (2006), esta Corte señaló que la India está atravesando una etapa histórica crucial de transición, y que el sistema de castas es una maldición para la nación que debe ser destruida cuanto antes.

En efecto, en varias zonas del país se producen actos de violencia contra los jóvenes que contraen matrimonio fuera de su casta, generalmente dentro del ámbito familiar. Tales actos son completamente ilegales y quienes los cometen deben ser severamente castigados. La India es un país libre y democrático y, una vez que una persona ha alcanzado la mayoría de edad, puede casarse con quien desee. En este país no existe ninguna ley que prohíba los matrimonios entre castas.

Cabe destacar aquí también que se registran casos de homicidios por honor de las personas que contraen matrimonio fuera de su casta o de su religión. Tales actos bárbaros y vergonzosos son cometidos por personas brutales y de mentalidad feudal que merecen un duro castigo. En relación con esto, en los últimos años, hemos tomado conocimiento de que los “*Katta Panchayats*” (consejos comunitarios) de Tamil Nadu suelen decretar o promover asesinatos por honor u otras atrocidades de manera institucionalizada. Este tipo de actos –promovidos por una suerte de “justicia paralela”– son totalmente ilegales y deben ser erradicados sin compasión. Por ello, esta Corte ordena a los agentes administrativos y policiales tomar medidas enérgicas para impedirlos. Además de iniciar acciones penales contra los responsables, el gobierno estadual debe suspender inmediatamente al magistrado, al jefe de policía de distrito y a los demás funcionarios responsables, acusarlos y procesarlos a nivel departamental si: 1) no previenen un incidente que no ha ocurrido, pero del que han tenido previo conocimiento; o 2) no apresan rápidamente e inician acciones legales contra los culpables de un incidente ya ocurrido. Esto se debe a que, en nuestra opinión, ellos resultan directa o indirectamente responsables de lo sucedido.

En cuanto al presente caso, los recurrentes se han comportado como salvajes incivilizados y no merecen misericordia.

Se enviará copia de la presente sentencia a todos los Secretarios Generales, Ministros del Interior, y Directores Generales de la Policía de todos los Estados y Territorios de la India para que sea distribuida a todos los agentes hasta el nivel de los jueces de distrito y jefes de policía, para su estricto cumplimiento. Asimismo, se enviará copia a los Secretarios Generales de todas las *High Courts* para que las distribuyan entre todos los jueces.

**Nota del Instituto:** según los textos sagrados del Rig Veda que datan de hace más de 3000 años, del hombre primordial creado por Brahma (una de las deidades de la trinidad hindú) surgieron las cuatro castas principales de la sociedad india: los *brahmanes*, sacerdotes e intelectuales; los *kshatriyas*, guerreros y gobernantes; los *vaishyas*, terratenientes y comerciantes, y los *shudras*, artesanos y sirvientes. Más tarde, surgió una quinta categoría fuera del sistema de castas, “los intocables”, a los que se les prohibió compartir la vida social y religiosa de la comunidad y que fueron relegados a hacer el trabajo servil y “contaminante”. Desde 1935, a estos se los llama oficialmente “*Scheduled Castes*” y suman aproximadamente el 16% de la población total de la India, es decir, unos 200 millones de personas.

En la primera mitad del siglo XX, durante la dominación británica, la discriminación de los intocables fue considerada ilegal. M. K. Gandhi abogó por elevar el estatus de los “intocables”, a los que llamó *harijans* (hijos de Dios), manteniendo ciertos elementos del sistema tradicional de castas, pero removiendo el estigma degradante y las manifestaciones de intocabilidad. Por el contrario, el Dr. B. R. Ambedkar, brillante abogado de origen “intocable”, sostuvo que solo destruyendo el sistema de castas se podía destruir la intocabilidad. En los años ’30, fundó un movimiento a favor de los derechos de los intocables, a los que denominó *dalits* (oprimidos), y fue uno de los redactores de la Constitución que entró en vigor con la independencia india en 1948 y que proscribió la discriminación por castas. Sin embargo, el trato discriminatorio y la explotación económica de los *dalits* sigue existiendo en la vida cotidiana, especialmente en los pueblos y zonas rurales, donde vive el 90% de ellos. Los jornaleros *dalits* reciben salarios mínimos, retribuciones en alimentos o

nada en absoluto. Es frecuente la violencia sexual hacia las mujeres *dalits*, así como los actos de violencia organizados por los terratenientes o los líderes comunitarios contra los trabajadores *dalits*, sobre todo cuando estos se unen a los sindicatos.

Como acto de protesta, muchos *dalits* rechazaron el hinduismo con su rígido sistema de castas y se convirtieron al budismo y al cristianismo. Ya durante la introducción del Islam en India en el siglo XIII, gran cantidad de intocables y de personas de castas bajas se habían convertido a esa fe, por lo que a mediados del siglo XIX cerca de un cuarto de la población era musulmana. (Fuente: <<http://www.faq.org/minorities/South-Asia/Scheduled-Castes-of-India>>).

**SUPREMA CORTE DE LA INDIA**, sentencia del 19-4-2011, *Arumugam Servai vs. State of Tamil Nadu with Ajit Kumar and others vs. State of Tamil Nadu*, en <[http://jurist.org/paperchase/Servai\\_v\\_Tamil\\_Nadu.pdf](http://jurist.org/paperchase/Servai_v_Tamil_Nadu.pdf)>.

< \* >

**DERECHO A LA SALUD. MÉDICOS E INSTITUCIONES SANITARIAS. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. ALCANCES. EXCEPCIONES. EXÁMENES PRENATALES. ERROR MÉDICO. PERSONAS CON DISCAPACIDAD (FRANCIA).**

**1. Antecedentes del caso:** el Consejo de Estado, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 61.2 de la Constitución, elevó al Consejo Constitucional la cuestión prioritaria de constitucionalidad presentada por Viviane L., relativa a la conformidad con los derechos y libertades garantizados por la Constitución de las siguientes normas: los párrafos primero y tercero del art. L. 114.5 del Código de Acción Social y de Familias, y el punto 2 del párrafo II del art. 2 de la ley n° 102 del 11 de febrero de 2005 sobre la Igualdad de Derechos y Oportunidades, la Participación y la Ciudadanía de las Personas Discapacitadas.

**2. Sentencia:** los párrafos primero y tercero del art. L. 114.5 del Código de Acción Social y de Familias se compadecen con la Constitución.

El punto 2 del párrafo II del art. 2 de la ley n° 102/2005 sobre la Igualdad de Derechos y Oportunidades, la Participación y la Ciudadanía de las Personas Discapacitadas es contrario a la Constitución.

**2.1.** El párrafo I del art. 1 de la ley n° 303 del 4-3-2002 sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud dispone que “nadie puede valerse de un perjuicio sufrido por el solo hecho de su nacimiento. La persona que ha nacido con una discapacidad debido a un error médico puede obtener la reparación del perjuicio que ha sufrido cuando el acto en cuestión ha provocado directamente la discapacidad o la ha agravado, o no le ha permitido tomar las medidas adecuadas para atenuarla.

Cuando un profesional o un establecimiento de salud deben responder ante los padres de un niño nacido con una discapacidad no detectada durante el embarazo por una negligencia manifiesta, estos podrán solicitar exclusivamente la indemnización del perjuicio sufrido, el cual no podrá incluir los gastos específicos que la discapacidad genere durante toda la vida del hijo. La compensación de estos últimos corresponde a la solidaridad nacional.

Las disposiciones del presente párrafo son aplicables a los procesos en curso, con excepción de aquellos en los que ha recaído una decisión irrevocable en relación con el principio de indemnización”.

**2.2.** Según la recurrente, imponer al niño la prohibición de reclamar la reparación de un perjuicio generado durante su nacimiento vulnera el principio según el cual nadie tiene derecho a perjudicar a otro y, en consecuencia, quien lo haga tiene el deber de reparar el perjuicio que ha ocasionado. Sostiene también que esta prohibición priva al niño nacido con una discapacidad producida por un error de diagnóstico prenatal del derecho a reclamar una reparación, mientras que reconoce ese derecho a un niño cuya discapacidad fue causada directamente por un error médico, estableciendo de este modo una diferencia de tratamiento contraria a la Constitución.

El art. 34 de la Constitución dispone: “La ley determina los principios fundamentales... del régimen de propiedad, de los derechos reales y de las obligaciones civiles y comerciales”. Por lo tanto, en todo momento el legislador puede, en el ámbito de su competencia, adoptar nuevas disposiciones cuya conveniencia le corresponde evaluar, y modificar textos anteriores o derogarlos y sustituirlos, de ser necesario, por otras disposiciones, siempre y cuando, en el ejercicio de estas facultades, no prive de garantías legales a las exigencias de carácter constitucional. El art. 61.1 de la Constitución, al igual que el art. 61, no confiere al Consejo Constitucional un poder general de apreciación y de decisión similar al que tiene el Parlamento, sino solamente competencia para pronunciarse sobre la conformidad de una disposición legislativa con los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

El art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone que la ley “debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar”. Además, el principio de igualdad no impide que el legislador trate de forma diferente situaciones diferentes, ni que derogue la igualdad por razones de interés general, siempre y cuando, en ambos casos, la diferencia de tratamiento resultante esté en relación directa con el objeto de la ley que la establece.

En primer lugar, de los términos de los dos primeros párrafos del art. L. 114.5 del Código de Acción Social y de Familias se deduce que nada impide que el niño tenga derecho a solicitar una reparación a los profesionales y a los establecimientos de salud cuando la negligencia invocada tuvo como único efecto privar a su madre de la facultad de ejercer, con total conocimiento de causa, la libertad de interrumpir su embarazo y los profesionales y establecimientos siguen siendo responsables por las consecuencias de su acción culpable en todos los demás casos. Por consiguiente, el primer párrafo del art. L. 114.5 no exime a los profesionales y establecimientos de salud de toda responsabilidad.

En segundo lugar, tras la sentencia de la Corte de Casación del 17 de noviembre de 2000, el legislador estimó que, cuando el error de un profesional o de un establecimiento de salud haya tenido como único efecto privar a la madre de la facultad de ejercer, con total conocimiento de causa, la libertad de interrumpir su embarazo, el hijo no tiene interés legítimo alguno para solicitar la reparación de las consecuencias de este error. Al hacerlo, el legislador solo ejerció la competencia que le reconoce la Constitución, sin vulnerar el principio de responsabilidad ni el derecho a un recurso judicial.

En tercer lugar, las disposiciones impugnadas solo impiden que el niño nacido con una discapacidad tenga derecho a solicitar la reparación de la misma cuando el error invocado no

haya originado dicha discapacidad. Por consiguiente, la diferencia de tratamiento instituida no desconoce el principio de igualdad, y las impugnaciones al primer párrafo del art. L. 114.5 del Código de Acción Social y de las Familias deben ser desestimadas.

**2.3.** Según la recurrente, también vulneraría el principio de responsabilidad y el “derecho a la reparación integral del perjuicio”, y violaría el principio de igualdad la exigencia de que haya habido una falta grave para que los profesionales y los establecimientos de salud tengan que responder ante los padres de un niño nacido con una discapacidad no diagnosticada durante el embarazo, así como la imposibilidad en que se encuentran los padres de reclamar el resarcimiento de los gastos específicos que la discapacidad genere durante toda la vida del hijo.

El art. 4 de la Declaración de 1789 reza así: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a los demás”. De esto resulta, en principio, que cualquier persona que perjudique a otra está obligada a reparar el perjuicio ocasionado, que la capacidad de actuar en forma responsable implementa esta exigencia constitucional. No obstante, esta última no impide que el legislador decida, por motivos de interés general, las circunstancias en las que surge tal responsabilidad. En consecuencia, por tales motivos puede imponer a este principio exclusiones o limitaciones a condición de que de las mismas no resulte una vulneración desproporcionada de los derechos de las víctimas de actos culpables ni del derecho a un recurso judicial efectivo, según lo dispone el art. 16 de la Declaración de 1789.

*a) En cuanto a la exigencia de una negligencia manifiesta*

Al subordinar el surgimiento de la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud frente a los padres de un niño nacido con una discapacidad no detectada durante el embarazo a la existencia de una falta grave, el legislador pretendió, en el marco del estado actual del conocimiento y de las técnicas, tomar en consideración las dificultades inherentes al diagnóstico médico prenatal. A dicho efecto, impidió que esa falta pudiese presumirse o deducirse de simples presunciones. El concepto de “negligencia manifiesta” no se confunde con el de “error grave”. Por ende, la atenuación de los presupuestos de responsabilidad de los profesionales y establecimientos no es desproporcionada al objetivo perseguido por la norma.

*b) En cuanto a la exclusión de ciertos perjuicios*

En primer lugar, los profesionales y establecimientos de salud siguen estando obligados a indemnizar a los padres por otros perjuicios, diferentes a los gastos específicos que la discapacidad genere durante toda la vida del hijo. Por consiguiente, el tercer párrafo del art. L. 114.5 del Código de Acción Social y de Familias no exime a los profesionales y establecimientos de salud de toda responsabilidad.

En segundo lugar, de los antecedentes parlamentarios de la ley 303/2002 se deduce que las disposiciones impugnadas están pensadas para someter la asistencia de todas las personas con discapacidad a un régimen que no establece ninguna distinción en función de las condiciones técnicas en las que la discapacidad puede ser detectada antes del nacimiento, ni de la elección que hubiese podido hacer la madre tras ese diagnóstico. Al decidir de este modo que los gastos específicos que la discapacidad genere durante toda la vida del hijo no pueden constituir un perjuicio indemnizable cuando el error invocado no originó la discapacidad, el legislador tuvo en cuenta consideraciones éticas y sociales que dependen de su exclusiva apreciación.

Las disposiciones impugnadas tienden a responder a las dificultades a que se enfrentan los profesionales y los establecimientos de salud para suscribir un seguro en condiciones económicas aceptables, tomando en cuenta los montos de los daños y perjuicios establecidos para reparar integralmente las consecuencias de la discapacidad. Además, el legislador tuvo especialmente en cuenta el impacto que la evolución del régimen de responsabilidad médica tiene sobre los gastos de seguro de salud. De este modo, estas disposiciones tienden a garantizar el equilibrio financiero y la buena organización del sistema de salud.

En tercer lugar, los padres pueden obtener la indemnización de los gastos específicos que la discapacidad genere durante toda la vida del hijo cuando esta ha sido directamente ocasionada o agravada por la negligencia o cuando esta impidió atenuarla. Sin embargo, los padres no pueden obtener tal indemnización cuando la discapacidad no fue detectada antes del nacimiento por un error de diagnóstico. Por consiguiente, la diferencia de los regímenes de reparación se corresponde con una diferencia del origen de la discapacidad.

En cuarto lugar, el tercer párrafo del art. L. 114-5 del Código de Acción Social y de Familias prevé que la compensación de los gastos específicos que la discapacidad genera durante toda la vida del hijo es un asunto que corresponde solucionar a la solidaridad nacional. A dicho efecto, al adoptar la ley 102/2005, el legislador pretendió garantizar la efectividad del derecho a la compensación de las consecuencias de la discapacidad independientemente de su origen. De este modo, se instauró especialmente la prestación de compensación que completa el régimen normal de ayuda social, conformada por paquetes de beneficios y por un dispositivo de compensación de la ayuda usado en función de las necesidades de la persona con discapacidad.

En estas condiciones, la limitación del perjuicio indemnizable decidida por el legislador no reviste un carácter desproporcionado con los objetivos perseguidos, y no es contraria ni al principio de responsabilidad, ni al de igualdad, ni a ningún otro derecho o libertad garantizados por la Constitución.

**2.1.3.** El punto 2 del párrafo II del art. 2 de la ley de 11 de febrero de 2005 dispone que: “Las disposiciones del art. L. 114-5 del Código de Acción Social y de Familias tal y como resultan del punto 1 del presente párrafo II son aplicables a las procesos que están en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la ley 303/2002, con excepción de aquellos en los que haya recaído una decisión irrevocable en relación con el principio de indemnización”.

Según la recurrente, la aplicación inmediata de esta disposición “a los procesos en trámite y, en consecuencia, a las consecuencias de los hechos anteriores a su entrada en vigencia” vulnera la seguridad jurídica y la separación de poderes.

Con arreglo al art. 16 de la Declaración de 1789, “[t]oda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

En consecuencia, el legislador puede modificar retroactivamente una norma de derecho o validar una decisión administrativa o un instrumento de derecho privado solo a condición de perseguir un objetivo de interés general suficiente y de respetar tanto las resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada como el principio de no retroactividad de las penas y sanciones. Además, la decisión o el instrumento modificado o validado no debe desconocer ninguna norma ni ningún principio de valor constitucional, salvo que el objetivo de interés general perseguido tenga *per se* valor constitucional. Por último, el alcance de la modificación o de la validación debe estar estrictamente definido.

El párrafo I del art. 1 de la ley 303/2002 entró en vigencia el 7 de marzo de 2002. El legislador lo hizo aplicable a los procedimientos que no tenían sentencia firme a esa fecha. Estas disposiciones conciernen al derecho a demandar de un niño nacido con una discapacidad en cuanto a las condiciones en que los profesionales y establecimientos de salud deben responder ante los padres, y a los perjuicios susceptibles de indemnización cuando existe esta responsabilidad. Si bien los motivos de interés general precitados podrían justificar que las nuevas normas jurídicas fueran aplicables a los futuros procesos relativos a situaciones jurídicas surgidas con anterioridad, lo cierto es que no pueden justificar modificaciones tan importantes de los derechos de las personas que, antes de esa fecha, habían iniciado un procedimiento tendiente a obtener la reparación de su perjuicio. Por consiguiente, el punto 2 del párrafo II del art. 2 de la ley del 11 de febrero de 2005 debe declararse contrario a la Constitución.

**Nota del Instituto:** en relación con la cuestión prioritaria de constitucionalidad, véanse los arts. 61-1 y 62 de la Constitución francesa, la Loi organique n° 2009-1523 del 10-12-2009 relativa a la aplicación del art. 61-1 de la Constitución, el Decreto n° 2010-148 del 16-2-2010 por el que se aplica la ley orgánica anteriormente mencionada, el Decreto n° 2010-149 del 16-2-2010 relativo a la continuidad de la asistencia judicial gratuita en caso de examen de la cuestión prioritaria de constitucionalidad por el Consejo de Estado, el Tribunal Supremo y el Consejo Constitucional, el Reglamento interno sobre el procedimiento seguido ante el Consejo Constitucional para las cuestiones prioritarias de constitucionalidad, la Circular n° CIV/04/10 del Ministro de Justicia y de las Libertades del 24-2-2010 relativa a la presentación de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, la Circular SG/SADJPV del -3-2010 relativa a la presentación del principio de continuidad de la asistencia judicial en caso de examen de la cuestión prioritaria de constitucionalidad por el Consejo de Estado, la Corte de Casación o el Consejo Constitucional, en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>>.

**CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA**, sentencia del 11-6-2010, Decisión N° 2010-2 QPC, *Loi dite "anti-Perruche"*, en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-2-qpc/decision-n-2010-2-qpc-du-11-juin-2010.48407.html>>.

< \* >

**DERECHO A LA VIDA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. MILITARES. MUERTE DURANTE OPERACIONES EN EL EXTRANJERO (REINO UNIDO).**

**1. Antecedentes del caso:** el soldado Jason Smith, miembro del ejército territorial del Reino Unido desde 1992, fue destinado a Iraq en junio de 2003. Tras un breve período de adaptación en Kuwait, fue enviado a una base iraquí y acuartelado en un viejo estadio de atletismo, donde, en el mes de agosto de ese mismo año, la temperatura diurna a la sombra superaba los 50° C. El día 9 de ese mes, Smith informó que estaba enfermo debido a las altas temperaturas. Sin embargo, durante los días siguientes tuvo que cumplir con diversas funciones fuera de la base y el día 13 a la noche sufrió un colapso en el estadio y murió por insolación.

Una investigación demostró que Smith había muerto debido a una seria omisión de tomar las medidas necesarias para resolver las dificultades que él tenía para adaptarse al clima, pero se comprobó se había incurrido en errores de procedimiento.

Entonces, su madre solicitó judicialmente la modificación de esa conclusión y la realización de una nueva investigación. Sostuvo que su hijo tenía un derecho a la vida, garantizado por el art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), que el Reino Unido tenía el deber de haberlo respetado y que la investigación de los hechos debía satisfacer las exigencias procesales propias de las investigaciones fundadas en denuncias de supuestas violaciones a ese derecho.

La *High Court* resolvió que Smith había gozado de la protección de la *Human Rights Act* durante toda su permanencia en Iraq y ordenó una nueva investigación.

Las cuestiones a resolver pasaron a ser casi puramente académicas porque el Secretario de Estado de Defensa aceptó que había que realizar una nueva investigación que satisficiera las garantías del art. 2 de la Convención, concesión que por supuesto no excluía la ulterior intervención del médico forense.

No obstante, tanto la *Court of Appeal* como la Suprema Corte consideraron que la apelación interpuesta por el Secretario de Estado planteaba dos cuestiones de importancia general y de interés práctico, a saber: 1) si conforme a una correcta interpretación del art. 1 de la Convención, las tropas británicas que operan en suelo extranjero están bajo la jurisdicción del Reino Unido (cuestión de la jurisdicción); y 2) si la nueva investigación de la muerte de Smith debe ajustarse a las exigencias procesales implícitas en el art. 2 de la Convención (cuestión de la investigación).

La *Court of Appeal* respondió afirmativamente a ambas cuestiones. Entonces, la madre de Smith interpuso un recurso ante la Suprema Corte.

**2. Sentencia:** se hace lugar a la apelación relativa a la cuestión de la jurisdicción y se rechaza la relativa a la cuestión de la investigación.

El art. 6.1 de la *Human Rights Act* dispone que “resulta ilícito que una autoridad pública actúe de modo incompatible con un derecho garantizado en la Convención”.

La *Human Rights Act* puede aplicarse fuera de la jurisdicción territorial del Reino Unido, pero solo puede resultar violatoria de su art. 6.1 una conducta que la Corte Europea de Derechos Humanos consideraría violatoria de un derecho convencional (v. Cámara de los Lores, en *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence* –2008–). En consecuencia, para decidir si un acto violenta el mencionado artículo de la *Human Rights Act*, resulta necesario establecer el ámbito de aplicación de la Convención. Más particularmente, una demanda fundada en la *Human Rights Act* solo puede prosperar si se ha violado un derecho convencional de una persona que se encuentra bajo la jurisdicción del Reino Unido que debería haber estado garantizado conforme a lo dispuesto por su art. 1, que define a los derechos convencionales como aquellos reconocidos en los arts. 2 a 12 y 14 de la Convención.

### 2.1. La cuestión de la jurisdicción

**Voto mayoritario:** la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió, en *Bankovic c. Reino Unido* (2001), que el término “jurisdicción” –según el significado que le otorga el art. 1 de la Convención– es esencialmente territorial, pero que en circunstancias excepcionales, su significado se amplía. La dificultad radica en definir tales excepciones. Es poco probable que los Estados Contratantes, cuando suscribieron la Convención en 1951, luego del conflicto

mundial que había dado lugar al despliegue de millones de tropas, consideraran deseable o factible extender la protección del art. 2 a las operaciones militares en territorio extranjero. Resultó novedosa la pretensión de que las fuerzas armadas de un Estado, en razón de su estatus personal, se encuentren bajo la jurisdicción de dicho Estado cuando están en territorio extranjero, y el tribunal idóneo para resolverla fue la propia Corte de Estrasburgo.

En la práctica, las excepciones reconocidas por el tribunal de Estrasburgo son: i) la jurisdicción territorial de un Estado sobre el territorio de otro Estado Contratante; ii) la ampliación de la jurisdicción territorial por analogía, y iii) las ampliaciones de sentido común de la noción de jurisdicción necesarias para resolver casos que evidentemente deben estar dentro del ámbito de la Convención.

El presente caso no se funda en ninguna de ellas. La jurisdicción no puede establecerse simplemente con base en la autoridad y en el control que el Reino Unido ejerce sobre las fuerzas armadas, ni tampoco existen fundamentos políticos para extender el ámbito de aplicación de la Convención a las fuerzas armadas que están en el extranjero, lo cual, en definitiva, daría intervención a los tribunales para entender en cuestiones vinculadas a la conducción de hostilidades armadas, cuestiones que, por esencia, son no justiciables.

Disidencia de Lord Mance: el Reino Unido, como fuerza de ocupación en Iraq, tenía, en términos del derecho internacional, un poder casi absoluto sobre la seguridad de sus fuerzas armadas. La relación no era territorial, sino que era un vínculo recíproco de autoridad y control por un lado, y de lealtad y obediencia por el otro. El tribunal de Estrasburgo entendería que las fuerzas armadas de un Estado quedan comprendidas dentro de los arts. 1 y 2, estén donde estén.

Disidencia de Lord Kerr: se adhiere a la opinión de Lord Mance. Si el Estado puede “exportar” su jurisdicción al tomar el control de un territorio extranjero, también puede hacerlo cuando toma control de una persona, tal como ha reconocido –un tanto tangencialmente– la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Issa c. Turquía* (2004).

## 2.2. La cuestión de la investigación

Cuando hay motivos para sospechar que el Estado ha cometido una importante violación al derecho a la vida garantizado por el art. 2 de la Convención, se debe iniciar, de oficio, una investigación de las causas de la muerte, la cual debe cumplir las siguientes exigencias: debe estar sujeta a un grado suficiente de escrutinio público; y debe ser realizada, de manera rápida y eficaz, por un tribunal independiente que permita la participación de los familiares de la persona muerta.

No existe un derecho automático a que se haga este tipo de investigaciones cada vez que un miembro de las fuerzas armadas fallece en cumplimiento de sus funciones. El Reino Unido cuenta con un sistema escalonado para investigar estas muertes. Siempre se realiza algún tipo de investigación interna de las muertes de militares en servicio, y siempre que se repatria un cadáver, esta investigación es pública. Esto satisface muchas de las exigencias procesales previstas en el art. 2.

Si, en el curso de la investigación, se pone en evidencia que el Estado pudo haber violado las obligaciones positivas que le impone dicha norma, esta posibilidad debe ser, en la medida de lo posible, objeto de una investigación cuya conclusión debe reflejarse en el dictamen del médico forense a fin de satisfacer las exigencias rituales impuestas por la Convención.

En el presente caso, los tribunales inferiores afirmaron correctamente que el médico forense debió haber considerado la posibilidad de que hubiera fallado el sistema destinado a proteger a los soldados de las temperaturas extremas. Por consiguiente, la nueva investigación debe cumplir con las exigencias procesales del art. 2.

Lord Rodger, en relación con esta cuestión, consideró que el Secretario de Estado había estado en lo correcto al admitir que era necesario realizar una investigación de los hechos de la causa, pero que esto no siempre era necesario, en términos del art. 2, dado que la protección a las fuerzas armadas nunca puede ser absoluta, y las muertes y las heridas son inevitables. Por esta razón, las fuerzas armadas merecen y gozan de la admiración de la comunidad. Esperar que las autoridades aseguren que las fuerzas opositoras no matarán ni inflingirán heridas a los soldados resulta contrario a la esencia misma del servicio militar activo. Es más, muchas de las cuestiones que preocupan a los parientes de los soldados muertos en acción plantean cuestiones políticas y no jurídicas y quedan fuera del ámbito de cualquier investigación realizada por un médico forense.

**SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO**, sentencia del 30-6-2010, R (*on the application of Smith*) v. *The Secretary of State for Defence and another*, en <[http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2009\\_0103\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0103_Judgment.pdf)> y en Human Rights Law Reports UK Cases 575-722, pp. 620/722.

< \* >

**DERECHO AMBIENTAL. CONTAMINACIÓN SONORA.** RUIDOS DE UN AEROPUERTO. VUELOS NOCTURNOS. RUIDOS DE LOS VECINOS. CLUBS NOCTURNOS. TRÁNSITO PESADO. ESTABLECIMIENTOS MINEROS. **CONTAMINACIÓN INDUSTRIAL.** RIESGOS PARA LA SALUD PÚBLICA. OTROS EFECTOS AMBIENTALES ADVERSOS. DEFORESTACIÓN Y DESARROLLO URBANO. TABAQUISMO PASIVO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – INTERNACIONAL).

## 1. CONTAMINACIÓN SONORA

### 1.1. RUIDOS DE UN AEROPUERTO (REINO UNIDO)

**Antecedentes del caso:** los peticionantes vivían cerca del aeropuerto de Heathrow y consideraron inaceptable el nivel de ruido que había allí e insuficientes las medidas adoptadas por el Gobierno para minimizarlo.

**Sentencia:** el funcionamiento de grandes aeropuertos para el tráfico aéreo internacional cerca de áreas residenciales densamente pobladas es necesario para el bienestar económico de los países. Dado que el de Heathrow es uno de los que más tráfico tiene a nivel mundial, resulta clave para el comercio, la comunicación internacional y la economía británica, por lo que su funcionamiento está justificado aun cuando el impacto negativo que tiene en el medio ambiente no pueda eliminarse completamente.

No hay una violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

**CEDH**, N° 9310/81, *Powell y Rayner c. Reino Unido*, sentencia del 21-2-1990, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695499&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 1.2. VUELOS NOCTURNOS (REINO UNIDO)

**Antecedentes del caso:** todos los peticionantes vivían cerca del aeropuerto de Heathrow y denunciaron que el ruido que había cerca de sus casas había aumentado por la política del gobierno de 1993 relativa a los vuelos nocturnos. Alegaron que habían tenido problemas de salud por las interrupciones regulares al sueño causadas por estos vuelos.

**Sentencia:** si bien esta Corte no determina si la política de 1993 realmente ha dado lugar a un aumento del ruido nocturno, encuentra que hay un interés económico en mantener un servicio pleno de vuelos nocturnos, que los precios de las viviendas no han bajado y que los peticionantes pueden mudarse a cualquier otro lugar sin sufrir perjuicios económicos.

Se decide que no ha habido violación del art. 8 de la Convención.

**CEDH**, Gran Sala, N° 36022/97, *Hatton c. Reino Unido*, sentencia del 8-7-2003, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=835996&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 1.3. RUIDOS DE LOS VECINOS. CLUBS NOCTURNOS (ESPAÑA)

**Antecedentes del caso:** el peticionante se quejó del persistente ruido nocturno causado por los clubs nocturnos cercanos a su domicilio, que le había perturbado seriamente y prolongadamente el sueño.

**Sentencia:** el derecho de la peticionante al respeto a su hogar ha sido seriamente violado por la omisión de las autoridades de hacer frente a los disturbios nocturnos. Dada la magnitud del ruido –nocturno y por encima de los límites permitidos– y su persistencia durante varios años, se encuentra que ha habido una violación al art. 8 de la Convención.

**CEDH**, N° 4143/02, *Moreno Gómez c. España*, sentencia del 16-11-2004, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=707766&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 1.4. TRÁNSITO PESADO (HUNGRÍA)

**Antecedentes del caso:** el peticionante denunció que sufría ruidos, vibraciones y contaminación sonora seria como resultado del tránsito pesado no reglamentado que había en su calle, en violación de lo dispuesto por el art. 8 de la Convención.

**Sentencia:** pese a los esfuerzos realizados por las autoridades para limitar y reorganizar el tránsito que afectaba la calle en la que vivía el peticionante, este ha sufrido molestias directas y serias como consecuencia del ruido excesivo al cual había estado expuesto durante un período sustancial de tiempo. En consecuencia, el peticionante no ha podido disfrutar de su hogar ni de su vida privada, en violación de lo garantizado por el art. 8.

**CEDH**, N° 2345/06, *Deés c. Hungría*, sentencia del 9-11-2010, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=876970&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

#### 1.5. RUIDOS DE LOS VECINOS (BULGARIA)

**Antecedentes del caso:** los peticionantes alegaron sufrir ruidos excesivos causados por una oficina, un club de juegos electrónicos y un club de computación que funcionaban en los departamentos adyacentes a los de ellos.

**Sentencia:** las autoridades han permanecido pasivas frente a las denuncias de los peticionantes. Si bien en algún momento se han dictado dos prohibiciones que ordenaban la clausura de las actividades de los clubs, esas decisiones nunca se han aplicado. Como resultado de esto, durante un período de cuatro años, los peticionantes han sufrido niveles de ruido y molestias que interferían con su vida privada y familiar, en violación de lo dispuesto por el art. 8 de la Convención.

**CEDH**, Nros. 43449/02 y 21475/04, *Mileva and Others c. Bulgaria*, sentencia del 25-11-2010, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=877468&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

#### 1.6. ESTABLECIMIENTOS MINEROS (UCRANIA)

**Antecedentes del caso:** fundándose en el art. 8 de la Convención, los peticionantes denunciaron haber sufrido problemas de salud y daños en su casa y entorno como resultado del funcionamiento de una mina de carbón y de una fábrica cerca de su vivienda.

**Sentencia:** el funcionamiento de la mina y de la fábrica ha contribuido a los daños descritos por los peticionantes, quienes carecen de recursos económicos para trasladarse a otro lugar, dado que el valor de sus viviendas ha bajado drásticamente por la contaminación del área. Las autoridades estaban al tanto de los efectos ambientales adversos que producían la mina y la fábrica, pero no han reubicado a los peticionantes ni encontrado una solución diferente para disminuir la contaminación a niveles que no fueran perjudiciales para las personas que viven en las cercanías de estas instalaciones industriales. Por lo tanto, ha existido una violación al art. 8.

Esta Corte también declara que, dada la existencia de una violación al art. 8, el gobierno de Ucrania está obligado a optar medidas apropiadas para remediar la situación de los peticionantes.

**CEDH**, N° 30499/03, *Dubetska and Others c. Ucrania*, sentencia del 20-2-2011, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=881284&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 2. CONTAMINACIÓN INDUSTRIAL

### 2.1. RIESGOS PARA LA SALUD PÚBLICA (TURQUÍA)

**Antecedentes del caso:** la vivienda del peticionante fue construida sin autorización en un terreno que rodea a un basural usado en forma conjunta por cuatro distritos. En abril de 1993, en ese basural se produjo una explosión de metano y los desperdicios taparon más de diez casas situadas por allí, incluyendo a la del peticionante, que perdió a nueve parientes cercanos.

El peticionante afirmó que no se habían adoptado medidas para prevenir una explosión, a pesar de que un informe de expertos había llamado la atención de las autoridades sobre la necesidad de actuar preventivamente, puesto que no era improbable que se produjera una explosión de ese tipo.

**Sentencia:** existe una violación al art. 2 de la Convención. El gobierno no ha brindado a los habitantes del barrio información sobre los riesgos que corrían por vivir allí; y aun cuando lo hubiera hecho, sigue siendo responsable por no haber tomado las medidas prácticas necesarias para evitar que las vidas de las personas estuvieran en riesgo. El marco regulatorio ha demostrado ser defectuoso, dado que ha permitido que el basural se abriera y funcionara sin un adecuado sistema de supervisión. La política de planificación urbana también ha sido inadecuada e indudablemente ha tenido influencia en la secuencia de eventos que han dado lugar al accidente.

**CEDH**, N° 48939/99, *Önerýıldız c. Turquía*, sentencia de la Gran Sala del 30-11-2004, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=708579&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

### 2.2. RIESGOS PARA LA SALUD PÚBLICA (ESPAÑA)

**Antecedentes del caso:** el peticionante denunció la contaminación causada por una planta de tratamiento de residuos industriales de cuero, que liberaba emanaciones de gases, olores y contaminación, causando con ello problemas a la salud de las personas que vivían en las cercanías. En particular, la hija del peticionante sufría náuseas, vómitos y anorexia –según el pediatra– derivados de la contaminación.

**Sentencia:** existe una violación del art. 8, porque España no ha logrado hacer un balance equitativo entre el interés de la ciudad en el bienestar económico –al tener una planta de tratamiento de residuos– y el efectivo goce por parte del peticionante de su derecho al respeto a su hogar y a su vida privada y familiar.

**CEDH**, N° 16798/90, *López Ostra c. España*, sentencia del 9-12-1994, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695782&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

### 2.3. RIESGOS PARA LA SALUD PÚBLICA (RUSIA)

**Antecedentes del caso:** el peticionante denunció que el funcionamiento de una gran planta de acero ubicada muy cerca de su casa generaba riesgos para su salud y bienestar y que, pese a ello, las autoridades no le habían proporcionado otra vivienda lejos de dicha planta.

**Sentencia:** si bien la situación existente alrededor de la planta exige brindar un especial tratamiento a quienes viven en su inmediata proximidad, el Estado no ha ofrecido a la peticionante una solución efectiva para ayudarla a mudarse del área peligrosa. Si bien la planta ha funcionado en violación a los estándares ambientales nacionales, el Estado no ha elaborado ni aplicado medidas efectivas idóneas para reducir la contaminación industrial a niveles aceptables. Por lo tanto, ha habido una violación al art 8.

**CEDH**, N° 55723/00, *Fadeyeva c. Rusia*, sentencia del 9-6-2005, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=776295&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

### 2.4. RIESGOS PARA LA SALUD PÚBLICA (ITALIA)

**Antecedentes del caso:** el peticionante denunció las emisiones perjudiciales provenientes de una planta de tratamiento de “desechos especiales e incluso peligrosos”, que estaba situada a alrededor de 30 metros de su hogar. Afirmó que esto generaba riesgos para su salud y para su vivienda. Las autoridades del Estado no habían cumplido con la legislación ambiental nacional, dado que el estudio de impacto ambiental se había realizado siete años después de que la planta comenzara a funcionar y no antes de que comenzara sus actividades, como lo exigen las normas aplicables. Pese a que los tribunales nacionales habían ordenado que la planta dejara de funcionar hasta tanto se adaptara a las normas ambientales nacionales, las autoridades administrativas no la habían clausurado.

**Sentencia:** existe una violación al art. 8, dado que durante muchos años el derecho del peticionante al respeto a su hogar ha estado seriamente limitado por las peligrosas actividades desarrolladas por la planta.

**CEDH**, N° 59909/00, *Giacomelli c. Italia*, sentencia del 2-11-2006, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=809965&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

### 2.5. RIESGOS PARA LA SALUD PÚBLICA (ITALIA)

**Antecedentes del caso:** los peticionantes vivían aproximadamente a un kilómetro de una planta química que fabricaba fertilizantes. Se produjeron accidentes en razón del mal funcionamiento de la fábrica y, en una ocasión, 150 personas fueron internadas en el hospital con un agudo envenenamiento de arsénico ocasionado por las toneladas de químicos que contienen esta sustancia que se liberan en el ambiente. Los peticionantes alegan que la inexistencia de medidas prácticas tendientes a reducir los niveles de contaminación y el riesgo de que se produzcan accidentes graves producidos por el funcionamiento de la fábrica violaban su derecho al respeto a la vida y a la integridad física.

**Sentencia:** la contaminación ambiental severa puede afectar adversamente el bienestar de la personas e impedirles disfrutar de sus hogares. Los peticionantes esperaron hasta 1994, fecha en que cesó la producción de fertilizantes, para contar con información esencial que les permitiera evaluar los riesgos que ellos y sus familias podían correr si seguían viviendo en su ciudad, que estaba particularmente expuesta al peligro en el supuesto de que hubiera un accidente en esa fábrica. Italia no ha cumplido con su obligación de asegurar el derecho de los peticionantes al respeto de su vida privada y familiar, en violación de lo dispuesto por el art. 8.

**CEDH**, N° 14967/89, *Guerra and Others c. Italia*, sentencia del 19-2-1998, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=696012&portal=hbkmsource=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 2.6. RIESGOS PARA LA SALUD PÚBLICA (TURQUÍA)

**Antecedentes del caso:** los peticionantes solicitaron que se dejara sin efecto un permiso para actividades mineras que autorizaba el uso de un proceso de lixiviación con cianuro para la extracción de oro, citando los riesgos que generaba este proceso para la salud y para la contaminación de los acuíferos subyacentes y la destrucción del ecosistema local.

**Sentencia:** la decisión de autorizar el funcionamiento de una mina de oro había sido anulada por el Supremo Tribunal Administrativo, el cual, luego de sopesar los diferentes intereses contrapuestos, había llegado a la conclusión de que el permiso no satisfacía el interés público. Sin embargo, se ordenó el cierre de la mina de oro recién diez meses después de la fecha del dictado de la sentencia y cuatro meses después de que esta fuera notificada a las autoridades. Por lo tanto, la demora en dar cumplimiento a la sentencia ha desprovisto de objetivo a las garantías judiciales de los peticionantes, en violación de lo dispuesto por el art. 8 de la Convención.

**CEDH**, N° 46117/99, *Taşkın and Others c. Turquía*, sentencia del 10-11-2004, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=707509&portal=hbkmsource=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 2.7. OTROS EFECTOS AMBIENTALES ADVERSOS (RUMANIA)

**Antecedentes del caso:** una mina de oro que utiliza cianuro de sodio en su proceso de extracción y que está situada cerca del hogar de los peticionantes liberó alrededor de 100.000 m<sup>3</sup> de aguas efluentes contaminadas con cianuro en el medio ambiente durante un accidente que ocurrió en enero de 2000. La mina no dejó de funcionar luego de ese incidente. Los peticionantes denuncian que el proceso de minería constituye un riesgo para la salud de la gente que vive en las cercanías y una amenaza para el medio ambiente, y que estaba agravando el estado de salud de sus hijos, que padecían asma.

**Sentencia:** los peticionantes no han demostrado la existencia de un nexo causal entre la exposición de su hijo al cianuro de sodio y su asma. Sin embargo, la empresa minera ha seguido operando después del accidente, en violación al principio de precaución, conforme al

cual la inexistencia de certeza en relación con el conocimiento científico y técnico actual no puede justificar ninguna demora por parte del Estado en la adopción de medidas efectivas y proporcionadas. Las autoridades rumanas no han cumplido con su deber de evaluar, en forma satisfactoria, el riesgo que podía generar la actividad de la empresa, y de adoptar medidas adecuadas a fin de proteger el derecho de las personas a la vida privada y al hogar, en términos del art. 8 y, más generalmente, su derecho a gozar de un ambiente saludable y protegido. En consecuencia, existe una violación del art. 8 de la Convención.

**CEDH**, N° 67021/01, *Tatar c. Rumania*, sentencia del 27-1-2009, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=846233&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 2.8. OTROS EFECTOS AMBIENTALES ADVERSOS (BÉLGICA)

**Antecedentes del caso:** la peticionante es una asociación sin fines de lucro que hace campaña para la protección del medio ambiente en la Región Valona, en Luxemburgo, y denunció que se había otorgado un permiso para planificar la ampliación de un basural. El Consejo de Estado rechazó por fundamentos procesales la demanda, porque no había incluido una exposición de los hechos que explicaran el marco de la controversia.

**Sentencia:** la peticionante no ha tenido acceso a los tribunales, en violación de lo dispuesto por el art. 6 § 1. Si bien se admite que la presentación de una exposición de los hechos constituye un presupuesto formal del derecho nacional para pedir la revisión judicial del Consejo de Estado, este y la contraparte podrían haber conocido los hechos aun sin contar con esa exposición.

**CEDH**, N° 49230/07, *L'Erablière c. Bélgica*, sentencia del 24-2-2009, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=847678&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 2.9. OTROS EFECTOS AMBIENTALES ADVERSOS (ESPAÑA)

**Antecedentes del caso:** el Sr. Mangouras era ex-capitán del buque *Prestige*, el cual en noviembre de 2002, mientras se alejaba de la costa española, liberó en el Océano Atlántico las 70.000 toneladas de combustible que transportaba. Se abrió una investigación penal y el peticionante quedó detenido, fijándose la fianza en € 3.000.000. Mangouras estuvo detenido durante 83 días y quedó en libertad cuando los aseguradores del propietario del *Prestige* pagaron la fianza. Denunció que el monto de la fianza fijada era excesivamente alto y había sido fijado sin tomar en consideración su situación personal.

**Sentencia:** al interpretar el art. 5 § 3, se deben tomar en consideración nuevas realidades, a saber, la creciente y legítima preocupación europea e internacional en relación con los delitos ambientales y la tendencia a usar el derecho penal como medio de hacer cumplir las obligaciones ambientales impuestas por el derecho europeo y el internacional. Dada la naturaleza excepcional del caso del peticionante y el enorme daño ambiental causado por la contaminación marina que muy pocas veces se ve a semejante escala, difícilmente

resulta sorprendente que las autoridades judiciales hubieran adaptado el monto de la fianza al nivel de responsabilidad incurrida, de forma de asegurar que los responsables no tengan incentivo para eludir la justicia.

No se encuentra ninguna violación al art. 5 § 3 de la Convención.

**CEDH**, Gran Sala, N° 12050/04, *Mangouras c. España*, sentencia del 28-9-2010, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=874582&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>> y, en español, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=875383&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

#### 2.10. DEFORESTACIÓN Y DESARROLLO URBANO (BÉLGICA)

**Antecedentes del caso:** la peticionante tenía una casa que había sido construida por sus padres en un área boscosa en donde no se permitía edificar. Entonces, el Estado promovió una acción en su contra por tener una casa construida en violación a las normas forestales relevantes, y los tribunales encontraron que la peticionante debía restituir la tierra a su estado previo. La casa fue demolida por la fuerza. La peticionante alegó una violación a su derecho a la vida privada.

**Sentencia:** si bien no está explícitamente protegido en la Convención, el medio ambiente constituye un valor *per se*, en el cual tanto la sociedad como las autoridades públicas están vivamente interesadas. Las consideraciones económicas e incluso el derecho de propiedad no deben prevalecer sobre los intereses ambientales, en particular cuando el Estado ha legislado en la materia. Las autoridades públicas tienen, por lo tanto, la responsabilidad de actuar a fin de proteger el medio ambiente.

No hubo una violación al art. 1 del Protocolo N° 1.

**CEDH**, N° 21861/03, *Hamer c. Bélgica*, sentencia del 27-11-2007, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=826054&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

#### 2.11. DEFORESTACIÓN Y DESARROLLO URBANO (GRECIA)

**Antecedentes del caso:** los peticionantes denuncian que el desarrollo urbano en la parte sudeste de la isla de Tinos ha dado lugar a la destrucción de su medio ambiente físico y ha afectado negativamente su vida privada y familiar. En particular, alegan que el área ha perdido toda su belleza escénica y ha cambiado profundamente de naturaleza, pasando de ser un hábitat natural de vida silvestre a un emprendimiento turístico.

**Sentencia:** no hubo una violación al art. 8 de la Convención, puesto que los peticionantes no han sido afectados directamente. Aun asumiendo que el medio ambiente haya sido dañado por el desarrollo urbano del área, los peticionantes no han acreditado que el alegado daño a los pájaros y a otras especies protegidas que viven en el pantano fuera de una naturaleza tal que directamente afectara sus propios derechos en términos del art. 8. Distinto hubiese sido si el deterioro ambiental denunciado hubiera consistido en la

destrucción de un área forestal cercana a la casa de los peticionantes, situación que hubiera afectado más directamente su propio bienestar.

**CEDH**, N° 41666/98, *Kyrtatos c. Grecia*, sentencia del 22-5-2003, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698976&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

## 2.12. TABAQUISMO PASIVO (RUMANIA)

**Antecedentes del caso:** el peticionante sufre hepatitis crónica e hipertensión arterial, y denunció que, mientras estaba en prisión, había tenido que compartir, durante aproximadamente ocho o nueve meses, una celda con 35 camas, junto con alrededor de otros 110 a 120 prisioneros. Según sus dichos, el 90% de sus compañeros de cuarto eran fumadores. Dijo que estuvo rodeado de fumadores durante sus tres estadías en el hospital carcelario, ordenadas en razón del deterioro de su salud.

**Sentencia:** el peticionante nunca ha tenido una celda individual y ha tenido que padecer que los otros prisioneros fumaran aun en la enfermería carcelaria y en las salas para pacientes crónicos del mencionado hospital, en contra del consejo de su médico. Sin embargo, una ley aprobada en junio de 2002 prohibió fumar en los hospitales, y los tribunales rumanos frecuentemente han resuelto que los fumadores y los no fumadores deben permanecer detenidos por separado. En consecuencia, las condiciones de detención, incluyendo el tabaquismo pasivo al cual el peticionante ha estado sujeto, violaron el art. 3 de la Convención.

**CEDH**, N° 37186/03, *Florea c. Rumania*, sentencia del 14-9-2010, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=873668&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, *Environment-related cases in the Court's case law*, abril de 2011, en <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0C818E19-C40B-412E-9856-44126D49BDE6/0/FICHES\\_Environnement\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0C818E19-C40B-412E-9856-44126D49BDE6/0/FICHES_Environnement_EN.pdf)>.

< \* >

**DERECHO AMBIENTAL. DERECHO A LA SALUD.** DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO. TELÉFONOS. INSTALACIÓN DE ANTENAS DE TELEFONÍA CELULAR. REGLAMENTACIÓN (PERÚ).

**1. Antecedentes del caso:** el recurrente interpuso una demanda de amparo contra la empresa Telefónica del Perú y una municipalidad por haber vulnerado sus derechos a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, a la salud, a la propiedad y a transitar libremente. La acción estaba fundada en que la accionada había instalado irregularmente en un inmueble una antena de telefonía celular que superaba el máximo autorizado, afectando las viviendas vecinas, la provisión de agua potable y las cloacas, y el derecho de los habitantes de la zona a circular, pues no podían transitar normalmente debido a que las tuberías de la empresa que contenían los cables de alta tensión estaban a la intemperie. El accionante solicitó la reubicación de la mencionada

antena de telefonía, ya que, si bien las radiaciones no ionizantes de la antena pueden estar por debajo de los límites establecidos por la ley, ello no significa que no causen daño al organismo. Sostuvo, por otra parte, que frente a la negligencia de la telefónica, la municipalidad demandada había incumplido con su obligación de defender y proteger el derecho de los vecinos.

**2. Sentencia:** se declara fundada la demanda de amparo por vulneración de los derechos a la salud y al medio ambiente equilibrado y adecuado.

Se ordena a Telefónica del Perú que, en el plazo de dos días de notificada la presente resolución, retire los equipos y antena de telefonía celular (torre) a que alude esta sentencia bajo apercibimiento de aplicarse los apremios establecidos en el Código Procesal Constitucional y a que se abstenga, en el futuro, de ejecutar obras sin contar con la autorización municipal correspondiente.

Se ordena a la Municipalidad demandada que, con atención a la presente sentencia y a su propia resolución administrativa, proceda a retirar los equipos y antena de telefonía celular (torre) aquí mencionados en caso de renuncia de la empresa demandada a cumplir el presente fallo en los términos dispuestos en el punto anterior.

Está acreditado en autos que la Dirección General de Telecomunicaciones del Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (Ministerio) autorizó la prestación del servicio público de telefonía móvil y la puesta en funcionamiento de esta estación de radiocomunicaciones, base de conmutación celular del servicio público de telefonía móvil.

Asimismo, que posteriormente el intendente ordenó que se procediera al desmontaje y desmantelamiento de esta antena, fijando a esos fines el plazo pertinente. En consecuencia, la municipalidad demandada ha brindado protección a los derechos constitucionales cuya violación aquí se le imputa. De esto se sigue que la demanda debería rechazarse por haber cesado la vulneración de los derechos alegados.

Sin embargo, de las constancias de autos surge que Telefónica del Perú aún no ha cumplido dicha orden administrativa, por lo que este Tribunal debe asumir jurisdicción a efectos de dilucidar la controversia constitucional planteada, brindando protección efectiva a los derechos constitucionales en juego.

En el marco de las obligaciones del Estado que conforman el contenido del derecho a la salud y a un medio ambiente adecuado y equilibrado, puede apreciarse que una de las dimensiones más importantes en el disfrute efectivo de este derecho es el deber de protección. A este respecto, juegan un rol trascendente las políticas y medidas adoptadas con el objeto de proteger la salud de posibles y potenciales daños, evitando su producción o minimizando sus efectos nocivos. Por ello es que este Tribunal ha atendido de modo especial, al abordar la problemática de las antenas de telefonía celular, esta dimensión del deber de protección del Estado respecto al derecho a la salud, asentado finalmente en la función de prevención.

En este contexto, este Tribunal ha establecido que dicha labor preventiva debe verificarse en la conjunción de dos requisitos básicos que debe observar el Estado, a través de sus autoridades competentes, a la hora de habilitar la instalación de las antenas de telefonía móvil: a) la autorización del Ministerio que atienda a la cantidad de radiación ionizante que, como máximo, puede emitir una antena para no ser dañina

a la salud; y b) la autorización de la municipalidad respectiva, a efectos de verificar si la instalación de la estación celular y de la antena respeta los estándares de seguridad establecidos, y si dicha instalación se encuentra muy cercana a viviendas que pudieran ser afectadas por la misma.

De lo observado en autos se aprecia que, si bien Telefónica del Perú contaba con la autorización correspondiente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el cual ha establecido que la antena objeto de discusión emite radiaciones por debajo de los máximos establecidos, la empresa demandada no poseía la respectiva autorización de la Municipalidad que garantizara tanto la idoneidad de la instalación como la no afectación a la población del distrito, merced a su ubicación cercana a viviendas del lugar.

En este punto es necesario enfatizar que, a pesar de no existir aún certeza científica de los daños producidos por las antenas de telefonía celular y, en el caso concreto, ser imposible determinar el aludido daño a la salud, el deber de protección que este derecho acarrea exige que, justamente, las autoridades estatales, en el marco de sus competencias constitucionalmente asignadas, sean las que determinen la habilitación de estas antenas siempre que cumplan, según su criterio, las normas correspondientes de seguridad en la instalación y se ajusten al diseño habitacional que las mismas determinen de la ubicación física de las antenas, esto es, si deben quedar ubicadas o no dentro de zonas residenciales y bajo qué condiciones.

En el presente caso, solo se había autorizado la construcción del módulo que la empresa posee en el inmueble en que se encuentra la antena, pero no la instalación de esta última. Aquí pues, además de la falta de garantía de la adecuada construcción de la antena, de su conveniente instalación de acuerdo con las características del terreno (abundante cantidad de médanos en la zona), de su proximidad a viviendas residenciales –todo lo cual configura la vulneración de los derechos a la salud y al medio ambiente adecuado y equilibrado en su faz del deber de protección estatal–, es obvio que existe una práctica perniciosa que, en modo alguno, puede ser avalada por este Tribunal Constitucional: la construcción de instalaciones sin la respectiva autorización, pretendiendo con posterioridad –como se aprecia en autos– una tardía regularización, desatendiendo no solo la normativa nacional o municipal al respecto, sino también obviando las medidas de seguridad que la misma contiene a favor de la ciudadanía.

No puede pretenderse, pues, bajo ninguna circunstancia, en el marco de un Estado constitucional de Derecho, regido no solo por el principio de sujeción estricta a los procedimientos preestablecidos en la ley, sino por la supremacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la convalidación de un obrar a todas luces contrario a la ley y al orden de valores que encarna la Constitución; por lo que, en ningún caso, puede mantenerse dicha instalación, máxime si puede representar un riesgo para la salud y si la autoridad competente, en este caso, la Municipalidad emplazada, ha ordenado el desmantelamiento de la antena materia de la presente controversia.

Finalmente, es preciso destacar a las autoridades municipales que si bien están reparando la lesión de los derechos invocados y haciendo cumplir sus propias disposiciones y procedimientos, lo han hecho con un margen de tiempo bastante amplio desde la instalación de la mencionada antena, dando lugar a una serie de conflictos en la población, que incluyó la creación de un comité ciudadano para el retiro de la referida antena y negociaciones directas con la empresa demandada, que no arribaron a ningún resultado. Todo ello se hubiera podido

evitar si las autoridades llamadas a cumplir con el deber de protección aquí reseñado hubieran cumplido su función en el momento oportuno.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ**, sentencia del 15-1-2010, Expte. N° 05680-2008-PA/TC, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05680-2008-AA.html>>.

< \* >

**DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA EDAD. **CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO.** INDEMNIZACIÓN. NEGATIVA A INDEMNIZAR POR DESPIDO CUANDO EXISTE DERECHO A PERCIBIR UNA JUBILACIÓN (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

**1. Antecedentes del caso:** a lo largo de 39 años, la Sra. Rosenblatt realizó tareas de limpieza en Alemania. Con arreglo al convenio colectivo del sector de la limpieza industrial, su contrato de trabajo se extingue al finalizar el mes a partir del cual la trabajadora adquiera el derecho a percibir una jubilación, es decir, a más tardar, al finalizar el mes en que alcance la edad de 65 años. En este país, la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (ley general de igualdad de trato) prevé que las cláusulas de extinción automática de los contratos de trabajo por el hecho de haber alcanzado el trabajador la edad de jubilación pueden quedar exentas de la prohibición de discriminación por motivos de edad, dado que la facultad de establecer tales cláusulas puede atribuirse a los interlocutores sociales y plasmarse en un convenio colectivo.

Al haber cumplido 65 años, edad de la jubilación, su empleador le notificó la extinción de su contrato de trabajo. Entonces, Rosenblatt presentó una demanda ante el *Arbeitsgericht Hamburg* alegando que la extinción de su contrato de trabajo era constitutiva de una discriminación por motivos de edad.

El *Arbeitsgericht Hamburg* solicitó entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en lo sustancial, que dilucide si la extinción automática del contrato de trabajo al alcanzar el trabajador la edad normal de jubilación incurre en la prohibición de discriminación por motivos de edad prevista en la Directiva 2000/78/CE.

**2. Sentencia:** la extinción automática del contrato de trabajo por razón de haberse alcanzado la edad de jubilación no es necesariamente discriminatoria.

En primer lugar, una cláusula de extinción automática del contrato de trabajo por causa de jubilación supone una diferencia de trato basada directamente en la edad. Corresponde, entonces, examinar la eventual justificación de dicha diferencia de trato.

A este respecto, este Tribunal de Justicia considera que la medida en cuestión no establece un régimen imperativo de jubilación forzosa, sino un modo de extinción de las relaciones laborales vinculado a la edad a la que se tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación, al margen de los supuestos de dimisión o despido.

En lo que atañe al objetivo de la normativa controvertida, cabe observar que el referido mecanismo descansa en un equilibrio entre consideraciones de índole política, económica, social, demográfica y/o presupuestaria, que depende de que se opte entre prolongar la duración de la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever la jubilación temprana de estos últimos.

Las mencionadas cláusulas de extinción automática forman parte, desde hace mucho tiempo, del derecho del trabajo de numerosos Estados Miembros y están muy extendidas

en las relaciones laborales. Así pues, al garantizar a los trabajadores cierta estabilidad en el empleo y, a largo plazo, la promesa de una fecha de jubilación previsible –ofreciendo al mismo tiempo a los empresarios cierta flexibilidad en la gestión de su personal–, las cláusulas de extinción automática de los contratos de trabajo constituyen el reflejo de un equilibrio entre intereses divergentes pero legítimos, que se inscriben en un complejo contexto de relaciones laborales estrechamente vinculadas a las opciones políticas en materia de jubilación y de empleo. Debe considerarse, en principio, que los objetivos así perseguidos justifican “objetiva y razonablemente”, “en el marco del derecho nacional”, como prevé la Directiva 2000/78, una diferencia de trato por motivos de edad establecida por los Estados Miembros.

Es razonable que las autoridades y los interlocutores sociales de un Estado Miembro estimen que las cláusulas de extinción automática puedan ser adecuadas y necesarias para alcanzar los objetivos legítimos a los que se ha hecho referencia. A este respecto, este Tribunal de Justicia observa que la cláusula aplicable a la Sra. Rosenblatt no se basa solo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que los interesados obtienen una compensación económica consistente en una pensión de jubilación, y no autoriza a los empresarios a poner fin unilateralmente a la relación laboral. Además, el fundamento convencional ofrece una flexibilidad considerable a efectos de la aplicación de este instrumento, que permite a los interlocutores sociales tener debidamente en cuenta la situación global del mercado laboral de referencia y las características propias de los puestos de trabajo de que se trate.

Por otro lado, la normativa alemana contiene una limitación adicional al imponer a los empresarios la obligación de obtener o comprobar el consentimiento de los trabajadores a toda cláusula de extinción automática del contrato de trabajo por el hecho de haber alcanzado el trabajador la edad a la que tiene derecho al reconocimiento de una pensión cuando esa edad sea inferior a la edad normal de jubilarse.

El derecho alemán prohíbe que el antiguo empresario o un tercero denieguen un empleo por cualquier motivo relacionado con la edad a una persona que se proponga seguir ejerciendo una actividad profesional después de haber alcanzado la edad de jubilación.

En consecuencia, la Directiva 2000/78 no se opone a una cláusula de extinción automática de los contratos de trabajo por el hecho de haber alcanzado el trabajador la edad de jubilación, como la cláusula prevista en Alemania por el convenio colectivo de los trabajadores por cuenta ajena del sector de la limpieza industrial.

**Notas del Instituto:** 1) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho comunitario o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar; 2) ver Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>>.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**, asunto C-45/09, *Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. MbH*, sentencia del 12/10/2010, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-45/09>>.

< \* >

**DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA EDAD. **CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO.** INDEMNIZACIÓN. NEGATIVA A INDEMNIZAR POR DESPIDO CUANDO EXISTE DERECHO A PERCIBIR UNA JUBILACIÓN (UNIÓN EUROPEA – DINAMARCA).

**1. Antecedentes del caso:** el Sr. Andersen trabajó para la Region Syddanmark (Región de Dinamarca del Sur) desde 1979 hasta que, en 2006, fue despedido a la edad de 63 años. Como no deseaba jubilarse, se inscribió como demandante de empleo y reclamó el pago de la indemnización especial por despido, pretensión que fue rechazada porque Andersen podía percibir una pensión. El ordenamiento jurídico danés otorga una indemnización especial por despido a los trabajadores que han estado al servicio de la misma empresa durante un mínimo de doce años, pero dicha indemnización no se paga a los que pueden beneficiarse, en la fecha de su despido, de una jubilación al amparo de un plan de pensiones profesional, aunque la persona interesada tenga la intención de continuar trabajando.

Entonces, la *Ingeniørforeningen i Danmark*, sindicato que actúa en nombre de Andersen, presentó una demanda ante el *Vestre Landsret* (Tribunal de Apelación del Oeste) alegando que la normativa danesa crea una discriminación por razón de la edad, prohibida por la Directiva 2000/78/CE.

**2. Sentencia:** privar a un trabajador de una indemnización por despido porque puede percibir una jubilación constituye una discriminación por razón de la edad.

En primer lugar, la normativa controvertida contiene una diferencia de trato directamente basada en la edad. En efecto, priva del derecho a la indemnización especial por despido a determinados trabajadores por la única razón de que pueden percibir una jubilación. Corresponde, entonces, examinar la posible justificación de dicha diferencia de trato.

La indemnización especial por despido tiene por objeto facilitar a los trabajadores con una antigüedad importante en una misma empresa la transición hacia un nuevo empleo.

La limitación establecida al cobro de esta indemnización se basa en la premisa de que las personas que perciben una jubilación deciden, por regla general, abandonar el mercado laboral. Dicha limitación garantiza que los trabajadores no acumulen la indemnización y una jubilación.

La protección de los trabajadores con una antigüedad importante en la empresa y la ayuda a su reinserción profesional que se persigue con la indemnización constituyen objetivos legítimos de política de empleo y del mercado de trabajo. Por lo tanto, debe considerarse, en principio, que la medida está justificada “objetiva y razonablemente”, “en el marco del derecho nacional”, tal como está previsto en la Directiva 2000/78.

Por lo que respecta a la cuestión de si la limitación controvertida es proporcionada a la vista de sus objetivos, este Tribunal de Justicia estima que, al excluir de la indemnización especial por despido a los trabajadores que van a percibir una jubilación de su empleador, se impone una limitación que no es manifiestamente inadecuada para alcanzar los objetivos antes citados, pero que excede de lo que resulta necesario para alcanzarlos. Tiene el efecto de excluir de la indemnización no solamente a todos los trabajadores que efectivamente van a percibir una pensión de jubilación de su empleador, sino también a todos aquellos que pueden percibir tal pensión pero pretenden continuar su carrera profesional.

Al no permitir el pago de la indemnización especial por despido a un trabajador que, si bien puede percibir una pensión de jubilación pagada por su empleador, pretende renunciar temporalmente al cobro de la misma para continuar su carrera profesional, la normativa excede de lo que es necesario para alcanzar los objetivos de política social que se persiguen con dicha disposición y no está justificada.

**Notas del Instituto:** 1) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho comunitario o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar; 2) la Directiva a la que aquí se alude es la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-45/09>>).

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**, sentencia del 12-10-2010, asunto C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, que actúa en nombre de *Ole Andersen v. Region Sjælland*, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-499/08>>.

< \* >

**DERECHO COMUNITARIO. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.** INTERFERENCIA NECESARIA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. **DERECHOS POLÍTICOS.** SUSPENSIÓN. PRESUPUESTOS. CONSTITUCIONALIDAD. **PARTIDOS POLÍTICOS.** REGLAMENTACIÓN. **TERRORISMO.** ACTOS DE COLABORACIÓN (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – TURQUÍA).

### 1. Antecedentes de los casos:

*Caso A:* en 1998, ciertos directivos del HADEP de Malatya fueron procesados por haber brindado apoyo a la organización ilegal PKK, en violación de lo dispuesto por el art. 169 del Código Penal (CP) entonces vigente, al haber permitido que quienes hacían huelga de hambre utilizaran las instalaciones del HADEP para manifestar su oposición a la detención, en Italia, de Abdullah Öcalan, líder del PKK; y al haber colgado, en dichas instalaciones, carteles que transmitían disconformidad con el arresto y denigración del Estado turco y las acciones de las fuerzas de seguridad turcas. En el lugar también se habían encontrado periódicos y revistas favorables al PKK y fotografías de varios de sus miembros muertos en operativos. El Tribunal Nacional de Seguridad de Malatya los condenó a tres años y nueve meses de prisión. La Corte de Casación confirmó esta decisión en el año 2000, pero la ejecución de la pena de prisión fue suspendida por la entrada en vigencia de la ley N° 4616 sobre libertad condicional, detención de procedimientos y suspensión de la pena.

*Caso B:* el caso es similar al anterior, en el que los recurrentes son ciertos directivos del HADEP de Adıyaman.

*Caso C:* en el año 2000, el recurrente fue acusado de brindar apoyo al PKK en un discurso pronunciado en un congreso del HADEP, en violación de lo dispuesto por el art.

169 del CP entonces vigente, y condenado a tres años y nueve meses de prisión. Mientras las actuaciones estaban en trámite ante la Corte de Casación, entró en vigencia la ya mencionada ley N° 4616. En consecuencia, en el año 2001, el Tribunal Nacional de Seguridad de Ankara suspendió los actuaciones penales en su contra.

*Caso D:* el presidente del HADEP de Ankara fue acusado, en 1997, de brindar apoyo al PKK en un discurso pronunciado en un congreso del HADEP, en violación de lo dispuesto por el art. 169 del CP entonces vigente, y condenado a cuatro años y seis meses de prisión. Este proceso también quedó suspendido por la entrada en vigencia de la ley N° 4616.

*Caso E:* en el estudio jurídico de un miembro del consejo del HADEP, en 1997, se encontraron libros y documentos preparados por miembros del PKK. Entonces, fue acusado de brindar apoyo al PKK, en violación de lo dispuesto por el art. 169 del CP entonces vigente, y condenado a cuatro años y seis meses de prisión. El trámite de este proceso también fue suspendido por la entrada en vigencia de la ley N° 4616.

*Caso F:* el presidente del HADEP de Kırşehir fue acusado, en 1997, de incitación al odio y hostilidad por hacer distinciones con base en la identidad racial y regional, en violación de lo dispuesto en el art. 312 CP entonces vigente.

*Caso G:* el presidente de la rama juvenil del HADEP fue acusado, en 1998, de difundir propaganda separatista, en violación del art. 8 de la ley de Prevención del Terrorismo, en dos discursos en los que había abogado por el reconocimiento de la identidad kurda y argumentado que en Turquía los kurdos estaban siendo eliminados por el gobierno. Fue condenado a un año y ocho meses de prisión. Mientras estaba cumpliendo su condena, entró en vigencia la ley 4454 y su pena fue suspendida.

*Caso H:* el presidente de la rama juvenil del HADEP de Malatya fue acusado en 1999 de brindar apoyo al PKK, en violación del art. 169 del CP entonces vigente, al haber organizado seminarios para estudiantes universitarios en los cuales afirmó que en Turquía había kurdos que estaban enfrentando una serie de problemas. Fue condenado a tres años y nueve meses de prisión. La ejecución de su pena fue suspendida por la entrada en vigencia de la ley N° 4616.

*Caso I:* el secretario del HADEP de Seyhan fue acusado, en 1998, de incitación al odio y a hostilidades, en violación del art. 312 CP. Fue condenado a diez meses de prisión por haber dicho, en un discurso en un congreso del HADEP, que los kurdos y los turcos eran pueblos diferentes, que la república de Turquía estaba en guerra contra el pueblo kurdo y que los kurdos muertos en esa guerra eran mártires.

*Caso J:* el vicepresidente del HADEP fue acusado, en 1998, de difundir propaganda separatista, en contravención del art. 312 CP entonces vigente. En un artículo escrito en 1997 había argumentado que los kurdos y los turcos eran dos naciones diferentes y que la lucha que las fuerzas armadas turcas estaban librando contra el PKK era una guerra sucia y un asesinato.

*Caso K:* en 1997, el presidente del HADEP de Kars dio un discurso durante el *Newruz* (festival kurdo que celebra la llegada de la primavera), en el cual afirmó: “Nosotros, el pueblo kurdo, deberíamos unirnos a los revolucionarios, a los trabajadores y a los patriotas... A los kurdos les gusta el color rojo porque el rojo es el color de la sangre que han derramado por su libertad. Les gusta el color verde porque es el color de la preparación para la liberación. Les gusta el color amarillo porque es el color de la preparación para cualquier cosa”. En 1999, fue

procesado por difundir propaganda separatista en violación del art. 8 de la Ley de Prevención del Terrorismo, y condenado a diez meses de prisión y al pago de una multa. La sentencia fue confirmada por la Corte de Casación en 1999. Al poco tiempo, entró en vigencia la ley N° 4454 y la ejecución de su pena fue suspendida. En julio de 2003, el art. 8 de la Ley de Prevención del Terrorismo fue derogado.

En enero de 1999, el fiscal ante la Corte de Casación turca interpuso un recurso ante la Corte Constitucional solicitando la disolución del partido porque, a su entender, este se había convertido en un centro de actividades ilegales contrarias a la integridad territorial de Turquía. En apoyo de su pretensión, el fiscal se remitió a diversas causas penales que tramitaban contra algunos miembros del HADEP, entre las cuales se encontraban las anteriormente mencionadas.

La Corte Constitucional, en su sentencia del 13 de marzo de 2003, disolvió el HADEP con base en los arts. 68 y 69 de la Constitución y en los arts. 101 y 103 de la ley N° 2820 de Partidos Políticos (Ley). El Alto Tribunal tomó en consideración las acciones y las declaraciones de ciertos líderes y miembros del HADEP, entre los cuales estaban los recurrentes. Como medida accesoria, en virtud de lo dispuesto por el art. 69.9 de la Constitución y el art. 95 de la Ley, prohibió a los recurrentes y a otros dieciocho miembros y líderes del HADEP convertirse en miembros fundadores, miembros ordinarios, líderes o auditores de cualquier otro partido político por el término de cinco años. En opinión de la Corte Constitucional, las acciones de los recurrentes que a continuación se resumen, detalladas en las causas penales interpuestas contra ellos, demostraban que existía un vínculo entre estos, el HADEP y la organización ilegal PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistan).

Entonces, en el año 2004, un grupo de 28 ciudadanos turcos –miembros y directivos del *Halkın Demokrasi Partisi* (Partido Democrático Popular-HADEP), fundado en mayo de 1994, con sede en cuarenta y siete ciudades y cientos de distritos de Turquía– presentaron recursos contra el gobierno de su país (Gobierno) ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. En particular, alegaron que la prohibición impuesta por la Corte Constitucional de Turquía les impedía continuar actuando en política, vulnerando de esa forma los derechos que les garantiza el art. 3 del Protocolo N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Protocolo).

**2. Sentencia:** se declara por unanimidad que hubo violación del art. 3 del Protocolo N° 1 de la Convención. Además, se dispone que el Estado demandado deberá pagar a 7 de los 28 recurrentes las sumas de 3.000, 1.500 y 1.240 euros sin perjuicio de cualquier impuesto que pueda ser asumido por los recurrentes en concepto de costas y costos, todo lo cual será convertido en liras turcas al cambio vigente en la fecha de liquidación.

### *2.1. Presunta violación de los arts. 9, 10 y 11 de la Convención y del art. 3 del Protocolo N° 1*

Los recurrentes alegan que la prohibición que se les impuso impidió que ejercieran sus derechos políticos y se afiliaran a partidos políticos. Algunos de ellos invocaron los arts. 9, 10 y 11 de la Convención, mientras que otros citaron el art. 3 del Protocolo N° 1 de la Convención.

Esta Corte considera apropiado examinar los reclamos únicamente desde el punto de vista del art. 3 del Protocolo.

El Gobierno argumentó que la prohibición perseguía el legítimo objetivo de prevenir el desorden, proteger los derechos de terceros y proteger la integridad territorial preservando

la seguridad nacional, y destacó que no tenía carácter permanente, sino que tenía una vigencia de cinco años, plazo durante el cual solamente se había celebrado una elección general. Además, los recurrentes tenían la posibilidad de presentarse como candidatos independientes. Finalmente, destacó que los recurrentes no estaban en circunstancias similares a las analizadas en los casos *Selim Sadak and Others c. Turquía*, *Ilcak c. Turquía* y *Kavakçı c. Turquía*, en los cuales esta Corte había determinado que la imposición de una prohibición similar que había dado lugar a que los recurrentes perdieran sus escaños parlamentarios constituía una violación al art. 3. El Gobierno señaló también que en este caso los recurrentes no eran miembros del Parlamento al tiempo de la imposición de la prohibición.

Esta Corte reitera que los derechos subjetivos a votar y a presentarse como candidato a las elecciones están implícitos en el art. 3. Si bien estos derechos son importantes, no son absolutos. Dado que el art. 3 los reconoce sin establecerlos expresamente ni definirlos, no cabe interpretar que existen limitaciones implícitas. En sus ordenamientos internos, los Estados contratantes establecen que los derechos a votar y a presentarse como candidato en las elecciones están sujetos a condiciones que en principio no están prohibidas por el art. 3. En esa área cuentan con un amplio margen de apreciación, pero en última instancia es esta Corte quien debe determinar si las exigencias del art. 3 se han satisfecho y cerciorarse de que las condiciones impuestas por la legislación estatal no restringen los derechos que reglamentan, atentando contra su propia esencia y privándolos de eficacia. También debe verificar que han sido impuestas para la consecución de un objetivo legítimo y de que los medios empleados no resultan desproporcionados para lograrlo (ver *Selim Sadak and Others c. Turquía*).

El art. 3 consagra un principio característico de una democracia política eficaz y, por consiguiente, tiene primordial importancia en el sistema convencional, dado que garantiza el derecho de una persona a presentarse como candidato en las elecciones y, una vez elegido, a ser miembro del Parlamento.

En efecto, volviendo al caso de marras, en cuanto al argumento del Gobierno según el cual este caso difiere de los tres casos planteados, esta Corte observa que el 22 de julio de 2001, es decir, antes de que en el caso *Kavakçı c. Turquía* la Corte Constitucional impusiera una prohibición a la recurrente luego de la disolución del partido político que la había postulado como candidata, el vocero de la Asamblea Nacional la había removido de su estatus parlamentario por haber violado la ley de nacionalidad. De esta manera, en el momento de la imposición de la prohibición, ella ya no era miembro del Parlamento.

Asimismo, al igual que los aquí recurrentes, el recurrente en *Silay c. Turquía* tampoco era miembro del Parlamento al tiempo de la imposición de la prohibición. Por ello, esta Corte no está de acuerdo con la pretensión del Gobierno de que este caso es diferente a los casos mencionados anteriormente.

Esta Corte ya ha examinado la base jurídica de la imposición de prohibiciones similares a políticos y ha sostenido que es demasiado amplia para resultar proporcionada a los objetivos legítimos perseguidos (ver *Selim Sadak and Others*, *Silay*, *Kavakçı*, *Ilcak*, y *Sobaci c. Turquía*).

A igual conclusión llega en este caso. Además, si bien las condenas impuestas a tres de los recurrentes nunca se ejecutaron porque los procesos fueron suspendidos al entrar en vigencia la ley N° 4616 antes de que la Corte de Casación se pronunciara sobre sus apelaciones, los recurrentes seguían siendo considerados responsables de la disolución del HADEP en términos del art. 69.9 de la Constitución.

Esta Corte considera que dado que en este caso la sanción se basó en una norma jurídica abierta a una interpretación muy amplia, no puede considerarse proporcionada a ninguno de los objetivos legítimos invocados por el Gobierno. En consecuencia, afectó la esencia de los derechos de los recurrentes. Por consiguiente, ha habido una violación del art. 3 del Protocolo N° 1 de la Convención.

### 2.2. Presunta violación del art. 6 de la Convención

Los recurrentes aducen una violación del art. 6 de la Convención en razón de supuestas deficiencias en el trámite del proceso ante la Corte Constitucional, que dieron lugar, en particular, a su incapacidad de ejercer su derecho de defensa. El Gobierno, por su parte, argumentó que el art. 6 no era aplicable en este caso.

Esta Corte observa que en casos anteriores relativos a la disolución de partidos políticos en Turquía, los reclamos basados en el art. 6 vinculados a supuestas deficiencias en el trámite del proceso ante la Corte Constitucional fueron rechazados por su incompatibilidad *ratione materiae*, porque ese derecho es un derecho político por excelencia (ver, entre otros, *Silay v. Turkey*, *Yazgar and Others v. Turkey*, y *The Welfare Party and Others c. Turquía*). No hay razón para llegar a una conclusión diferente en este caso y, en consecuencia, el art. 6 no es aplicable. Por consiguiente, los reclamos basados en el art. 6 no son admisibles y deben ser rechazados de conformidad con el art. 35.3/4 de la Convención.

### 2.3. Presunta violación de los arts. 7, 13 y 14 de la Convención

Los recurrentes denuncian que la prohibición impuesta por la Corte Constitucional también vulneró los arts. 7, 13 y 14 de la Convención. El Gobierno rechazó esta pretensión.

Dada la conclusión a la que esta Corte arribó en relación con el art. 3, no considera necesario examinar estos reclamos por separado (ver *Selim Sadak and Others*).

**Nota del Instituto:** el art. 169 CP que estaba vigente en el momento que aquí resulta pertinente disponía lo siguiente: “Cualquiera que, a sabiendas de que una banda u organización armada es ilegal, le presta asistencia, alberga a sus miembros, les provee alimento, armas y municiones o ropa o facilita sus operaciones de cualquier manera, será condenado a no menos de tres y no más de cinco años de prisión”. El art. 312 de dicho CP disponía que: “[u]na persona que alaba o tolera un acto que la ley castiga como delito, o incita a la población a violar la ley, será condenada a una pena de entre seis meses y dos años de prisión y al pago de una multa de entre seis mil y treinta mil liras turcas. Una persona que incite a la hostilidad popular sobre la base de una distinción entre las distintas clases sociales, religiones, denominaciones o regiones será condenada a una pena de entre uno y tres años de prisión y al pago de una multa de entre nueve mil y treinta y seis mil liras. Si la incitación pone en peligro la seguridad pública, la pena aumentará entre un tercio y la mitad”. El art. 8 de la Ley de Prevención del Terrorismo disponía que: “la propaganda escrita u oral, los encuentros, asambleas y demostraciones que tratan de socavar la integridad territorial de la República de Turquía o la unidad indivisible de la nación están prohibidos. Toda persona que se dedique a tales actividades será condenada a no menos de uno y no más de tres años de prisión y al pago de una multa de entre cien millones y trescientos millones de liras turcas. La sanción impuesta a un reincidente puede no ser conmutada por una multa”. El art. 69 de la Constitución reza: “Los miembros fundadores o miembros ordinarios cuyas acciones o declaraciones conducen a una disolución permanente de un partido político serán inhabilitados para ser fundadores, miembros ordinarios, administradores o auditores de otro partido político por un período de cinco años a partir de la fecha de publicación de la sentencia de la Corte Constitucional en el Boletín Oficial”. El art. 95 de la ley N° 2820 sobre Partidos Políticos dispone que: “los miembros fundadores o miembros ordinarios cuyas acciones o declaraciones conducen a la disolución de un partido político serán inhabilitados

para actuar como fundadores, miembros ordinarios, administradores o auditores de otro partido político por un período de cinco años a partir de la fecha de publicación de la sentencia de la Corte Constitucional en el Boletín Oficial”. En virtud de la ley N° 4616, la ejecución de las penas con respecto a los delitos cometidos antes del 23 de abril de 1999 puede ser suspendida si el delincuente no ha cometido ningún delito del mismo tipo o de un tipo más grave en el lapso de cinco años.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 14-12-2010, *Kılıçgedik and Others c. Turquía*, en <[http://www.icj.org/img/KILICGEDIK\\_AND\\_OTHERS\\_v.\\_TURKEY.pdf](http://www.icj.org/img/KILICGEDIK_AND_OTHERS_v._TURKEY.pdf)>.

< \* >

**DERECHO COMUNITARIO. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCADERÍAS. DERECHO A LA IGUALDAD.** MEDIDA DE UNA AUTORIDAD PÚBLICA LOCAL QUE RESERVA EL ACCESO A LOS *COFFEE SHOPS* A LOS RESIDENTES HOLANDESES. **ESTUPEFACIENTES.** DROGAS BLANDAS. COMERCIALIZACIÓN. LUCHA CONTRA EL TURISMO DE LA DROGA. ORDEN PÚBLICO. SALUD PÚBLICA. COHERENCIA. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (UNIÓN EUROPEA – PAÍSES BAJOS).

**1. Antecedentes del caso:** la ley holandesa de 1976 sobre estupefacientes (*Opiumwet* 1976) prohíbe la posesión, el comercio, el cultivo, el transporte, la fabricación, la importación y la exportación de estupefacientes, incluidos el *cannabis* y sus derivados. No obstante, Holanda aplica una política de tolerancia respecto al *cannabis*, que se traduce, en particular, en la proliferación de *coffee shops* que se dedican principalmente a la venta y al consumo de esta droga denominada “blanda”. Las autoridades locales pueden autorizar tales establecimientos respetando determinados criterios. En varios *coffee shops*, se comercializan también bebidas no alcohólicas y alimentos.

Para reducir el turismo de la droga, e incluso impedirlo, el Consejo Municipal de Maastricht, mediante ordenanza del 20 de diciembre de 2005, estableció un criterio de residencia en el reglamento general de policía del municipio y prohibió así a todo administrador de un *coffee shop* admitir en su establecimiento a personas que no tengan su residencia efectiva en los Países Bajos.

El Sr. Josemans administra en Maastricht el *coffee shop* “Easy Going”. A raíz de dos actas que acreditaban que personas no residentes en los Países Bajos habían sido admitidas en dicho *coffee shop*, el alcalde de Maastricht, mediante resolución del 7 de septiembre de 2006, dispuso el cierre temporal de ese establecimiento.

Entonces, Josemans presentó un recurso contra dicha resolución, alegando que la normativa municipal establece una desigualdad de trato injustificada entre los ciudadanos de la Unión y que, en particular, niega a las personas que no residen en los Países Bajos la posibilidad de adquirir bebidas no alcohólicas y alimentos en los *coffee shops*, infringiendo el derecho comunitario.

En este contexto, el Consejo de Estado que conoce del litigio ha interrogado al Tribunal de Justicia.

**2. Sentencia:** la prohibición de admitir no residentes en los *coffee shops* holandeses es conforme con el derecho comunitario. Dicha restricción está justificada por el objetivo de lucha contra el turismo de la droga y las molestias que este conlleva, objetivo que se refiere tanto al mantenimiento del orden público como a la protección de la salud de los ciudadanos, y ello tanto a nivel de los Estados miembros como de la Unión.

Es generalmente reconocido el carácter nocivo de los estupefacientes, incluidos los derivados del cáñamo, como el *cannabis*, y su comercialización está prohibida en todos los Estados miembros, a excepción de un comercio estrictamente controlado para una utilización con fines médicos y científicos. Esta situación jurídica es conforme con diferentes instrumentos internacionales, en particular, varios convenios de las Naciones Unidas, en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, así como con el derecho comunitario.

Dado que está prohibida la introducción de estupefacientes en el circuito económico y comercial de la Unión, un administrador de un *coffee shop* no puede invocar las libertades de circulación o el principio de no discriminación en lo que respecta a la actividad consistente en la comercialización de *cannabis*.

En cuanto a la actividad consistente en la comercialización de bebidas no alcohólicas y alimentos, en tales establecimientos, el alcalde de Maastricht así como los gobiernos holandés, belga y francés sostienen que dicha actividad es completamente secundaria en relación con la de la venta de *cannabis* y no puede tener incidencia sobre la solución del litigio.

Este Tribunal de Justicia no coincide con esta tesis y considera que este tipo de administradores pueden invocar útilmente las libertades de circulación en este contexto.

La comercialización de bebidas no alcohólicas y alimentos en los *coffee shops* constituye la actividad de un restaurante. Por consiguiente, la normativa controvertida debe examinarse a la luz de la libre prestación de servicios.

Este Tribunal de Justicia declara la existencia de una restricción al ejercicio de esta libertad en la medida en que los administradores de *coffee shops* no pueden comercializar productos legales a personas que residan en otros Estados miembros y a estas últimas se las excluye del disfrute de tales servicios.

No obstante, dicha restricción está justificada por el objetivo de luchar contra el turismo de la droga y las molestias que este conlleva.

En efecto, esta normativa pretende poner fin a los disturbios ocasionados por el gran número de turistas que desean adquirir o consumir *cannabis* en los *coffee shops* del municipio de Maastricht. Según la información aportada por el alcalde de Maastricht, los catorce *coffee shops* de dicho municipio atraen aproximadamente a 10.000 visitantes diarios, es decir, un poco más de 3,9 millones anuales. Sobre el total de estos visitantes, un 70% no reside en los Países Bajos.

El alcalde de Maastricht y el gobierno holandés señalan que los problemas ligados a la venta de drogas “blandas” que se plantean en dicho municipio –las diferentes formas de disturbios y de criminalidad, el número creciente de puntos de venta ilegales de drogas, incluidos de drogas “duras”– se han agravado por el turismo de la droga. Los gobiernos belga, francés y alemán dejan constancia de los problemas de orden público que este fenómeno, incluida la exportación ilegal de *cannabis*, provoca en los Estados miembros distintos de los Países Bajos, en particular, en los Estados limítrofes de este.

La lucha contra el turismo de la droga y las molestias que este conlleva se inscribe en el marco de la lucha contra la droga. Se refiere tanto al mantenimiento del orden público como a la protección de la salud de los ciudadanos, y ello tanto a nivel de los Estados miembros como de la Unión. Estos objetivos constituyen un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental como la libre prestación de servicios.

La prohibición de admitir a no residentes en los *coffee shops* es una medida que limita de manera sustancial el turismo de la droga y, en consecuencia, reduce los problemas ocasionados por este.

En lo que respecta a la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas de la libre prestación de servicios, lo cierto es que, según las indicaciones dadas por el alcalde de Maastricht y por el gobierno holandés, otras medidas aplicadas para luchar contra el turismo de la droga y las molestias que este conlleva demostraron ser insuficientes e ineficaces a la luz del objetivo perseguido.

En cuanto a la posibilidad de dar a los no residentes acceso a los *coffee shops*, denegándoles a la vez la venta de *cannabis*, cabe observar que no es fácil controlar y vigilar con precisión que no se venda dicho producto a los no residentes y que no lo consuman. Además, cabría temer que tal enfoque incitase el comercio ilícito o la reventa de *cannabis* por residentes a los no residentes en el interior de los *coffee shops*.

Por otro lado, la normativa controvertida no impide en modo alguno que una persona que no resida en los Países Bajos acuda, en el municipio de Maastricht, a otros establecimientos para consumir en ellos bebidas no alcohólicas y alimentos. Según el gobierno holandés, el número de tales establecimientos se eleva a más de 500.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**, Segunda Sala, asunto C-137/09, *Marc Michel Josemans v. Burgemeester van Maastricht*, sentencia del 16-12-2010, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-137/09>>.

< \* >

**DERECHO COMUNITARIO. MEDIOS DE COMUNICACIÓN.** RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA. **DERECHO DE PROPIEDAD** (UNIÓN EUROPEA – BÉLGICA – REINO UNIDO).

**1. Antecedentes del caso:** la *Fédération internationale de football association* (FIFA) organiza la fase final de la Copa del Mundo de fútbol (Copa del Mundo) y la *Union des associations européennes de football* (UEFA), el Campeonato de Europa de fútbol (EURO). La venta de los derechos de retransmisión televisiva de estas competiciones constituye una de sus principales fuentes de ingresos.

Tanto Bélgica como el Reino Unido elaboraron sendas listas de acontecimientos considerados de gran importancia para sus respectivas sociedades. En la lista belga se incluían, entre otros, todos los partidos de la fase final de la Copa del Mundo y en la lista del Reino Unido, la totalidad de los partidos de la fase final de la Copa del Mundo y de la EURO, entre otros acontecimientos. Estas listas fueron comunicadas a la Comisión, la cual resolvió que eran compatibles con el Derecho de la Unión.

La FIFA y la UEFA impugnaron las decisiones de la Comisión ante el Tribunal General, por considerar que no todos estos partidos merecían la calificación de acontecimientos de gran importancia para el público de estos Estados.

**2. Sentencia:** un Estado miembro puede, en determinadas condiciones, prohibir la retransmisión en régimen de exclusividad del conjunto de partidos del Campeonato del Mundo y de Europa de fútbol a través de una televisión prepaga con el fin de permitir que su público siga estos acontecimientos mediante una televisión de acceso libre. Puesto que estas competiciones revisten, en su conjunto, una gran importancia para la sociedad, esta restricción a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento queda justificada por el reconocimiento del derecho a la información y la necesidad de garantizar un amplio acceso del público a la cobertura televisiva de estos acontecimientos.

La Directiva relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva permite que los Estados miembros prohíban la retransmisión en régimen de exclusividad de acontecimientos que consideren de gran importancia para su sociedad, cuando una retransmisión de este tipo pueda privar a una parte importante del público de la posibilidad de seguir dichos acontecimientos en una televisión de libre acceso.

La referencia a la Copa del Mundo y a la EURO en el decimoctavo considerando de la Directiva 97/36 implica que, cuando un Estado miembro incluye partidos de estas competiciones en la lista que ha decidido elaborar, no está obligado a exponer en su notificación a la Comisión una motivación especial acerca de su condición de acontecimiento de gran importancia para la sociedad. No obstante, la eventual conclusión de la Comisión, según la cual la inclusión de la Copa del Mundo y de la EURO en su integridad en una lista de acontecimientos de gran importancia para la sociedad de un Estado miembro es compatible con el derecho de la Unión, dado que debe considerarse que estas competiciones son, debido a sus características, acontecimientos que constituyen una unidad, puede ser cuestionada a partir de elementos concretos que demuestren que los partidos “*no prime*” de la Copa del Mundo o los partidos “no de gala” de la EURO no tienen tal importancia para la sociedad de ese Estado .

En este contexto, los partidos “*prime*” y los partidos “de gala” así como, por lo que respecta a la EURO, los partidos en los que participa el correspondiente equipo nacional, revisten gran importancia para el público del Estado miembro de que se trate y pueden, en consecuencia, quedar incluidos en una lista nacional de acontecimientos a los que este público debe poder acceder mediante una televisión de acceso libre. Los demás partidos de la Copa del Mundo y de la EURO pueden ser considerados como acontecimientos que constituyen una unidad, más que como sucesiones de acontecimientos individuales divididos en partidos “*prime*” y “*no prime*” o en partidos “de gala” y “no de gala”. Así, por ejemplo, los resultados de los partidos “*no prime*” y “no de gala” pueden determinar que las correspondientes selecciones participen en los partidos “*prime*” y “de gala”, circunstancia que puede suscitar un interés particular que provoque que el público los siga.

A este respecto, no es posible identificar anticipadamente –en el momento en que se elabora la lista o se adquieren derechos de retransmisión– qué partidos serán realmente decisivos frente a las siguientes fases de estas competiciones o tendrán incidencia en la marcha de una determinada selección. Por este motivo, este Tribunal General considera que la posibilidad de que determinados partidos “*no prime*” o “no de gala” influyan en la participación en los partidos “*prime*” o “de gala” puede justificar que

un Estado miembro considere que la totalidad de los partidos de estas competiciones revisten gran importancia para la sociedad.

Por lo que se refiere a los datos estadísticos esgrimidos por las demandantes para demostrar que los partidos “*no prime*” y/o “no de gala” no son de gran importancia para la sociedad belga o la sociedad del Reino Unido, los índices de audiencia de estas categorías de partidos registrados en las últimas ediciones de los campeonatos del Mundo y de Europa revelan que estos partidos fueron vistos por una cantidad importante de telespectadores, de los cuales un número significativo no se interesa normalmente por el fútbol.

En el ámbito de la Unión, no existe una armonización de los acontecimientos específicos que los Estados miembros pueden considerar como de gran importancia para la sociedad. De este modo, pueden ser compatibles con la Directiva diversos criterios referentes a la inclusión de los partidos de la Copa del Mundo y de la EURO en una lista nacional. En consecuencia, es posible que algunos Estados miembros consideren que únicamente los partidos “*prime*”, “de gala” y, por lo que se refiere a la EURO, aquellos en los que participen las correspondientes selecciones nacionales revisten una gran importancia para su sociedad, mientras que otros pueden válidamente llegar a la conclusión de que también los partidos “*no prime*” y “no de gala” deben quedar incluidos en la lista nacional.

Si bien es cierto que la calificación de la Copa del Mundo y de la EURO como acontecimientos de gran importancia para la sociedad puede incidir en el precio que la FIFA y la UEFA obtengan como contrapartida de la concesión de los derechos de retransmisión de estas competiciones, no lo es menos que dicha calificación no priva por completo de valor comercial a estos derechos, ya que no obliga a estas organizaciones a cederlos en cualesquiera condiciones. Igualmente, aunque dicha calificación restrinja la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, esta restricción se encuentra justificada si tiene por objeto proteger el derecho a la información y garantizar un amplio acceso del público a la cobertura televisiva de acontecimientos de gran importancia para la sociedad.

La normativa del Reino Unido no confiere derechos especiales o exclusivos a favor de determinados organismos de radiodifusión.

A la luz de estas consideraciones, este Tribunal General declara que la Comisión no incurrió en ningún error al estimar que la calificación realizada por el Reino Unido respecto de la totalidad de los partidos de la Copa del Mundo y de la EURO y la realizada por Bélgica en relación con todos los partidos de la Copa del Mundo como “acontecimientos de gran importancia” para su sociedad era conforme con el Derecho de la Unión.

**Notas del Instituto:** 1) La Directiva aquí aludida es la Directiva 89/552/CEE del Consejo, del 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 30 de junio de 1997. 2) Los partidos “*prime*” de la Copa del Mundo incluyen, en particular, las semifinales, la final y los partidos disputados por alguno o algunos de los equipos nacionales del correspondiente país. Los partidos “de gala” de la EURO comprenden, en particular, el partido inaugural y la final. Los demás partidos de estas competiciones se consideran, respectivamente, partidos “*no prime*” y “no de gala”. 3) Contra las resoluciones del Tribunal General, puede interponerse recurso de casación

ante el Tribunal de Justicia, limitado a las cuestiones de derecho, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución. 4) El recurso de anulación sirve para solicitar la anulación de los actos de las instituciones de la Unión contrarios al derecho de la Unión. Bajo ciertos requisitos, los Estados miembros, las instituciones europeas y los particulares pueden interponer recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia o ante el Tribunal General. Si el recurso se declara fundado, el acto queda anulado y la institución de que se trate debe colmar el eventual vacío jurídico creado por la anulación de dicho acto.

**TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA**, sentencia del 17-2-2011, asunto T-385/07, *FIFA c. Comisión*, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Sumbmit=rechercher&numaff=T-385/07>>.

< \* >

**DERECHO COMUNITARIO. PROPIEDAD INDUSTRIAL. MARCAS Y PATENTES. BIOTECNOLOGÍA.** INVENCIONES. PATENTE QUE PROTEGE UN PRODUCTO QUE CONTIENE O CONSISTE EN INFORMACIÓN GENÉTICA. MATERIA EN LA QUE ESTÁ CONTENIDO EL PRODUCTO. REQUISITOS (UNIÓN EUROPEA – PAÍSES BAJOS).

**1. Antecedentes del caso:** la sociedad Monsanto es titular, desde 1996, de una patente europea sobre una secuencia de ADN que, introducida en el ADN de una planta de soja, hace que esta sea resistente a un herbicida denominado glifosato, utilizado habitualmente en la agricultura. Los productores pueden así eliminar las malas hierbas sin dañar los cultivos de soja. Esta soja modificada genéticamente, conocida como “soja RR”, se cultiva mucho en Argentina, país en el que la invención de Monsanto no está protegida por una patente.

En 2005 y 2006, algunas empresas europeas importaron harina de soja de la Argentina a los Países Bajos. Un análisis realizado a solicitud de Monsanto reveló la presencia de trazas del ADN característico de la “soja RR”, lo cual acreditaba que dicha harina se había producido con este tipo de soja.

El Tribunal de La Haya, que entiende en un proceso judicial iniciado por Monsanto, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la mera presencia de la secuencia de ADN protegida por una patente europea en una harina comercializada en la Unión Europea basta para que exista una violación a la patente de Monsanto.

**2. Sentencia:** una patente europea solo puede invocarse respecto a una invención que ejerce efectivamente la función para la cual fue patentada.

La Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas supedita la protección conferida por una patente europea al requisito de que la información genética que contiene el producto patentado o en la que consiste dicho producto ejerza efectivamente su función en esa misma materia.

La función de la invención de Monsanto se ejerce cuando la información genética protege a la planta de soja que la contiene contra la acción del glifosato. Ahora bien, esta función de la

secuencia de ADN protegida ya no puede ejercerse cuando la misma se encuentra en estado residual en la harina de soja, que es una materia inerte obtenida tras varias operaciones de transformación de la soja. Por consiguiente, la protección conferida a las patentes europeas queda excluida cuando la información genética ha dejado de ejercer la función que le era propia en la planta a partir de la cual se originó.

Tal protección no puede concederse porque exista la posibilidad de que la información genética contenida en la harina de soja vuelva a ejercer su función en otra planta. En efecto, con tal fin, para que pudiera reconocérsele una protección en virtud de la patente europea, sería necesario que la secuencia de ADN se introdujera realmente en esa otra planta. En estas circunstancias, Monsanto no puede prohibir, basándose en la Directiva, la comercialización de la harina de soja procedente de Argentina que contiene su invención biotecnológica en estado residual.

La Directiva no permite que una norma nacional conceda una protección absoluta a una secuencia de ADN patentada en cuanto tal, tanto si ejerce la función que le es propia dentro de la materia que la contiene como si no lo hace. En efecto, las disposiciones de la Directiva que establecen el criterio del ejercicio efectivo de dicha función constituyen una armonización exhaustiva de la materia en la Unión Europea.

**Nota del Instituto:** la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio en el que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho comunitario o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que este debe ser decidido por el tribunal nacional de conformidad con la decisión del tribunal comunitario, decisión que vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**, sentencia del 6-7-2010, asunto C-428/08, *Monsanto Technology LLC c. Cefetra BV y otros*, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-428/08>>.

< \* >

## **DERECHO COMUNITARIO. PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR.** FOTOCOPIAS. CANON POR COPIA PRIVADA (UNIÓN EUROPEA – ESPAÑA).

**1. Antecedentes del caso:** a tenor de la Directiva relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, el derecho exclusivo de reproducción del material sonoro, visual o audiovisual corresponde a los autores, artistas intérpretes y productores. No obstante, los Estados miembros pueden autorizar la realización de copias privadas a condición de que los titulares del derecho reciban una “compensación equitativa”, la cual debe contribuir a que ellos perciban una retribución adecuada por la utilización de sus obras o prestaciones protegidas.

La normativa española que adaptó el derecho interno a la Directiva permite la reproducción de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente. En este marco, los fabricantes,

importadores o distribuidores deben abonar a las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual una compensación única, determinada para cada medio de reproducción, bajo la forma de “canon por copia privada”.

La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), entidad de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual en España, reclamó a la sociedad PADAWAN, que comercializa CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3, el “canon por copia privada” correspondiente a los soportes digitales comercializados entre 2002 y 2004. Al considerar que la aplicación del canon –con independencia del uso privado, profesional o comercial a que se destinen dichos soportes– era contraria a la Directiva, PADAWAN se opuso al pago. En primera instancia, fue condenada al pago de 16.759,25 euros.

La Audiencia Provincial de Barcelona, que conoce del recurso interpuesto por PADAWAN, ha consultado al Tribunal de Justicia, en esencia, cuáles son los criterios que han de tenerse en cuenta para determinar el importe y el sistema de percepción de la “compensación equitativa”.

**2. Sentencia:** la aplicación del “canon por copia privada” a los soportes de reproducción adquiridos por empresas y profesionales para fines distintos de la copia privada no es conforme con el derecho comunitario. Cabe aplicar el canon a dichos soportes cuando estos puedan ser utilizados por personas físicas para su uso privado.

La “compensación equitativa” debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por el autor tras la reproducción no autorizada de su obra protegida. Por consiguiente, dicho perjuicio constituye el criterio básico para calcular su importe.

La Directiva prevé que se mantenga un “justo equilibrio” entre los titulares de los derechos y los usuarios de prestaciones protegidas. Por lo tanto, la persona que realiza tal reproducción para su uso privado es quien, en principio, debe reparar el perjuicio, financiando la compensación que se abonará al titular.

Ciertamente, por un lado, el perjuicio derivado de cada utilización privada, considerada individualmente, puede resultar mínimo y no dar origen a una obligación de pago y, por otro, pueden presentarse dificultades prácticas para identificar a los usuarios privados y obligarlos a indemnizar a los titulares de los derechos. Dadas las circunstancias, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un “canon por copia privada” que grave a las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital. En efecto, la actividad de dichas personas –consistente en la puesta a disposición de equipos, aparatos y soportes de reproducción a favor de usuarios privados o la prestación a estos de un servicio de reproducción– constituye la premisa fáctica necesaria para que las personas físicas puedan obtener copias privadas. Por otro lado, nada impide que el importe del canon repercuta en el precio de los soportes de reproducción o en el del servicio de reproducción, de modo que, en definitiva, los usuarios privados asumen la carga y se respetan los requisitos del “justo equilibrio”.

Un sistema de “canon por copia privada” solo es compatible con dicho «justo equilibrio» en caso de que los equipos, aparatos y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por lo tanto, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas. Existe una necesaria vinculación entre la aplicación del “canon por copia privada” y la utilización para realizar reproducciones privadas.

Por consiguiente, la aplicación indiscriminada del canon en relación con todo tipo de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, incluido el supuesto de que estos sean adquiridos por personas distintas de las personas físicas para fines manifiestamente ajenos a la copia privada, no resulta conforme con la Directiva.

En cambio, una vez que los equipos en cuestión se han puesto a disposición de personas físicas para fines privados, no es necesario verificar en modo alguno que estas hayan realizado efectivamente copias privadas ni que, por lo tanto, hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas. Se presume legítimamente que dichas personas físicas se benefician íntegramente de tal puesta a disposición, es decir, se supone que explotan plenamente las funciones de que están dotados los equipos (conf. Tribunal de Justicia, caso C-306/05, sentencia del 7-12-2006), incluida la de reproducción. Así, pues, la mera capacidad de dichos equipos o aparatos para realizar copias basta para justificar la aplicación del canon por copia privada, siempre y cuando dichos equipos o aparatos se hayan puesto a disposición de personas físicas en condición de usuarios privados.

Corresponde al juez nacional apreciar, a la vista de las respuestas facilitadas, si el sistema español del “canon por copia privada” es compatible con la Directiva.

**Notas del Instituto:** 1) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho comunitario o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar; 2) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**, sentencia del 21-10-2010, asunto C-467/08, *PADAWAN c. SGAE*, en < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:346:0005:0006:ES:PDF>>.

< \* >

**DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. **EXTRANJEROS.** SOSPECHOSOS DE ACTOS TERRORISTAS. EXPULSIÓN. **TORTURAS Y MALOS TRATOS.** GARANTÍAS DEL ESTADO DE DESTINO. **DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.** **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** **CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.** MEDIDAS PROVISIONALES. INOBSERVANCIA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ITALIA).

**1. Antecedentes del caso:** el ciudadano tunecino Mourad Trabelsi reside regularmente en Cremona, Italia, desde 1986.

En abril de 2003, se sospechó que pertenecía a una asociación ilícita vinculada a grupos islámicos fundamentalistas y que apoyaba la inmigración clandestina, y se procedió a su arresto y detención provisional.

En julio de 2006, la *Corte di Assise* de Cremona lo condenó a diez años y seis meses de prisión, puntualizando en su decisión que tras cumplir la pena, Trabelsi sería expulsado del territorio italiano en virtud de lo dispuesto por el art. 235 del Código Penal (CP).

La *Corte di Assise di Appello* de Brescia lo absolvió de la imputación de apoyar la inmigración clandestina y redujo su pena a siete años de reclusión. Esta condena fue confirmada por la Corte de Casación de Italia.

Por otra parte, en enero de 2005, el tribunal militar de Túnez condenó a Trabelsi, en rebeldía, a diez años de prisión por haber adherido, en tiempos de paz, a una organización terrorista.

En octubre de 2008, Trabelsi interpuso una demanda ante el juez de aplicación de penas de Pavía, el cual redujo su pena en cuatrocientos ochenta y cinco días. Ese mismo mes, interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) contra la República Italiana.

El 18 de noviembre del mismo año, la Presidente de la Segunda Sección de la Corte decidió manifestar al gobierno italiano (Gobierno) que, en aplicación del art. 39 del Reglamento de la Corte, resultaba conveniente, en el interés de las partes y del buen desarrollo del procedimiento ante la misma, no expulsar al recurrente a Túnez hasta nuevo aviso. Cuando un Estado contratante no se atiene a una medida establecida en términos de dicho artículo, ello puede entrañar una violación del art. 34 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) (conf. *Mamatkulov et Askarov c. Turquía*).

Ese mismo mes, la Comisión para los Refugiados de Milán rechazó la solicitud de asilo político presentada por Trabelsi y señaló la oportunidad de concederle un permiso de residencia especial por razones humanitarias teniendo en cuenta la decisión de la Corte.

En el mes de diciembre, el representante de Trabelsi informó al Secretario de la Corte que su cliente había sido conducido a un centro de detención temporaria de Milán en vistas de la ejecución de su expulsión a Túnez.

Mientras tanto, el Ministerio del Interior decidió expulsar a Trabelsi y el tribunal de aplicación de penas de Pavía confirmó esa decisión, porque estimó que este constituía una amenaza para la seguridad del Estado. El representante de Trabelsi ante la Corte informó que este había sido expulsado el 13 de diciembre.

Algunos días después, el gobierno italiano informó a la Corte que el recurrente había terminado de cumplir su pena el 21 de noviembre.

Trabelsi alega que su expulsión lo expuso al riesgo de ser torturado y que violó su derecho al respeto a su vida privada y familiar. Asimismo, considera que la ejecución de su expulsión infringió su derecho a un recurso individual.

**2. Sentencia:** se declara por unanimidad que hubo una violación de los arts. 3 y 34 de la Convención, y que no procede examinar por separado si la ejecución de la decisión de expulsar al recurrente violó el art. 8 de la Convención.

Además, se dispone que el Estado demandando debe pagar al recurrente la suma de 15.000 euros en concepto de reparación del daño moral, y de 6.000 euros para cubrir los costos y gastos.

### 2.1. Presunta violación del art. 3 de la Convención

El recurrente alega que su expulsión a Túnez lo expuso al riesgo de ser torturado. Afirma que varios tunecinos expulsados so pretexto de que eran terroristas no volvieron a dar signos de vida. Por otra parte, las investigaciones realizadas por *Amnesty International* y por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América demuestran que en Túnez se practica la tortura.

Trabelsi califica de propaganda a las garantías diplomáticas brindadas por Túnez y afirma que no son confiables. En cualquier caso, afirma que el Gobierno no inició negociaciones para obtener tales garantías hasta el 3 de enero de 2009, es decir, hasta después de su expulsión, asumiendo de esa manera el riesgo de que fuese torturado. Agrega que las autoridades tunecinas suelen amenazar y maltratar a los prisioneros y a sus familias, y que esto queda acreditado porque, durante varios meses, se negaron a renovar el pasaporte de su esposa, de forma de impedirle que se reuniera con él en Túnez y verificara las condiciones de su detención.

El Gobierno, por su parte, sostiene que las alegaciones de Trabelsi relativas al peligro de ser expuesto a la tortura o a tratos inhumanos y degradantes deberían estar acreditadas en forma adecuada, y que la información brindada por las fuentes internacionales citadas por el recurrente fue desmentida luego de que en 2007 y 2008 fueran expulsados Ben Khemais y Cherif (conf. *Ben Khemais c. Italia*, y *Cherif et autres c. Italia*), ciudadanos tunecinos que nunca probaron haber sido torturados o sometidos a malos tratos durante su detención en las prisiones tunecinas ni después de su liberación.

En opinión de esta Corte, los principios generales relativos a la responsabilidad de los Estados contratantes en caso de expulsión, así como los elementos que deben ser considerados para evaluar el riesgo de exposición a tratamientos contrarios al art. 3 de la Convención, como la noción de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, están resumidos en el fallo *Saadi c. Italia*, en el cual se reafirmó la imposibilidad de sopesar el riesgo de malos tratos y los motivos invocados para la expulsión a fin de determinar si la responsabilidad de un Estado se encuentra comprometida en términos del art. 3.

Los hechos de esta causa justifican llegar a la conclusión de que existe un riesgo real de que en Túnez el recurrente sufra tratos contrarios al art. 3 de la Convención. Deberá comprobarse si las garantías diplomáticas brindadas por las autoridades tunecinas son suficientes para descartar tal riesgo, y si la información relativa a la situación del recurrente tras su expulsión confirma la opinión del gobierno demandado en lo concerniente al fundamento de los temores del recurrente.

La existencia de textos nacionales y la aceptación de tratados internacionales que, en principio, garantizan el respeto de los derechos fundamentales no bastan por sí solos para asegurar una protección adecuada frente el riesgo de malos tratos, dado que existen fuentes confiables que se valen de prácticas llevadas adelante o toleradas por las autoridades manifiestamente contrarias a los principios de la Convención.

En segundo lugar, a esta Corte le corresponde examinar si las garantías brindadas por el Estado de destino ofrecen, en su aplicación efectiva, una garantía suficiente de protección al recurrente frente el riesgo de tratos contrarios a la Convención.

En este caso, el abogado general de la Dirección General de Servicios Judiciales de Túnez aseguró que la dignidad humana del recurrente será respetada, que no será sometido

a tortura, a tratos inhumanos o degradantes, ni a una detención arbitraria; que recibirá cuidados médicos apropiados y que se le permitiría recibir visitas de su abogado y de los miembros de su familia.

Además de las leyes tunecinas y de los tratados internacionales firmados por Túnez, estas garantías se basan en los siguientes elementos: 1) los controles realizados por el juez de ejecución de las penas, por el Comité Superior de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (institución nacional independiente) y por los Servicios de Inspección General del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; 2) dos casos de condena de agentes de la administración penitenciaria y de un agente de policía por malos tratos; y 3) la jurisprudencia interna, según la cual la confesión obtenida bajo coacción es nula.

No obstante, no se ha demostrado que el abogado general de la Dirección General de Servicios Judiciales sea competente para brindar las garantías mencionadas *ut supra* en nombre del Estado. Además, teniendo en cuenta que fuentes internacionales serias y confiables han indicado que las alegaciones de malos tratos no habían sido examinadas por las autoridades tunecinas competentes, el simple recordatorio de dos casos de condena de agentes del Estado por golpes y lesiones a los detenidos no basta para descartar el riesgo de tales tratos ni para convencer a esta Corte de la existencia de un sistema efectivo de protección contra la tortura.

En su informe de 2008 sobre Túnez, *Amnesty International* señaló que, si bien numerosos detenidos lamentaron haber sido torturados durante su arresto preventivo, las autoridades nunca llevaron a cabo una investigación ni tomaron alguna medida para enjuiciar a los presuntos torturadores.

Por otro lado, en *Saadi*, esta Corte constató que las autoridades tunecinas fueron reticentes en cooperar con las organizaciones independientes de defensa de derechos humanos, como *Human Rights Watch*.

Esta Corte recuerda el principio afirmado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1433 (2005), según el cual las garantías diplomáticas no son suficientes porque la ausencia de peligro de malos tratos no queda firmemente demostrada.

El Ministerio de Relaciones Exteriores tunecino hizo saber que el recurrente recibe regularmente la visita de su esposa y de otros miembros de su familia y que es objeto de un seguimiento médico regular en la prisión. Estas afirmaciones, aunque provienen directamente de dicho Ministerio, no han sido corroboradas por informes médicos y no bastan para demostrar que el recurrente no ha sufrido tratos contrarios al art. 3 de la Convención.

Esta Corte reitera que ni el representante del recurrente ni el embajador de Italia en Túnez han podido visitar al recurrente en la prisión, ni verificar que efectivamente se respeten su integridad física y su dignidad humana.

En consecuencia, la expulsión del recurrente a Túnez ha violado el art. 3 de la Convención.

## **2.2. Presunta violación del art. 8 de la Convención**

El recurrente alega que su expulsión lo habría privado de los lazos afectivos con su esposa y con sus dos hijos residentes en Italia, derecho que garantiza el art. 8 de la Convención.

Habiendo constatado que la expulsión del recurrente constituye una violación del art. 3 de la Convención, esta Corte no considera necesario decidir por separado la cuestión de si dicha expulsión también ha vulnerado el derecho al respeto de la vida privada y familiar del recurrente.

### 2.3. Presunta violación del art. 34 de la Convención

El recurrente denuncia que el Gobierno no respetó la medida provisional establecida por la Presidente de la Segunda Sección en términos del art. 39 del Reglamento de esta Corte.

La denuncia se presta a ser examinada desde la perspectiva del art. 34 de la Convención, según el cual “[e]l Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

Si bien el Gobierno reconoce la importancia de las medidas provisionales, sostiene que estas solo deben aplicarse cuando existe un peligro inminente de daño irreparable y se han agotado las vías internas de recurso, lo cual no ha sucedido en el presente caso porque el recurrente no impugnó la decisión del juez de aplicación de penas de Pavía confirmatoria de su expulsión.

Por otra parte, manifiesta que la expulsión se efectivizó después de obtener las garantías formales y tranquilizantes de las autoridades tunecinas en relación con el respeto de los principios enunciados en *Saadi* y que, en consecuencia, la falta de observación de la medida provisional no vulneró ningún interés protegido por la Convención.

Esta Corte recuerda que el art. 39 del Reglamento faculta a las Salas, o, de ser necesario, a su Presidente, a establecer medidas provisionales. Tales medidas solo se han establecido cuando han sido estrictamente necesarias y, en principio, ante un riesgo inminente de daño irreparable. La gran mayoría de los casos eran de expulsión y de extradición. Los casos en que los Estados no se han atendido a las medidas establecidas son poco frecuentes (*Mamatkulov et Askarov*).

En casos como el presente, en el que se denuncia de manera plausible la existencia de un riesgo de perjuicio irreparable al goce de uno de los derechos que se encuentran en el núcleo de los protegidos por la Convención, una medida provisional tiene por objeto mantener el *statu quo* hasta que la Corte se pronuncie sobre la justificación de la medida.

El recurrente trata de proteger de un daño irreparable el derecho enunciado en la Convención que él invoca. Por ello, solicita una medida provisional y la Corte la concede para facilitar el ejercicio eficaz del derecho al recurso individual garantizado por el art. 34 de la Convención, es decir, para preservar el objeto del recurso, dado que estima que existe un riesgo de que este sufra un daño irreparable en razón de una acción u omisión del Estado demandado (*Mamatkulov et Askarov*).

En el marco del contencioso internacional, las medidas provisionales tienen por objeto preservar los derechos de las partes. En particular, en el sistema de la Convención, las medidas provisionales, tal como han sido constantemente aplicadas, tienen una importancia

fundamental para evitar situaciones irreversibles que impedirían que la Corte intervenga en tiempo útil a un examen del recurso y, de ser necesario, para asegurar al recurrente el goce y ejercicio efectivo del derecho protegido por la Convención que él invoca.

Por consiguiente, en estas condiciones, la falta de observación de las medidas provisionales por parte de un Estado demandado pone en peligro la eficacia del derecho al recurso individual, así como el compromiso formal del Estado (art. 1) de salvaguardar los derechos y libertades enunciados en la Convención.

Tales medidas también permiten al Estado interesado cumplir con su obligación de atenerse a la sentencia definitiva de esta Corte, que es jurídicamente vinculante, en virtud de lo dispuesto por el art. 46 de la Convención (*Mamatkulov et Askarov*).

Por ello, la falta de observancia de las medidas provisionales por parte del Estado contratante debe considerarse un obstáculo para que esta Corte examine eficazmente la denuncia del recurrente y una dificultad para el goce efectivo de su derecho y, por consiguiente, una violación del art. 34 (*Mamatkulov et Askarov*).

En el caso *sub examine*, dado que Italia expulsó al recurrente, el nivel de protección de los derechos enunciados en el art. 3 de la Convención que la Corte podía garantizar al interesado se ha debilitado de manera irreversible.

Además, la eficacia del derecho al recurso implica también que la Corte pueda examinar el recurso a través de su procedimiento habitual. Ahora bien, en este caso, el recurrente fue expulsado. En consecuencia, ha perdido todo contacto con su abogado y fue privado de la posibilidad de realizar, en el marco probatorio, investigaciones para respaldar sus alegaciones en términos de la Convención. Las autoridades tunecinas, por otro lado, confirmaron que el representante del recurrente ante esta Corte no será autorizado a visitar a su cliente en prisión.

Por otra parte, antes de expulsar al recurrente, el gobierno demandado no solicitó el levantamiento de la medida provisional, a sabiendas de que seguía en vigor, y procedió a la expulsión incluso antes de obtener las garantías diplomáticas que invoca en sus observaciones.

Los hechos de la causa demuestran claramente que, en razón de su expulsión a Túnez, el recurrente no pudo desarrollar todos los argumentos para su defensa y que la sentencia de la Corte corre el riesgo de carecer de todo efecto útil. En particular, el hecho de que el recurrente haya sido sustraído a la jurisdicción italiana constituye un obstáculo importante que podría impedir que el Gobierno cumpla con sus obligaciones de salvaguardar los derechos del interesado y borrar las consecuencias de las violaciones constatadas por esta Corte. Esta situación ha constituido un obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho del recurrente a un recurso individual.

Por consiguiente, al no atenerse a la medida provisional establecida en virtud del art. 39 del Reglamento, Italia no ha respetado las obligaciones que le incumbían con respecto al art. 34 de la Convención.

**Notas del Instituto:** 1) el art. 235 CP italiano dispone: “Expulsión del extranjero del Estado. La expulsión del extranjero del Estado es dictada por el juez en los casos expresamente previstos por la ley y cuando el extranjero ha sido condenado a prisión por un término no inferior a los diez años. Al extranjero que transgrede

la orden de expulsión dictada por el juez se le aplican las sanciones establecidas por las leyes de seguridad pública en el caso de contravención a la orden de expulsión dictada por la autoridad administrativa”; 2) las *Cortes di Assise* son tribunales de competencia superior que juzgan los delitos atribuidos a su competencia. Existen una o más que dependen jerárquicamente de una *Corte di Assise di Appello*.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 13-7-2010, *Trabelsi c. Italia*, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=affaire%20|%20trabelsi%20|%20c.%20|%20italie&sessionid=69847475&skin=hudoc-fr>>.

< \* >

**DERECHO DE PROPIEDAD. EXPROPIACIÓN.** DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN. SUPUESTOS. PLAZO RAZONABLE. **RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO** (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ECUADOR).

**1. Antecedentes del caso:** el 13 de mayo de 1991, el Concejo Municipal de Quito resolvió declarar de utilidad pública y autorizar el acuerdo de ocupación urgente con fines de expropiación total de varios inmuebles, entre los que se encontraba la propiedad de los hermanos Salvador Chiriboga, consistente en un predio de 60 hectáreas. La declaratoria de utilidad pública tenía como objeto destinar dicho predio al denominado “Parque Metropolitano”. Anteriormente, el terreno se encontraba afectado por la ordenanza N° 2092 del 26 de enero de 1981, denominada “Plan Quito”, y la ordenanza N° 2818 del 19 de octubre de 1990, que determinó los límites del Parque Metropolitano de la ciudad de Quito. Ambas ordenanzas establecen los límites y el uso de toda la superficie del Parque Metropolitano como área de recreación y protección ecológica de la ciudad.

A raíz de ello, los hermanos Salvador Chiriboga interpusieron diversos procesos subjetivos con el objeto de impugnar la declaratoria de utilidad pública, algunos de los cuales aún se encontraban pendientes al dictarse la sentencia de fondo de este Tribunal, sin que a la fecha se haya emitido una sentencia final en la que se fije de forma definitiva el valor del bien y se ordene el pago de una justa indemnización, tal como lo establece la Convención Americana y el derecho ecuatoriano.

**2. Sentencias:** el 6 de mayo de 2008, la Corte, mediante su sentencia de Excepciones Preliminares y Fondo, encontró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por la violación de los arts. 21.2 (derecho a la propiedad privada), en relación con los arts. 8.1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo ello en relación al art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de ese mismo instrumento, en perjuicio de María Salvador Chiriboga.

Esta Corte debe resolver si la limitación al derecho de la propiedad del predio de María Salvador Chiriboga para la construcción del Parque Metropolitano de la Ciudad de Quito se llevó a cabo de conformidad con los requisitos establecidos en el art. 21 de la Convención.

En casos de expropiación, el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés

general y el del propietario. Dicho principio ha sido recogido en la Convención Americana en su art. 21, al referirse al pago de una “justa indemnización”. Esta Corte considera que, para alcanzar el pago de una justa indemnización, esta debe ser adecuada, pronta y efectiva. En casos de expropiación, para que la justa indemnización sea adecuada, se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de este, y atendiendo el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular a que se hace referencia en la presente sentencia.

En este caso, el Estado privó del derecho a la propiedad privada a María Salvador Chiriboga por razones de utilidad pública legítimas y debidamente fundamentadas, las cuales consistieron en la protección del medio ambiente a través del establecimiento del Parque Metropolitano. Sin embargo, el Estado no respetó los requerimientos necesarios para restringir el derecho de propiedad acogidos en los principios generales del derecho internacional y explícitamente señalados en la Convención Americana. Específicamente, el Estado incumplió con las formas establecidas en la ley al vulnerar la protección y garantías judiciales, ya que los recursos interpuestos han excedido para su resolución el plazo razonable y han carecido de efectividad. Lo anterior ha privado indefinidamente a la víctima de su bien, así como del pago de una justa indemnización, lo que ha ocasionado una incertidumbre tanto jurídica como fáctica, la cual ha derivado en cargas excesivas impuestas a la misma, convirtiendo a dicha expropiación en arbitraria. Por tanto, el Estado es responsable de la violación del derecho consagrado en el art. 21.2 de la Convención Americana, en relación con los derechos establecidos en los arts. 8.1 y 25.1 de dicha Convención, todo ello en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de María Salvador Chiriboga.

El 3 de marzo de 2011, esta Corte emitió su sentencia de Reparaciones y Costas en el presente caso. El caso *sub judice* tiene características específicas al tratarse de afectaciones derivadas de la falta de pago de una justa indemnización, de conformidad con lo establecido en el art. 21.2 de la Convención.

La determinación del evalúo de un predio objeto de expropiación por razones ambientales puede depender de varios elementos y no es siempre adecuado evaluarlo en comparación con bienes en el mercado que no presenten las mismas características. Por lo tanto, para fijar el valor de un bien objeto de expropiación, se deben tomar en cuenta sus características esenciales, es decir, naturales (tales como su ubicación o sus características topográficas y ambientales) y jurídicas (tales como las limitaciones o posibilidades del uso del suelo y su vocación).

El predio aquí en cuestión es rústico, con características particulares debido a su localización urbana, y tenía una serie de limitaciones jurídicas con anterioridad a la declaratoria de utilidad pública. Al efecto, las ordenanzas Nros. 2092 de 1981, y 2676 y 2818 de 1990 definieron desde dichas fechas ciertas áreas como parte del parque Metropolitano de Quito, así como otras áreas de protección ecológica, en donde solo estarían permitidos los usos agrícolas, forestales y de conservación de la vegetación natural. Debido a dicha reglamentación, como a otros actos administrativos, el predio no podía ser urbanizado, ni edificado ni transferirse con ese propósito, ya que las limitaciones establecidas lo convirtieron en un inmueble destinado a la protección del medio ambiente. En razón de esto, cuando se emitió la declaratoria de utilidad pública el 13 de mayo de 1991, el predio ya contaba con las limitaciones jurídicas de uso y, por consiguiente, su valor comercial había disminuido.

Por tanto, de acuerdo con las pretensiones de las partes, las restricciones jurídicas que afectan el predio, las cuales impactaron sobre su valor, puesto que el inmueble objeto de la expropiación ha sido destinado a la protección ambiental y recreación, lo cual es de gran relevancia e interés público para la ciudad de Quito, en atención al justo equilibrio entre el interés público y el interés particular, esta Corte, de acuerdo con los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, fija una suma por concepto de justa indemnización en sede internacional, la cual incluye el valor del inmueble expropiado y sus accesorios.

Asimismo, la Corte ordena como medidas de reparación integral las siguientes: a) por concepto de daño material, fija un monto por los intereses simples devengados por la falta de pago de la justa indemnización; b) por concepto de daño inmaterial, fija un monto en equidad por las violaciones declaradas en la sentencia de fondo; c) como medida de restitución, ordena al Estado devolver una cantidad determinada por concepto de impuestos y multas indebidamente cobrados, y sus intereses; d) como medidas de satisfacción, ordena la publicación de determinadas partes de las sentencias de fondo y de reparaciones y costas en el Diario Oficial y un resumen oficial de las referidas sentencias en otro diario de amplia circulación, y e) el reintegro de costas y gastos.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Salvador Chiriboga c. Ecuador, Excepciones Preliminares y Fondo*, sentencia del 6-5-2008, y *Reparaciones y Costas*, sentencia del 3-3-2011, en <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_179\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf)> y en <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_222\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_222_esp.pdf)>, respectivamente.

< \* >

**DERECHO DE REUNIÓN.** DERECHO A REUNIRSE EN ASAMBLEA PACÍFICA. REGLAMENTACIÓN. ALCANCES. **DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. **HOMOSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – RUSIA).

**1. Antecedentes del caso:** Nikolay Alekseyev es ciudadano ruso, vive en Moscú y es activista por los derechos de los homosexuales. En el año 2006, organizó una marcha junto con otros individuos, con el propósito de llamar la atención del público sobre la discriminación de las minorías homosexuales en Rusia, promover el respeto por los derechos humanos y las libertades, y abogar para que las autoridades rusas y el público en general mostraran una mayor tolerancia hacia dichas minorías. La marcha se denominó “Marcha del Orgullo” y en los años siguientes se llamó “Orgullo Gay”, replicando eventos similares organizados por la comunidad homosexual en otras grandes ciudades del mundo. Se eligió el día 27 de mayo para celebrar la marcha, en conmemoración del aniversario de la abolición de la responsabilidad penal por actos homosexuales en Rusia.

Los organizadores dieron aviso de la marcha que pretendían realizar al intendente de Moscú, consignando la fecha, la hora y el recorrido de la misma y se comprometieron a colaborar con las autoridades policiales para garantizar la seguridad y el respeto por el orden público y a cumplir con las normativas vigentes sobre emisión de ruidos en el momento de hacer uso de megáfonos y equipos de sonido.

El intendente decidió no otorgar el permiso para celebrar la marcha por razones de orden público, para prevenir disturbios y para proteger la salud, la moral, y los derechos y libertades de terceros. Sostuvo que había recibido numerosas peticiones contrarias a la autorización de la marcha formuladas por representantes de organismos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo nacionales, grupos religiosos, veteranos cosacos y otros individuos. Según el intendente, la marcha podía causar una reacción negativa y protestas contra los participantes que podían provocar desórdenes y disturbios masivos.

Al recibir la respuesta negativa del intendente, los organizadores dieron aviso de que pretendían celebrar otro evento en la misma fecha y hora que la marcha e informaron al prefecto su intención de realizar una manifestación en la Plaza Lubyanskaya. Sin embargo, el subprefecto del Circuito Administrativo Central de Moscú no autorizó esta reunión por las mismas razones por las que no se había permitido celebrar la marcha.

Alekseyev impugnó la decisión del intendente, y el 26 de mayo el Tribunal de Distrito Tverskoy de Moscú desestimó su reclamo refiriéndose a algunas disposiciones de la Ley de Asambleas concernientes a las autoridades responsables de la seguridad de los eventos que tenían derecho a sugerir cambios de hora y de lugar o de ambos de un evento propuesto por razones de seguridad. También señaló que un evento público podía celebrarse en cualquier lugar adecuado, salvo que el mismo amenazara con provocar el colapso de edificios o construcciones o que pusiera en riesgo la seguridad de sus participantes. Asimismo, destacó el derecho que tenían los organizadores a celebrar el evento en el lugar y a la hora indicados en el aviso presentado a las autoridades o en el lugar y a la hora acordados con estas si habían sugerido cambios, y afirmó que estaba prohibido celebrar el evento si no se había dado aviso con tiempo suficiente o si los organizadores no se habían puesto de acuerdo con las autoridades en cuanto al cambio de lugar o de hora propuesto por estas. Finalmente, el tribunal señaló que a los organizadores, a los oficiales u a otros individuos se les prohibía interferir en la expresión de las opiniones de los participantes en el evento público, a menos que estos violaran el orden público o contravinieran la estructura del evento. Con base en estas disposiciones, el tribunal llegó a la conclusión de que las autoridades podían prohibir un evento público por razones de seguridad y que los organizadores debían presentar un aviso sugiriendo un cambio de lugar y de hora para ser elevado a la consideración de las autoridades. También afirmó que, en este caso, la prohibición de celebrar el evento respondía a razones legítimas y que el derecho del recurrente a celebrar una asamblea u otros eventos públicos no había sido vulnerado.

Alekseyev interpuso un recurso de apelación basándose en el art. 12 de la mencionada Ley de Asambleas, según el cual son las autoridades y no los organizadores quienes tienen la obligación de proponer un cambio razonable de lugar o de hora del evento indicado en el aviso. También impugnó la conclusión según la cual la prohibición se justificaba por razones de seguridad, y sostuvo que la preocupación relativa a cuestiones de seguridad podría haberse subsanado brindando la debida protección a los participantes en el evento.

El 27 de mayo, Alekseyev y varias otras personas participaron en una conferencia convocada para celebrar el Día Internacional contra la Homofobia, donde anunciaron su intención de reunirse en el Jardín Aleksandrovskiy para hacer una ofrenda floral ante la Tumba del Soldado Desconocido, conmemorar a las víctimas del fascismo –incluyendo a aquellas de condición homosexual– y realizar una manifestación de quince minutos de duración en la oficina del intendente de Moscú para protestar contra la prohibición de celebrar la marcha y la manifestación propuestos.

Más tarde ese mismo día, Alekseyev y otras quince personas, al llegar al Jardín Aleksandrovskiy, encontraron que las puertas de este estaban cerradas y que la policía patrullaba el acceso. Según el recurrente, en el lugar había alrededor de ciento cincuenta agentes del equipo especial antidisturbios (OMON) y unas cien personas protestando contra la ofrenda floral programada por el recurrente y sus seguidores.

Alekseyev fue arrestado y llevado a la comisaría acusado del delito administrativo de violación de las condiciones para celebrar una demostración. Mientras tanto, otros participantes en el evento del Jardín Aleksandrovskiy se dirigieron hacia la oficina del intendente de Moscú, siendo perseguidos y atacados por manifestantes opositores. Según los informes, varias personas sufrieron lesiones leves y, de acuerdo con el recurrente, el OMON arrestó a unas cien personas que atacaban a los participantes.

Alekseyev presentó dos informes sobre lo sucedido –uno realizado por la Asociación Internacional de Lesbianas y Gays, y otro, por *Human Rights Watch*– que corroboran el relato de los sucesos formulado por el recurrente.

El 31 de mayo, la agencia de noticias Interfax citó al intendente de Moscú haciendo las siguientes declaraciones durante una entrevista televisiva: “Esos gays tratando de hacer una ofrenda floral ante la Tumba del Soldado Desconocido... es una provocación. Fue una profanación de un lugar santo” y reiteró asimismo su condena del acto en nombre del público en general.

El 16 de junio, Alekseyev impugnó la decisión del prefecto de prohibir la manifestación, y el 22 de agosto el Tribunal de Distrito Taganskiy de Moscú desestimó la denuncia, sosteniendo que la prohibición se había justificado por razones de seguridad. Entonces Alekseyev apeló la decisión.

El 19 de septiembre, el Tribunal de Moscú examinó el recurso de apelación contra la sentencia del 26 de mayo del Tribunal de Distrito Tverskoy de Moscú, que había desestimado la impugnación a la decisión del intendente, y confirmó la sentencia de primera instancia considerándola lícita y justificada en las circunstancias del caso. Dos meses después, hizo lo mismo con el recurso de apelación presentado contra la sentencia del 22 de agosto a que alude el párrafo anterior.

En los años 2007 y 2008, se reiteró esta secuencia de sucesos. Entonces, Alekseyev interpuso tres recursos contra la Federación Rusa ante la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando una violación a su derecho a reunirse en asamblea pacífica. Asimismo, reclamó no haber contado con ningún recurso efectivo frente la violación a dicho derecho y que el trato recibido por parte de las autoridades moscovitas había sido discriminatorio.

**2. Sentencia:** ha existido una violación de los arts. 11, y 13 y 14 en conjunción con el art. 11 de la Convención.

### **2.1. Presunta violación del art. 11 de la Convención**

Alekseyev sostiene que la medida adoptada en repetidas ocasiones en este caso resulta gravemente desproporcionada con los objetivos supuestamente perseguidos por las autoridades e incompatible con la noción de una sociedad democrática, pluralista, tolerante y liberal. Las autoridades han dado crédito a la desaprobación de quienes se oponían a los

eventos, argumentando que estos eran inmorales, privando de ese modo a una minoría del legítimo derecho a celebrar pacíficamente una demostración, inherente en una sociedad que se esfuerza por democratizarse.

Esta Corte observa que las autoridades de Moscú prohibieron la Marcha del Orgullo y las manifestaciones durante tres años consecutivos, dispersaron a los participantes de los eventos celebrados sin autorización, y declararon culpables de un delito administrativo al recurrente y a los otros participantes que violaron la prohibición. Resulta, por lo tanto, evidente que ha habido una interferencia en el ejercicio de la libertad de asamblea pacífica del recurrente, garantizada por el art. 11 de la Convención.

Dicho artículo protege a las manifestaciones que puedan molestar u ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que estas procuran promover (ver *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria*). Los participantes tienen que tener la posibilidad de realizar manifestaciones sin temor a ser objeto de violencia física por parte de sus opositores. En consecuencia, los Estados Contratantes tienen el deber de tomar medidas razonables y apropiadas para permitir que las manifestaciones legales procedan en paz.

Es inaceptable el argumento del gobierno ruso según el cual las peticiones recibidas por parte de la Iglesia Ortodoxa y del Supremo Mufti debían considerarse una indicación general de que la Marcha del Orgullo y las manifestaciones constituían una causa potencial de desorden público. El Gobierno no logró evaluar adecuadamente el riesgo a que estaban expuestos la seguridad de los participantes en los eventos y el orden público. Si la probabilidad de tensión entre grupos opositores durante una demostración justificara su prohibición, la sociedad se vería privada de la oportunidad de escuchar las diferentes opiniones acerca de todas aquellas cuestiones que ofendan la sensibilidad de la mayoría de la población.

Los eventos organizados por el recurrente no podían haber generado el nivel de controversia aducido por el Gobierno. En ningún momento se sugirió que los mismos pudieran incluir representaciones gráficas de acciones obscenas comparables a las exhibiciones observadas en el caso *Müller and Others c. Suiza* invocado por el Gobierno. Las autoridades objetaron la circunstancia de que los participantes pretendieran identificarse abiertamente como homosexuales, individualmente o como grupo.

No es posible coincidir con la pretensión del Gobierno de requerir un amplio margen de apreciación para otorgar derechos civiles a los homosexuales. Existe una amplia jurisprudencia europea que refleja consenso en cuestiones tales como la abolición de la responsabilidad penal por relaciones homosexuales entre adultos (ver *Dudgeon c. Reino Unido*, *Norris v. Reino Unido*, y *Modinos c. Chipre*), el acceso de los homosexuales al servicio en las fuerzas armadas (ver *Smith and Grady c. Reino Unido*); el otorgamiento de derechos parentales (ver *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*), y la igualdad en cuestiones tributarias y derecho a los bienes de la pareja fallecida (ver *Karner c. Austria*). Existen casos recientes que establecen una misma edad para prestar un consentimiento válido en el ámbito penal para realizar actos heterosexuales y homosexuales (ver *L. and V. c. Austria*).

Existen también temas en los cuales no se ha logrado un consenso a nivel europeo, tales como la autorización a las parejas homosexuales para adoptar niños (ver *Fretté c. Francia* y *E.B. c. Francia*) y el derecho a contraer matrimonio, y esta Corte ha confirmado que las autoridades nacionales tienen un amplio margen de apreciación con respecto a estos asuntos.

Por otra parte, toda decisión de restringir el ejercicio de la libertad de asamblea debe fundarse en una evaluación aceptable de los hechos relevantes. Sin embargo, el único elemento que las autoridades moscovitas tomaron en consideración fue la oposición pública al evento y las opiniones oficiales sobre la moral.

No existen pruebas científicas ni datos sociológicos a disposición de esta Corte que sugieran que la simple mención de la sexualidad o el debate abierto y público sobre el estatus social de las minorías sexuales puedan afectar negativamente a los niños o a los adultos vulnerables. Por el contrario, únicamente a través del debate público la sociedad puede afrontar asuntos tan complejos como el planteado en este caso. Un debate semejante, basado en la investigación científica, puede beneficiar a la cohesión social, asegurando que los representantes de todas las tendencias sean escuchados, inclusive los individuos afectados por el tema. El mismo también puede aclarar algunos puntos confusos como, por ejemplo, si una persona puede tender a la homosexualidad por su educación o por seducción, o si opta voluntariamente por esta orientación sexual.

En este caso, las decisiones de las autoridades rusas de prohibir los eventos en cuestión no se basaron en una evaluación aceptable de los hechos relevantes, no se vincularon a una necesidad social apremiante y, por ello, fueron innecesarias en una sociedad democrática. En consecuencia, cabe concluir que hubo violación del art. 11 de la Convención.

## 2.2. Presunta violación del art. 13 de la Convención

Esta Corte reitera que el art. 13 exige establecer un recurso interno que permita a la autoridad nacional competente analizar el contenido de la queja y otorgar una reparación apropiada, sin perjuicio de lo cual a los Estados Contratantes se les reconoce cierta discreción en la manera de cumplir con sus obligaciones (ver, entre otros, *Chahal c. Reino Unido*).

En este caso, los derechos del recurrente protegidos por el art. 11 fueron violados. Por ello, tiene una petición defendible (*arguable claim*) en términos de la jurisprudencia de esta Corte y tenía derecho a un recurso que satisficiera las exigencias del art. 13.

El calendario de eventos públicos era crucial para los organizadores y participantes, y estos habían dado oportuno aviso del mismo a las autoridades competentes. El concepto de recurso efectivo implica la posibilidad de dictar una sentencia que autorice el evento antes del momento en que se lo pretende llevar a cabo. Por esta razón, para el goce efectivo de la libertad de reunión, es importante que las leyes aplicables prevean plazos razonables para que las autoridades estatales adopten sus decisiones.

En este caso, las leyes aplicables contienen plazos para que se dé aviso de los eventos organizados. Sin embargo, no prevén límites temporales para que las autoridades adopten su decisión final antes de la fecha prevista para la marcha o la manifestación.

Esta Corte no está convencida de que el recurso judicial *post-hoc* con que contaba el recurrente pudiera proporcionarle una reparación adecuada de las presuntas violaciones a los derechos que le garantiza la Convención. Por ello, estima que se ha negado al recurrente un recurso interno efectivo en relación con su denuncia de una violación a su libertad de reunión. En consecuencia, ha habido una violación del art. 13 en conjunción con el art. 11 de la Convención.

### 2.3. Presunta violación del art. 14 de la Convención

Esta Corte reitera que la orientación sexual es un concepto cubierto por el art. 14 de la Convención (ver, entre otros, *Kozak c. Polonia*, del 2-5-2010). Por otra parte, cuando esta distinción opera en la esfera íntima y vulnerable de la vida privada de un individuo, es preciso que las razones que se presenten ante esta Corte para justificar la medida objeto de impugnación sean de peso. Cuando una diferencia de trato está fundada en el sexo o en la orientación sexual, el margen de apreciación de los Estados es estrecho y, en tales situaciones, el principio de proporcionalidad no solo exige que, en general, la medida sea adecuada para alcanzar el objetivo que se persigue, sino también que sea necesaria en esas circunstancias. Por cierto, si las razones aducidas para justificar una diferencia de trato se basan exclusivamente en la orientación sexual del recurrente, esto constituye un supuesto de discriminación en términos de la Convención.

En este caso, las autoridades desaprobaban las marchas por considerar que las mismas promoverían la homosexualidad. Por otra parte, esta Corte no puede desconocer las contundentes opiniones personales manifestadas públicamente por el intendente de Moscú, y la innegable relación que existe entre estas y la prohibición. A la luz de estos hechos, esta Corte también considera que el recurrente sufrió discriminación por su orientación sexual y por la de los otros participantes en los eventos previstos. Asimismo, estima que el Gobierno no brindó ninguna justificación que demostrara que la distinción impugnada sea compatible con los estándares de la Convención. En consecuencia, ha habido una violación del art. 14 en conjunción con el art. 11 de la Convención.

**Notas del Instituto:** 1) el art. 30 de la Constitución de la Federación Rusa dispone que todo ciudadano tiene derecho a la libre asociación, y el art. 55.3 establece que la ley federal puede limitar los derechos y las libertades del hombre y el ciudadano en la medida necesaria para defender los fundamentos del régimen constitucional, la moral, la salud, los derechos y los intereses legítimos de otras personas, para garantizar la defensa del país y la seguridad del Estado; 2) *v. Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgaria*, del 2-10-2001, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=697566&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 3) *Müller and Others c. Suiza*, del 24-5-1988, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695364&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 4) *Dudgeon c. Reino Unido*, del 22-10-1981, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695350&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 5) *Norris c. Irlanda*, del 26-10-1988, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695424&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 6) *Modinos c. Chipre*, del 22-4-1993, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695711&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 7) *Smith and Grady c. Reino Unido*, del 25-7-2000, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695711&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 8) *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, del 21-12-1999, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=696281&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 9) *Karner c. Austria*, del 24-7-1993, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=699140&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 10) *L. and V. c. Austria*, del 9-1-2003, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698753&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 11) *Frette c. Francia*, del 26-2-2002, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=698045&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 12) *E.B. c. Francia*, del 22-1-2008, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?>

action=html&documentId=827961&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>; 13) *Chahal c. Reino Unido*, del 15-11-1996, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695881&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; 14) *Kozak c. Polonia*, del 2-3-2010, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=863720&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; y 15) Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros relativa a las medidas para combatir la discriminación con base en la orientación sexual o identidad de género, del 31-3-2010, en <<https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1606669>>.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 21-10-2010, *Aleksyev c. Rusia*, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=875961&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

< \* >

**DERECHO PENAL. PENAS.** SUSTITUCIÓN DE PRISIÓN. VIGILANCIA ELECTRÓNICA. PRESUPUESTOS. **DERECHO A LA IGUALDAD.** PENA DE PRISIÓN POR EL PAGO DE UNA MULTA. REQUISITOS (COLOMBIA).

**1. Antecedentes del caso:** se solicitó a la Corte Constitucional que determinara en general si la exigencia del pago de la multa para acceder al mecanismo sustitutivo de prisión de vigilancia electrónica vulnera el principio constitucional de igualdad (art. 13 del C.P.) en relación con dos aspectos planteados por el demandante: (i) presunta discriminación injustificada de los condenados que no cuentan con recursos para cancelar la multa, pero cumplen con los demás requisitos exigidos en el art. 38A del Código Penal; y (ii) presunta discriminación injustificada respecto de quienes cumplen con los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria, porque a ellos no se les exige pago de multa, cuando en esencia tanto la prisión domiciliaria como la vigilancia electrónica implican el cumplimiento de la pena de la privación de la libertad fuera del establecimiento carcelario.

**2. Sentencia:** se declara condicionalmente exequible el numeral 4) del art. 38A del Código Penal (adicionado por el art. 50 de la ley 1142 de 2007), en el entendido de que en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del subrogado de la vigilancia electrónica.

El análisis de la Corte se centra en la exigencia del pago de la multa como requisito para acceder a un mecanismo sustituto de la prisión, esto es, a un beneficio que exige el cumplimiento de una serie de requisitos y no en justificar la exención de la multa como pena principal. La multa como pena principal ha sido considerada constitucional, por tener un carácter eminentemente sancionatorio originado en la responsabilidad penal y que, por lo mismo, debe cumplirse como cualquier condena penal; además, porque la ley prevé que al tasarla el juez, debe considerar la situación económica particular del condenado (sentencias C-194, C-665 y C-823 de 2005). Por tal motivo, no son aplicables los mismos criterios expuestos en la jurisprudencia para avalar la constitucionalidad de esa medida.

Por otro lado, acceder al mecanismo sustituto de la pena de prisión consistente en vigilancia electrónica es, en esencia, una modalidad de cumplimiento de la pena privativa de la libertad por fuera del establecimiento carcelario, tal como lo implica también la prisión domiciliaria. Al comparar estos dos sustitutos de la pena de prisión, esta Corte llega a la conclusión de que, pese a ser distintos –en la medida en que exigen diferentes requisitos–, ambos son prerrogativas para que los condenados que se encuentran en ciertas situaciones particulares puedan cumplir la pena fuera de la cárcel.

A juicio de esta Corte, la exigencia del pago de la multa resulta discriminatoria y violatoria del derecho a la igualdad para el condenado que, habiendo cumplido los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el art. 38A del Código Penal para acceder al beneficio de la vigilancia electrónica, no pueda salir a cumplir la pena fuera del establecimiento carcelario por no contar con los recursos económicos para ello. Las razones que llevan a esta Corte a esta conclusión son: (i) la pena privativa de la libertad en una cárcel es el castigo más gravoso en materia penal, por lo cual las alternativas de su cumplimiento fuera del establecimiento carcelario cobran gran importancia en el contexto de los diversos derechos fundamentales que se restringen; (ii) por lo anterior, la prescripción legal que da la posibilidad de cumplir la pena privativa de la libertad fuera de ella debe brindarse en igualdad de condiciones y no puede depender de exigencias ajenas a las que interesan de manera especial a la legislación penal; (iii) por ello, cuando el acceso a esa alternativa depende de los medios económicos del condenado, las desigualdades de hecho se convierten en desigualdades jurídicas que no tienen justificación constitucional frente al condenado que no disponga de los recursos para pagar la multa, pues solo quienes tienen recursos pecuniarios tendrían esa posibilidad. Esto, por cuanto la multa que se impone como acompañante de la pena de prisión solo permite al juez condenar al pago de un mínimo de salarios que oscila entre cinco (5) y veinte (20) SMLMV, los más bajos; luego, el juez no puede atender a la situación económica del condenado. Pese a que puede pagarse a plazos, la ley no regula la amortización por trabajo y no existen equivalencias determinadas por el legislador para convertir los salarios mínimos en días de trabajo, como sí lo permite la prisión domiciliaria.

En ese orden, esta Corte llega a la conclusión de que si un condenado satisface los requerimientos objetivos y subjetivos de la política criminal y penitenciaria, pero su condición económica no le permite acceder a esa prerrogativa al no poder pagar la multa, dicha exigencia carece de justificación constitucional desde el punto de vista del derecho a la igualdad. Por consiguiente, el numeral 4) del art. 38 A del Código Penal se ajusta a la Constitución como desarrollo razonable de la potestad del legislador en el diseño de la política criminal, pero no en el caso del condenado que carece de recursos para pagar la multa. En consecuencia, la disposición legal demandada es declarada exequible de manera condicionada, excluyendo la aplicación de la exigencia prevista en la misma cuando el condenado demuestre ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad su insolvencia económica.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**, sentencia del 16-3-2011, C-181/11, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>.

< \* >

**DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO DE DEFENSA. ARMAS.** DERECHO A SU POSESIÓN Y PORTACIÓN. FUNDAMENTO. **FEDERALISMO.** DERECHOS FUNDAMENTALES PROPIOS DE LA CIUDADANÍA FEDERAL Y ESTADUAL. DERECHOS INCORPORADOS (E.E.UU.).

**1. Antecedentes del caso:** en el año 2008, al resolver el caso *District of Columbia v. Heller* (554 U.S. 570 -2008-), la Suprema Corte sostuvo que la II Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos garantiza el derecho a tener y a portar armas para defensa personal, y declaró inválida una ley del Distrito de Columbia que prohibía poseer armas de puño (*handguns*) en el hogar.

La ciudad de Chicago y Oak Park, una de sus localidades suburbanas, tienen leyes que, en la práctica, prohíben a casi todos los ciudadanos poseer armas de puño. Después de que se decidió *Heller*, Mc Donald y los otros peticionantes promovieron una acción ante un tribunal federal contra la ciudad de Chicago, que se acumuló con otros dos procesos, alegando que la prohibición municipal de poseer armas de puño los había dejado en una situación de vulnerabilidad ante los criminales. Con ese fundamento, pidieron el dictado de una sentencia declarativa de que la prohibición y varias ordenanzas municipales vinculadas a la misma violaban las II y XIV Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos.

El tribunal *a quo* rechazó la pretensión de los actores de que las ordenanzas eran inconstitucionales y destacó que la Cámara Federal de Apelaciones para el 7<sup>mo</sup> Circuito ya había confirmado la constitucionalidad de una prohibición de poseer armas de puño; que en *Heller*, la Suprema Corte se había abstenido expresamente de determinar si la II Enmienda se aplicaba a los estados; y que tenía la obligación de aplicar los precedentes establecidos en el circuito.

La Cámara Federal de Apelaciones para el 7<sup>mo</sup> Circuito confirmó esta sentencia fundándose en tres casos del siglo XIX: *United States v. Cruikshank* (92 U.S. 542 -1875-), *Presser v. Illinois* (116 U.S. 253 -1886-) y *Miller v. Texas* (153 U.S. 535 -1894-), resueltos a raíz de la interpretación que esta Corte hizo de la Cláusula de los Privilegios o Inmunidades de la XIV Enmienda en los *Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36 -1873-). En este estado, Mc Donald y los otros peticionantes interpusieron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

**2. Sentencia:** se revoca la sentencia y se devuelven las actuaciones.

**2.1.** El *Justice* Alito expuso la decisión de la Corte en relación con las Partes I, II-A, II-B, II-D, III-A y III-B, y llegó a la conclusión de que la XIV Enmienda incorpora el derecho garantizado por la II Enmienda y reconocido en *Heller* a tener y a portar armas para defensa personal.

(a) Los peticionantes basan su caso en dos pretensiones. Fundamentalmente, alegan que el derecho a tener y a portar armas está garantizado por la Cláusula de los Privilegios o Inmunidades de la XIV Enmienda y que la Corte ahora debe desestimar la interpretación restrictiva de dicha Enmienda que realizó en los *Slaughter-House Cases*. En forma secundaria, sostienen que la Cláusula del Debido Proceso de la XIV Enmienda incorpora el derecho reconocido en la II Enmienda. La ciudad de Chicago y Oak Park (apelados municipales)

afirman que un derecho enumerado en la Declaración de Derechos solo es oponible a los estados cuando constituye un atributo indispensable de cualquier régimen jurídico “civilizado”. Cuando es posible imaginar un país civilizado que no reconozca ese derecho –alegan los apelados municipales–, ese derecho no está protegido por el debido proceso. Y ellos sostienen que, dado que existen países civilizados que prohíben o reglamentan en forma estricta la posesión de armas de puño por parte de los particulares, el debido proceso no excluye la vigencia de ese tipo de medidas.

**(b)** La Declaración de Derechos, que incluye la II Enmienda, originalmente solo se aplicaba al gobierno federal y a los estatales (v., p. ej., *Barron ex rel Tiernan v. Mayor of Baltimore*, 7 Pet. 243, p. 247 -1833-), pero las Enmiendas constitucionales adoptadas después de la Guerra Civil alteraron fundamentalmente el régimen federal. Cuatro años después de la adopción de la XIV Enmienda, esta Corte resolvió, en los *Slaughter-House Cases*, que la Cláusula de los Privilegios o Inmidades solo protege aquellos derechos “que deben su existencia al gobierno federal, a su naturaleza nacional, a su Constitución, o a sus leyes” (cit., p. 79), y que los derechos fundamentales reconocidos antes de la creación del gobierno federal no gozaban de la protección de la cláusula (*id.*, p. 76). Conforme a esta interpretación restrictiva, la Corte resolvió que la Cláusula de Privilegios o Inmidades solo protege muy pocos derechos (*id.*, en pp. 79/80). Posteriormente, en *Cruikshank* (92 U.S. 542 -1875-), *Presser* (116 U.S. 252 -1886-) y *Miller* (153 U.S. 535 -1894-) –decisiones en las cuales la Cámara Federal de Apelaciones fundó la sentencia dictada en este caso–, la Corte sostuvo que la II Enmienda solo se aplica al gobierno federal.

**(c)** Se determinará si el derecho que garantiza la II Enmienda a tener y a portar armas se aplica a los estados a la luz de nuestros precedentes que aplican a los estados los derechos reconocidos en la Declaración de Derechos.

*(1)* A fines del siglo XIX, esta Corte comenzó a decidir que la Cláusula del Debido Proceso prohíbe a los estados violar los derechos acordados en la Declaración de Derechos (ver, p. ej., *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 -1884-). Cabe destacar cinco características del criterio adoptado durante los años posteriores. Primero, la Corte consideró que la cuestión del debido proceso era totalmente independiente de la determinación de si un derecho específico era parte de los privilegios o inmidades propios de la ciudadanía nacional (ver *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 -1908-). Segundo, la Corte explicó que los únicos derechos fundados en el debido proceso que los estados no podían violar eran aquellos “cuya naturaleza los hace estar incluidos en la concepción del debido proceso de ley” (*ibid.*). Tercero, se puede considerar que en algunos de los casos resueltos durante esta época “se cuestionó... si cabría imaginar un sistema civilizado que no acordara la garantía específica” allí invocada (*Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, nota 14 -1968-). Cuarto, la Corte no dudó en resolver que una garantía de la Declaración de Derechos no satisfacía el test del Debido Proceso, y en encontrar, p. ej., que la libertad de expresión y de prensa sobrevivían a este test (*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 -1925-; *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697 -1931-), mientras que la exigencia de que las acusaciones sean hechas por un gran jurado, no (*Hurtado, supra*). Finalmente, incluso en los casos en que se entendió que un derecho estaba incluido en la concepción del debido proceso, la protección o las reparaciones acordadas a quien había sido víctima de la violación de ese derecho por parte de un estado muchas veces diferían de las reconocidas a las víctimas de idénticas violaciones del gobierno federal.

(2) El *Justice Black* propuso la tesis alternativa de que la § 1 de la XIV Enmienda incorporaba todas las disposiciones de la Declaración de Derechos (ver, p. ej., *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 -1947-, disidencia del *Justice Black*), pero la Corte nunca ha adoptado esta teoría.

(3) Posteriormente, la Corte se orientó en la dirección propuesta por el *Justice Black* al adoptar una teoría de la incorporación selectiva, conforme a la cual la Cláusula del Debido Proceso incorpora determinados derechos previstos en las primeras ocho Enmiendas (ver, p. ej., *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 -1963-). Estas decisiones dejaron de lado tres de las características del período anterior. La Corte aclaró que el criterio consiste en determinar si una garantía específica de la Declaración de Derechos es fundamental para el particular régimen de libertad ordenada y sistema de justicia norteamericanos (*Duncan, supra*, p. 149, nota 14). Posteriormente, sostuvo que casi todas las garantías previstas en la Declaración de Derechos satisfacen las exigencias para gozar de la protección de la Cláusula del Debido Proceso y que, en virtud de lo dispuesto por la XVI Enmienda, todas ellas se deben aplicar a los estados en la misma forma que al gobierno federal (v. *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 -1964-). Conforme a este criterio, la Corte dejó sin efecto el estándar adoptado en las decisiones anteriores que habían resuelto que ciertas garantías o formas de reparación previstas en la Declaración de Derechos no eran oponibles a los estados (ver, p. ej., *Gideon, supra*, que dejó sin efecto el criterio adoptado en *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 -1942-).

**(d)** La XIV Enmienda hace al derecho a tener y portar armas, acordado en la II Enmienda, plenamente aplicable a los estados.

(1) La Corte debe decidir si ese derecho resulta fundamental en el sistema norteamericano de libertad ordenada (v. *Duncan v. Louisiana*, 381 U.S. 145 -1968-) o si, tal como sostuvo en un contexto relacionado con este, ese derecho “tiene profundas raíces en la historia y tradición de la Nación” (v. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 -1997-). *Heller* señala la respuesta en forma inequívoca. La defensa propia es un derecho básico, que ha sido reconocido en muchos regímenes jurídicos desde la antigüedad hasta la actualidad. La Corte, en aquel caso, declaró que este derecho es el “componente central” del acordado por la II Enmienda (*cit.*) y explicó que la necesidad de defenderse a uno mismo, a la familia y a los bienes es más profunda en el hogar (*ibid.*). Agregó que este derecho se aplica a las armas de puño, dado que estas son “las armas de fuego que en la Nación se prefiere tener y usar para proteger el hogar y la familia” (*id.*). En consecuencia, llegó a la conclusión de que se debe permitir a los ciudadanos “usar [armas de puño] con el objetivo lícito esencial de ejercer la defensa propia” (*id.*). *Heller* también dejó en claro que este derecho “tiene profundas raíces en la historia y en la tradición de la Nación” (v. *Glucksberg, supra*, p. 721). *Heller* encontró los orígenes de este derecho en el derecho británico y destacó que había sido muy valorado en la época colonial y en la de la ratificación de la Declaración de Derechos. Esto constituye una prueba importante de que era considerado fundamental en el sentido que aquí resulta relevante. Esa opinión perduró en los años inmediatamente posteriores a la ratificación de la Declaración de Derechos y fue confirmada al haber sido incorporada al texto de las constituciones estatales de esa época que garantizaron el derecho a tener y portar armas.

(2) Una revisión de la historia contemporánea también demuestra claramente que quienes redactaron y ratificaron la XIV Enmienda incluían el derecho a tener y a portar armas entre aquellos derechos fundamentales que resultan necesarios en el sistema norteamericano de libertad ordenada.

(j) En la década de 1850, en gran parte se había desvanecido el temor de que el gobierno nacional desarmara la milicia universal, pero el derecho a tener y a portar armas era muy valorado a los fines de la defensa personal. Los autores abolicionistas escribieron a favor de este derecho, y los intentos de desarmar a los “*Free-Soilers*” en la “*Bloody Kansas*” vieron, con indignación, que se había quitado al pueblo el derecho a tener y a portar armas. Después de la Guerra Civil, los estados del Sur intentaron sistemáticamente desarmar y perjudicar a las personas de raza negra que vivían en los Estados Unidos (ver *Heller, supra*). Estos actos de injusticia dieron lugar a que el Congreso, en su 39° período de sesiones, aprobara la *Freedmen’s Bureau Act* de 1866 y la *Civil Rights Act* de 1866 para proteger el derecho a tener y a portar armas. Sin embargo, el Congreso, a la larga, consideró que estas medidas legislativas resultaban insuficientes y aprobó la XIV Enmienda. Actualmente, en general se acepta que esa Enmienda tuvo por objeto brindar un fundamento constitucional que protegiera los derechos reconocidos en la *Civil Rights Act* (ver *General Building Contractors Assn. v. Pennsylvania*, 458 U.S. 375 -1982-). Durante el debate parlamentario de la Enmienda, los legisladores que habían patrocinado el proyecto en el 33° período de sesiones del Congreso se refirieron al derecho a tener y a portar armas como un derecho fundamental que merecía gozar de protección. Existen pruebas correspondientes al período inmediatamente posterior a la ratificación de la Enmienda que confirman que ese derecho era considerado fundamental.

(ii) No obstante lo que resulta de toda esta prueba, los demandados municipales sostienen que una mayoría abrumadora de los miembros del Congreso consideraba que la §1 de la XIV Enmienda constituía una regla puramente antidiscriminatoria. Lo cierto es que si bien la §1 efectivamente contiene una regla antidiscriminatoria —esto es, la Cláusula de la Igual Protección—, difícilmente pueda decirse que ese artículo solo prohíbe la discriminación. Si lo que los demandados municipales pretenden que se decida es que la II Enmienda debe recibir un tratamiento particular y especialmente desfavorable, esta Corte rechaza esa sugerencia. El derecho a tener y a portar armas debe ser considerado una garantía sustantiva y no una prohibición que puede ser ignorada en la medida en que los estados la reglamenten en forma adecuada.

**2.2.** El *Justice Alito*, cuyo voto fue suscripto por el *Chief Justice Roberts*, por el *Justice Scalia* y por el *Justice Kennedy*, llegó a la conclusión, en relación con las Partes II-C, IV y V, que la Cláusula del Debido Proceso de la XIV Enmienda incorpora el derecho previsto en la II Enmienda y reconocido en *Heller*.

(a) Los apelantes alegan que el derecho fundado en la II Enmienda constituye uno de los “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”. No resulta necesario reconsiderar la interpretación que la Corte ha hecho de la Cláusula de los Privilegios o Inmunidades en los *Slaughter-House Cases* porque, durante muchas décadas, este tribunal ha analizado si la Cláusula del Debido Proceso de la XIV Enmienda hace que determinados derechos sean aplicables a los estados (v. *Heller, cit.*).

(b) Se rechazan los restantes alegatos de los apelados municipales porque contradicen el *holding* central de *Heller*. En efecto, piden a la Corte que decida que el derecho a tener y a portar armas está sujeto a un cuerpo diferente de reglas de incorporación que el resto de las garantías de la Declaración de Derechos.

(c) Se tratan y se rechazan las objeciones formuladas por los disidentes.

2.3. El *Justice* Thomas coincidió en que la XIV Enmienda hace que el derecho que otorga la II Enmienda a tener y a portar armas, reconocido en *District of Columbia v. Heller* (cit.), sea plenamente aplicable a los estados. Sin embargo, afirmó que puede llegarse a esta conclusión por un camino más sencillo y más fiel al texto y antecedentes de la II Enmienda. La Corte está en lo correcto cuando describe que el derecho de la II Enmienda es “fundamental” para el sistema norteamericano de libertad ordenada (v. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 -1968-) y que “tiene profundas raíces en la historia y tradición de la Nación” (v. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 -1997-). Sin embargo, la Cláusula del Debido Proceso de la XIV Enmienda, que solo se refiere a “proceso”, no puede imponer a la legislación estadual una restricción sustantiva como la que la Corte establece. Antes bien, el derecho a tener y a portar armas es aplicable a los estados porque constituye un privilegio propio de los ciudadanos norteamericanos, reconocido por la § 1 de la XIV Enmienda, que, entre otras cosas, dispone: “Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”. Al interpretar este texto, es importante recordar que las cláusulas constitucionales están “escritas para ser comprendidas por los votantes” (v. *Heller*, cit.). El objetivo de este análisis es determinar qué significado tenía la Cláusula de los Privilegios o Inmunidades de la XIV Enmienda para los “ciudadanos ordinarios” al tiempo de la ratificación de esa Enmienda (*ibid*). La revisión de las fuentes jurídicas contemporáneas claramente demuestra que, por ese entonces, el público que la ratificó consideraba que la cláusula brindaba protección a ciertos derechos enumerados en términos constitucionales, entre los cuales se encuentra el derecho a tener y a portar armas.

**Notas del Instituto:** 1) v. *United States v. Cruikshank* (92 U.S. 542 -1875-) en <<http://laws.findlaw.com/us/92/542.html>>; *Presser v. Illinois* (116 U.S. 253 -1886-), en <<http://laws.findlaw.com/us/116/252.html>>; *Miller v. Texas* (153 U.S. 535 -1894-), en <<http://laws.findlaw.com/us/153/535.html>>; los *Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36 -1873-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0083\\_0036\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0083_0036_ZO.html)>; *Barron ex rel Tiernan v. Mayor of Baltimore* (7 Pet. 243, 247 -1833-), en <<http://supreme.justia.com/us/32/243>>; *Hurtado v. California* (110 U.S. 516 -1884-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0110\\_0516\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0110_0516_ZO.html)>; *Twining v. New Jersey* (211 U.S. 78 -1908-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0211\\_0078\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0211_0078_ZS.html)>; *Duncan v. Louisiana* (391 U.S. 145, nota 14 -1968-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0391\\_0145\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0391_0145_ZS.html)>; *Gilow v. New York* (268 U.S. 652 -1925-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0268\\_0652\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0268_0652_ZS.html)>; *Near v. Minnesota ex rel. Olson* (283 U.S. 697 -1931-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0283\\_0697\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0283_0697_ZS.html)>; *Adams v. California* (332 U.S. 46 -147, disidencia del Justice Black), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0332\\_0046\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0332_0046_ZS.html)>; *Gideon v. Wainwright* (372 U.S. 335 -1963-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0372\\_0335\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0372_0335_ZS.html)>; *Malloy v. Hogan* (378 U.S. 1 -1964-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0378\\_0001\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0378_0001_ZS.html)>; *Betts v. Brady* (316 U.S. 455 -1942-), en <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0316\\_0455\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0316_0455_ZS.html)>; *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702 -1997-), en <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-110.ZS.html>>; y *General Building Contractors Assn. v. Pennsylvania* (458 U.S. 375 -1982-), en <<http://laws.findlaw.com/us/458/375.html>>. 2) *Free Soilers* fue un partido político que surgió en 1848 en los Estados Unidos para oponerse a la extensión de la esclavitud. En 1856, sus principios fueron adoptados y el partido fue absorbido por el recientemente creado Partido Republicano. La tregua entre la esclavitud y la libertad que se había mantenido durante treinta y cinco años se rompió. La guerra estaba a punto de recomenzar con diez veces más energía. Numerosos eventos habían fortalecido mucho al Partido Abolicionista en el Norte, y todas las demás cuestiones de orden público habían pasado a ser poco importantes frente a este tema. Se hizo necesario reorganizar los partidos políticos. El antiguo partido *Whig* había recibido su tiro de gracia. El Partido Demócrata se había dividido en dos secciones con base en nuevos criterios. Por último, los *Free Soilers* y una sección de los *Whigs* y de los Demócratas se habían fusionado para oponerse a la nueva actitud agresiva de la esclavitud; el

Partido Republicano comenzó a existir, y los miembros partidarios de la esclavitud de los antiguos partidos se unieron en un Partido Demócrata modificado. El país estaba a la deriva, sin rumbo. La primera fase de la hostilidad se suscitó en Kansas, organizado como Territorio el 30 de mayo de 1854. La decisión de que la esclavitud se podría introducir allí generó conflictos armados entre los colonos de los estados del Norte y grupos armados del estado esclavista de Missouri adyacente. Las comunidades anti-esclavistas del Norte habían realizado un esfuerzo organizado para asegurar Kansas colonizándola con inmigrantes de sentimientos abolicionistas. Missouri hizo un esfuerzo igualmente importante para afiliarla a la esclavitud, recurriendo más a la violencia que a la colonización. Un grupo armado de doscientos cincuenta habitantes de Missouri marchó sobre los colonos de la nueva ciudad de Lawrence y los amenazó con sacarlos a punta de bayoneta, si inmediatamente no desarmaban sus carpas y abandonaban el Territorio. Los colonos se negaron a hacerlo, y sus atacantes se retiraron, sin llevar a cabo su amenaza. Pero esta batalla de palabras fue seguida por una serie de ataques sangrientos a los colonos, que inauguró un estado de guerra real. En 1855, se ordenó realizar una elección legislativa en el Territorio. Entonces, los dueños de esclavos de Missouri y Arkansas simultáneamente adoptaron una nueva estrategia. Ingresaron al Territorio en grandes bandas, tomaron posesión de los lugares de votación, expulsaron de allí a los colonos y emitieron su voto a favor de los candidatos partidarios de la esclavitud. Si bien los colonos solo eran 2.905, en esta farsa de elección se emitieron 6.320 votos. En 1857, la legislatura partidaria de la esclavitud se reunió, aprobó una Constitución y la sometió a la consideración del pueblo. Esta Constitución fue ratificada en una elección en donde no se permitieron emitir o no se contaron votos en contra. Esta operación fraudulenta contó con el apoyo del gobierno federal, pero pronto quedó demostrado que los *Free State Settlers* de Kansas era un grupo demasiado importante como para aceptar este tratamiento. En 1859, en Wyandotte se celebró una convención. En la elección de sus miembros nuevamente se emitieron muchos votos fraudulentos favorables a la esclavitud, pero el Partido *Free State* ganó una importante mayoría. Así se adoptó una constitución que prohibía la esclavitud, la cual fue sometida al sufragio popular y fue ratificada por 10.421 a favor y 5.530 en contra. En 1860, luego de que los miembros de los estados del Sur se retiraran del Congreso, Kansas fue admitida como un estado más. Fuente: BANCROFT, Hubert H. (ed.), *The Great Republic by the Master Historians*, vol. III, en <[http://www.publicbookshelf.com/public\\_html/The\\_Great\\_Republic\\_By\\_the\\_Master\\_Historians\\_Vol\\_III/bloodykan\\_da.html](http://www.publicbookshelf.com/public_html/The_Great_Republic_By_the_Master_Historians_Vol_III/bloodykan_da.html)>. 3) Sobre el tema resuelto en este fallo, v. BAILONE, Matías, “La Tenencia y Portación de Armas en el Código Penal Argentino, la ley 25.886 y la fiebre punitiva”, en <[http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=453&Itemid=122](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=453&Itemid=122)> y en <[http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22\\_la\\_tenencia\\_y\\_portacion\\_de\\_armas.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_la_tenencia_y_portacion_de_armas.pdf)>.

**SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS**, sentencia del 28-6-2010, *Mc Donald et al. v. City of Chicago, Illinois et al.*, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1521.pdf>>.

< \* >

**DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PESONALIDAD JURÍDICA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – BOLIVIA).**

**1. Antecedentes del caso:** José Luis Ibsen Peña nació en Chile el 7 de octubre de 1925 y se nacionalizó como boliviano en 1947. Al año siguiente, contrajo matrimonio con Asunta Isaura Cárdenas, con quien procreó a Rainer Ibsen Cárdenas. Tras el fallecimiento de Asunta Cárdenas, en 1959, Ibsen Peña contrajo matrimonio con Martha Castro Mendoza, con quien tuvo tres hijos: Rebeca, Tito y Raquel, todos de apellido Ibsen Castro. En el año 1971, Rainer

Ibsen Cárdenas se encontraba estudiando la carrera de Derecho en la Universidad Autónoma “Gabriel René Moreno”. Asimismo, en mayo de 1972, José Luis Ibsen Peña residía en la ciudad de Camiri, Santa Cruz, donde inscribió su estudio de abogados.

En octubre de 1971, Rainer Ibsen Cárdenas, de aproximadamente 22 años de edad, fue detenido en la ciudad de Santa Cruz, Bolivia, y trasladado a una instalación del Departamento de Orden Político en la ciudad de La Paz. Posteriormente, fue conducido al centro de detención de Achocalla. Ibsen Cárdenas estuvo privado de su libertad aproximadamente nueve meses. En el mes de junio de 1972, se llevó a cabo la ejecución extrajudicial de al menos tres de los detenidos en ese lugar, entre los cuales estaba Rainer Ibsen Cárdenas. Durante varios años, sus familiares no tuvieron conocimiento de su paradero. Recién en el año 2008, cuando se realizó una prueba de ADN a ciertos restos encontrados en el mausoleo de ASOFAMD en el Cementerio General de La Paz, se estableció la identidad de tales restos como correspondientes a Rainer Ibsen Cárdenas y, por lo tanto, desde esa fecha se conoció, de manera definitiva, su paradero.

Por otra parte, el 10 de febrero de 1973, José Luis Ibsen Peña, de 47 años de edad, y su hijo Tito Ibsen Castro, de aproximadamente 8 años de edad, realizaban compras de material escolar en Santa Cruz. Al caminar por la calle Independencia, José Luis Ibsen Peña fue detenido por agentes de seguridad del Estado que le ordenaron que los acompañara. Ese mismo día, por la noche, Ibsen Peña regresó a su casa acompañado de los mismos agentes que lo detuvieron a fin de disponer de algunos objetos personales y nuevamente se lo llevaron sin que se mostrara orden de detención alguna. José Luis Ibsen Peña fue conducido a las instalaciones del centro de detención de El Pari, ubicado en la ciudad de Santa Cruz, Bolivia. Durante el período de su detención en el referido centro, únicamente permitieron a Tito Ibsen Castro visitarlo para aprovisionarlo de alimentos y ropa. Ibsen Peña fue visto en el centro de detención de El Pari con signos de maltrato físico. El 28 de febrero de 1973, Tito Ibsen Castro y Martha Castro Mendoza fueron informados por las autoridades de que José Luis Ibsen Peña había salido exiliado a Brasil. Al respecto, Martha Castro Mendoza acudió al consulado de dicho Estado en Bolivia, en donde le informaron que ningún preso político había salido hacia ese país. Desde ese entonces, sus familiares no tienen conocimiento de su paradero.

**2. Sentencia:** se declara responsable internacionalmente al Estado de Bolivia por la desaparición forzada de Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña.

En la contestación de la demanda, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los arts. 3 (derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de ese mismo instrumento, así como de las obligaciones establecidas en los arts. I, III, IV y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, todos en relación a Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña. El Estado también reconoció su responsabilidad por la violación de los derechos establecidos en los arts. 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en conexión con el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de ese mismo instrumento en perjuicio de Martha Castro Mendoza, Tito Ibsen Castro, Rebeca Ibsen Castro y Raquel Ibsen Castro.

En el derecho internacional, la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se conozca con certeza su identidad. La desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.

En consideración del allanamiento del Estado, los hechos del caso y la prueba que consta en el expediente, el Estado es responsable por la detención y posterior desaparición forzada de Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña. A partir del patrón de violaciones cometidas durante esa época en el marco de la dictadura de Hugo Banzer Suárez en Bolivia, por una parte, dichos hechos, además, colocaron a Rainer Ibsen Cárdenas en una grave situación de riesgo de sufrir daños irreparables a su integridad personal y, por otra parte, se considera probado que José Luis Ibsen Peña fue visto con signos de maltrato físico mientras estuvo detenido. Ambos fueron puestos en una situación de indeterminación jurídica que anuló la posibilidad de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Por lo anterior, el Estado es responsable de la violación de los arts. 3, 4.1, 5.1 y 5.2, y 7.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña, en razón del incumplimiento del deber de garantía y de respeto de dichos derechos establecido en el art. 1.1 de ese instrumento, todos ellos en relación con las obligaciones establecidas en los arts. I a) y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Cabe destacar la gravedad de los hechos y las violaciones establecidas, así como que se trata de la desaparición forzada de dos miembros de una misma familia.

En cuanto a los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, el Estado no cumplió con su deber de investigar *ex officio* y de una manera seria y diligente la detención y posterior desaparición forzada de Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña. En relación con el proceso penal, la presentación de múltiples excusas de jueces durante este provocó una dilación indebida y afectación al desarrollo del mismo, y que no haya sido conducido dentro de un plazo razonable. Asimismo, si bien existe una condena penal por la comisión del delito de desaparición forzada en contra de José Luis Ibsen Peña, el Estado es internacionalmente responsable debido a que subsisten otras responsabilidades por la tortura a que fue sometido aquel y por el homicidio de Rainer Ibsen Cárdenas. En ciertas circunstancias, el derecho internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas. En el presente caso, debe tenerse en cuenta el deber especial que tiene el Estado de realizar las debidas investigaciones y determinar las correspondientes responsabilidades frente a conductas tales como la tortura o el asesinato cometidas durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas para evitar que estas no queden en la impunidad. Si bien esta Corte valora positivamente los esfuerzos del Estado para buscar el paradero de José Luis Ibsen Peña, esta búsqueda no ha sido llevada a cabo de manera inmediata por el Estado. En relación

con la búsqueda de Rainer Ibsen Cárdenas, a pesar de que se realizaron pruebas genéticas y antropológicas, la ubicación y posterior identificación de sus restos estuvo preponderantemente orientada a su entrega a los familiares y no tanto a practicar otras pruebas cuyos resultados aportaran elementos para el esclarecimiento de lo sucedido y para la eventual sanción de los responsables. Por lo anterior, Bolivia es responsable de la violación de las garantías y protecciones judiciales consagradas en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de Martha Castro Mendoza y de Rebeca, Tito y Raquel, todos de apellido Ibsen Castro, y el Estado incumplió la obligación consagrada en el art. I b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En lo que se refiere al derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5 de la Convención Americana, en atención al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado y de la prueba aportada, particularmente de las declaraciones de familiares de Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña, esta Corte estima que estos sufrieron afectaciones a su integridad personal como consecuencia de las violaciones de los derechos humanos a que fueron sujetos aquellos y por la denegación de justicia y el desconocimiento del paradero de José Luis Ibsen Peña. Todo esto les ha causado, a su vez, sentimientos de incertidumbre, ansiedad y frustración ante la supuesta demora e ineffectividad de las instituciones estatales para buscar justicia. En tal sentido, el Estado violó el derecho a la integridad personal establecido en los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Martha Castro Mendoza, Tito Ibsen Castro, Rebeca Ibsen Castro y Raquel Ibsen Castro por las desapariciones forzadas de Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña.

La sentencia constituye *per se* una forma de reparación, y ordena al Estado las siguientes medidas: a) conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación relacionada con lo sucedido a Rainer Ibsen Cárdenas y con la tortura a que fue sujeto José Luis Ibsen Peña, e iniciar las investigaciones que sean necesarias para determinar a todos los responsables de su detención y desaparición. El Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de esta obligación; b) efectuar una búsqueda seria del paradero de José Luis Ibsen Peña; c) publicar determinadas partes de la sentencia en el Diario Oficial y un resumen oficial de la sentencia en otro diario de amplia circulación nacional, así como publicar íntegramente la presente sentencia en el sitio *web* oficial del Estado; d) brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita en Bolivia a las víctimas declaradas en la sentencia que así lo soliciten; e) implementar un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Bolivia que tengan competencia sobre tales hechos, y f) pagar una indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de gastos y costas. Esta Corte acepta algunas medidas de reparación ya adelantadas, tales como: los actos de reconocimiento de responsabilidad internacional realizados por el Estado; la denominación de dos calles de la ciudad de La Paz con el nombre de Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, y la emisión de un sello postal.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 1-9-2010, en <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_217\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf)>.

**DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. MENORES. DERECHOS DEL NIÑO. DERECHO A LA FAMILIA. DERECHO AL NOMBRE. DERECHO A LA NACIONALIDAD. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. LEY PENAL. RETROACTIVIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – URUGUAY).**

**1. Antecedentes del caso:** los hechos del presente caso ocurrieron durante la dictadura cívico-militar que gobernó Uruguay entre 1973 y 1985, en el marco de prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya en colaboración con autoridades argentinas, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la llamada Operación Cóndor.

La Operación Cóndor fue el nombre clave que se dio a la alianza entre las fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur durante la década 1970, en su lucha y represión contra personas designadas como elementos subversivos. El plan Cóndor operaba en tres grandes áreas: en las actividades de vigilancia política de disidentes exiliados o refugiados; en la operación de acciones encubiertas o clandestinas de contra-insurgencia; y en acciones conjuntas de exterminio dirigidas a grupos o individuos específicos, para lo cual se conformaban equipos especiales de asesinos que operaban dentro y fuera de las fronteras de sus países. Esa coordinación transnacional fue muy organizada, con entrenamientos constantes, sistemas de comunicación avanzados, centros de inteligencia y planificación estratégica, así como con un sistema paralelo de prisiones clandestinas y centros de tortura, con el propósito de recibir a los prisioneros extranjeros detenidos.

Ciudadanos de varios países de la región fueron retenidos y luego trasladados a sus países, donde fueron entregados a cuerpos militares de la Operación Cóndor. Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas. En numerosos casos, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados.

María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, de nacionalidad argentina, y su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff fueron detenidos junto con otros familiares y amigos el 24 de agosto de 1976 en Buenos Aires, Argentina, por militares uruguayos y argentinos. Al momento de su privación de libertad, María Claudia tenía 19 años de edad y se encontraba en avanzado estado de embarazo (alrededor de 7 meses). Fueron llevados al centro de detención y tortura clandestino conocido como Automotores Orletti, en Buenos Aires, donde permanecieron juntos algunos días y posteriormente fueron separados. En octubre de 1976, María Claudia García fue trasladada de forma clandestina a Montevideo, Uruguay, por autoridades uruguayas en el denominado *segundo vuelo*, y alojada en la sede del Servicio de Información de Defensa del Uruguay (SID). En lo sucesivo, habría sido trasladada al Hospital Militar, donde dio a luz a una niña. Su hija recién nacida fue sustraída y entregada ilícitamente a un policía uruguayo y su esposa, quienes la registraron como

hija propia y le dieron el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. Desde entonces María Claudia García Iruretagoyena se encuentra desaparecida. Juan Gelman, padre de Marcelo Gelman y suegro de María Claudia García Iruretagoyena, y su esposa realizaron por su cuenta averiguaciones para conocer lo ocurrido a su hijo, a su nuera y a la hija de ambos, que presumían había nacido durante el cautiverio de sus padres. A finales de 1999, obtuvieron información que permitió develar la verdadera identidad y la ubicación de María Macarena. El 31 de marzo de 2000, María Macarena tuvo por primera vez contacto con su abuelo paterno, enterándose así de los hechos que rodearon la desaparición de sus padres biológicos. A partir de ese momento, ella emprendió las acciones legales pertinentes para recuperar su verdadera identidad, por lo que a partir del año 2005 adoptó el nombre de María Macarena Gelman García Iruretagoyena.

Por otro lado, el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848), la cual, entre otras disposiciones, concedió una amnistía respecto de los delitos cometidos hasta el 1-3-1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

Tras la promulgación de dicha Ley, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay confirmó su constitucionalidad. Asimismo, la Ley de Caducidad, en dos oportunidades, contó con el respaldo de la mayoría de la ciudadanía que se expresó en el referéndum de 1989 y en una propuesta de anular la ley sometida a plebiscito en el año 2009.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay declaró, en dos fallos recientes (en los años 2009 y 2010), la inconstitucionalidad de los art. 1, 3 y 4 de la Ley, y resolvió que son inaplicables a los casos concretos que habían generado la acción.

El 19 de junio de 2002, Juan Gelman presentó una denuncia en Uruguay en relación con los hechos ocurridos a su nuera y a su nieta. Desde el año 2003, los procedimientos fueron clausurados y reanudados por diversos motivos, pero principalmente por la aplicación de la Ley de Caducidad. No obstante, el 27 de junio de 2005 el Juzgado Letrado de Segundo Turno de Montevideo reabrió la investigación, después de que el Poder Ejecutivo decidiera que los hechos no estaban comprendidos por la Ley de Caducidad. Al dictar la presente sentencia, esta causa se encuentra en investigación presumarial, no hay mayores avances en la investigación, no hay ninguna persona formalmente acusada ni sancionada, ni se ha logrado determinar el paradero de María Claudia García. Por otro lado, la desaparición forzada de María Claudia está siendo investigada en Argentina en el marco de la llamada Megacausa Plan Cóndor, caratulada Videla Jorge Rafael y otros s/ privación ilegal de la libertad personal.

En su contestación de la demanda, el Estado de Uruguay reconoció parcialmente su responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena de Gelman García durante el gobierno de facto que rigió en Uruguay entre junio de 1973 y febrero de 1985. El Estado enfatizó que reconocía su responsabilidad en el marco de lo dispuesto en la Ley 18.596 del 18 de septiembre de 2009 sobre Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985. Con posterioridad, el Estado informó al Tribunal que reconocía a Juan Gelman la categoría de víctima en el proceso. En consecuencia, en el proceso ante la Corte la controversia subsistió en cuanto a la determinación de las consecuencias de los hechos ocurridos desde febrero de 1985. La Corte consideró que el referido reconocimiento, si bien parcial, es una

contribución positiva a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana y a la conducta a la que están obligados los Estados en esta materia, y tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares.

**2. Sentencia:** el Estado de Uruguay es internacionalmente responsable por: a) la desaparición forzada y la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli; b) la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad; c) la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, en perjuicio del señor Juan Gelman, y d) la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las normas pertinentes de la Convención Americana y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio de Juan Gelman y María Macarena Gelman. Además, el Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos.

Al respecto, entre otras consideraciones, este Tribunal recuerda el carácter continuado o permanente de los hechos constitutivos de desaparición forzada, violación compleja de derechos que continúa cometiéndose mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos mortales y se determine con certeza su identidad. No existe controversia en cuanto a los hechos de la desaparición forzada de María Claudia García, así como en cuanto a los hechos de sustracción y supresión de identidad de María Macarena de Gelman.

Por el modo en que María Claudia García fue detenida y trasladada al Uruguay, su privación de libertad fue manifiestamente ilegal, en violación del art. 7.1 de la Convención, y solo puede ser entendida como el inicio de la configuración de la violación compleja de derechos que implica la desaparición forzada. Constituyó además un flagrante incumplimiento de la obligación estatal de mantener a las personas privadas de libertad en centros de detención oficialmente reconocidos y presentarlas sin demora ante la autoridad judicial competente.

Su traslado desde Argentina a Uruguay pretendió sustraerla de la protección de la ley en ambos Estados, tanto por su permanencia en centros clandestinos de detención, como por el hecho mismo de haber sido forzada a salir de su país sin ningún tipo de control migratorio, persiguiéndose así anular su personalidad jurídica, negar su existencia y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional, lo que, por ende, constituye también una violación de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el art. 3 de la Convención.

Por otro lado, la desaparición forzada de María Claudia García es violatoria del derecho a la integridad personal porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, bajo control de cuerpos represivos oficiales que impunemente practicaban la tortura, el asesinato y la desaparición forzada de personas, representa un tratamiento cruel e inhumano y una infracción al deber de prevención de violaciones a los

derechos a la integridad personal y a la vida, reconocidos en los arts. 4 y 5 de la Convención Americana. Si bien no hay información categórica acerca de lo ocurrido a María Claudia García con posterioridad a la sustracción de su hija, la práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de procurar la impunidad de quienes lo cometieron. Ello significó una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el art. 4 de la Convención.

El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. En primer lugar, en Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer el destino de aquel, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado respecto de otras personas detenidas –pues estuvo separada de estas– no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia. Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridas en el marco de la Operación Cóndor. Los señalados actos cometidos contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer: le causaron daños y sufrimientos físicos y psicológicos que, por las circunstancias, constituyen una afectación de tal magnitud que debe ser calificada como la más grave forma de vulneración de su integridad psíquica.

La preparación y ejecución de la detención y posterior desaparición forzada de María Claudia García no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento u órdenes superiores de las jefaturas militares, de policía e inteligencia de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia o tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de los cuerpos de seguridad y servicios de inteligencia (e inclusive diplomáticos) de los Estados involucrados, por lo que el Estado faltó gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos de las víctimas, consagrados en el art. 1.1 de la Convención Americana, y utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones.

En consideración de lo anterior, en virtud de su desaparición forzada, que se mantiene hasta el día de hoy, esta Corte llega a la conclusión de que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, la integridad personal, la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica de María Claudia García Iruretagoyena, reconocidos en los arts. 7.1, 5.1 y 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en razón del incumplimiento de sus obligaciones de respetar y garantizar esos derechos, establecidas en el art. 1.1 del mismo tratado, en relación con los arts. I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En el caso de María Macarena Gelman García, los hechos revelan que su integridad personal pudo verse afectada por las circunstancias de su nacimiento y de sus primeras semanas de vida, aunque la particular vulneración de su derecho a la integridad psíquica ocurrió a partir

del momento en que descubrió su verdadera identidad, es decir, como consecuencia tanto de la desaparición forzada de su madre y de haberse enterado de las circunstancias de la muerte de su padre biológico, como de la violación de su derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad, de la falta de investigaciones efectivas para el esclarecimiento de los hechos y del paradero de su madre biológica y, en general, de la impunidad en la que permanece el caso.

La sustracción de niños y/o niñas efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, tal como ocurrió en el presente caso, constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares.

Así, la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia.

Así, bajo el art. 17 de la Convención, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, en este caso por la injerencia ilegal del Estado en la familia de origen de María Macarena Gelman cuando se encontraba en su primera infancia, al imposibilitar u obstaculizar su permanencia con su núcleo familiar y establecer relaciones con este. A su vez, en cuanto al derecho al nombre, reconocido en el art. 18 de la Convención, en el contexto de este caso María Macarena Gelman vivió con otro nombre e identidad durante más de 23 años. Su cambio de nombre, como medio para suprimir su identidad y ocultar la desaparición forzada de su madre, se mantuvo hasta el año 2005, cuando las autoridades uruguayas le reconocieron su filiación y aceptaron el cambio de nombre. Asimismo, el traslado ilícito a otro Estado de la madre de María Macarena Gelman en estado de embarazo, con el referido propósito, frustraron el nacimiento de la niña en el país de origen de su familia biológica donde normalmente hubiese nacido, lo que tuvo como consecuencia que, mediante su supresión de identidad, adquiriera la nacionalidad uruguaya por una situación arbitraria, en violación del derecho reconocido en el art. 20.3 de la Convención.

En este caso, además, los hechos afectaron el derecho a la libertad personal de María Macarena Gelman, puesto que, adicionalmente al hecho de que la niña nació en cautiverio, su retención física por parte de agentes estatales, sin el consentimiento de sus padres, implica una afectación a su libertad, en el más amplio término del art. 7.1 de la Convención, en el entendido de que este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, lo que en el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, es ejercido en la relación con sus familiares. Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el art. 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, lo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el art. 19 de la Convención, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas.

La situación de un menor de edad cuya identidad familiar ha sido alterada ilegalmente y causada por la desaparición forzada de uno de sus padres, como es el caso relativo a María Macarena Gelman, solo cesa cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes. El Estado no garantizó su derecho a la personalidad jurídica, en violación del art. 3 de la Convención.

En mérito de todo lo anterior, la sustracción, supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García pueden calificarse como una forma particular de desaparición forzada de personas, por haber tenido el mismo propósito o efecto, al dejar la incógnita por la falta de información sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo, en los propios términos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Los hechos también afectaron el derecho a la integridad personal de Juan Gelman, en especial, el derecho a que se respete su integridad psíquica, contemplado en el art. 5.1 de la Convención, en tanto familiar de víctimas de desaparición forzada, que le ha causado un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido. Además, la privación del acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos. Los hechos del caso revelan también la grave injerencia ilegal por parte del Estado en la familia de Juan Gelman, lo que vulneró su derecho de protección a su familia, al imposibilitar u obstaculizar su permanencia con su núcleo familiar y restablecer relaciones con este. Su búsqueda de justicia es paradigmática en este tipo de desapariciones forzadas y es principalmente gracias a sus propias gestiones que los hechos han sido mayormente revelados.

En cuanto a la Ley de Caducidad, cabe recordar las obligaciones internacionales que tienen los Estados de investigar y, en su caso, sancionar graves violaciones de derechos humanos. Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Igualmente, por tratarse no solo de un patrón sistemático, en que múltiples autoridades pudieron estar implicadas, sino también de una operación transfronteriza, el Estado ha debido utilizar y aplicar en este caso las herramientas jurídicas adecuadas para el análisis del caso, las categorías penales correspondientes con los hechos y el diseño de una adecuada investigación capaz de recopilar y sistematizar la diversa y vasta información que ha sido reservada o a la que no puede accederse fácilmente y que contemple la necesaria cooperación inter-estatal.

En ese mismo sentido, las investigaciones internas han sido abiertas bajo la figura del homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con lo que se hace posible que la causa sea declarada prescrita por los tribunales nacionales. Este Tribunal reitera que, por tratarse de un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, es esta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Además, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar

en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva.

Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay.

En relación con lo anterior, la circunstancia de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia había ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad.

El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma y los arts. I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de una investigación efectiva de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de identidad y entrega a terceros de María Macarena Gelman, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman. Además, debido a la interpretación y a la aplicación que se le ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos, el Estado ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el art. 2 de la misma, en relación con los arts. 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Por último, en lo referente a reparaciones por las violaciones declaradas, si bien la sentencia constituye *per se* una forma de reparación, este Tribunal impone al Estado varias medidas de reparación:

En lo referente a la obligación de investigar: a) conducir y llevar a término eficazmente la investigación de las desapariciones forzadas de María Claudia García y de María Macarena Gelman, así como de los hechos conexos, a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y administrativas, y aplicar las consecuentes sanciones que la ley prevea; b) continuar y acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García Iruretagoyena o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares; y c) garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos.

Como medidas de satisfacción: a) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; b) colocar en un espacio del edificio del Sistema de Información de Defensa (SID) con acceso al público una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las personas que estuvieron detenidas ilegalmente en dicho lugar; y c) realizar las correspondientes publicaciones de la sentencia.

Garantías de no repetición: a) asegurar, en el marco de la futura Comisión Interministerial que se encargue de dar impulso a las investigaciones para esclarecer el destino de los desaparecidos entre los años 1973 a 1985, la participación de una representación de las víctimas de dichos hechos, si estas así lo determinan; b) adoptar un protocolo para la recolección e información de restos de personas desaparecidas; c) implementar, con la respectiva asignación presupuestaria, un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay; y d) adoptar las medidas pertinentes para garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura que reposa en archivos estatales.

En cuanto a indemnizaciones, el Estado debe pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y reintegrar costas y gastos.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Gelman c. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, sentencia del 24-2-2011, en <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>.

< \* >

**DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. PROTECCIÓN A LA FAMILIA. MENORES. DERECHOS DEL NIÑO. DERECHOS POLÍTICOS. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO DE PROPIEDAD. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. RESIDENCIA. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – GUATEMALA).**

**1. Antecedentes del caso:** Florencio Chitay Nech estaba casado con Marta Rodríguez Quex, con quien tuvo cinco hijos: Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez, quienes residían en San Martín Jilotepeque, Departamento de Chimaltenango, Guatemala. En 1973, Chitay Nech se unió a movimientos campesinos de la región e inició su participación política afiliándose al partido Democracia Cristiana. En 1977, este partido presentó a Chitay Nech como candidato a concejal en la contienda electoral municipal de San Martín Jilotepeque y resultó electo.

Como consecuencia de la desaparición forzada del entonces alcalde del municipio, ocurrida el 21 de noviembre de 1980, Chitay Nech asumió la responsabilidad de la alcaldía. Desde junio de 1980, recibió diversas notas anónimas en donde lo invitaban a desatender todas las actividades que realizaba, y él y los miembros de su familia fueron víctimas de diversos atentados, tales como intentos de secuestro y ataques a su domicilio.

El 1º de abril de 1981, Chitay Nech salió de su vivienda en la Ciudad de Guatemala para comprar leña, acompañado de su hijo Estermerio. Frente a la tienda, un grupo de hombres armados se bajaron de un vehículo, dijeron el nombre de Florencio Chitay Nech e intentaron subirlo a la fuerza pegándole en la cabeza. Uno de los hombres tomó al niño del brazo y lo encañonó, por lo que Chitay Nech dejó de resistirse y subió al vehículo. Posteriormente, Estermerio corrió a su casa y contó lo sucedido a su familia, que denunció los hechos ante la Policía Nacional. Desde entonces, Chitay Nech se encuentra desaparecido.

En la contestación de la demanda, el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional por la violación de los derechos consagrados en los arts. 7 (derecho a la libertad personal), 5 (derecho a la integridad personal), 4 (derecho a la vida), 17 (protección a la familia), 19 (derechos del niño) y 23 (derechos políticos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en relación con el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención, en relación con los arts. I y II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no así respecto de los arts. 3 (derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica), 8 (garantías judiciales), 21 (derecho a la propiedad privada), 22 (derecho de circulación y de residencia) y 25 (protección judicial) de la Convención.

**2. Sentencia:** el Estado de Guatemala resulta responsable internacionalmente por la desaparición forzada de Florencio Chitay Nech, indígena maya *kaqchikel*, agricultor, quien ocupó el cargo de alcalde municipal de San Martín de Jilotepeque.

En consideración del allanamiento del Estado, los hechos del caso y la prueba que consta en el expediente, este Tribunal encuentra que el Estado es responsable por la desaparición forzada de Florencio Chitay, ya que fue privado de su libertad de manera ilegal por agentes del Estado o por particulares con aquiescencia del Estado, sin que a la fecha se conozca su paradero. Esto sucedió en un contexto sistemático de desapariciones forzadas selectivas en Guatemala, dirigidas, entre otros, contra líderes indígenas, con el objetivo de desarticular toda forma de representación política a través del terror y coartando así la participación popular que fuera contraria a la política del Estado. Específicamente, el *modus operandi* y el subsiguiente ocultamiento del paradero a que fue sometido Chitay Nech refleja la deliberada intención de extraerlo de la esfera jurídica e impedirle el ejercicio de sus derechos tanto civiles como políticos.

La situación agravada de vulnerabilidad a la cual fue sometido sin duda le provocó profundos sentimientos de angustia, miedo e indefensión, lo cual implicó la vulneración de su integridad personal y su vida. En consecuencia, esta Corte declara que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los arts. 7.1 (derecho a la libertad personal), 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal), 4.1 (derecho a la vida), 3 (derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica) y 23.1 (derechos políticos) de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención, en relación con el art. I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Florencio Chitay Nech, por haberlo desaparecido forzosamente.

Como consecuencia de los hostigamientos, persecuciones y ataques al domicilio de Florencio Chitay y su posterior desaparición forzada, los familiares tuvieron que huir de su comunidad, lo que provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral. Esta Corte considera que la desintegración familiar repercutió en la condición de los entonces menores de edad Eliseo, Estermerio y María Rosaura Chitay Rodríguez; y advierte que los Estados, además de las obligaciones que deben garantizar a toda persona bajo su jurisdicción, deben cumplir con una obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.

En cuanto al retorno a su comunidad, este Tribunal observa que, hasta la fecha, los familiares de Florencio Chitay no han podido regresar de forma permanente a San Martín Jilotepeque, debido al temor fundado que siguen teniendo ante la posibilidad de sufrir represalias como consecuencia de lo sucedido a su padre y personas allegadas a la familia, así como por la falta de investigación de los hechos relacionados con la desaparición forzada de Chitay Nech. De este modo, esta Corte declara que el Estado es responsable internacionalmente por el desplazamiento forzado, la fragmentación familiar, así como el desarraigo cultural que sufrieron Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, de apellidos Chitay Rodríguez, en violación de los derechos de circulación y de residencia y la protección a la familia consagrados en los arts. 22 y 17 de la Convención Americana, así como a la protección de los niños consagrado en el art. 19 de la Convención, respecto de los tres últimos, todos en relación con el art. 1.1 (obligación de respetar los derechos) de ese instrumento.

En cuanto a los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, esta Corte llega a la conclusión de que los hechos del presente caso se enmarcan claramente en un patrón sistemático de denegación de justicia y de impunidad, ya que la investigación después de 29 años de los hechos aún se encuentra en la fase inicial. En este sentido, el Tribunal concluyó que el Estado no ha cumplido con su deber de investigar *ex officio*, dentro de un plazo razonable, de una manera seria, imparcial y efectiva la detención y posterior desaparición forzada de Florencio Chitay Nech, para identificar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables de los hechos y evitar así la impunidad, ni ha realizado las diligencias necesarias para buscar y localizar el paradero de Chitay Nech. Asimismo, el Estado no ha actuado con la debida diligencia para garantizar el acceso a la justicia de los familiares de Florencio Chitay. Consecuentemente, este Tribunal declara que el Estado es responsable de la violación de las garantías y protección judiciales consagradas en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez, así como del incumplimiento de la obligación consagrada en el art. I.b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En lo que se refiere al derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5 de la Convención, este Tribunal observa que de las declaraciones rendidas por los familiares de Florencio Chitay y de las violaciones declaradas en la sentencia, estos han sufrido afectaciones a su integridad personal. Además, la denegación de justicia y el desconocimiento del paradero de Chitay Nech que persiste hasta la fecha ha ocasionado en las presuntas víctimas un impacto traumático, que ha generado sentimientos de indignación, frustración e incluso de temor. Por lo tanto, este Tribunal llega a la conclusión de que las afectaciones a la integridad personal

sufridas por los miembros de la familia Chitay Rodríguez, comprendidas integralmente en el complejo fenómeno de la desaparición forzada, subsisten mientras persistan los factores de impunidad verificados y no se tenga conocimiento del paradero del señor Chitay Nech; esto último no ha permitido cerrar el proceso de duelo de los familiares. En consecuencia, esta Corte declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez.

Por último, este Tribunal declara que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación y ordena al Estado las siguientes medidas de reparación: a) conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación relacionada con la detención y posterior desaparición forzada de Florencio Chitay Nech, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea; b) continuar con la búsqueda efectiva y la localización de Florencio Chitay Nech; c) publicar determinadas partes de la sentencia en el Diario Oficial y un resumen oficial de la sentencia en otro diario de amplia circulación nacional. Este último debe transmitirse radialmente en español y en maya *kaqchikel*; d) publicar íntegramente la presente sentencia en el sitio *web* oficial del Estado; e) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso y en desagravio a la memoria de Florencio Chitay Nech; f) colocar en San Martín Jilotepeque, Chimaltenango, una placa conmemorativa con el nombre de Florencio Chitay Nech en la que se haga alusión a sus actividades; g) brindar atención médica y psicológica gratuita en Guatemala a las víctimas declaradas en el fallo que así lo soliciten, y h) pagar la indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de gastos.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, caso Chitay Nech y otros c. Guatemala*, sentencia del 25-5-2010, en <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_212\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf)>.

< \* >

**DETENIDOS.** REGÍMENES ESPECIALES PARA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRANCIA).

**1. Antecedentes del caso:** en junio de 2010, la Corte de Casación, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 61-1 de la Constitución, recurrió ante el Consejo Constitucional en relación con las cuestiones prioritarias de constitucionalidad presentadas por Daniel W. y otros treinta y cinco recurrentes concernientes a la conformidad de los arts. 62, 63, 63-1, 63-4, 77 y 706-73 del Código Procesal Penal (CPP), que establecen el arresto, con los derechos y libertades que la Constitución garantiza.

**2. Sentencia:** los arts. 62, 63, 63-1 y 77 del CPP y los incisos 1° a 6° de su art. 63-4 son contrarios a la Constitución. Asimismo, la declaración de inconstitucionalidad del art. 1 entrará en vigencia el 1° de julio de 2011. No le corresponde a este Consejo pronunciarse sobre el art. 706-73 del CPP ni sobre el inciso 7° de su art. 63-4.

Los arts. 63-4, inciso 7°, y 706-73 del CPP derivados de la ley del 9 de marzo de 2004 relativa a la Adaptación de la Justicia a las Evoluciones de la Criminalidad implementan un régimen especial de detención para la delincuencia y el crimen organizado, conforme al cual, entre otras disposiciones, la duración máxima puede ser de 96 horas.

En su decisión N° 204-492 DC del 2 de marzo de 2004, este Consejo juzgó que estas disposiciones se compadecen con la Constitución. Por ello, no corresponde proceder a un nuevo examen de las mismas, dado que las circunstancias no han cambiado desde entonces y que, en aplicación del art. 23-2 de la Ordenanza del 7 de noviembre de 1958 relativa a la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional, no pueden plantearse cuestiones prioritarias de constitucionalidad a estas disposiciones ya reconocidas como constitucionalmente válidas por una decisión de este Consejo.

Por otro lado, en su sentencia N° 93-326 DC del 11 de agosto de 1993, este Consejo declaró conformes a la Constitución las modificaciones realizadas a los arts. 63, 63-1, 63-4 y 77 del CPP por las disposiciones sometidas en ese momento a su examen, las cuales se referían a las condiciones de detención de una persona y a la prolongación de esta medida, al control de esta por el fiscal y al derecho del detenido a una entrevista de 30 minutos con un abogado. Asimismo, posteriormente a la citada ley del 24 de agosto de 1993, los artículos referidos fueron modificados en varias ocasiones y las disposiciones impugnadas garantizan, en comparación con las que fueron examinadas por el Consejo en la sentencia mencionada, una supervisión reforzada del recurso a la detención y una mayor protección de los derechos de los detenidos.

Sin embargo, desde 1993, la evolución de las normas y de las prácticas ha contribuido a que se recurra a la detención cada vez con más frecuencia, inclusive por delitos menores, y ha modificado el equilibrio entre las facultades y los derechos establecidos por el CPP. En efecto, la proporción de los procesos sometidos a una investigación preliminar no ha dejado de disminuir, y actualmente representa menos del 3% de las sentencias y autos dictados sobre la acción pública en materia penal. Luego de la entrada en vigencia de la ley del 24 de agosto de 1993, la práctica del tratamiento de los procedimientos penales “en tiempo real” se ha generalizado y ha conducido a que la decisión del Ministerio Público con respecto a la acción pública sea tomada con base en el informe del oficial de policía judicial antes de que finalice la detención. Si bien estas nuevas modalidades de aplicación de la acción pública han permitido obtener una respuesta penal más rápida y diversificada de conformidad con el objetivo de buena administración de justicia, también es preciso reconocer que incluso en los procedimientos sobre hechos complejos o especialmente graves, actualmente, muy a menudo se juzga a una persona únicamente con base en los elementos probatorios – especialmente a partir de sus declaraciones– reunidos antes del final de su detención. De este modo, la detención ha pasado a ser la fase principal de la constitución de las actuaciones del proceso con vistas a la sentencia de la persona encausada.

Por otro lado, cabe destacar que a raíz de varias modificaciones, se han reducido las exigencias que condicionan la atribución de la calidad de oficial de policía judicial a los funcionarios de la policía nacional y de la gendarmería (guardia civil), por lo que entre 1993 y 2009 el número de estos funcionarios civiles y militares con calidad de oficiales de policía judicial pasó de 25.000 a 53.000.

Estas modificaciones de las circunstancias de derecho y de hecho contribuyeron a que más de 790.000 casos de detención hayan sido decididos en el año 2009. Ello justifica que este Consejo proceda a una nueva revisión de la constitucionalidad de los arts. 62, 63, 63-1, 64-4, incisos 1° a 6°, y 77 del CPP.

La detención sigue siendo una medida de coacción necesaria en determinadas operaciones de la policía judicial. Sin embargo, la evolución producida a partir de 1993 debe ir acompañada de garantías apropiadas que encuadren el recurso a la detención y aseguren la protección de los derechos de defensa. En efecto, en virtud de los arts. 63 y 77 del CPP, cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito puede ser detenida por un oficial de la policía judicial durante veinticuatro horas renovables, independientemente de la gravedad de los actos que motivan tal medida. Además, las disposiciones combinadas de los arts. 62 y 63 del mismo código autorizan el interrogatorio de una persona detenida, y el art. 63-4 no le permite a esta, pese a ser retenida contra su voluntad, beneficiarse de la asistencia efectiva de un abogado. Se impone así una restricción de los derechos de defensa, sin considerar las circunstancias particulares susceptibles de justificarla, con el fin de reunir o conservar las pruebas o garantizar la protección de las personas. Por lo demás, la persona detenida no recibe notificación alguna de su derecho a guardar silencio.

Habida cuenta de la evolución sobrevenida en los últimos veinte años, las disposiciones impugnadas no brindan las garantías apropiadas para el uso que se hace de la detención. La conciliación entre, por una parte, la prevención de los atentados contra el orden público y la búsqueda de los autores de los delitos y, por la otra, el ejercicio de las libertades constitucionalmente garantizadas no puede considerarse equilibrada. Por ello, estas disposiciones deben declararse contrarias a la Constitución.

Este Consejo no dispone de un poder general de apreciación similar al que tiene el Parlamento, por lo que no le corresponde indicar las modificaciones de las normas procesales penales que deben ser elegidas para subsanar la inconstitucionalidad constatada. Por otra parte, si bien, en principio, una declaración de inconstitucionalidad debe beneficiar a la parte que presentó la cuestión prioritaria de constitucionalidad, la derogación inmediata de las disposiciones impugnadas desconocería los objetivos de prevención de los atentados contra el orden público y de búsqueda de los autores de delitos y acarrearía consecuencias claramente excesivas. Por ello, procede aplazar hasta el 1° de julio de 2011 la fecha de tal derogación, a fin de que el legislador pueda subsanar la inconstitucionalidad. Las medidas tomadas antes de esa fecha en cumplimiento de las disposiciones declaradas contrarias a la Constitución no pueden ser impugnadas fundamentándose en esa inconstitucionalidad.

**CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA**, sentencia del 30-7-2010, N° 2010-14/22 QPC, en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-14/22-qpc/decision-n-2010-14-22-qpc-du-30-juillet-2010.48931.html>>.

< \* >

**ESTADO NACIONAL. FEDERALISMO. AUTONOMÍAS REGIONALES.** DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTATUTARIOS. FUNCIÓN. CONTENIDO CONSTITUCIONAL. SISTEMA DE FUENTES. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMA INSTITUCIONAL AUTONÓMICO. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y GOBIERNO LOCAL. RELACIONES DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA CON EL ESTADO Y LA UNIÓN EUROPEA. FINANCIACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL. REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA. EFICACIA JURÍDICA DEL PREÁMBULO (ESPAÑA).

**1. Antecedentes del caso:** en el año 2006, el Partido Popular español solicitó judicialmente que se declarara la invalidez de ciertos puntos que consideraba inconstitucionales del *Estatut* aprobado en referendo y en los parlamentos catalán y español ese mismo año.

**2. Sentencia:** Cataluña no es una nación. La Constitución reconoce a la nación española como una unidad indivisible (“La Constitución no conoce otra que la nación española”) y el idioma catalán no tiene preferencia sobre el castellano como lengua en la región.

El término “nación” incluido en el preámbulo del *Estatut* carece de eficacia jurídica, puesto que es “incompatible y contradictorio” con la “unidad e indivisibilidad” de la nación española. Resulta perfectamente legítimo que los catalanes puedan identificarse con una realidad cultural, histórica, geográfica y lingüística propia, pero eso no da validez jurídica al término “nación”.

El *Estatut*, en su art. 6.2, impone a quienes viven en la Comunidad la obligatoriedad de conocer el catalán. Esto no es jurídicamente exigible con carácter generalizado. Se puede considerar al catalán como de uso normal en las instituciones públicas, pero no puede dársele un carácter preferente frente al castellano. Toda lengua oficial es lengua de uso normal por y ante el poder público. El castellano no puede dejar de ser lengua vehicular y de aprendizaje. Los símbolos nacionales son los propios de una nacionalidad, sin pretensión, por ello, de competencia o contradicción con los símbolos de la nación española.

Por otra parte, Cataluña no puede decidir cuánto aporta a las arcas del Estado, puesto que corresponde a este fijar el esfuerzo fiscal que cada comunidad autónoma aporta al fondo solidario.

**Notas del Instituto:** 1) El Estatuto de Autonomía de Cataluña (*Estatut*) es la norma institucional básica que define los derechos y deberes de la ciudadanía de Cataluña, las instituciones políticas de la nacionalidad catalana, sus competencias y relaciones con el Estado y la financiación de la *Generalitat* de Cataluña. Esta ley fue referendada por la ciudadanía el 18 de junio de 2006 y sustituye al Estatuto de Sau, que fechaba de 1979. 2) Ver PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel, “La tutela de las lenguas regionales o minoritarias estatutarias y su encaje en el modelo constitucional español: ¿un *tertium genus* en el reconocimiento de los derechos lingüísticos?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 89, mayo/agosto 2010, pp. 157/191. 3) Ver también PIERRE-VANTOL, Benjamin, “*Autonomie politique et réforme statutaire en Espagne: regards sur le ‘blindage des compétences’ autonomes dans le nouveau statut de la Catalogne*”, en *Revue française de droit constitutionnel*, N° 81, enero 2010, pp. 67/103. 4) En lo relativo a la obligatoriedad de enseñar el castellano junto con el catalán, ver TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala de lo Contencioso, STS 6632/2010, sentencia del 16-12-2010, en <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpij/ts/principal.htm>>.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Pleno)**, sentencia del 28-6-2010, caso STC 31/2010, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9873>>.

**ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. TRANSPORTE.** DISTRIBUCIÓN DE GAS. TRATADO MULTILATERAL DE INVERSIONES ENTRE ARGENTINA Y ESTADOS UNIDOS. DERECHOS DE LOS PAÍSES SUSCRIPTORES. **CIADI.** ATRIBUCIONES. ALCANCE (CIADI).

El 29 de junio de 2010, un comité del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), tribunal arbitral que administra el Banco Mundial, revisó y anuló, por unanimidad, un fallo de 2007 por el cual se había condenado a la Argentina a resarcir a la energética Sempra por una suma de USD 128 millones más intereses.

En 2002, dicha empresa había demandado al Estado argentino ante dicho tribunal el pago de los perjuicios que a su criterio había padecido por las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades en el ámbito del transporte y distribución de gas para hacer frente a la crisis económica que estalló a fines de 2001. La compañía alegó en la demanda que esas medidas violaban el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Argentina y los Estados Unidos.

Tras esa decisión, Argentina solicitó la anulación del fallo alegando, entre otras razones, que el tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades al no aplicar el artículo XI del Tratado con Estados Unidos, que autoriza a la Argentina a tomar las medidas cuestionadas.

El comité del CIADI anuló totalmente el laudo de 2007 y ordenó a la compañía reembolsar a Argentina el monto total de los costos del CIADI con relación al procedimiento de anulación.

**CIADI**, decisión del 29-10-2010, caso No. ARB/02/16, *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, en <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=viewCase&reqFrom=Home&caseId=C8>>.

< \* >

**EUTANASIA.** DEFINICIÓN DE MUERTE. ASISTENCIA AL SUICIDIO. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PEDIR LA TERMINACIÓN DE LOS TRATAMIENTOS QUE MANTIENEN CON VIDA AL PACIENTE. AUTORIZACIÓN (INDIA).

**1. Antecedentes del caso:** la periodista y escritora india Pinki Virani, autora del libro *Aruna's Story* pidió a la Suprema Corte de su país, con base en el art. 32 de la Constitución, que se suspendiera el suministro de alimento y se dejara morir en paz a su amiga Aruna Shaunbag, quien desde hacía 37 años se encontraba en estado vegetativo en el King Edward Memorial Hospital de Mumbai (KEM Hospital). Aruna Shaunbag era enfermera en dicho hospital, cuando en la noche del 27 de noviembre de 1973 fue agredida brutalmente por un empleado de limpieza, violada y estrangulada con una cadena. Según la peticionante, como consecuencia de la agresión y de la consiguiente falta de oxigenación, Aruna Shaunbag había quedado inconsciente, su cerebro estaba virtualmente muerto y no había posibilidad alguna de que su estado mejorara; su cuerpo yacía en cama como el de un animal muerto. Tras sufrir la agresión, Aruna Shaunbag había sido abandonada por su familia, pero el personal del KEM Hospital la sigue atendiendo a su colega con gran dedicación.

El director del KEM Hospital presentó una declaración jurada a favor de la parte demandada, conforme a la cual Aruna Shaubag comía normalmente, reaccionaba al tacto e interactuaba con expresiones faciales y sonidos.

Debido a estas divergencias en la apreciación de las condiciones de salud de Aruna Shaubag, la Suprema Corte ordenó a un comité de distinguidos médicos de Mumbai el examen médico completo de la paciente y la redacción de un informe sobre su condición física y mental. Conforme a esta pericia, Aruna Shaubag no se encontraba en coma y su cerebro no estaba muerto, estaba despierta, y sus funciones cardíacas y respiratorias eran normales, aunque no podía entender, comunicarse, hablar o emocionarse; no era consciente de sí misma ni de su entorno, y no tenía interacción con los demás. Se encontraba en estado vegetativo permanente.

## 2. Sentencia: se rechaza la petición.

**2.1.** Esta Corte podría haber rechazado de plano la presente petición porque, por ejemplo, conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la Constitución, el peticionante debe probar la violación de un derecho fundamental. En *Gian Kaur v. State of Punjab* (1996(2) SCC648), la Sala Constitucional de esta Corte sostuvo que el derecho a la vida garantizado por el art. 21 de la Constitución no incluye el derecho a morir. La peticionante no ha demostrado la violación de ninguno de sus derechos fundamentales. Sin embargo, en razón de la importancia que entrañan las cuestiones planteadas, se ha decidido profundizar el análisis de las mismas.

Ante el tema de la eutanasia, esta Corte se encuentra como un barco en un mar desconocido, buscando orientación en la luz que arrojan la legislación y los pronunciamientos judiciales de países extranjeros, así como las presentaciones de las partes y *amicus curiae*.

La eutanasia puede ser de dos tipos: activa y pasiva. La primera comporta el uso de sustancias o fuerzas letales para terminar con la vida del paciente. La segunda implica el retiro deliberado del tratamiento médico a fin de causar la muerte del paciente.

También puede ser voluntaria o involuntaria. En el primer caso, el paciente presta su consentimiento para terminar con su vida, mientras que en el segundo, no es posible obtener tal consentimiento debido al estado comatoso o vegetativo permanente del paciente. Estamos aquí ante un caso de eutanasia pasiva involuntaria.

En la India, la eutanasia activa es ilegal y constituye el delito contemplado en el art. 302 del Código Penal (CP). Asimismo, el suicidio médicamente asistido es el delito previsto en el art. 306 CP (instigación al suicidio).

Existe una gran cantidad de jurisprudencia sobre el tema de la eutanasia activa y pasiva de los superiores tribunales de todo el mundo. Sin embargo, el precedente más relevante para resolver el presente caso es *Airedale NHS Trust v. Bland* (1993), de la Cámara de los Lores del Reino Unido. Anthony Bland tenía 17 años de edad cuando, en 1989, asistió al estadio de fútbol de Hillsborough para ver un partido. Ese día, hubo una avalancha humana en la que él fue aplastado y sufrió un daño irreversible en su cerebro. Durante tres años estuvo en estado vegetativo persistente, pero su tronco cerebral —que controla el latido del corazón, la respiración y la digestión— seguía funcionando. Recibía alimentación e hidratación por medios artificiales. Sin embargo, no podía ver, escuchar, sentir, hablar ni comunicarse en forma alguna. En opinión de los médicos, no existía ninguna perspectiva de recuperación y lo más probable era que permaneciera en ese estado por muchos años mientras se le

continuaran suministrando los medios artificiales de cuidado médico. Ante esa situación, las autoridades del hospital y los padres del joven consideraron que se le debía retirar la alimentación artificial. Entonces, recurrieron ante la *High Court*, luego a la *Court of Appeals* y finalmente a la Cámara de los Lores, la cual tuvo que resolver en qué circunstancias quienes tienen el deber de alimentar a un inválido pueden legalmente dejar de hacerlo. Lord Keith sostuvo que según la responsable opinión de un amplio grupo de médicos, la existencia en estado vegetativo sin perspectivas de recuperación no resulta en beneficio alguno para el paciente. Asimismo, observó que, si bien los médicos deben decidir si para el paciente en estado vegetativo persistente resulta beneficioso seguir con el tratamiento, ellos deben recurrir ante la *High Court* para que esta autorice o rechace dicha decisión, actuando en el interés de la protección del paciente y de los médicos y para la seguridad de la familia del paciente y del público. Finalmente, todos los jueces de la Cámara de los Lores estuvieron de acuerdo en que debía permitirse que Anthony Bland muriera porque el retiro del soporte vital artificial en el mejor interés del paciente no constituía delito.

En el ya mencionado precedente *Gian Kaur*, esta Corte sostuvo que tanto la eutanasia como el suicidio asistido son ilegales en India y observó que la eutanasia solo puede ser legalizada por el Parlamento. Además, si bien consideró allí que el art. 309 CP (tentativa de suicidio) era constitucionalmente válido, es ahora tiempo de que el Parlamento lo suprima porque actualmente resulta anacrónico. Una persona intenta suicidarse porque está sumida en la depresión, y por ello necesita ayuda en lugar de castigo.

Sin embargo, *Gian Kaur* no dejó en claro quién está autorizado a tomar la decisión del retiro del soporte vital en el caso de una persona que, por ejemplo, está en estado vegetativo o en coma. En India, la cuestión resulta extremadamente delicada y exige máxima cautela. Una gran cantidad de gente entra en coma a raíz, por ejemplo, de un accidente o por alguna otra razón no está en condiciones de dar su consentimiento para el retiro del soporte vital. Debido al lamentable descenso del nivel ético de la sociedad, a su burda y generalizada mercantilización, y a la corrupción incontrolada, cabe la posibilidad de que parientes u otras personas inescrupulosas, con la ayuda de médicos que pueden hacer cualquier cosa por dinero, a fin de heredar los bienes del paciente, demuestren que el caso es terminal y que no hay posibilidades de recuperación.

**2.2.** La peticionante alega que Aruna Shanbaug está muerta y que, por ende, dejar de alimentar su cuerpo no significa matarla. Ahora bien, ¿cuándo puede decirse que una persona está muerta? El órgano más importante de una persona es el cerebro, y este no se puede trasplantar. Las células del cerebro requieren de un suministro constante de oxígeno, pero si este falta durante más de seis minutos, mueren (anoxia). En consecuencia, cuando el cerebro está muerto, la persona se considera muerta. Actualmente, la muerte cerebral se define como la cesación irreversible de todas las funciones del cerebro, incluso las del tronco cerebral. Por lo tanto, resulta diferente al estado vegetativo persistente, en el cual el tronco cerebral sigue funcionando. Cuando una persona es incapaz de dar alguna respuesta, pero su respiración y su circulación funcionan normalmente, no puede decirse que esté muerta.

Desde este punto de vista, Aruna Shanbaug no está muerta. De la pericia médica producida en estos autos surge que tiene cierta actividad cerebral. En efecto, ella identifica la presencia de personas a su alrededor, y expresa gusto o disgusto a través de sonidos vocales y de ciertos movimientos de su mano; sonrío cuando recibe su comida

favorita; respira normalmente y no necesita alimentación intravenosa ni máquina para el funcionamiento de su corazón o de sus pulmones. Sin embargo, hay pocas posibilidades de que pueda salir del estado vegetativo persistente en que se encuentra. Lo más probable es que permanezca así hasta su muerte.

En la India, no existe ninguna norma que establezca un procedimiento legal para el retiro del soporte vital de una persona en estado vegetativo permanente o que por otras razones es incompetente para tomar una decisión al respecto.

Esta Corte sostiene que la eutanasia pasiva debería autorizarse en la India en ciertas circunstancias. Por ello, vamos a establecer algunas pautas que estarán vigentes hasta que el Parlamento sancione una ley.

En primer lugar, es preciso que el cónyuge, los parientes cercanos o, en su defecto, una persona o un grupo de amigos cercanos tomen una decisión con respecto al retiro del soporte vital, que también puede ser adoptada por los médicos que atienden al paciente, actuando siempre de buena fe y en el mejor interés del paciente.

En este caso, los padres de Aruna Shanbaug han fallecido y ningún otro pariente cercano se ha interesado por ella desde el momento de su trágica agresión. Puede considerarse que sus amigos más cercanos son los integrantes del personal del KEM Hospital, quienes con asombrosa dedicación la han atendido día y noche durante tantos años, y no así la señora Pinki Virani, quien solo la ha visitado en pocas ocasiones y ha escrito un libro sobre ella. En consecuencia, quien debe tomar la decisión es el personal del KEM Hospital, que ha expresado claramente el deseo de que se permita vivir a Aruna Shanbaug. Con esto, la Corte no pretende censurar o menospreciar la labor de la señora Pinki Virani. Por el contrario, desea expresar la mayor estima y el mayor aprecio por su magnífico espíritu social y por haber elevado la petición movida por una causa que, de buena fe, ha considerado correcta y ética. Sin embargo, su gran interés por Aruna Shanbaug no puede igualarse al cuidado que le ha dispensado el personal del KEM Hospital. Asimismo, suponiendo que este en algún momento cambie de parecer, deberá recurrir a la *High Court* de Mumbai para solicitar la aprobación de la decisión de retirarle el soporte vital.

Por consiguiente, aun cuando la decisión del retiro del soporte vital sea tomada por parientes, amigos cercanos o médicos, exige la aprobación de la *High Court*, tal como se dispone en el caso *Airedale*.

En efecto, si bien se otorga gran importancia al deseo de los padres, del cónyuge, de otros parientes o amigos cercanos, o a la opinión de los médicos del paciente incompetente, no es posible dejar a su entera discreción la decisión de retirar el soporte vital. La aprobación de la *High Court* a este respecto debe ser adoptada en el interés del paciente, de los médicos, de los parientes y amigos cercanos, y para la seguridad de la familia del paciente, así como del público en general. Esto se condice con la doctrina del *parens patriae*. En efecto, en el caso de una persona incompetente que no está en condiciones de tomar la decisión de pedir que se le retire el soporte vital, es solo la *High Court* en su carácter de *parens patriae* la que en definitiva debe tomar la decisión, aunque considerando debidamente las opiniones de los parientes y amigos cercanos y de los médicos.

En opinión de esta Corte, la *High Court* puede conceder la autorización para el retiro del soporte vital con base en el art. 226 de la Constitución. En efecto, conforme a dicha disposición, ese tribunal no solo tiene atribuciones para dictar decretos judiciales

(*writs*), sino también para dictar directivas y órdenes. Por ello, dicho artículo lo faculta para dictar órdenes en relación con el pedido de autorización formulado por un pariente o amigo cercano, los médicos o el personal de un hospital para retirar el soporte vital de una persona incompetente.

En los supuestos en que se interponga este tipo de demandas, se deberá seguir el siguiente procedimiento: el Presidente de la *High Court* debe inmediatamente constituir una sala integrada por no menos de dos jueces para decidir si dan o no la aprobación. Antes de hacerlo, deberán solicitar el dictamen de un comité de tres médicos reconocidos –preferentemente, un neurólogo, un psiquiatra y un clínico– designados por la Sala, que deberá examinar cuidadosamente al paciente y consultar su historia clínica, tener en cuenta las opiniones del personal del hospital y luego presentar un informe al tribunal. Simultáneamente, el tribunal deberá notificar al Estado y a los parientes cercanos del paciente, es decir, a sus padres, cónyuge, hermanos, hermanas, etc. y, en su defecto, a su amigo/a cercano/a, y les suministrará una copia de la pericia médica en cuanto se encuentre disponible. Después de oírlos, el tribunal deberá dar su veredicto. Este procedimiento deberá seguirse en todo el territorio de la India hasta que el Parlamento legisle sobre el tema. La *High Court* deberá dictar una rápida resolución, ya que toda dilación puede causar gran padecimiento a los parientes y a otras personas cercanas al paciente. La *High Court* deberá aducir razones específicas de conformidad con el principio del mejor interés del paciente establecido por la Cámara de los Lores en el caso *Airedale*, y tener debidamente en cuenta las opiniones de los parientes cercanos y del comité de médicos antes de pronunciar su veredicto final.

**SUPREMA CORTE DE INDIA**, sentencia del 7-3-2011, *Aruna Ramchandra Shanbaug c. Union of India and others*, en <<http://www.supremecourtfindia.nic.in/outtoday/wr1152009.pdf>>.

< \* >

**EXTRANJEROS. INDOCUMENTADOS. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PANAMÁ).**

**1. Antecedentes del caso:** Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, fue retenido el 11 de noviembre de 2002 en el Puesto Policial de Tupiza, Provincia del Darién, Panamá, por no portar la documentación necesaria para permanecer en dicho país. Posteriormente, la Directora Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia dictó una orden de detención, y Vélez Loor fue trasladado a la cárcel pública de La Palma.

Mediante resolución 7306, el 6 de diciembre de 2002 la Directora Nacional de Migración, luego de constatar que Vélez Loor había sido deportado el 18 de septiembre de 1996 de Panamá, resolvió imponerle la pena de dos años de prisión en uno de los centros penitenciarios del país, por haber infringido las disposiciones del Decreto-Ley N° 16 sobre

Migración del 30 de junio de 1960. La referida resolución no fue notificada a Vélez Loor. El 18 de diciembre de 2002, fue trasladado al centro penitenciario La Joyita. Mediante resolución 8230, el 8 de septiembre de 2003 la Directora Nacional de Migración resolvió dejar sin efecto la pena impuesta, y el 10 de septiembre de 2003 Vélez Loor fue deportado hacia la República de Ecuador.

Durante el tiempo que Vélez Loor estuvo recluso en la cárcel pública de La Palma y el centro penitenciario La Joyita, el Estado reconoció que existían, entre otros –documentados por las distintas autoridades panameñas–, los siguientes problemas: deficiencias estructurales en los centros de detención, problemas en el suministro regular de agua, sobrepoblación penitenciaria, deficiencias en los sistemas de clasificación de las personas privadas de libertad, y deficiencias en los programas de resocialización y educación.

Tras ser deportado, Vélez Loor dio noticia al Estado panameño sobre alegados actos de tortura y malos tratos ocurridos en Panamá, tanto durante su detención en el Darién, como mientras estuvo recluso en los referidos centros penitenciarios.

**2. Sentencia:** se declara responsable internacionalmente al Estado de Panamá por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad e integridad personal en perjuicio de Jesús Tranquilino Vélez Loor, así como por no haber emprendido una investigación sobre los alegados actos de tortura denunciados y por el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia.

El Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional respecto de las alegadas violaciones de los arts. 7.1, 7.3, 7.4, 7.5, 5.1, 5.2, 8.1, y 8.2 *b), c), d) y f)* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación establecida en el art. 1.1 de la misma, con base en los hechos que, según la demanda –marco fáctico de este proceso– configuran esas violaciones.

En el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control del ingreso a su territorio y la salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En tal sentido, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho. Al respecto, los migrantes indocumentados o en situación irregular se encuentran en situación de vulnerabilidad por ser los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufrir, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes. Las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia.

En relación con la aprehensión inicial por la Policía de Tupiza el 11 de noviembre de 2002 de la que fue objeto Vélez Loor, esta Corte considera que la garantía establecida en el art. 7.5 de la Convención debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una

detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Por tanto, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia, y es imprescindible que esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria. El Estado no aportó elementos suficientes que demuestren que cumplió con las previsiones establecidas en el art. 7.5 de la Convención.

Respecto a la orden de detención, esta Corte considera que es arbitraria, pues no surge en forma clara de la misma cuál es el fundamento jurídico razonado y objetivo sobre la procedencia y necesidad de dicha medida, de acuerdo con los hechos del caso y las circunstancias particulares de Vélez Loor. De igual modo, no surge de las normas invocadas ni de la resolución adoptada que haya establecido un plazo de duración de dicha medida, lo cual favorece la prolongación indebida de la detención de personas migrantes transformándola en una medida punitiva. Por tanto, el Estado violó el art. 7.3 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Vélez Loor.

En cuanto a los recursos efectivos para cuestionar la legalidad de la referida detención, dado que en este caso la detención fue ordenada por una autoridad administrativa, la revisión por parte de un juez o tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan derechos fundamentales a través de su control jurisdiccional directo.

En razón de que el Estado no demostró cómo en las circunstancias concretas en que se desarrolló la detención de Vélez Loor estos recursos eran efectivos teniendo en cuenta que no contó con asistencia legal y sin el conocimiento de las personas o instituciones que podrían habérsela proporcionado, este Tribunal considera que el Estado violó el art. 7.6 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Vélez Loor.

En lo que se refiere al procedimiento ante la Dirección Nacional de Migración entre el 12 de noviembre y el 6 de diciembre de 2002, esta Corte considera que en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad de personas, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de estas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. Dado que en el presente caso el procedimiento que concluyó con el acto administrativo sancionatorio que privó de libertad a Vélez Loor se decidió sin que la parte fuese oída y no brindó la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, de audiencia ni del contradictorio, como parte de las garantías del debido proceso legal, colocando al migrante detenido al total arbitrio del poder sancionatorio de la Dirección Nacional de Migración, esta Corte considera que el Estado violó el derecho el art. 8.1, 8.2 *d*) y 8.2 *e*) de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Vélez Loor.

Sobre el derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular, esta Corte aclara que, desde la óptica de los derechos de la persona detenida, tres son sus componentes esenciales: 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma. Para prevenir detenciones arbitrarias, cabe reiterar la importancia de que la persona detenida sea notificada de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, tal como el funcionario consular, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. En cuanto al acceso efectivo a la comunicación consular, al detenido

se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares, y 2) recibir visitas de ellos. Respecto al derecho a la asistencia misma, las visitas de los funcionarios consulares deberían ser con miras a proveer la protección de los intereses del detenido nacional, particularmente los asociados con su defensa ante los tribunales. Esta Corte llega a la conclusión de que la falta de información a Vélez Loor sobre su derecho a comunicarse con el consulado de su país y la falta de acceso efectivo a la asistencia consular como un componente del derecho a la defensa y del debido proceso contravino los arts. 7.4, 8.1 y 8.2 d) de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma.

La notificación sobre el derecho a la asistencia consular y la asistencia letrada son medidas necesarias que los Estados deben adoptar para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada, como un migrante en situación irregular sometido a una medida de privación de la libertad. Dado que Vélez Loor no contó con dicha asistencia, esta Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

Respecto a la compatibilidad de medidas privativas de libertad de carácter punitivo con la Convención Americana para el control de los flujos migratorios, en particular de aquellos de carácter irregular, esta Corte considera que si bien los Estados tienen la facultad de controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio, la finalidad de imponer una medida punitiva al migrante que reingresara de manera irregular al país tras una orden de deportación previa no constituye una finalidad legítima de acuerdo con la Convención. La detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos: las medidas privativas de libertad solo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o garantizar la aplicación de una orden de deportación, y únicamente durante el menor tiempo posible. Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines. Por ello, el art. 67 del Decreto-Ley 16 daba lugar a detenciones arbitrarias, en contravención con el art. 7.3 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Vélez Loor.

Por otra parte, resulta inadmisibles la falta de notificación de la resolución 7306 del 6 de diciembre de 2002 que colocó a Vélez Loor en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio. Por tanto, el Estado violó el derecho de Vélez Loor reconocido en el art. 8.2 b) de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma. En lo que se refiere a la ilegalidad del lugar de reclusión de extranjeros sancionados en aplicación del Decreto-Ley 16, esta Corte considera que la pena impuesta a Vélez tampoco se condice con lo establecido en la legislación interna. Por tanto, la aplicación de una sanción más gravosa a la prevista en el Decreto-Ley 16 infringió el principio de legalidad contenido en el art. 9 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma. Por otra parte, la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes se ve incrementada cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son recluidas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, tal como ocurrió en

el presente caso. Dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual *de facto* de desprotección respecto del resto de los detenidos. Por ello, de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria, u otros lugares donde puedan estar junto con personas acusadas o condenadas por delitos penales. Dado que Vélez Loor fue privado de libertad en centros penitenciarios, en los cuales fue recluido junto con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, el Estado violó el art. 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma.

En relación con las condiciones de detención, se ha acreditado que en junio de 2003, mientras Vélez Loor se encontraba recluido en el centro penitenciario La Joyita, se produjo un problema en el suministro de agua que habría afectado a la población carcelaria, además de que las deficiencias en el suministro de agua potable en el referido centro han sido una constante y que en el año 2008 el Estado habría adoptado algunas medidas al respecto. También se ha probado que los servicios de asistencia médica a los cuales tuvo acceso Vélez Loor no se prestaron de manera oportuna, adecuada y completa. Las condiciones de detención en la cárcel pública de La Palma y en el centro penitenciario La Joyita en su conjunto constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes contrarios a la dignidad del ser humano, en violación del art. 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de Vélez Loor.

En lo que se refiere al deber de iniciar de oficio y de inmediato una investigación respecto de los alegados actos de tortura, esta Corte observa que las autoridades estatales panameñas no procedieron con arreglo a las previsiones debidas una vez que Vélez Loor les dio noticia sobre los alegados actos, ya que no presentaron ante las autoridades correspondientes en la jurisdicción de Panamá las denuncias respectivas a fin de iniciar de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permitieran establecer lo que había sucedido. Recién el 10 de julio de 2009 se inició la investigación penal. En consecuencia, el Estado incumplió el deber de garantía del derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención, en conexión con el art. 1.1 de la misma, y las obligaciones contenidas en los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Esta sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, se ordena, entre otras medidas de reparación, que el Estado debe: a) pagar la suma fijada en la sentencia, en concepto de tratamiento y atención médica y psicológica especializada, así como medicamentos y otros gastos futuros relacionados; b) continuar eficazmente y conducir con la mayor diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación penal iniciada en relación con los hechos denunciados por Vélez Loor, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea; c) adoptar las medidas necesarias para disponer de establecimientos con capacidad suficiente para alojar a las personas cuya detención es necesaria y proporcionada en el caso en concreto por cuestiones migratorias, específicamente adecuados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen acorde para migrantes, y cuyo personal sea civil y esté debidamente calificado y capacitado; d) implementar un programa de formación y capacitación para el personal del Servicio Nacional de Migración y Naturalización, así como para otros

funcionarios que por motivo de su competencia tengan trato con personas migrantes, en cuanto a los estándares internacionales relativos a los derechos humanos de los migrantes, las garantías del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, y e) implementar programas de capacitación sobre la obligación de iniciar investigaciones de oficio siempre que exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un hecho de tortura bajo su jurisdicción, destinados a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía Nacional, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones sean los primeros llamados a atender a víctimas de tortura.

Si bien la norma que dio fundamento a la privación de la libertad de Vélez Loor fue derogada mediante el art. 141 del Decreto-Ley N° 3 del 22 de febrero de 2008, cabe recordar que la conducta del Estado en todos sus ámbitos relativa a la materia migratoria debe ser concordante con la Convención Americana.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Vélez Loor c. Panamá, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 23-11-2010, en <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)>.

< \* >

**EXTRANJEROS. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.** CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 5 Y 8 (REINO UNIDO).

**1. Antecedentes del caso:** el apelante (AP) es un ciudadano etíope que llegó al Reino Unido con su familia en 1992 a la edad de 14 años, y siete años después se les concedió a él, sus hermanos y su madre el permiso de residencia. En mayo de 2005, viajó a Somalia y luego a Etiopía, donde el 22 de diciembre de 2006 fue detenido por las autoridades de este último país, sospechoso de estar involucrado en actividades terroristas. Como era previsible, a su regreso al Reino Unido, seis días después, no se le permitió ingresar al país, dado que el Secretario de Estado había decidido expulsarlo. Mientras esperaba el momento de su deportación, quedó detenido por las autoridades de inmigración hasta julio de 2007, fecha en que fue liberado bajo fianza en condiciones muy rigurosas. El 10 de enero de 2008, el Secretario de Estado se retractó de su decisión de expulsarlo y dictó una orden de supervisión en virtud de la cual el apelante debía permanecer confinado en un domicilio ubicado al norte de Londres, donde residían su familia y allegados. En abril de ese mismo año, el Secretario de Estado modificó los términos de la orden y decidió trasladarlo a una ciudad de las Midlands inglesas, a unos 240 kms. de la capital, motivo que condujo al recurrente a apelar esta modificación. La *High Court* hizo lugar al recurso y dejó sin efecto la obligación del acusado de vivir en las *Midlands*. Rechazó la defensa fundada en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), porque entendió que la injerencia en la vida familiar del recurrente estaba

justificada y era proporcionada al interés en la seguridad nacional, pero concluyó que el efecto que en conjunto producían el encierro de dieciséis horas diarias y el aislamiento de la sociedad (particularmente, el alejamiento de la familia) constituía un supuesto de situación de privación de la libertad contemplado en el art. 5 CEDH. Ante la *Court of Appeal*, no se cuestionó la necesidad de una orden de supervisión, sino solo los términos de la misma, y se revocó el fallo del tribunal inferior. El recurrente apeló entonces ante la Suprema Corte.

**2. Sentencia:** por unanimidad, se hace lugar a la apelación, se rechaza la sentencia de la *Court of Appeal*, y se confirma el fallo de la *High Court*.

Tres son las cuestiones de derecho que esta Corte debe analizar en esta instancia: (1) si las medidas que imponen restricciones proporcionadas al derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 pueden resultar determinantes a los fines de decidir si una orden de supervisión constituye privación de la libertad cuando, sin la existencia de tales restricciones, no habría recibido tal calificación; (2) si, al momento de decidir si una orden de supervisión constituye o no una situación de privación de la libertad, el juez puede considerar factores subjetivos y/o personales específicos de la situación del individuo, tales como las dificultades particulares que plantea a la familia del sujeto la necesidad de trasladarse a un lugar determinado para visitarlo; y (3) si la *Court of Appeal* podía revocar la sentencia de primera instancia fundándose en que el juez se había basado en determinaciones de cuestiones de hecho vinculadas con el art. 5 que resultaban inconsistentes con sus conclusiones sobre cuestiones de hecho vinculadas al art. 8.

La privación de la libertad puede adoptar una variedad de formas diferentes a la clásica detención en una prisión o al estricto arresto domiciliario (ver House of Lords, *Secretary of State for the Home Department v. J.J.*, [2008] 1 AC 385). El tribunal debía haber considerado los hechos concretos de la causa, tomando en cuenta todos los factores, tales como la naturaleza, la duración, los efectos y la forma de implementación de las medidas impuestas, a fin de evaluar el impacto que tendrían en el condenado dentro del contexto de la vida que hasta entonces había llevado.

Con respecto a la primera cuestión, cabe recordar que una restricción a lo dispuesto en el art. 8 constituye un punto relevante a considerar al evaluar si una orden de supervisión viola el art. 5, por lo que, por definición, puede constituir un factor determinante en la evaluación final, es decir, puede “inclinarse la balanza”. La gravitación que cabe otorgar a este tipo de factores ciertamente siempre es una cuestión de hecho que compete enteramente al órgano encargado de la toma de decisiones, sujeta solo a una impugnación por irracionalidad, que ni fue ni podría haber sido presentada en este caso.

El Secretario de Estado se ha equivocado al sostener que, al evaluar el peso que debe reconocerse al efecto restrictivo de una medida como la impuesta al recurrente (residir en las Midlands), el juez debe ignorar todo aquello que dependa de las circunstancias particulares de la familia –por ejemplo, en este caso, la circunstancia de que la madre del recurrente jamás había salido de Londres sola y de que, durante el período escolar, el domingo era el único día en que podía viajar la familia–. Del mismo modo en que resulta relevante que el recurrente deba vivir en las Midlands mientras su familia reside en Londres, también lo es la determinación de si, en este caso, la distancia que los separa afecta el contacto familiar de tal manera como para causar o contribuir sustancialmente al aislamiento del recurrente de la sociedad. Resulta claro que la familia, al no aprovechar las oportunidades que tienen para visitar al apelante y evitar su aislamiento, no puede frustrar una medida que de otro modo resultaría apropiada. El análisis correcto sería que, en

esas circunstancias, sería la conducta irrazonable de la familia y no la medida impuesta al apelante la causa operativa de su aislamiento. El Secretario de Estado no sugiere que la familia del recurrente se haya comportado irrazonablemente al no haber podido resolver de manera efectiva las dificultades prácticas que se les presentaban para visitar al recurrente con mayor regularidad, sino solo que sus dificultades particulares deberían haberse ignorado. Este argumento es inadmisibile.

En lo que hace a la tercera cuestión, habiendo considerado las partes pertinentes de la sentencia emitida por la *High Court*, la Corte no encuentra contradicción alguna entre ellas.

**Nota del Instituto:** v. Cámara de los Lores, *Secretary of State for the Home Department v. J.J.*, 31-10-2007, en <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071031/homejj-1.htm>>.

**SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO**, sentencia del 16-6-2010, *Secretary of State for the Home Department v. AP*, en <[http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2009\\_0225\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0225_Judgment.pdf)>, y en *Human Rights Law Reports –UK Cases–*, 2010, Parte 5, pp. 575/585.

< \* >

**HÁBEAS DATA.** REQUISITOS. RECLAMO PREVIO. FORMALIDADES. DOCUMENTO DE FECHA CIERTA. CONCEPTO. FINALIDAD. **DERECHO A LA INFORMACIÓN.** ACCESO (PERÚ).

**1. Antecedentes del caso:** Fanny Ramírez Quiroz interpuso una demanda de hábeas data contra la empresa American Airlines, a fin de que esta le proporcionara información sobre la naturaleza de los reclamos que había recibido en relación con los servicios públicos que brinda, así como sobre los que había solucionado y sobre los que había derivado a otras instancias o instituciones en los dos años previos. Asimismo, solicitó que se la condenara al pago de las costas y costos del proceso por haberse negado a entregar esos datos, en violación a su derecho de acceso a la información.

El juzgado de primera instancia declaró infundada la demanda de hábeas data porque consideró que la actividad que realiza la empresa demandada es de naturaleza privada. La cámara de apelaciones confirmó esa decisión estimando que la accionante resultaba ajena al contenido de la información petitionada. Entonces, Ramírez Quiroz interpuso un recurso de agravio constitucional ante la Corte Constitucional de Perú.

**2. Sentencia:** se declara fundada la demanda de hábeas data.

Se ordena a la empresa American Airlines a proporcionar a Ramírez Quiroz la información que solicita, previo pago del importe correspondiente para su emisión (conf. art. 13 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley)), cuyo monto será determinado por el juez de ejecución.

Resulta pertinente pronunciarse sobre la fecha cierta del documento mediante el cual Ramírez Quiroz requirió la información, dado que American Airlines alegó que no se había satisfecho ese requisito específico de la presentación de la demanda de hábeas data.

La justicia constitucional ha resuelto que se debe dar al art. 62 del Código Procesal Constitucional (Cód. Proc. Const.) una interpretación armónica con ciertos principios esenciales, uno de los cuales es el *pro accione*, reconocido en el art. II del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo, el cual exige a los jueces interpretar los requisitos y presupuestos procesales en la forma más favorable a la plena efectividad del derecho reclamado. En consecuencia, frente a la duda, debe optarse por la continuación del proceso y no por su extinción.

Existen casos en que resulta innecesario que el accionante cumpla con la carga procesal de formular la petición mediante un documento de fecha cierta porque existen otros mecanismos que brindan al juez plena certeza.

En este caso, el documento presentado por la recurrente y recibido por la entidad demandada crea certeza en el juzgador constitucional sobre su existencia y sobre la finalidad que intrínsecamente guarda, que es la de poner en conocimiento de la demandada, en determinada fecha, la existencia del pedido de información que se le está formulando. Por consiguiente, ha quedado acreditado que el demandante cumplió con el requisito especial de la demanda establecido en el art. 62 (Cód. Proc. Const.).

El derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene toda persona de solicitar, sin expresión de causa, y de acceder a la información que se encuentra en poder de las entidades estatales.

No toda la información que se encuentra en poder de personas jurídicas de derecho privado está exenta de ser conocida, ya que de acuerdo con el tipo de labor que realicen, dichas personas pueden tener alguna información de naturaleza pública y, por ende, susceptible de ser exigida y conocida por el público en general.

En este contexto, las personas jurídicas a quienes se puede solicitar este tipo de información son aquellas que, pese a encontrarse regidas por el derecho privado, prestan servicios públicos o ejercen una función administrativa, de acuerdo con la definición que de esta última contiene la Ley de Procedimientos Administrativos. Las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos o que cumplen funciones administrativas están obligadas a informar las características de los servicios públicos que prestan, sus tarifas y las funciones administrativas que ejercen, lo que supone que la información accesible siempre habrá de referirse a alguno de estos tres aspectos y no a otros, siendo este el ámbito de información que se les puede solicitar.

El transporte aéreo, dada su naturaleza regular y su finalidad de satisfacer determinadas actividades sociales, repercute en el interés general y debe, por tanto, ser considerado un servicio de naturaleza pública. Por ello, la información que se encuentra estrechamente vinculada con este servicio debe brindarse a cualquier ciudadano que la solicite, ya que de lo contrario dicha negativa configuraría una lesión al derecho fundamental de acceso a la información (art. 10 de la Ley).

La información solicitada por Ramírez Quiroz se encuentra vinculada a la prestación del servicio público que brinda American Airlines. La información susceptible de entrega es la preexistente, esto es, la que tiene la aerolínea en documentos escritos, soporte magnético o digital o en cualquier otro formato.

Por consiguiente, habiéndose verificado la vulneración al derecho fundamental reclamado, la presente demanda debe estimarse, otorgándole efecto a la tutela constitucional correspondiente.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ**, sentencia del 23-9-2009, caso *Fanny Ramírez Quiroz*, Exp. N° 02636-2009-PHD/TC, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02636-2009-HD.html>>.

< \* >

**INDÍGENAS. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. MENORES. DERECHOS DEL NIÑO. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO DE PROPIEDAD. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PARAGUAY).**

**1. Antecedentes del caso:** una comunidad indígena de la región del Chaco paraguayo –donde hay presencia de hasta 17 etnias indígenas diferentes con representación de las cinco familias lingüísticas en las que se han clasificado a los pueblos indígenas existentes en el Paraguay–, denominada Xákmok Kásek, conformada actualmente por 66 familias, se originó a partir de miembros de las aldeas Sanapaná y Enxet (de la familia lingüística Enlhet-Enenlhet), que recorrían tradicionalmente el área del Chaco, donde actualmente reclaman parte del territorio como tradicional, y se asentaron en la primera mitad del siglo XX en el lugar conocido como Xákmok Kásek, que le dio su nombre a la comunidad.

A fines del siglo XIX, el Estado vendió dos tercios del Chaco para financiar la deuda del Paraguay tras la llamada guerra de la Triple Alianza, con desconocimiento de la población indígena que allí habitaba. Desde entonces, las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a particulares y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las mismas. Tal fue el caso de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek, que tradicionalmente se encontraban en la zona donde posteriormente se fundó la Estancia Salazar, en cuyo casco se fueron juntando los miembros de la Comunidad.

La vida de los miembros de la Comunidad en el interior de la Estancia Salazar se vio condicionada por restricciones al uso del territorio, derivadas de la propiedad privada sobre las tierras que ocupaban. Sin embargo, continuaron recorriendo sus tierras, practicando ciertas actividades para su subsistencia y muchos de sus miembros trabajaron en la estancia. No obstante, en los últimos años, los miembros de la Comunidad se vieron cada vez más restringidos para el desarrollo de su modo de vida, de sus actividades tradicionales de subsistencia y en su movilidad dentro sus tierras tradicionales. La cacería se prohibió por completo, el propietario contrató a guardias particulares que controlaban sus entradas, salidas y desplazamientos, y no pudieron practicar actividades como la pesca o la recolección de alimentos.

Ante tal situación, el 25 de febrero de 2008 los miembros de la Comunidad se trasladaron y se asentaron en 1.500 hectáreas cedidas por un grupo de comunidades Angaité, tierras que aún no han sido tituladas a favor de la Comunidad Xákmok Kásek.

En 1990, los líderes de la Comunidad iniciaron un procedimiento administrativo ante el entonces Instituto de Bienestar Rural (IBR) –actualmente llamado Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT)– con el fin de recuperar parte de sus tierras tradicionales. Reclamaron como territorio tradicional una extensión de 10.700 hectáreas del interior de la Estancia Salazar, en los alrededores de una zona denominada “Retiro Primero” o *Mompey Sensap*. En 1999, ante el fracaso de la vía administrativa luego de distintos intentos de negociación, los líderes de la Comunidad acudieron, sin éxito, al Congreso de la República para solicitar la expropiación de las tierras en reivindicación.

Posteriormente, a finales del 2002, parte del territorio en reivindicación (3.293 hectáreas) fue adquirido por una cooperativa menonita. En 2008, la Presidencia de la República declaró, mediante decreto, que 12.450 hectáreas de la Estancia Salazar pasaban a ser un Área Silvestre Protegida bajo dominio privado, sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial, a pesar de que 4.175 hectáreas de dicha reserva natural forman parte de las tierras reclamadas por la Comunidad desde 1990. Ese mismo año, la Comunidad promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia en contra del decreto mencionado, pero hasta la fecha de emisión de la sentencia el procedimiento se mantenía suspendido.

En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó la responsabilidad internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad tradicional de la comunidad indígena Xákmok Kásek y sus miembros, y solicitó a la Corte que declarara al Estado responsable por la violación de los derechos consagrados en los arts. 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 8.1 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño), 21 (derecho a la propiedad) y 25 (protección judicial) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma.

En nombre y representación de los miembros de la Comunidad, los integrantes de la organización Tierraviva a los Pueblos Indígenas del Chaco se adhirieron completamente a la demanda de la Comisión y, adicionalmente a los artículos de la Convención invocados por esta, solicitaron a la Corte que declarara que el Estado también era responsable por la violación del derecho consagrado en el art. 5 (derecho a la integridad personal) de la Convención.

**2. Sentencia:** se declara responsable internacionalmente al Estado del Paraguay por la falta de garantía del derecho de propiedad comunitaria, las garantías judiciales, la protección judicial, así como por la violación a los derechos a la vida, integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica, los derechos del niño y por el incumplimiento del deber de no discriminar. Todo ello, en perjuicio de los miembros de la comunidad indígena Xákmok Kásek.

El Estado controversió los hechos alegados y las pretensiones de derecho expuestas por la Comisión y los representantes, y solicitó la suspensión del presente proceso debido a que las contradicciones encontradas en la denominación y composición étnica de la Comunidad impedirían la titulación de tierras a favor de esta y no se adecuaría a las prescripciones del Estatuto Indígena y a la normativa internacional. Además, indicó que debido a confusiones en

cuanto al nombre de la Comunidad, los líderes de esta se encontrarían registrados como líderes de la comunidad Salazar, lo cual haría imposible la titulación de las tierras a favor de la misma hasta que se regularizara dicha documentación.

No procede la solicitud de suspensión del procedimiento planteada por el Estado porque la composición multiétnica de la Comunidad es un hecho acreditado que el Estado conocía o debió conocer previamente. Igualmente, en cuanto al nombre de la Comunidad y el reconocimiento de sus líderes, actualmente depende del Estado rectificar la resolución de reconocimiento de los líderes, por lo cual no resulta razonable suspender el procedimiento debido a una circunstancia que le corresponde al propio Estado resolver.

Siguiendo la jurisprudencia constante de esta Corte sobre la propiedad comunitaria de los miembros de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales, en virtud de la historia de ocupación por parte de la Comunidad, la toponimia de la zona otorgada por sus miembros, las conclusiones de los estudios técnicos realizados al respecto, así como las consideraciones relativas a la idoneidad de dichas tierras para el desarrollo de la Comunidad, la porción de 10.700 hectáreas en los alrededores del Retiro Primero o *Mompey Sensap* y del Retiro Kuñataí o *Makba Mompema*, reclamadas por la Comunidad, son sus tierras tradicionales y, conforme a esos estudios técnicos, son las más aptas para el asentamiento de la misma.

El procedimiento administrativo iniciado por los líderes de la Comunidad en 1990 para la recuperación de las mencionadas 10.700 hectáreas no se llevó a cabo con la diligencia debida, no fue tramitado en un plazo razonable, fue inefectivo y no ofreció una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad recuperaran sus tierras tradicionales. Las autoridades internas paraguayas, en especial el Congreso de la República, han mirado el tema territorial indígena exclusivamente desde la productividad de las tierras, desconociendo las particularidades propias de las comunidades indígenas, como la comunidad Xákmok Kásek, y su relación especial con el territorio reclamado, lo cual no solo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad y el derecho de reivindicación de las comunidades indígenas respecto a tierras tradicionales, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación con la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social.

El Estado ignoró por completo la reclamación indígena al momento de declarar parte del territorio tradicional de la misma como reserva natural privada, en perjuicio del deber del Estado de asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras. Adicionalmente, la acción de inconstitucionalidad interpuesta para remediar tal situación ha sido inefectiva.

En consecuencia, el Estado es responsable de la violación del derecho a la propiedad comunitaria, a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos, respectivamente, en los arts. 21.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la comunidad indígena Xákmok Kásek.

La no restitución de su territorio tradicional ha afectado la identidad cultural de los miembros de la Comunidad, la cual corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

En cuanto al derecho a la vida, la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no ha sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encuentra la Comunidad Xákmok Kásek. Esta situación está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. En consecuencia, el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del art. 4.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la comunidad Xákmok Kásek.

Respecto a ciertos fallecimientos ocurridos en la Comunidad, este Tribunal observa que, a partir del reconocimiento de la competencia de la Corte por el Estado el 11 de marzo de 1993, varios miembros de la Comunidad fallecieron por enfermedades que eran de fácil prevención si hubieran recibido asistencia periódica y constante o un control adecuado de salud. Las principales víctimas fueron niños y niñas en las primeras etapas de su vida, respecto de quienes el Estado tenía deberes superiores de protección. Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado violó el derecho contemplado en el art. 4.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de 13 miembros de la Comunidad Xákmok Kásek por cuanto no adoptó las medidas necesarias y esperadas, dentro del ámbito de sus atribuciones, para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.

Respecto del derecho a la integridad personal, varias de las víctimas expresaron el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en el que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad. En razón de lo anterior, ha habido una violación del art. 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la comunidad Xákmok Kasek.

En cuanto al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, si bien el Estado ha realizado esfuerzos para superar la situación de sub-registro de los miembros de la Comunidad, no ha garantizado el acceso adecuado a los procedimientos de registro civil, atendiendo a la particular situación de vida que enfrentan los miembros de la Comunidad, a fin de lograr la expedición de documentos de identificación. Por lo anterior, el Estado violó el derecho consagrado en el art. 3 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de 19 personas integrantes de dicha Comunidad.

Respecto de los derechos de los niños y niñas de la Comunidad, las condiciones de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba la Comunidad afectaron en forma particular el desarrollo de los niños y niñas, y ocasionaron altos índices de desnutrición entre ellos. La mayoría de las personas cuya muerte fue imputable al Estado eran niños o niñas, cuando las causas de dichos fallecimientos se hubieran podido prevenir. La pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, así como los perjuicios derivados de la falta de territorio afectaron en forma particular el

desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad. Por lo tanto, el Estado no había adoptado las medidas de protección necesarias a favor de los menores de la Comunidad, por lo que se declaró la violación del derecho consagrado en el art. 19 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma.

En cuanto al deber de no discriminar, la situación de extrema y especial vulnerabilidad de la Comunidad se debe, entre otros factores, a la falta de recursos adecuados y efectivos que protejan los derechos de los indígenas; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios particulares por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física. La declaratoria de la Reserva Natural Privada sobre parte del territorio reclamado se efectuó sin consultar a la Comunidad y sin tomar en cuenta su reclamo. Todo lo anterior evidenció una discriminación de hecho en contra de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek, marginalizados en el goce de los derechos que este Tribunal declara violados. El Estado no ha tomado las medidas necesarias para revertir tal exclusión. En consecuencia, el Estado no adoptó medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con el arts. 1.1 de la Convención, en relación con los derechos reconocidos en los arts. 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3, y 19 del mismo instrumento.

En relación con las reparaciones ordenadas por las violaciones declaradas, si bien la sentencia constituye *per se* una forma de reparación, este Tribunal ordena al Estado varias medidas, entre las cuales se encuentran las que se describen a continuación:

Medidas de restitución: a) devolver a la Comunidad las 10.700 hectáreas reclamadas e identificadas como *Mompey Sensap* (hoy, Retiro Primero) y *Makha Mompema* (hoy, Retiro Kuñataí). La identificación específica de dicho territorio y sus límites deberá ser realizada por el Estado, a través de los medios técnicos especializados para tal fin, con la participación de los líderes de la Comunidad y sus representantes libremente elegidos. Una vez identificado plenamente el territorio, de encontrarse este en manos de particulares, sean estos personas naturales o jurídicas, el Estado deberá, a través de sus autoridades competentes, decidir si procede la expropiación del territorio a favor de los indígenas teniendo en cuenta la especial relación que estos tienen con sus tierras para la preservación de su cultura y su supervivencia. Si por motivos objetivos y fundamentados las autoridades paraguayas resuelven dar prioridad al derecho de propiedad de los particulares por sobre el derecho de propiedad de los miembros de la Comunidad, deberá entregar a estos tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros. La elección de estas tierras deberá ser consensuada con los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus propias formas de toma de decisiones. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte dispone que si el plazo fijado en la sentencia vence o, en su caso, si la prórroga otorgada vence o es denegada por este Tribunal sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales o, en su caso, las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad un monto determinado por cada mes de retraso. Esta Corte ve en esta reparación una indemnización para las víctimas por el incumplimiento de los plazos fijados en la sentencia y los correlativos daños materiales e inmateriales que ello comportaría, por lo que no constituye una indemnización sustitutiva de la devolución de las tierras tradicionales o, en su caso, alternativas a los miembros de la comunidad Xákmok Kásek; b) velar por que el

territorio reclamado por la Comunidad no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares; c) remover los obstáculos formales para la titulación de 1.500 hectáreas, lugar donde se encuentra actualmente asentada la Comunidad, denominado “25 de Febrero”; y d) titular las 1.500 hectáreas en “25 de Febrero” a favor de los miembros de la comunidad Xákmok Kásek.

Medidas de satisfacción: a) realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado; b) publicar la sentencia o determinadas partes de la misma en el Diario Oficial, en un diario de amplia circulación nacional y en un sitio web oficial; y c) dar publicidad a través de una emisora radial de amplia cobertura en la región del Chaco al presente resumen oficial de la sentencia emitido por la Corte, para lo que deberá ser traducido a los idiomas *sanaapaná*, *exent* y *guaraní*.

Medidas de rehabilitación: a) mientras se entrega el territorio tradicional o las tierras alternativas, adoptar de manera inmediata, periódica y permanente medidas sobre el suministro de agua potable suficiente; la revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la Comunidad; la atención médica especial a las mujeres embarazadas; la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; la instalación de servicios sanitarios adecuados, y la dotación de materiales y recursos a la escuela para garantizar el acceso a la educación básica procurando el respeto de las tradiciones culturales y las lenguas propias; b) elaborar un estudio sobre las medidas mencionadas en el punto anterior; c) establecer en “25 de Febrero” un puesto de salud permanente con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada; d) establecer en “25 de Febrero” un sistema de comunicación, y e) asegurarse de que el puesto de salud y el sistema de comunicación señalados se trasladen al lugar donde la Comunidad se asiente definitivamente una vez recuperado su territorio tradicional.

Garantías de no repetición: a) realizar un programa de registro y documentación; b) adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad, y c) adoptar inmediatamente las medidas necesarias para que el decreto que declaró como área silvestre protegida a parte del territorio reclamado por la Comunidad no sea un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales.

Medidas de indemnización: a) pagar las cantidades fijadas en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos, y b) crear un fondo de desarrollo comunitario.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24-8-2010, en <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)>.

< \* >

## INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. INMUNIDAD SOBERANA. EXCEPCIONES. ACTOS ILÍCITOS. SANTA SEDE (EE.UU.).

**1. Antecedentes del caso:** John Doe promovió una acción ante el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito de Oregon contra la Santa Sede, la Arquidiócesis de Portland, el Obispo de Chicago y la Orden Frailes Sirvientes, con base en que cuando era más joven había sido víctima de abuso sexual por parte de un sacerdote de la arquidiócesis, miembro de la orden. Doe hizo diversas imputaciones a la Santa Sede: 1) responsabilidad indirecta por los hechos de un tercero (*vicarious liability*), basada en las acciones de sus organismos: de la Arquidiócesis, del Obispo de Chicago y de la Orden; 2) responsabilidad como empleador (*respondeat superior liability*), basada en las acciones de su empleado, Ronan; y 3) responsabilidad directa por su propia retención y supervisión negligente de Ronan, y su negligente omisión de advertir a Doe acerca de las peligrosas predisposiciones de Ronan.

La Santa Sede alegó que todas las pretensiones de Doe debían ser desestimadas porque, como soberano extranjero, gozaba de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales norteamericanos, conforme a lo dispuesto por la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) (§§ 1330, y 1602 a 1611 del Título 28 del Código de los Estados Unidos).

El tribunal federal de distrito rechazó la excepción y decidió que tenía jurisdicción para resolver todas las pretensiones de Doe, con excepción de una, en términos de la excepción a la inmunidad soberana establecida en la FSIA para los actos ilícitos.

La Santa Sede apeló esta sentencia ante la Cámara Federal de Apelaciones para el 9° Circuito.

**2. Sentencia:** se confirma parcialmente la sentencia objeto de recurso.

En relación con la responsabilidad indirecta de la Santa Sede por los actos de un tercero (*vicarious liability*) (Arquidiócesis, Obispo de Chicago y la Orden), esta Cámara decide que Doe no ha alegado hechos suficientes para vencer la presunción de que los organismos gubernamentales tienen un estatus jurídico separado, por lo que los actos negligentes de dichas entidades no pueden ser atribuidos a la Santa Sede a los efectos jurisdiccionales. Estas pretensiones de Doe no pueden, por lo tanto, ser estimadas tal como fueron planteadas.

En lo que hace a la responsabilidad de la Santa Sede como empleador (*respondeat superior liability*) por los actos de Ronan, la Cámara llega a la conclusión de que Doe ha acreditado en forma suficiente que Ronan era un empleado de la Santa Sede que actuaba dentro del “ámbito de sus funciones” (“*scope of his employment*”) en términos del Derecho de Oregon y que, en consecuencia, sus actos pueden atribuirse a la Santa Sede a los fines jurisdiccionales.

Por otra parte, la Cámara coincide con el tribunal de distrito en que los actos de Ronan caen dentro del ámbito de aplicación de la excepción de los actos ilícitos prevista en la FSIA y que, por lo tanto, la Santa Sede no goza de inmunidad de jurisdicción en relación con la pretensión de Doe fundada en la responsabilidad del empleador (*respondeat superior liability*). Si bien el tribunal de distrito decidió que las pretensiones que Doe funda en la negligencia de la Santa Sede podrían proceder en términos de la mencionada excepción, la Cámara llega a la conclusión contraria, porque la FSIA preserva la inmunidad para los actos discrecionales.

Esta Cámara carece de jurisdicción para considerar en este momento la contra-apelación vinculada a la excepción relativa a la actividad comercial.

**Notas del Instituto:** 1) El 28-6-2010, la Suprema Corte de los Estados Unidos se negó a conceder un *writ of certiorari* interpuesto contra esta decisión por la Santa Sede. 2) Sobre este tema, v. BULLIER, A. J., “*La cour suprême des États-Unis refuse d’entendre un appel déniant au Saint Siège la pleine immunité de souveraineté*”, en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, vol. 2010/3, pp. 398/401.

**CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES PARA EL 9º CIRCUITO DE LOS ESTADOS UNIDOS**, sentencia del 5-3-2008, caso *John Doe v. Holly See*, en <<http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/03/03/0635563.pdf>>.

< \* >

**INMUNIDADES. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. IMPEDIMENTOS PARA COMPARECER A AUDIENCIAS. LEGITIMIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD (ITALIA).**

**1. Antecedentes del caso:** las Salas Penales I y X del Tribunal de Milán plantearon ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de todo el texto y solo de los incs. 1, 3 y 4 del art. 1, respectivamente, de la ley N° 51 del 7 de abril de 2010 (Disposiciones relativas a los impedimentos para comparecer a audiencias) (Ley), con base en que establecía una prerrogativa a favor de los funcionarios públicos contraria al principio de igualdad garantizado por el art. 3 de la Constitución y al art. 138 de esta (leyes constitucionales y enmiendas). La Corte Constitucional acumuló estos recursos y los resolvió en una única sentencia.

**2. Sentencia:** se declara la inconstitucionalidad del art. 1.4 de la ley N° 51 del 7 de abril de 2010 y de su art. 1.3 en la parte en que no prevé que el juez evalúe, de conformidad con el art. 420-ter, inc. 1° del Código Procesal Penal (CPP), el impedimento deducido.

Se declaran inadmisibles los planteos de inconstitucionalidad del art. 1.2/5 y 6 y del art. 2 de la misma ley. Asimismo, se declara infundado el planteo de inconstitucionalidad del art. 1.1 de la misma ley.

**2.1.** Ante todo, corresponde encuadrar el problema general del legítimo impedimento del titular de un órgano constitucional a la luz de los principios que al respecto ha sostenido esta Corte.

En este sentido, son relevantes las sentencias en las que examinó la constitucionalidad de las normas relativas a la suspensión de los procesos promovidos contra importantes funcionarios del Gobierno (sentencias Nros. 262/2009 y 24/2004). Al respecto, esta Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la presunción absoluta de que un funcionario público tiene un impedimento legítimo, como mecanismo general y automático introducido mediante una ley ordinaria que apunta a tutelarlos mediante una derogación del régimen procesal común, creando de esa forma una prerrogativa que violenta los arts. 3 y 138 de la Constitución. De acuerdo con lo resuelto en la sentencia N° 262/2009, una presunción de esa naturaleza establece la derogación y no una forma de aplicación de las reglas generales del proceso, las cuales permiten diferenciar la posición procesal de un miembro de un órgano constitucional solo cuando resulte estrictamente necesario, sin establecer a esos efectos ningún mecanismo automático y general.

Asimismo, cabe tomar en consideración las sentencias dictadas en relación con los conflictos con la autoridad judicial promovidos por la Cámara de Diputados fundados en que los jueces no reconocían la participación en los trabajos parlamentarios como legítimos impedimentos de un imputado para comparecer (sentencias Nros. 451/2005, 284/2004, 263/2003 y 225/2001). Esta Corte determinó que los imputados parlamentarios no gozan de garantías constitucionales especiales, sino que a ellos les resultan plenamente aplicables las reglas generales del proceso (sentencia N° 225/2001). Además, afirmó que, al aplicarlas, el juez debe ejercer su poder de apreciación de los impedimentos invocados por el imputado parlamentario, tomando en cuenta no solo las exigencias de las actividades legislativas, sino también los intereses de otros Poderes (sentencia N° 225/2001), estableciendo un equilibrio razonable entre la necesidad de tramitar un proceso rápido y la integridad funcional del Parlamento (sentencia N° 263/2003), y programando el calendario de las audiencias de forma de evitar coincidencias con los días de reunión de los órganos parlamentarios (sentencia N° 451/2005). En consecuencia, no pueden aplicarse normas derogatorias, sino las de derecho común, conforme al principio de leal colaboración entre los Poderes del gobierno.

A la luz de estos principios, es importante establecer si la norma impugnada, con independencia de su carácter temporal, deroga el régimen procesal común previsto en el art. 420-ter CPP, el cual constituye una referencia para evaluar si la norma impugnada derogatoria de las normas procesales ordinarias introduce, mediante una ley ordinaria, una prerrogativa cuyo reconocimiento está reservado a la Constitución, violando el principio de la igual sumisión de los ciudadanos a la jurisdicción, y contraviniendo los arts. 3 y 138 de la Constitución.

La norma impugnada será considerada inconstitucional si altera los rasgos esenciales del régimen procesal común y en la medida en que así lo haga. Por ello, el impedimento deducido por el imputado no puede ser genérico y el juez no puede postergar automáticamente la audiencia. El imputado tiene el deber de identificar el impedimento, que puede consistir en un compromiso preciso y puntual y no formar parte de su actividad oficial, genéricamente identificada o considerada globalmente. Y, a los fines de decidir la postergación de la audiencia, el juez debe evaluar concretamente el impedimento específico aducido.

**2.2.** El control constitucional de la norma aquí impugnada debe evaluar las disposiciones contenidas en los tres incisos del art. 1° de la Ley. El inciso 1° indica las atribuciones del Presidente del Consejo de Ministros que constituyen legítimo impedimento; el 3 regula la postergación de la audiencia por parte del juez cuando se configuran las hipótesis previstas en los incisos precedentes; y el inciso 4° regula la hipótesis de impedimento continuo y certificado por la Presidencia del Consejo de Ministros.

**2.2.1.** El art. 1.1 reza: “En virtud del art. 420ter CPP, en el caso del Presidente del Consejo de Ministros, constituye legítimo impedimento para comparecer a las audiencias de los procesos penales en carácter de imputado el concomitante ejercicio de una o más atribuciones previstas en las leyes o en los reglamentos y, en particular, en los arts. 5, 6 y 12 de la ley N° 400 del 23-8-1998 y sucesivas modificaciones, en los arts. 2, 3 y 4 del decreto legislativo N° 303 del 30-7-1999 y sucesivas modificaciones, y en el Reglamento Interno del Consejo de Ministros en virtud del decreto del Presidente del Consejo de Ministros del 10-11-1993 publicado en el Boletín Oficial del 15-11-1993 y sucesivas modificaciones, así como las relativas actividades preparatorias o consecuenciales, y toda actividad propia de las funciones de Gobierno”.

Según los recurrentes, la norma impugnada, en lugar de identificar en forma rigurosa y taxativa algunas hipótesis de impedimento oponibles por el Presidente del Consejo de Ministros, contempla una presunción absoluta de impedimento legítimo, referida a una amplia e indeterminada serie de funciones coincidentes con toda la actividad de dicho funcionario. Sin embargo, una disposición legislativa solo puede declararse inconstitucional cuando no se le puede atribuir un significado compatible con la Constitución. En este caso, esto sucede cuando no es posible reorientarla hacia la reglamentación común, interpretándola de conformidad con el instituto procesal general contenido en el art. 420<sup>ter</sup> CCP. Ello es posible si se considera el hecho de que el art. 1.1 de la Ley remite expresamente al art. 420<sup>ter</sup> CPP, así como el hecho de que, mediante la disposición impugnada, el legislador parece haber querido introducir – como resulta de los trabajos preparatorios – una norma meramente interpretativa del ámbito de aplicación de un instituto procesal.

Tal como ha sostenido la defensa del imputado, la norma impugnada no comporta una presunción absoluta de impedimento legítimo ni impone automatismo alguno. La misma introduce un criterio que orienta al juez en la aplicación del art. 420<sup>ter</sup> CPP, en particular de su inciso 1º, a través de la identificación, en abstracto, de las categorías de atribuciones gubernamentales que resultan relevantes a estos fines. El legislador, por otra parte, parece haber receptado una orientación de la Corte de Casación según la cual, basándose en el art. 420<sup>ter</sup> CPP, constituyen impedimentos las actividades de un funcionario que son propias de la función típica de gobierno (sentencia de Casación N° 10.773 del 9 de marzo de 2004). Esta expresión es retomada por el art. 1.1 de la Ley, convirtiéndose en el elemento calificativo de todas las hipótesis de impedimento legítimo que tal disposición prevé.

En consecuencia, es preciso sostener que, con base en el criterio planteado por el legislador, las categorías de actividades calificadas en abstracto como legítimo impedimento del Presidente del Consejo de Ministros son solo aquellas propias de las funciones de gobierno previstas en leyes o reglamentos, así como aquellas preparatorias y consecuenciales.

Este criterio legislativo se compeadece con los rasgos esenciales del régimen procesal común. La disposición impugnada no permite que el Presidente del Consejo de Ministros aduzca como impedimento el deber genérico de ejercer las atribuciones que tiene a su cargo, siendo siempre necesario, según la lógica del art. 420<sup>ter</sup> CPP, que, cuando esté imputado, especifique la naturaleza del impedimento aduciendo un compromiso preciso y puntual vinculado a las hipótesis indicadas. Naturalmente, ello vale también para las actividades preparatorias y consecuenciales, a propósito de las cuales es preciso considerar que el deber de especificación, que siempre recae sobre el imputado, debe referirse tanto al impedimento principal (el ejercicio de atribución propia a la función de gobierno) cuanto al accesorio (la actividad preparatoria o consecencial). En otros términos, el Presidente del Consejo de Ministros deberá indicar un compromiso preciso y puntual de carácter preparatorio o consecencial de otro compromiso preciso y puntual vinculado a una atribución propia de la función de gobierno prevista en el ordenamiento.

Por otro lado, no corresponde afirmar que el criterio del legislador es irrazonable o desproporcionado, por cuanto es de elaboración jurisprudencial y no comprende toda la actividad del funcionario, sino solo las atribuciones que puedan ser calificadas como propias de las funciones de gobierno.

En relación con la normativa del art. 420<sup>ter</sup> CPP, semejante criterio legislativo tiene por efecto esclarecer el alcance del instituto procesal común, en las hipótesis en que el

mismo deba aplicarse a impedimentos vinculados al ejercicio de funciones de gobierno. En términos negativos, el juez no reconocerá como impedimentos legítimos, aplicando el criterio legislativo, los compromisos políticos no calificados, es decir, aquellos que no pueden relacionarse con atribuciones propias de las funciones de gobierno, aunque estén previstos en leyes o reglamentos. En términos positivos, cuando se aduzca un impedimento que puede remitirse a tal tipología de atribuciones, el juez no podrá desconocer su importancia en abstracto, reservándose su poder para evaluar el impedimento aducido.

En conclusión, no son fundadas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el art. 1.1 de la Ley, cuando tal disposición es interpretada de conformidad con el art. 420*ter*, inciso 1° CPP.

**2.2.2.** Por otra parte, el art. 1.3 de la Ley reza: “A pedido de parte, el juez pospondrá la fecha de la audiencia a una audiencia sucesiva cuando se presenten las hipótesis contempladas en los incisos precedentes”.

Este artículo regula las facultades del juez para verificar el legítimo impedimento a los fines de la consiguiente postergación de la audiencia. Corresponde entonces establecer si la norma cuestionada se compadece con la reglamentación prevista en el art. 420*ter*, inciso 1° CPP, conforme a la cual el juez postergará la audiencia cuando “la ausencia se deba a una absoluta imposibilidad de comparecer, por caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otro legítimo impedimento”. En otros términos, la norma impugnada debe considerarse legítima siempre y cuando no impida al juez, en las hipótesis específicas de impedimento del funcionario, ejercer sus facultades para evaluar el impedimento deducido.

La Fiscalía General del Estado y la parte privada sostienen que la norma impugnada no quita al juez el poder de evaluación del impedimento previsto en el art. 420-*ter*, inciso 1° CPP. En su opinión, el juez ha de conservar su poder para evaluar la prueba de la subsistencia del impedimento y que este “se encuentre entre las hipótesis previstas” por los incisos 1° y 2 de la Ley. Independientemente de lo que dispone la Ley, el juez carece de poderes ulteriores de control. En efecto, el principio de la división de poderes impide al juez “examinar el mérito de la actividad de gobierno”, evaluar “las razones políticas subyacentes al ejercicio” de las actividades del Presidente del Consejo de Ministros, cargo al que se le debe reconocer una “nueva fisonomía”, por cuanto lo ejerce “una persona que ha recibido directamente la confianza y la investidura del pueblo”. Estas afirmaciones reconstruyen correctamente los efectos del art. 1.3 de la Ley, pero no describen con igual precisión el significado y el alcance del art. 420*ter*, inciso 1° CPP, ni el estatus constitucional del Presidente del Consejo de Ministros, ni del principio de la división de poderes.

Es preciso observar que el art. 1.3 de la Ley subordina la postergación de la audiencia solo a una doble constatación que el juez debe realizar. Al verificar que se trata de una de las hipótesis contempladas en los incisos precedentes, el juez, por un lado, debe limitarse a comprobar que realmente subsiste el compromiso que el imputado invoca como impedimento y, por el otro, corroborar que dicho compromiso puede remitirse a las atribuciones propias de sus funciones de gobierno previstas en las leyes o en los reglamentos. Sin embargo, esas verificaciones no agotan el espectro de facultades de evaluación del impedimento ejercidas por el juez con base en la reglamentación general prevista en el art 420*ter* CPP. En efecto, según esta norma, al juez no solo le corresponde evaluar la subsistencia del impedimento, sino también su carácter absoluto y actual. En relación con las hipótesis en examen, ello implica que el juez puede hacer una evaluación caso por caso para determinar

si el compromiso específico aducido por el Presidente del Consejo de Ministros, aunque pueda remitirse en abstracto a atribuciones propias de sus funciones de gobierno, da lugar a una imposibilidad absoluta para comparecer en juicio, objetivamente impostergerable y necesariamente concomitante con la audiencia cuya postergación se solicita. Semejante poder de apreciación del impedimento, elemento esencial de la reglamentación común del legítimo impedimento, no está previsto en la norma impugnada ni puede deducirse por vía interpretativa, atento a que la disposición en cuestión no se remite expresamente al art. 420<sup>ter</sup> CPP, y dicta una norma que sustituye y no integra aquella contenida en la referida norma del código de rito. Por esta razón, la falta de tal elemento atribuye al art. 1.3 de la Ley un carácter derogatorio del derecho común. En consecuencia, ello se traduce en un vicio de constitucionalidad de dicha disposición que debe ser declarada inválida en la parte en que no prevé el poder de evaluación del impedimento.

Por otro lado, no se puede afirmar que el ejercicio de semejante poder, en las hipótesis en que el impedimento consiste en el desarrollo de funciones de gobierno, sea *per se* lesivo de las prerrogativas del Presidente del Consejo de Ministros o contrario al principio de la división de poderes. Ante todo, es preciso puntualizar que la normativa electoral no modifica la atribución al Presidente de la República de la facultad de nombrar el Presidente del Consejo de Ministros, prevista en el art. 92.2 de la Constitución, ni el estatus constitucional de este. Con independencia de ello, cuando el juez evalúa con base en las reglas ordinarias del proceso el impedimento consistente en el ejercicio de funciones gubernamentales, se mantiene dentro de los límites de la función jurisdiccional y no examina el mérito de la actividad del Poder Ejecutivo, ni invade la esfera de competencia de otros poderes del Estado.

Es cierto, por otro lado, que en semejantes hipótesis, el ejercicio de la función jurisdiccional tiene una incidencia indirecta en la actividad del funcionario, que el juez tiene la obligación de reducir al mínimo posible, teniendo en cuenta el deber del imputado de cumplir las funciones públicas que se le han asignado. Tal principio de división de poderes no es vulnerado por el poder que tiene el juez para evaluar el impedimento, sino que eventualmente lo es por su mal ejercicio, el cual debe responder al canon de la leal colaboración. Este principio tiene un carácter bidireccional, en el sentido de que también le concierne al Presidente del Consejo de Ministros, cuya programación de compromisos, en tanto y en cuanto se traduzcan en otras tantas causas de legítimo impedimento, es susceptible, a su vez, de incidir en el desarrollo de la función jurisdiccional.

Todo cuanto esta Corte ha afirmado en relación con el legítimo impedimento de los miembros del Parlamento también es aplicable al caso del titular de una función gubernamental, más aún cuando, a diferencia de aquellos, el Presidente del Consejo de Ministros tiene el poder de programar una cantidad significativa de compromisos que pueden constituir un legítimo impedimento. La leal colaboración debe efectivizarse a través de soluciones procesales, inspiradas en la coordinación de los respectivos calendarios. Por un lado, el juez debe definir el calendario de audiencias teniendo en cuenta los compromisos del Presidente del Consejo de Ministros relativos a atribuciones propias de las funciones de gobierno, absolutamente impostergerables. Por otra parte, el Presidente del Consejo de Ministros debe programar sus compromisos tomando en cuenta, en el respeto de la función jurisdiccional, el interés en la rapidez del proceso que le incumbe y reservando a tal fin un adecuado lugar en su agenda.

Se trata, por lo tanto, de una disposición inconstitucional.

**2.2.3.** Por su parte, el art. 1.4 de la Ley reza: “Cuando la Presidencia del Consejo de Ministros certifique que el impedimento es continuativo y correlativo al desarrollo de las funciones dispuestas en la presente ley, el juez posterga el proceso a audiencia posterior al período indicado, el cual no puede superar los seis meses”.

Esta norma no remite directamente al art. 420<sup>ter</sup>, inciso 1° CPP e introduce en el ordenamiento una figura peculiar de legítimo impedimento, consistente en el ejercicio de funciones de gobierno, connotada por la continuidad del impedimento mismo y por la certificación de la Presidencia del Consejo de Ministros. Estos elementos representan una alteración y no una integración o una aplicación de la normativa del instituto general dispuesto en el art. 420-<sup>ter</sup>, inciso 1° CPP. Se trata, por lo tanto, de una disposición derogatoria del régimen procesal común, que introduce una prerrogativa a favor del titular de un cargo, contraria a los arts. 3 y 138 de la Constitución.

En primer lugar, el artículo en cuestión prevé que el imputado puede deducir, en lugar de un impedimento puntual referido a una audiencia específica, un impedimento continuo referido a todas las audiencias eventualmente programadas o programables dentro de un determinado lapso de tiempo, que no puede ser superior a los seis meses (la norma, además, no prohíbe que en el momento del vencimiento pueda renovarse el certificado de impedimento continuo). De esta forma, la disposición excluye, por lo menos parcialmente, el deber de especificación del impedimento que, de conformidad con el art. 420<sup>ter</sup>, inciso 1° CPP, pesa sobre el imputado. Además, permite que este deduzca como impedimento el deber genérico de desarrollar funciones de gobierno en un determinado período de tiempo. Tal circunstancia imposibilita que el juez pueda verificar la subsistencia y la consistencia de un impedimento específico y preciso. Asimismo, no es posible afirmar que la certificación de la Presidencia del Consejo de Ministros tenga que especificar, día tras día, todos los compromisos que hacen absolutamente imposible la presencia del imputado en la audiencia en el lapso de tiempo considerado. Una interpretación semejante de la disposición haría inútil la previsión de una figura de impedimento continuo y, por otro lado, no ha sido aplicada por la Presidencia del Consejo, cuyos certificados, en el caso en cuestión, indican sucintamente y solo a título de ejemplo algunos compromisos del Presidente del Consejo de Ministros comprendidos en un lapso de tiempo determinado.

En segundo lugar, corresponde observar que el tenor textual de la disposición en examen vincula el efecto de la postergación del proceso durante la duración del impedimento continuativo con la certificación de la Presidencia del Consejo. De hecho, se prevé que el juez no postergue el proceso cuando “resulte”, sino “cuando la Presidencia del Consejo de Ministros certifique” que el impedimento es continuo y está vinculado con el desarrollo de las funciones de gobierno. De esa forma, la postergación constituye un efecto automático de la certificación, menoscabándose el filtro de la evaluación del juez y, más en general, de una evaluación independiente e imparcial, en tanto la certificación resulta confiada a una estructura organizativa de la que se vale, en razón de su cargo, el mismo sujeto que deduce el impedimento en cuestión.

Por todas estas razones, el art. 1.4 de la Ley produce efectos equivalentes a los de una temporánea suspensión del proceso en razón de la titularidad del cargo, es decir, equivalentes a los de una prerrogativa a favor del titular. Se trata, por lo tanto, de una disposición inconstitucional.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA**, sentencia del 13-1-2011, N° 23, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do;jsessionid=5CF5E57C254A1510ADDE106AFA6CA1C9>>.

< \* >

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** ALCANCES. INCITACIÓN AL ODIO RACIAL (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – FRANCIA).

**1. Antecedentes del caso:** Le Pen, presidente del partido político “Frente Nacional”, sostuvo en una entrevista publicada en la prensa que el aumento de miembros de la comunidad musulmana que viven en Francia constituía una amenaza para los franceses, quienes en el futuro serían dominados, humillados y agredidos por esta. Sostuvo que el miedo que esto generaba podría mitigarse si el número de estos decreciera o si desapareciera.

El Tribunal de Apelaciones de Francia lo condenó al pago de una multa de 10.000 euros porque consideró que, con ese comentario, el recurrente había intentado inculcar en la población la convicción de que la seguridad de los franceses dependía de rechazar a los musulmanes. En consecuencia, resolvió que su derecho a la libertad de expresión no puede justificar la realización de comentarios que constituyeran una instigación a la discriminación, al odio y a la violencia contra un grupo de personas.

Le Pen elevó un recurso ante la Corte de Casación, pero esta lo rechazó. Entonces, recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

**2. Sentencia:** el recurso es inadmisibile.

El recurrente denunció una violación a su derecho a la libertad de expresión, garantizado por el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), e impugnó tanto los fundamentos jurídicos como la necesidad y proporcionalidad invocados por el Estado. Afirmó que sus comentarios fueron hechos en el marco de un debate político sobre la inmigración y que no estuvieron dirigidos contra los musulmanes en razón de su religión ni el Islam en tanto fe religiosa. También invocó el art. 6.1 de la Convención, alegando que la sentencia de la Corte de Casación estaba insuficientemente fundada.

La injerencia del Estado está prevista en los arts. 23 y 24 de la ley francesa del 29 de julio de 1881 sobre Libertad de Prensa, y persigue el legítimo objetivo de proteger la reputación y los derechos de terceros garantizados por el art. 10.2 de la Convención.

La jurisprudencia de esta Corte ha consagrado el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática en los casos *Handyside c. Reino Unido*, *Lingens c. Austria* y *Jersild c. Dinamarca*, entre otros. La libertad de expresión no solo ampara la “información” o “ideas” acogidas favorablemente o consideradas inofensivas, sino también aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturbadoras.

En términos generales, todo individuo que participa en un debate público puede recurrir a cierta dosis de exageración o de falta de moderación en sus comentarios. Sin embargo, estos no pueden extralimitarse, sobre todo en lo que respecta a la reputación y a los derechos de terceros.

En este caso, los comentarios del recurrente se inscriben en el marco de un debate de interés general sobre los problemas vinculados con la inmigración. En *Soulas y otros c. Francia*, esta Corte señaló que actualmente los problemas ligados a la integración de los inmigrantes en el país de acogida son materia de amplio debate en la sociedad europea, tanto en el plano político como en el mediático. En Francia, tal integración solo podrá tener lugar luego de un largo y trabajoso proceso, que puede tener errores y dificultades de aplicación de los que pueden derivar problemas de relación y de incompreensión, que, en su expresión más grave, ya se han traducido en enfrentamientos violentos entre las fuerzas del orden y ciertos elementos radicales de esa población.

Los comentarios del recurrente son susceptibles de mostrar una imagen negativa y perturbadora de la comunidad musulmana en su conjunto, y de suscitar un sentimiento de rechazo y hostilidad hacia la misma. De allí que los motivos aducidos por los tribunales nacionales resultan pertinentes y suficientes.

Por otra parte, y aun teniendo en cuenta la importancia del monto de la multa impuesta al recurrente, habiéndose precisado que en principio corría el riesgo de una pena de prisión, esta condena no debería ser considerada desproporcionada en las circunstancias de este caso.

Por ello, esta Corte estima que esta injerencia en el ejercicio del derecho del recurrente a la libertad de expresión resulta necesaria en una sociedad democrática.

Consecuentemente, ambos alegatos del recurrente deben ser desestimados en virtud del art. 35.3/4 de la Convención por estar manifiestamente mal fundados.

Por todo ello, la Corte, por unanimidad, declara el recurso inadmisibile.

**Nota del Instituto:** v. *Handyside c. Reino Unido*, sentencia del 7-12-1976, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695376&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; *Lingens c. Austria*, sentencia del 8-7-1986, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695400&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; *Jersild c. Dinamarca*, sentencia del 12-9-1994, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695768&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>; y *Soulas y otro c. Francia*, sentencia del 10-7-2008, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=837808&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 20-4-2010, *Le Pen c. Francia*, en <<http://www.olir.it/documenti/index.php?documento=5348>>.

< \* >

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO A LA INFORMACIÓN** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – TURQUÍA).

**1. Antecedentes del caso:** los peticionantes son 26 ciudadanos turcos quienes, en el momento que para este caso resulta relevante, eran los propietarios, directores ejecutivos editores en jefe, nuevos directores y periodistas de cuatro periódicos publicados en Turquía: *Ülkede Özgür Gündem*, *Gündem*, *Güncel* y *Gerçek Demokrasi*.

Entre noviembre de 2006 y octubre de 2007, la publicación de los cuatro periódicos fue suspendida por el tribunal penal de Estambul por plazos que variaron de 15 días a un mes, porque consideró que las publicaciones eran propaganda a favor de una organización terrorista, la PKK/KONGRA-GEL (el Partido de los Trabajadores del Kurdistán, que es una organización ilegal), así como una apología de los crímenes cometidos por esa organización y por sus miembros, haciendo al mismo tiempo difusión de la identidad de los funcionarios que cumplían funciones de lucha contra el terrorismo, haciéndolos con ello blanco de ataques terroristas. Ninguno de los peticionantes ni sus abogados intervino en los procesos judiciales y el tribunal desestimó las objeciones escritas que opusieron a las suspensiones de las publicaciones.

Además, algunos de los peticionantes fueron procesados penalmente por la comisión de los mismos delitos atribuidos a los periódicos. Así, Ali Gürbüz, propietario del *Ülkede Özgür Gündem*, fue condenado a pagar aproximadamente € 217.000. Özlem Aktan, director ejecutivo del *Ülkede Özgür Gündem* y del *Gündem*, fue acusado en dos oportunidades, y Lütfi Ürper, propietario del *Gündem* y del *Günce*, tres veces. Hüseyin Bektaş, dueño y director ejecutivo del *Gerçek Demokrasi*, fue objeto de un procesamiento similar.

Todas estas acusaciones están aún tramitando en primera instancia, con excepción de las formuladas contra Ali Gürbüz, la cual está ante la Corte de Casación.

Fundándose en el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), los peticionantes se agraviaron de la suspensión de la publicación y de la distribución de sus periódicos, así como de su imposibilidad de participar en los procesos que tramitaron ante el tribunal penal de Estambul, y presentaron nueve solicitudes ante la Corte Europea de Derechos Humanos en 2007.

## **2. Sentencia:** ha existido una violación al art. 10 de la Convención.

Las noticias son bienes perecederos, y postergar la publicación de las mismas, aun por un período breve, bien puede privarlas de todo su valor e interés. Las decisiones de suspender las publicaciones de los periódicos fueron adoptadas por los tribunales, los cuales encontraron que constituyeron una valiosa salvaguarda a la libertad de prensa.

Las suspensiones de las publicaciones no se impusieron solamente a artículos específicos, sino a la futura publicación de todo el periódico, cuyo contenido resultaba desconocido al tiempo en que los tribunales nacionales adoptaron sus decisiones.

La responsabilidad de los peticionantes fue establecida en procesos de los cuales ellos fueron excluidos. El tribunal nacional decidió suspender la publicación con base en la suposición de que las órdenes de suspensión han tenido el efecto preventivo de disuadir a los peticionantes de publicar artículos o informes periodísticos similares en el futuro y han entorpecido sus actividades profesionales.

Las autoridades turcas podrían haber adoptado medidas menos draconianas, tales como la confiscación de determinados ejemplares de los periódicos o la restricción de la publicación de artículos específicos. Al haber suspendido completamente la publicación, aunque sea por un período breve, las autoridades han restringido injustificadamente el rol esencial que cumple la prensa en una sociedad democrática, violando el artículo 10.

**Nota del Instituto:** en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la Convención, esta sentencia de Sala no resulta definitiva. Durante el período de tres meses posterior a su dictado, cualquiera de las partes puede pedir, en casos excepcionales, que el caso sea remitido a la Gran Sala de la Corte, integrada por 17 miembros. En caso de que así se haga, un panel de cinco jueces considera si el caso plantea una cuestión seria que afecta la interpretación o aplicación de la Convención o de sus protocolos, o un tema grave de importancia general, en cuyo caso la Gran Sala dicta una sentencia definitiva; de lo contrario, la sentencia de Sala queda firme el día en que se rechaza el pedido de remisión. Cuando una sentencia queda firme, se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que supervise su ejecución. Más información sobre el proceso de ejecución puede encontrarse en <<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution>>.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 26-1-2010, *Ürper and Others c. Turquía*, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=861574&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

< \* >

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** RESTRICCIONES. INFORMACIÓN SOBRE PROCESOS EN TRÁMITE. ÓRDENES MORDAZA. **DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN JUICIO JUSTO (CANADÁ).

**1. Antecedentes del caso:** el art. 517 del Código Penal canadiense establece que, a pedido del acusado, antes o durante el trámite del juicio, un juez puede dictar una orden que prohíba la publicación o difusión de las pruebas e información producidas, las declaraciones, o por las razones que brinde al dictarla.

En el contexto de dos casos muy publicitados –uno de homicidio en Alberta y otro de Ontario sobre delitos relacionados con actos terroristas–, varios medios de comunicación impugnaron la constitucionalidad del carácter vinculante de estas “órdenes mordaza”, con base en que el art. 517 del Código Penal violaba en forma injustificable la libertad de expresión garantizada por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (en adelante, Carta).

En el caso de Alberta, se hizo lugar al recurso presentado por los medios, pero el tribunal de apelaciones estadual anuló esa decisión y confirmó la validez constitucional del art. 517, al llegar a la conclusión de que las órdenes mordaza, si bien restringen la libertad de expresión, simplemente postergan la publicación, y que los derechos a tener un acceso justo a la libertad bajo fianza y a un juicio imparcial prevalecen sobre los efectos perjudiciales que conllevan los límites impuestos a la libertad de expresión.

En el caso de Ontario, la pretensión de los medios fue desestimada. No obstante, el tribunal de apelaciones provincial, por mayoría, hizo lugar parcialmente a la apelación interpuesta por los medios, al encontrar que el art. 517 era excesivamente amplio (*overbroad*). Sostuvo que el fin perseguido por la norma impugnada –salvaguardar el derecho a un juicio justo al evitar, por medio de una prohibición de difundir información que podría crear prejuicios, que el jurado no sea imparcial– era de un interés de jerarquía superior y tenía una importante gravitación, por lo que, en consecuencia, la prohibición se hallaba razonablemente vinculada con tal objetivo. Sin embargo, estimó que no cumplía con la exigencia de ser la medida menos restrictiva posible de un derecho de la Carta para satisfacer dicho objetivo (*minimal impairment test*), ya que este tipo de medidas podían dictarse en todas las audiencias que se realizan con el objeto de decidir la

liberación de un procesado bajo fianza, sin tomar en consideración el tipo de acusación y de la modalidad del juicio. En consecuencia, decidió que debía interpretarse que el art. 517 excluía la posibilidad de hacer estas prohibiciones en todos los casos en los que las imputaciones no fueran juzgadas por un jurado. Por su parte, una minoría de los jueces del tribunal juzgó inválida la parte del art. 517 concerniente a la prohibición en cuestión, fundando su invalidez en que no guardaba la proporcionalidad que debía existir entre los efectos perjudiciales y beneficiosos que producía la medida. Los apelantes solicitaron entonces a la Suprema Corte de Canadá que adoptara esta postura ofrecida por los jueces disidentes.

**2. Sentencia:** se desestiman las apelaciones interpuestas y se hace lugar a la contra-apelación en el caso de Ontario. Se confirma la constitucionalidad del art. 517 del Código Penal.

### 2.1. Prohibiciones a la difusión de información en el contexto del Derecho Penal

En *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)* (1996), la Corte reconoció que la publicidad de los juicios permite el acceso público a información judicial, lo que a su vez posibilita a la sociedad discutir, opinar y criticar las prácticas y los procedimientos de los tribunales. Por consiguiente, una orden mordaza viola la libertad de expresión. Sin embargo, no debe inferirse que exista un conflicto entre la libertad de expresión y los derechos del acusado. El interés en una correcta administración de justicia podría justificar prohibir la entrada de la prensa a la sala de audiencias durante un tiempo limitado. La discrecionalidad concedida al juez para evaluar las circunstancias específicas de cada caso en particular resulta crucial para el análisis de la validez de la disposición cuestionada.

Por su parte, en *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), ante la impugnación del acusado de la imparcialidad de su juicio en un contexto de publicidad adversa previa a las audiencias principales, la Corte decidió que, antes de hacer prevalecer un derecho sobre otro, debe encontrarse un equilibrio entre ambos teniendo en cuenta los efectos beneficiosos y perjudiciales de la medida, así como sus posibles alternativas.

En todos estos casos, las órdenes judiciales eran discrecionales y se fundaban en el *Common Law*. Sin embargo, en las causas *sub examine* los apelantes se agravian de que la orden prevista en el art. 517 del Código Penal no satisface el estándar establecido en *New Brunswick* por su naturaleza imperativa: el juez no tiene discrecionalidad para determinar el fundamento de la prohibición a la luz de las circunstancias del caso. Asimismo, agregan que no existe ningún vínculo racional entre la prohibición y el objetivo perseguido por la norma, y que esta no satisface los requisitos de ser la medida menos restrictiva posible de un derecho de la Carta para alcanzar un objetivo ni de guardar la proporcionalidad exigida por el estándar establecido en *R. v. Oakes* (1986).

### 2.2. La discrecionalidad como límite constitucional

Los apelantes aceptan que una prohibición limitada de difundir información puede ser válida en determinadas circunstancias. Sin embargo, sostienen que la existencia de un margen de discrecionalidad judicial constituye un umbral constitucional.

La existencia de discrecionalidad no es determinante de la validez o invalidez de una restricción a la libertad de expresión. Considerar que las prohibiciones imperativas

son inconstitucionales en razón de que las circunstancias en las que se aplican no pueden examinarse en términos de *Dagenais* sería tergiversar el sentido de la norma. Más aún, el criterio establecido en *Dagenais* no fue elaborado para aplicarse a todas las restricciones a la libertad de expresión, sino solo a las órdenes discrecionales. Las prohibiciones discrecionales son constitucionales porque el estándar establecido en *Dagenais* incorpora la esencia del balance exigido en *Oakes*. La Corte considera entonces que la validez de una prohibición legal, tal como la que aquí se cuestiona, se determina a través de un análisis basado en el criterio establecido en ese precedente.

### 2.3. El criterio establecido en *Oakes*

Cuando se viola un derecho protegido, el gobierno debe justificar su accionar identificando un objetivo apremiante y sustancial que lo justifique, demostrando la existencia de una vinculación racional entre el objetivo perseguido y el incumplimiento en cuestión, y probando que los medios elegidos afectan en la menor medida posible tal derecho y que los beneficios de la medida adoptada compensan los efectos perjudiciales que pudiere ocasionar.

La prohibición legal de difundir información es solo una de entre varias medidas interrelacionadas adoptadas en el marco de una reforma radical de las leyes que regulan la libertad bajo fianza. Por ello, para determinar la validez de la restricción, es necesario comprender qué función cumple dentro de la estructura integral de la reforma.

El Tribunal de Apelaciones de Ontario consideró que el fin perseguido por la norma era promover la imparcialidad del proceso. Si bien en *Dagenais* este objetivo se satisfacía evitando un jurado que fuera tendencioso mediante la prohibición de la difusión de información antes del juicio, la jurisprudencia también interpreta que la imparcialidad del proceso es un concepto abarcador de todas las medidas cuyo propósito sea proteger las libertades fundamentales del acusado.

La reforma de las leyes que regulan la libertad bajo fianza fue implementada teniendo en cuenta la aparente correlación entre la detención preventiva, la condena y las penas de prisión, así como también la necesidad de adoptar medidas para proteger a la persona acusada, que podría cargar con un estigma aun después de ser absuelta. En este contexto, el objetivo principal del legislador puede definirse en base a una noción de imparcialidad del proceso que no se limite a la prevención de la intervención de un jurado tendencioso. Dada la importancia de la obligación de garantizar la celeridad en los procesos encaminados a otorgar la libertad bajo fianza, la Corte estima que los objetivos planteados por el Parlamento al dictar esta norma son: 1) salvaguardar el derecho a un juicio imparcial; y 2) garantizar la celeridad en los procesos tendientes a otorgar libertad bajo fianza. Estos objetivos se alcanzan estableciendo un proceso que facilite la pronta liberación del acusado a fin de mitigar la severidad de su interacción con el sistema de justicia penal, limitar su estigma en la mayor medida posible y asegurar que quien esté encargado de juzgar las cuestiones de hecho se mantenga imparcial. Estos objetivos indudablemente tienen un interés de jerarquía superior. Y dado que están sólidamente fundamentados en principios establecidos en la Carta, también resultan sustanciales.

En los casos bajo examen, dado que la prohibición legal de difundir información es parte de un todo integral, el análisis no debe limitarse a la prohibición misma. Para determinar si la norma está racionalmente vinculada con los objetivos que persigue, la Corte debe considerar otras medidas en el contexto de la reforma legislativa que podrían estar relacionadas con la prohibición o bien emanar de ella.

Es la opinión de la Corte que claramente puede hallarse una vinculación racional en la interacción entre los diferentes componentes de la reforma y que la prohibición impide la difusión de material que, por garantizar la celeridad del proceso, aún no ha sido examinado por un juez.

La etapa inicial del proceso es crucial. Si fuese a tener lugar una audiencia a fin de considerar la validez de una prohibición de difundir información, se generaría una carga adicional para el acusado en un momento de extrema vulnerabilidad para él. El acusado podría haber delinquido por primera vez y sentirse abrumado por el proceso penal, y puede no haber podido consultar al abogado de su elección. Las personas acusadas deberían estar dedicando sus recursos y su energía para conseguir su liberación, y no para decidir si comprometer su libertad a fin de evitar que se filtre información fuera de la sala de audiencias.

En vistas de la demora y el consumo de recursos que implicaría un proceso de esta naturaleza, así como del daño que podría resultar si se publicaran pruebas que aún no fueron examinadas por un juez, sería difícil imaginar una medida que fuese capaz de alcanzar los objetivos del legislador a la vez que afectara en menor medida el derecho a la libertad de expresión. Si al proceso encaminado a otorgar al acusado libertad bajo fianza se le agregan elementos no relacionados con su liberación, ello requeriría la consideración de cuestiones extrañas al juicio propio de otorgamiento de libertad bajo fianza y podría tener un efecto dominó en otros procesos similares en la misma jurisdicción, demorando así la administración de justicia.

Cabe advertir que la prohibición legal aquí cuestionada no es absoluta ni en lo referente al acceso a los tribunales ni en lo que hace a la difusión de información. El art. 517 solo prohíbe la publicación de pruebas e información producidas, declaraciones, o por los fundamentos que brinde el juez durante una audiencia celebrada para acordar o no al acusado libertad bajo fianza. Pero los medios sí pueden publicar la identidad del acusado, comentar los hechos de la causa y el delito que se le imputa, así como también que se ha solicitado libertad bajo fianza y el resultado de dicha solicitud. Los periodistas tampoco se ven en la imposibilidad de informar al público las condiciones jurídicas a las que está sujeta la liberación del acusado.

El carácter temporal de la prohibición constituye otro factor de importancia. La medida deja de tener efecto cuando el acusado es liberado después de una investigación preliminar, o bien cuando termina el juicio. En esencia, se aplica solo al proceso tendiente a evaluar la concesión de la libertad bajo fianza, y la información que protege puede posteriormente publicarse una vez que estén disponibles datos más precisos presentados conforme a los estándares aplicables en los procesos penales.

En síntesis, si bien la información revelada en estas audiencias puede haber perdido interés periodístico para el momento en que los medios pueden publicarla, no puede por ello afirmarse que la prohibición de difundirla afecte la libertad de expresión más allá de lo necesario. Esta medida se limita a una etapa preliminar del proceso penal, no es absoluta, y la información que impide publicar a la prensa no ha sido aún examinada por un juez, es por lo general parcial y en gran medida irrelevante a los fines de la búsqueda de la verdad. La prohibición puede dificultar la labor de los periodistas, pero no les impide transmitir y comentar la información relevante básica.

Las alternativas propuestas por los apelantes como igualmente efectivas pero menos restrictivas de la libertad de expresión resultan insatisfactorias. Todas ellas se vinculan

exclusivamente con la necesidad de evitar la parcialidad y no hacen alusión alguna a los otros fundamentos de esta restricción: la necesidad de garantizar la celeridad en los procesos tendientes a otorgar libertad bajo fianza y la pronta liberación del acusado.

El Tribunal de Apelaciones de Ontario, por mayoría, hizo una interpretación parcial de la disposición restringiendo la medida a los casos en los que fuese posible un juicio por jurados. Llegó a la conclusión de que no podía afirmarse que el derecho inherente a un proceso imparcial esté en riesgo cuando un juez que decide en forma individual queda expuesto a cierta información perjudicial al acusado que no debería admitirse en juicio. Sin embargo, las consecuencias prácticas de esta conclusión son limitadas, ya que en el momento de la audiencia prevista para otorgar libertad bajo fianza, el acusado por lo general aún no ha ejercido una opción ni descartado la posibilidad de ser juzgado por un jurado. Si se trata de un delito susceptible de ser juzgado ante un jurado o sin él, la fiscalía puede no haber decidido aún sobre el modo como encarará el juicio. El hecho de que solo un reducido porcentaje de imputaciones en materia penal son en realidad juzgadas por un jurado no es entonces determinante. Dado que la audiencia para otorgar al acusado libertad bajo fianza se celebra al comienzo del proceso, la prohibición resulta aplicable en la gran mayoría de los casos. Por lo tanto, esta alternativa no es admisible.

La prohibición legal de difundir información es parte esencial de una serie de medidas elaboradas para promover la imparcialidad de los procesos y garantizar la celeridad de las audiencias tendientes a otorgar libertad bajo fianza, por lo que cumple con la condición impuesta en *Oakes* de restringir un derecho en la menor medida posible.

Por otra parte, la prohibición tiene varios efectos beneficiosos. Ante todo, limita la privación de la libertad del acusado al restringir las cuestiones a ser tratadas en la audiencia celebrada para otorgar o no la libertad bajo fianza solo a aquellas específicas.

Más allá de proteger este sumamente importante interés en la libertad, la prohibición implica que las personas acusadas puedan concentrar su energía y sus recursos en el interés que tienen por recuperar su libertad, y no en sus intereses propios de su esfera privada. Garantiza que no renuncien a su derecho a la libertad a fin de proteger su reputación, así como también que el público no sea influenciado por información que no ha sido aún analizada por un juez, tendenciosa y estigmatizante, y por lo general relativa a cuestiones que muchas veces resultan irrelevantes a la hora de determinar la culpabilidad.

Sin embargo, no debería restarse importancia a los efectos perjudiciales de estas órdenes mordaza. El art. 517 prohíbe a los medios informar a la población sobre asuntos de interés que, de lo contrario, podrían ser materia de debate público con mayor facilidad (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)* [1989]). A este respecto, afecta “la libertad de los individuos para discutir información sobre las instituciones de gobierno, [y] sus políticas y prácticas” (*New Brunswick*).

La prohibición frena el acceso libre del público al procedimiento judicial penal, así como un examen exhaustivo del mismo. Por otra parte, la audiencia que se celebra para evaluar la concesión de la libertad bajo fianza puede atraer en gran medida la atención de los medios, pero su resultado puede no ser comprendido íntegramente por el público, como aparentemente sucedió cuando se liberó a White en la causa de Alberta y a algunos de los acusados en la causa de Ontario. En tales casos, la prensa podría estar mejor capacitada para explicar al público el procedimiento judicial si la información que se le permite transmitir no fuera limitada.

No obstante, haciendo un balance, los efectos perjudiciales de los límites que se impongan a la difusión de información vertida en las mencionadas audiencias son compensados por la necesidad de garantizar certeza y plazos razonables, preservar los recursos y evitar que se revele información perjudicial que no haya sido aún examinada por un juez; en otras palabras, garantizar en la mayor medida posible la imparcialidad del proceso y el acceso justo de un acusado a un juicio para conseguir su libertad bajo fianza. La prohibición legal, aunque sus consecuencias no sean ideales, constituye un acuerdo razonable.

**Nota del Instituto:** La doctrina del “*overbreadth*” establece que una ley es inválida si, al ser excesivamente amplia en su redacción, es susceptible de violar derechos protegidos constitucionalmente.

**SUPREMA CORTE DE CANADÁ**, sentencia del 10-6-2010, *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, en <<http://scc.lexum.com/en/2010/2010scc21/2010scc21.html>>.

< \* >

**LIBERTAD DE CULTO. MUJERES. PROTECCIÓN. VESTIMENTA. BURQA. PROHIBICIÓN DE SU USO EN LUGARES PÚBLICOS (FRANCIA).**

**1. Antecedentes del caso:** el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado presentaron a la consideración del Consejo Constitucional la ley que prohíbe disimular el rostro en los espacios públicos sin invocar contra de este texto ninguna queja en particular en ejercicio de las atribuciones que les confiere el art. 61.2 de la Constitución.

**2. Sentencia:** con excepción de la reserva enunciada en el considerando 5, la ley que prohíbe la disimulación del rostro en los espacios públicos es conforme a la Constitución.

El art. 1 de la ley presentada dispone: “Nadie puede, en los espacios públicos, usar una prenda destinada a disimular su rostro”; su art. 2 precisa que: “I. A los fines de la aplicación del art. 1, el espacio público está conformado por la vía pública y los lugares abiertos al público o afectados a un servicio público. II. La prohibición prevista en el art. 1 no se aplica si la prenda está prescripta o autorizada por disposiciones legislativas o reglamentarias, si está justificada por razones de salud o por motivos profesionales, o si se inscribe en el marco de prácticas deportivas, festivas o de manifestaciones artísticas o tradicionales”; y el art. 3 prevé que el desconocimiento de la prohibición dispuesta en el art. 1 será castigado con la multa prevista para casos de contravenciones de segunda clase.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley (art. 4)”; que: “[l]a ley solo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer algo que esta no ordene (art. 5)”; y que: “[n]adie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación

no perturbe el orden público establecido por la ley (art. 10)”; por su parte, el inciso 3º del Preámbulo de la Constitución de 1946 dispone que: “[l]a ley garantiza a la mujer, en todos los campos, derechos iguales a los de los hombres”.

Los arts. 1 y 2 de la ley presentada tienen el objeto de responder a la aparición de prácticas, hasta entonces excepcionales, que consisten en disimular el propio rostro en los espacios públicos. El legislador estimó que tales prácticas pueden constituir un peligro para la seguridad pública y que desconocen las exigencias mínimas de la vida en sociedad; que las mujeres que disimulan su rostro voluntaria o involuntariamente se encuentran en una situación de exclusión y de inferioridad manifiestamente incompatible con los principios constitucionales de libertad e igualdad; y, al adoptar las disposiciones presentadas, el legislador completó y generalizó reglas que hasta entonces estaban reservadas a situaciones puntuales para la protección del orden público.

El legislador, teniendo en cuenta los objetivos que se propuso y la naturaleza de la pena instituida en caso de desconocimiento de la regla por él establecida, ha adoptado disposiciones que aseguran, entre la salvaguardia del orden público y la garantía de los derechos constitucionales protegidos, una conciliación que no es manifiestamente desproporcionada. De todas formas, la prohibición de disimular el propio rostro en los espacios públicos no puede –sin producir una excesiva violación del art. 10 de la Declaración del 1789– restringir el ejercicio de la libertad religiosa en los lugares de culto abiertos al público. Con esta reserva, los arts. 1 y 3 de la ley no son contrarios a la Constitución.

Este Consejo estima que no son contrarios a la Constitución el art. 4 de la ley presentada que castiga con un año de prisión y una multa de 30.000 euros a quien obligue a otros a disimular el propio rostro, ni los arts. 5 a 7 relativos a su entrada en vigor y a su aplicación.

**Notas del Instituto:** 1) El art. 61 de la Constitución francesa dispone: “Las leyes orgánicas antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias antes de su aplicación deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación. Artículo 61-1(1). Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo”. 2) Esta ley ha entrado en vigencia el 11-4-2011 (conf. *Journal Officiel* del 3/3/2011, p. 7, en <<http://www.journal-officiel.gouv.fr/>>. 3) Puede accederse a los antecedentes parlamentarios de esta ley (en francés) en <[http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/dissimulation\\_visage\\_espace\\_public.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/dissimulation_visage_espace_public.asp)>.

**CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA**, sentencia del 7-10-2010, N° 2010-613 DC, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, en <<http://www.olir.it/documenti/index.php?documento=5496>>.

< \* >

**MATRIMONIO. HOMOSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD.**  
 DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL (CONVENCIÓN EUROPEA DE  
 DERECHOS HUMANOS – AUSTRIA).

**1. Antecedentes del caso:** los peticionantes Horst Michael Schalk y Johann Franz Kopf son ciudadanos austríacos, nacidos en 1962 y 1960, respectivamente, que viven en Viena. Forman una pareja homosexual.

En septiembre de 2002, pidieron a las autoridades competentes que les permitieran contraer matrimonio. La Oficina Municipal de Viena rechazó su solicitud con base en que solo pueden contraer matrimonio personas de distinto sexo. Entonces, interpusieron una apelación ante el Gobernador Regional de Viena, quien confirmó la decisión municipal.

En una impugnación constitucional que promovieron posteriormente, los peticionantes alegaron, en particular, que la imposibilidad jurídica en que se encontraban de contraer matrimonio constituía una violación a su derecho al respecto a su vida privada y familiar y al principio de no discriminación. La Corte Constitucional desestimó su pretensión porque entendió que ni la Constitución austríaca ni la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) exigen que el concepto de matrimonio, orientado hacia la posibilidad de la paternidad, se extienda a las relaciones de otro tipo, y que la protección a las relaciones de las personas del mismo sexo en términos de la Convención no hace surgir una obligación de modificar la ley de matrimonio.

El 1º de enero de 2010, entró en vigencia en Austria la *Registered Partnership Act*, norma cuyo objeto es brindar a las parejas integradas por personas del mismo sexo un mecanismo formal para reconocer y dar efectos jurídicos a su relación. Si bien esta ley brinda a los miembros de estas relaciones muchos de los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges, lo cierto es que subsisten algunas diferencias. En particular, no se les permite la adopción de un niño, ni la adopción del hijastro, ni la inseminación artificial.

Con base en el art. 12 de la Convención, los peticionantes se agraviaron de la negativa de las autoridades austríacas de permitirles contraer matrimonio. Fundándose también en el art. 14 en conjunción con el art. 8, denunciaron que eran objeto de discriminación con base en su orientación sexual, puesto que se les denegaba el derecho a casarse, y no tenían ninguna otra posibilidad de lograr que su relación fuera reconocida jurídicamente antes de la entrada en vigencia de la *Registered Partnership Act*. Esta solicitud se presentó ante la Corte Europea de Derechos humanos el 5 de agosto de 2004.

**2. Sentencia:** la Convención Europea de Derechos Humanos no obliga a los Estados a garantizar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales.

No se ha producido una violación al art. 12 (derecho al matrimonio).

No se ha producido una violación al art. 14 (prohibición de discriminar) en conjunción con el art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) de la Convención.

**2.1. Supuesta violación al art. 12**

Corresponde en primer lugar examinar si el derecho a contraer matrimonio reconocido a “los hombres y mujeres” en la Convención podría aplicarse a la situación de

los peticionantes. En lo que hace a su pretensión de que en la sociedad actual la procreación de niños ha dejado de ser un elemento decisivo en un matrimonio civil, cabe considerar que en *Christine Goodwine c. Reino Unido* (Nº 28.957/95, del 11 de julio de 2002) esta Corte ya ha decidido que la imposibilidad de concebir un hijo no puede considerarse *per se* un presupuesto que quita el derecho a casarse. Sin embargo, esta conclusión y la jurisprudencia de esta Corte conforme a la cual la Convención debe interpretarse en las condiciones actuales no permiten arribar a la conclusión que proponen los peticionantes de que debe interpretarse que el art. 12 obliga a los Estados miembros a permitir el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

En los Estados miembros del Consejo de Europa no existe consenso en relación con este tema. Teniendo en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la cual el gobierno austríaco ha hecho referencia en sus presentaciones, esta Corte advierte que el artículo relevante que reconoce el derecho al matrimonio no contiene una referencia al hombre y a la mujer que lleve a una conclusión de que el derecho a casarse debe, en todos los casos, estar limitado al matrimonio entre dos personas de distinto sexo. Al mismo tiempo, la Carta deja la decisión de permitir o no la celebración de los matrimonios entre personas del mismo sexo a la reglamentación del derecho interno de los Estados miembros. Cabe destacar que las autoridades nacionales están mejor posicionadas que esta Corte para evaluar y responder a las necesidades de la sociedad en esta materia, dado que el matrimonio tiene connotaciones sociales y culturales muy arraigadas que difieren mucho de una sociedad a otra.

En conclusión, el art. 12 no impone una obligación al gobierno austríaco de brindar a una pareja del mismo sexo como la de los peticionantes el acceso al matrimonio. Por lo tanto, en forma unánime esta Corte decide que no ha habido una violación a este artículo.

## 2.2. *Supuesta violación al art. 14 en conjunción con el art. 8*

Corresponde, en primer lugar, resolver si la relación de una pareja del mismo sexo como la de los peticionantes se encuadra no solo dentro de la noción de “vida privada”, sino que también constituye “vida familiar” en términos del art. 8.

Durante la última década, se ha producido una rápida evolución de las actitudes sociales hacia las parejas del mismo sexo en muchos Estados miembros, y un número considerable de ellos las han reconocido jurídicamente. Por lo tanto, esta Corte llega a la conclusión de que la relación de los peticionantes, que es una pareja del mismo sexo, que cohabita en forma estable, cae dentro de la noción de “vida familiar”, precisamente como la relación de una pareja del mismo sexo que está en la misma situación.

Esta Corte ha sostenido en forma reiterada que un tratamiento diferente basado en la orientación sexual requiere estar justificado en razones particularmente serias. Debe presumirse que las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las heterosexuales de conformar relaciones estables y que, en consecuencia, se encuentran en una situación relevantemente similar en lo que hace a su necesidad de que se reconozca jurídicamente su relación. Sin embargo, dado que la Convención tiene que ser interpretada como un todo, y teniendo en cuenta que se ha arribado a la conclusión de que el art. 12 no impone a los Estados una obligación de dar a las parejas del mismo sexo acceso al matrimonio, esta Corte no puede compartir el criterio propuesto por los peticionantes de que esa obligación podría derivarse del art. 14 en conjunción con el art. 8.

Dado que con la entrada en vigencia en Austria de la *Registered Partnership Act*, los peticionantes tienen la opción de que su relación sea reconocida formalmente, no corresponde a esta Corte establecer si la carencia de toda forma de reconocimiento a las parejas del mismo sexo constituiría una violación al art. 14 tomado en conjunción con el art. 8 si esta situación aún persistiera.

Queda por examinar si Austria debería haber brindado a los peticionantes una vía alternativa de reconocimiento jurídico antes de lo que lo hizo. Cabe observar que si bien existe un consenso europeo emergente tendiente al reconocimiento de las parejas del mismo sexo, aún no hay una mayoría de Estados que así lo hayan resuelto. El derecho austríaco refleja esta evolución. Si bien no está en la vanguardia, el legislador austríaco no merece reproche por no haber aprobado antes la *Registered Partnership Act*.

No resulta convincente el argumento de que si un Estado elige brindar a las parejas del mismo sexo una forma alternativa de reconocimiento, esté obligado a conferirles un estatus que se corresponda en todos los aspectos con el matrimonio. La circunstancia de que la *Registered Partnership Act* conserve algunas diferencias sustanciales con el matrimonio en lo que hace a los derechos de los padres se corresponde en gran medida con la tendencia que también existe en otros Estados Miembros. Además, en este caso, esta Corte no tuvo que examinar cada una de las diferencias en forma detallada. Dado que los peticionantes no afirmaron estar directamente afectados por las restricciones subsistentes relativas a los derechos parentales, hubiera constituido ir más allá del ámbito del caso establecer si estas diferencias estaban justificadas.

A la luz de estas conclusiones, esta Corte decide que no hubo violación al art. 14 en conjunción con el art. 8.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, sentencia del 24-6-2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, en < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=870457&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

< \* >

**MENORES.** INTERÉS SUPERIOR. **INMIGRANTES.** INMIGRANTES ILEGALES. **DEPORTACIÓN.** INTERESES EN JUEGO (REINO UNIDO).

**1. Antecedentes del caso:** una mujer ciudadana de Tanzania que llegó al Reino Unido en diciembre de 1995 pidió asilo infructuosamente en tres oportunidades: una, usando su verdadera identidad, y las otras dos, invocando identidades falsas. En 1997, estableció una relación con un ciudadano británico. Esta pareja tiene dos hijos, que ahora tienen 12 y 9 años, son ciudadanos británicos y han vivido aquí todas sus vidas. La unión concluyó en 2005, pero el padre sigue viendo a sus hijos con regularidad.

Cuando en 2007 al padre le diagnosticaron HIV, la mujer reiteró sus peticiones al Secretario de Estado, las cuales fueron aceptadas como solicitudes nuevas, pero resultaron rechazadas. El Tribunal de Asilo e Inmigración y la *Court of Appeal* rechazaron

las apelaciones interpuestas por la madre. La *Court of Appeal* confirmó la conclusión del tribunal de que podía razonablemente esperarse que los niños siguieran a su madre a Tanzania. Entonces, la mujer interpuso un recurso ante la Suprema Corte del Reino Unido afirmando que su deportación constituiría una interferencia desproporcionada en su derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizados por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

**2. Sentencia:** unánimemente se hace lugar a la apelación.

**2.1.** La principal cuestión a resolver es la gravitación que debe darse al mejor interés de los menores que se ven afectados por la decisión de remover o deportar de este país a uno de sus progenitores. Dentro de esta cuestión, se encuentra una más específica: ¿en qué circunstancias se puede remover o deportar a un progenitor no ciudadano cuando esto dé lugar a que un niño que es ciudadano británico también tenga que irse?

No existe la posibilidad de remover o deportar a un ciudadano británico (v. *Immigration Act* de 1971 (Ley), § 3(5) y (6)). Ellos tienen derecho a residir en el país, lo cual significa que tienen libertad para vivir allí y para entrar y salir del Reino Unido sin obstáculos (v. Ley de 1971, §§ 1 y 2).

La postura coherente del Secretario de Estado es que los ciudadanos británicos no son trasladados compulsivamente fuera de este país. Sin embargo, si un progenitor no ciudadano es transferido compulsivamente y acepta llevar a sus hijos consigo, los hijos tienen pocas o ninguna opción de elegir a este respecto. No existe ningún mecanismo para consultar su parecer ni para dar a sus opiniones una consideración independiente.

El “mejor interés del menor”, en términos amplios, significa el bienestar del menor. La consideración de en dónde reside ese mejor interés requiere preguntarse si resulta razonable esperar que el niño viva en otro país. Una parte importante de la determinación del mejor interés del menor es descubrir las opiniones de los niños en cuestión.

Si bien la nacionalidad no es una “carta de triunfo”, lo cierto es que reviste particular importancia para determinar el mejor interés de cualquier menor. En este caso, los niños son británicos no solo por la circunstancia “accidental” de haber nacido en el país, sino por ser descendientes de un padre británico, y por ello tienen un derecho ilimitado a residir en el lugar. Han vivido allí todas sus vidas, están siendo educados allí, están socialmente vinculados con esta comunidad y tienen allí una buena relación con su padre. No basta con decir que un niño pequeño se adapta fácilmente a vivir en otro país.

No se debe desconocer la importancia intrínseca que tiene la ciudadanía. Como ciudadanos, estos niños tienen derechos que no tendrán oportunidad de ejercer si se trasladan a otro país. Perderán las ventajas propias de crecer y ser educados en su propio país, conforme a su propia cultura y en su propio idioma. Cuando vuelvan como adultos, ya habrán perdido todo esto.

Al hacer la evaluación de la proporcionalidad en términos del art. 8, el mejor interés del menor debe merecer la más importante consideración. Esto significa que debe ser considerado en primer término. Por supuesto, este interés puede ser superado por el efecto acumulativo de otras consideraciones. En este caso, las consideraciones en contrario fueron la necesidad de mantener un control firme y equitativo de la inmigración, sumado a los

pésimos antecedentes que, en términos inmigratorios, tiene la madre y la precaria situación en que se encontraba cuando se creó la vida familiar. Pero los niños no pueden ser culpados por ello. Y el inevitable efecto de trasladar a la persona que principalmente los cuida sería que ellos tendrían que partir junto con ella.

En esas circunstancias, el Secretario de Estado estuvo claramente correcto en admitir que solo podría existir una respuesta.

**2.2.** Lord Hope observó que la circunstancia de ser un ciudadano británico difícilmente alguna vez sea menos que un factor importante y determinante para no trasladar a niños que tienen ese estatus a otro país con uno de sus progenitores que no tenga derecho a permanecer allí, en especial cuando esto inevitablemente daría lugar a que los niños pierdan los beneficios y ventajas de esta ciudadanía para el resto de su infancia. La circunstancia de que el estatus inmigratorio de la madre fuera precario en el momento en que los niños fueron concebidos no puede hacerse gravitar contra los menores al evaluar si su mejor interés es vencido por fuera de otras consideraciones.

No sería correcto, como principio, devaluar lo que constituía su mejor interés en aras de algo de lo cual ellos en ningún modo podrían ser considerados responsables.

**2.3.** Lord Kerr afirmó que la circunstancia de que un niño sea ciudadano británico también tiene un valor independiente, autónomo en el debate en relación con el mejor interés del menor, y que esto debe gravitar en el balance que se realice para adoptar cualquier decisión que pueda afectar dónde puede vivir un niño.

**SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO**, sentencia del 1-2-2011, *ZH (Tanzania) (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, en <[http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2010\\_0002\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0002_Judgment.pdf)>.

< \* >

**PRESOS. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. **RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO** (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – MÉXICO).

**1. Antecedentes del caso:** el 2 de mayo de 1999, Montiel Flores se encontraba fuera de la casa de Cabrera García, junto a otras personas, en la comunidad de Pizotla, municipio de Ajuchitlán del Progreso, estado de Guerrero. Alrededor de las 9:30 horas, aproximadamente 40 miembros del 40º Batallón de Infantería del Ejército Mexicano entraron en la comunidad, en el marco de un operativo contra otras personas. Los señores Cabrera y Montiel se escondieron entre arbustos y rocas, y permanecieron allí por varias horas, hasta que proximadamente a las 16:30 horas de ese mismo día fueron detenidos y mantenidos en dicha condición a orillas del río Pizotla hasta el 4 de mayo de 1999. Ese día, pasado el mediodía, los trasladaron en un helicóptero hasta las instalaciones del 40º Batallón de Infantería, en la ciudad de Altamirano, estado de Guerrero.

Posteriormente, ciertos miembros del Ejército presentaron una denuncia penal en contra de Cabrera y Montiel por la presunta comisión de los delitos de portación de armas de fuego de uso exclusivo de las fuerzas militares y siembra de amapola y marihuana, por lo que se inició la respectiva investigación penal.

El 28 de agosto de 2000, el Juez Quinto de Distrito del Vigésimo Primer Circuito en Coyuca de Catalán dictó sentencia mediante la cual condenó a pena privativa de libertad de 6 años y 8 meses de duración a Cabrera García y de 10 años a Montiel Flores. Esta decisión fue objetada a través de diversos recursos judiciales y se modificó parcialmente a su favor.

En 2001, Cabrera y Montiel fueron liberados para continuar cumpliendo la sanción que se les impuso en su domicilio, debido a su estado de salud.

**2. Sentencia:** el Estado de México resulta internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, y por haber incumplido el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en lo que respecta a la jurisdicción penal militar.

En cuanto a la libertad personal, en virtud de su jurisprudencia, esta Corte reitera que Cabrera y Montiel debieron ser llevados ante el juez lo más pronto posible y, en este caso, ello no ocurrió sino hasta casi cinco días después de su detención. En zonas de alta presencia militar, donde los miembros de la institución militar asumen control de la seguridad interna, la remisión sin demora ante las autoridades judiciales cobra mayor importancia con el fin de minimizar cualquier tipo de riesgo de violación a los derechos de la persona.

En consecuencia, esta Corte declara la violación del art. 7.5 de la Convención Americana.

Por otra parte, dada la falta de remisión sin demora ante la autoridad competente, la detención se transformó en arbitraria en esos primeros días, lo cual violó el art. 7.3 de la Convención Americana. También cabe destacar que en el expediente no consta que, al efectuar la detención, se haya informado a las víctimas sobre las razones en las que se fundamentó su detención, razón por la cual se vulneró el art. 7.4 de la Convención Americana.

En lo que concierne al derecho a la integridad personal, cabe analizar la prueba obrante sobre las alegadas torturas y el cumplimiento de la obligación de investigar en relación con dichos hechos. Del análisis de las declaraciones de Cabrera y Montiel en el transcurso del proceso penal, en términos generales, consta que se denunciaron: i) jalones en los testículos; ii) toques eléctricos; iii) golpes en distintas partes del cuerpo, como los hombros, el abdomen y la cabeza; iv) que fueron vendados y amarrados; v) que fueron ubicados en forma de cruz según la ubicación del sol; vi) que fueron encandilados por una luz brillante; vii) que recibieron amenazas mediante armas, y viii) que se utilizó el “tehuacán” para introducirles agua gaseosa en las fosas nasales.

Si bien existen diferencias en las declaraciones emitidas por las víctimas en diversos momentos, las diferencias entre cada testimonio rendido por Cabrera y Montiel no pueden ser consideradas como contradicciones que denotan falsedad o falta de veracidad, toda vez que las circunstancias principales coinciden. Por otra parte, este Tribunal valora diversas constancias y certificados médicos respecto a la integridad física de las víctimas en los que no se menciona que hubieran sufrido lesiones como consecuencia de la detención. Dada su finalidad, esos

certificados médicos no eran suficientes, por sí solos, para fundamentar el rechazo o la aceptación de los alegatos de tortura en el presente caso.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la existencia de ciertos certificados médicos como el emitido el 15 de mayo de 1999, en el cual se dejó constancia de la presencia de hematomas que presuntamente habían sido el resultado de los golpes recibidos por Cabrera y Montiel durante su detención, o el certificado expedido el 4 de junio de 1999, en el que se aseveró que las lesiones habían sido producidas aproximadamente 30 días atrás.

En relación con estas denuncias de actos de tortura, el deber de investigar denuncias de actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes se sustenta en los hechos analizados previamente. Sin embargo, en el presente caso, la investigación fue iniciada más de tres meses después de que se hiciera la primera mención sobre las alegadas torturas cometidas y que se dio inicio a dicha investigación por petición expresa de los denunciados dentro del proceso penal que se llevó a cabo en su contra, sin que se haya iniciado una investigación de oficio cuando se hicieron las mencionadas denuncias. Si bien en dicho proceso los tribunales internos valoraron y estudiaron tanto los certificados médicos como los peritajes realizados con el fin de confirmar las alegadas torturas, tal proceso poseía un objeto distinto al de investigar a los presuntos responsables de la denuncia, ya que paralelamente se estaba juzgando a Cabrera y Montiel.

Por tanto, al no haber llevado a cabo una investigación autónoma contra los presuntos responsables de la alegada tortura, en la jurisdicción ordinaria, se impidió disipar y aclarar los alegatos de tortura incumpliendo los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura respecto de la obligación de investigar los alegados actos de tortura en perjuicio de Cabrera y Montiel. Resultaba imprescindible que las distintas instancias judiciales internas ordenasen nuevas diligencias para esclarecer la relación entre los signos encontrados en los cuerpos de las presuntas víctimas y los hechos que ellos alegaron haber sufrido como tortura.

Si bien la falta de una investigación dirigida contra los presuntos responsables de la violación a la integridad personal limita la posibilidad de concluir sobre los alegatos de la presunta tortura, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia, y que siempre que una persona es detenida en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación creíble de esa situación. En consecuencia, existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad mediante elementos probatorios adecuados. Teniendo en cuenta lo anterior, de la prueba aportada en el caso es posible concluir que se verificaron tratos crueles, inhumanos y degradantes en contra de Cabrera y Montiel, en violación del derecho a la integridad personal, consagrado en los arts. 5.1 y 5.2, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana.

En relación con las garantías judiciales, cabe considerar que los tratos crueles sufridos por las víctimas proyectaron sus efectos en las primeras declaraciones rendidas ante el Ministerio Público, así como la primera declaración ante juez, en las que confesaron haber cometido algunos delitos que se les imputaban. Por tanto, los tribunales que llevaron a cabo el

proceso penal en contra de Cabrera y Montiel en todas las etapas del proceso debieron excluir totalmente las confesiones rendidas por estos, por cuanto la existencia de tratos crueles e inhumanos inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias. Lo anterior generó la violación del art. 8.3 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana. Por otra parte, no existió violación del derecho a la defensa y del principio de presunción de inocencia.

Respecto al proceso en la jurisdicción penal militar para investigar a los responsables de la alegada tortura sufrida por Cabrera y Montiel, esta Corte observa que si bien se inició una averiguación en el fuero ordinario, posteriormente se cedió la competencia a la Procuraduría General de Justicia Militar (PGJM), la cual resolvió que no había existido tortura. Como consecuencia de un pronunciamiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en relación con el presente caso, la PGJM inició una nueva averiguación previa y concluyó que no se habían acreditado actos de tortura en contra de las víctimas. En el fuero ordinario no se investigó de oficio a los presuntos responsables de las alegadas torturas, por lo que declaró la violación del art. 8.1 de la Convención Americana y del art. 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Asimismo, a partir de los precedentes en los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria [y dicha] conclusión se aplica no solo a casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos, por lo que se declara que hubo una violación del art. 8.1 de la Convención Americana.

Finalmente, Cabrera y Montiel no pudieron impugnar efectivamente la competencia de la jurisdicción militar para conocer de asuntos que, por su naturaleza, deben corresponder a las autoridades del fuero ordinario, razón por la cual no contaron con recursos efectivos para impugnar el conocimiento de la alegada tortura por la jurisdicción militar y, por lo tanto, se declara que hubo una violación del art. 25.1 de la Convención Americana.

En lo que se refiere a la adecuación del derecho interno mexicano respecto a la intervención de la jurisdicción penal militar, también siguiendo su jurisprudencia previa en los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, este Tribunal señala que ya que el art. 57 del Código de Justicia Militar opera como una regla y no como una excepción, característica esta última indispensable de la jurisdicción militar, se incumple con los estándares establecidos por esta Corte. Cabe destacar que el cumplimiento de dichos estándares se da con la investigación de todas las vulneraciones de derechos humanos en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, por lo que no puede limitar su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual. Esto conduce a la conclusión de que el Estado incumplió la obligación contenida en el art. 2, en conexión con los arts. 8 y 25 de la Convención Americana.

La sentencia constituye una forma de reparación pero, adicionalmente, esta Corte ordena que el Estado debe: a) conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso, en particular por los alegados actos de tortura en contra de Cabrera y Montiel, para determinar las eventuales responsabilidades penales y, en su caso, aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea; así como adelantar las acciones disciplinarias, administrativas o penales pertinentes en el evento de que en la investigación de los mencionados hechos se demuestren irregularidades procesales e investigativas relacionadas con los mismos; b) publicar y difundir la sentencia; c) otorgar

por una sola vez a cada una de las víctimas una suma en concepto de tratamiento médico y psicológico especializado, así como por medicamentos y otros gastos conexos; d) adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana; así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia; e) adoptar, en el marco del registro de detención que actualmente existe en México, medidas complementarias para fortalecer el funcionamiento y utilidad de dicho sistema; f) continuar implementando programas y cursos permanentes de capacitación sobre investigación diligente en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes y tortura, los cuales deberán impartirse a los funcionarios federales y del estado de Guerrero, particularmente a integrantes del Ministerio Público, del Poder Judicial, de la Policía, así como a personal del sector salud con competencia en este tipo de casos y que por motivo de sus funciones sean llamados a atender víctimas que alegan atentados a su integridad personal; así como fortalecer las capacidades institucionales del Estado mediante la capacitación de funcionarios de las Fuerzas Armadas sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, y g) pagar las sumas fijadas en concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 26-11-2010, en <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)>.

< \* >

**TERRORISMO.** PERSONAS DESMOVILIZADAS DE UN GRUPO ARMADO AL MARGEN DE LA LEY. **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.** ALCANCES. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** (COLOMBIA).

**1. Antecedentes del caso:** el art. 324 de la ley 906 de 2004 enumera los casos en que el principio de oportunidad se aplica a las personas desmovilizadas de un grupo armado al margen de la ley. Su numeral 17) fue reformado por la ley 1312 del 9 de julio de 2009.

Se pidió a la Corte Constitucional que resolviera: (i) si dados los términos ambiguos y oscuros con que el legislador había regulado la causal de aplicación del principio de oportunidad en el mencionado numeral 17) del art. 324 de la ley 906 de 2004, se vulneraba el principio de legalidad garantizado por el art. 250 de la Constitución; (ii) si al haberse previsto la aplicación del principio de oportunidad para el concierto para delinquir agravado, se habría desconocido el art. 93 de la Constitución, por contrariar la normativa internacional, como quiera que se estaría aplicando dicha figura procesal para un crimen de lesa humanidad; (iii) si la causal de aplicación del principio de oportunidad acusada desconoce los derechos de las

víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, derivados de una interpretación sistemática de los arts. 1, 2, 12, 93 y 229 de la Constitución en consonancia con los arts. 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; (iv) si en la norma se incurrió en una omisión legislativa relativa porque habría una exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos”, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad de estas conductas.

**2. Sentencia:** se declara inexecutable el numeral 17) del art. 2º de la ley 1312 de 2009 y executable el párrafo 3 del art. 2 de dicha ley, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

**2.1.** El numeral 17) del art. 2 de la ley 1312 de 2009 no configura un instrumento que inserte el principio de oportunidad que busca aplicarse al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, en el marco de la denominada justicia transicional. En realidad, se trata de una reforma legislativa a una institución jurídico-procesal, a saber, el principio de oportunidad, el cual forma parte de la política criminal ordinaria del Estado. Con esta modificación, se pretendía resolver un problema de contenido político por medio de una institución jurídica constitucional que se rige por el principio de legalidad (art. 250 C.P.).

No es posible aplicar el principio de oportunidad a la desmovilización masiva de miembros de grupos armados al margen de la ley a la luz de los criterios de ponderación que se establecieron en la sentencia C-370 de 2006 para los procesos de justicia y paz, toda vez que se trata de regulaciones con finalidades distintas.

En efecto, en la denominada Ley de Justicia y Paz, esta cuestión se había sometido a la justicia bajo determinadas condiciones de verdad y reparación, y se preveía la imposición de penas alternativas, con la posibilidad de aplicar las ordinarias, si se incumplían los compromisos asumidos.

Por el contrario, la ley 1312 de 2009, sin establecer elementos de justicia, verdad y reparación a las víctimas, autoriza a la Fiscalía y al Poder Judicial a renunciar a su obligación de investigar y juzgar a los desmovilizados por crímenes respecto de los cuales existe un imperativo internacional de investigar y juzgar, y en donde la impunidad resulta inadmisibles.

En este sentido, el precepto acusado no se inscribe dentro de un acuerdo político de reconciliación que conlleve cierta flexibilización de los principios que dominan el ejercicio de la función judicial, lo cual permite un modelo de justicia transicional. En esencia, se trata de una adición al proceso que se aplica para impartir justicia ordinaria, que de manera injustificada introduce un trato privilegiado a un grupo de destinatarios de la acción penal.

Aun en situaciones de justicia transicional, la comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. Al mismo tiempo, la comunidad internacional ha admitido que la justicia transicional es una forma especial de administración de justicia para situaciones de tránsito a la paz, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban, en todo caso, algún tipo de sanción.

Independientemente de que los fines de una justicia transicional son específicos y muy distantes de aquellos que persigue la administración de justicia ordinaria, resulta arbitrario introducir dentro del modelo de justicia orientado a desarrollar la política criminal del Estado un elemento que excluye a ciertos sujetos del ámbito de la justicia y justificar tal exclusión con un discurso de justicia hacia la paz.

**2.2.** La norma jurídica impugnada no respeta los límites constitucionales para la aplicación del principio de oportunidad. Configura una causal que desborda la filosofía, los propósitos y el alcance del principio de oportunidad previsto en el art. 250 de la Constitución Política, como una manera *excepcional* de renunciar, interrumpir o suspender la acción penal, dentro de un modelo de justicia ordinaria, regido por el principio de legalidad.

Si bien el legislador goza de una amplia potestad legislativa para regular la aplicación del principio de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que debe respetar ciertos límites constitucionales al momento de configurar las causales que permiten su aplicación, los cuales han sido precisados en la sentencia C-095/07, a saber: (i) la vigencia de un orden justo; (ii) la dignidad humana, en cuanto debe respetar los compromisos internacionales en materia de acceso a la justicia para la protección de los derechos humanos y la reparación a las víctimas de graves violaciones; (iii) el principio de legalidad, con base en el cual está vedado establecer causales ambiguas o vagas, que le impide conocer con certeza al ciudadano en qué casos y bajo qué condiciones el órgano investigador puede acudir ante el juez de control de garantías a pedir su aplicación.

La causal establecida en el numeral 17) del art. 2 de la ley 1312 de 2009 vulnera el postulado del orden justo que el Estado debe promover, habida cuenta de que establece una renuncia unilateral a investigar, sin que de otro lado se introduzcan requisitos que satisfagan las exigencias de justicia, de verdad o de reparación. Esta laxitud en la regulación vulnera la dignidad y los derechos de las víctimas protegidos por diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar en materia de graves violaciones de derechos humanos. Asimismo, la ley 1312 de 2009 introduce una causal vaga y ambigua para la aplicación excepcional del principio de oportunidad, violatoria del postulado de legalidad que lo rige. A lo anterior se agrega que el principio de oportunidad, como instrumento de la política criminal ordinaria del Estado, parte del deber de la persecución penal. Por ello, la renuncia a ese deber de persecución debe estar fundada en criterios de: (i) insignificancia; (ii) interés de la víctima; (iii) formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, y (iv) colaboración con la justicia. A ninguno de estos criterios responde la causal que se cuestiona.

La causal aquí denunciada presenta ambigüedad en cuanto a los destinatarios y en relación con las condiciones para su aplicación, puesta de manifiesto en los diferentes conceptos expuestos por los intervinientes en el proceso de constitucionalidad: para algunos, serían los autores del delito de concierto para delinquir simple (art. 340, inciso primero, ley 906 de 2004); para otros, cobijaría únicamente a los autores del concierto para delinquir agravado del inciso segundo del artículo 340 *ibídem*, y para otros, se aplicaría a todos los autores del concierto para delinquir, que, como se sabe, contempla tres modalidades. También se aduce que podría cobijar a todos los miembros de grupos armados al margen de la ley, como las guerrillas. Por otro lado, la ambigüedad se extiende a las condiciones requeridas para ser beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad, pues se deja totalmente librado al criterio de quien debe aplicar la ley determinar cuándo los destinatarios de la norma hacen una “*manifestación con*

*actos inequívocos del propósito de reintegrarse a la sociedad*?. De esta manera, el legislador incumplió su deber de establecer requisitos claros, ciertos e inequívocos que guiaran la labor del órgano investigativo. Se trata además de un requisito que desconoce flagrantemente la exigencia de verdad y de justicia para las víctimas.

Corresponde al legislador establecer la política criminal para los procesos de justicia y paz siempre que se desarrolle conforme a los imperativos constitucionales y del orden internacional de los derechos humanos, entre ellos, la búsqueda de la verdad, justicia y reparación.

El escenario de impunidad que la norma propicia respecto de posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos vulnera el art. 1º de la Constitución, que promueve un orden justo; el art. 93 de la Carta, en la medida en que se quebrantan las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos que obligan al Estado colombiano a investigar y juzgar las graves violaciones de derechos humanos, en particular, los arts. 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Con este proceder, se vulnera asimismo el derecho de las víctimas a acceder a la justicia (art. 229 C.P.) y todos los demás derechos que un *orden justo* (art. 1º) debe garantizarles. Con la incorporación en la ley procesal penal de una causal para la aplicación del principio de oportunidad que resulta ambigua e imprecisa, se vulnera el art. 29 de la Constitución en concordancia con el 250 *ibidem*.

En cuanto al cargo formulado respecto del párrafo 3º del art. 2 de la ley 1312 de 2009, la omisión en la que incurrió el legislador al momento de regular los límites a la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de no incluir las graves violaciones a los derechos humanos, configura un desconocimiento de diversos compromisos internacionales, señalados por los demandantes, al igual que del art. 2 de la Constitución. En consecuencia, esta Corte declara exequible el citado párrafo, en el entendido de que la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

En ese orden, prosperan dos de los cargos de inconstitucionalidad formulados en esta oportunidad y, en consecuencia, se procede a retirar del ordenamiento jurídico, mediante la declaración de inexecutable, el numeral 17) del art. 2 de la ley 1312 de 2009, por contrariar los principios, derechos y valores constitucionales invocados por los demandantes, y se condiciona la executable del párrafo 3 en los términos señalados previamente.

### 2.3. Disidencias

Los magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo y Jorge Pretelt Chaljud salvaron el voto a la decisión de declarar inconstitucional el inciso primero del numeral 17) y el párrafo 3º del art. 2 de la ley 1312 de 2009.

En su opinión, la decisión ajustada a la Constitución era la de declaración de executable con ciertos condicionamientos que permitieran precisar el alcance de la expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*” y garantizar en mayor medida los derechos de las víctimas.

En su opinión, las razones esgrimidas por la mayoría para justificar la declaratoria de inexecutable del enunciado normativo objeto de estudio no son atendibles por varias razones, dentro de las que se destacan las siguientes:

(a) A diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y finalmente acogido en la sentencia de la cual nos apartamos, se considera que el delito de concierto para delinquir agravado, objeto de la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados, no es un delito de lesa humanidad. La evolución de la categoría *crimen de lesa humanidad* en el derecho penal internacional, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional han sido consistentes en el sentido de considerar como delito de lesa humanidad únicamente el concierto para delinquir con fines de genocidio, y esta hipótesis estaba descartada en el numeral 17) del art. 2 de la ley 1312 de 2009. Por lo tanto, el argumento de que es inconstitucional aplicar el principio de oportunidad al concierto para delinquir agravado porque este es un delito de lesa humanidad no tiene fundamento ni en la Constitución ni en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. Además, aun si se aceptara que el concierto para delinquir fuera, que no lo es, delito de lesa humanidad, eso no implicaría la inconstitucionalidad de la disposición acusada, pues cabe recordar que el art. 53 del Estatuto de Roma le otorga facultades similares al fiscal para decidir sobre el inicio de una investigación.

(b) Adoptar la postura de que el delito de concierto para delinquir agravado no es un delito de lesa humanidad, como se propuso en la ponencia que no fue aprobada, en nada afectaba las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha, pues se trata de un delito autónomo y su aplicación es independiente de otros tipos penales que han sido imputados a quienes hasta la fecha han sido juzgados por esta última Corte. En otras palabras, la decisión que hubiere adoptado la Corte Constitucional en la presente oportunidad no habría tenido efectos respecto de los casos que ya han sido juzgados por la Corte Suprema de Justicia; en este sentido, los temores de la mayoría eran infundados.

(c) Los precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia no son vinculantes en la interpretación del ordenamiento jurídico que realiza la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la ley. Como bien ha señalado la jurisprudencia constitucional, la doctrina viviente, es decir, la interpretación que han hecho la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado solo sirve para ilustrar el alcance de las disposiciones legales cuando se ajusta a la Constitución, y eso precisamente no ocurría en esta oportunidad.

(d) Prever la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos armados ilegales no desconoce la Constitución y forma parte de un proceso de justicia transicional en la que se deben comprender la ley 975 de 2005 y la ley 1312 de 2009, que es demandada en esta ocasión. Es errado y contraevidente señalar que el principio de oportunidad no es un instrumento apto para ser utilizado en un proceso de paz. Toda la argumentación contenida en la sentencia C-370 de 2006, que constituye precedente vinculante para esta misma Corte, consideró como acorde a la Constitución utilizar figuras e instituciones judiciales propias de procesos penales, incluso la reducción punitiva. Este argumento llevado al absurdo supone que existen figuras jurídicas propias de justicia transicional y otras que no lo son.

(e) La norma impugnada reunía todos los elementos señalados por la jurisprudencia constitucional que deben ser considerados cuando se trata de regular legalmente el principio de oportunidad (por ejemplo, en la sentencia C-095 de 2007). En efecto, (1) la norma perseguía el propósito de *racionalizar la utilización del aparato estatal en la persecución penal* (el número de desmovilizados lo atestigua); (2) el propósito de asegurar *un orden justo* proporcionaba espacios

para que se respetaran los derechos de las víctimas; y (3) se trataba de una norma que no desconocía *el principio de legalidad* en tanto que las causales o supuestos para aplicar el principio de oportunidad eran claras y precisas.

(f) La expresión “*quien haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*” proporcionaba un margen de discrecionalidad al fiscal en la aplicación del principio de oportunidad, pero no puede considerarse que tenga un carácter vago o ambiguo que ocasione su inconstitucionalidad. Para llegar a esta conclusión, bastaba con la simple lectura sistemática de la ley 1312 de 2009, que en su art. 4 señalaba doce condiciones que impedían cualquier aplicación arbitraria, dentro de un período de prueba de tres años para cumplir con las mismas so pena de perder el beneficio.

(g) Las argumentaciones acogidas por la mayoría de la Sala Plena, al margen de trascendentales consecuencias en materia de confianza legítima (art. 1 CP), conducen a negar la lógica de las decisiones políticas y judiciales expresadas en la sentencia C-370 de 2006, en tanto que conduce a paradojas insalvables:

(i) No se les puede aplicar a los desmovilizados el indulto en los términos previstos en la ley 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003 porque, según la jurisprudencia de la Corte Suprema (sentencia del 11 de julio de 2007), los crímenes cometidos por grupos paramilitares o de autodefensa no pueden ser calificados como delitos políticos: son delitos comunes y, por ende, resulta improcedente la concesión de amnistías o indultos. Pero tampoco se les puede aplicar el principio de oportunidad dentro de los procesos que promueve la Fiscalía porque este principio es un instrumento que está previsto para la delincuencia y los delitos comunes, no para procesos de paz o de regularización.

(ii) El resultado de impedir que los desmovilizados, miembros rasos de grupos armados ilegales, no puedan ser beneficiarios del indulto ni del principio de oportunidad supone que existe un trato favorable para los cabecillas de estos grupos (a los cuales solo se les puede imponer como pena máxima 8 años por el delito de concierto para delinquir y otros delitos, incluso de lesa humanidad); en cambio, a los subalternos se les debe imponer como mínimo 8 años y hasta 18 solo por el delito de concierto para delinquir (art. 340 Código Penal).

No obstante, nuestra profunda discrepancia con la sentencia adoptada por la Corte, reconocemos que en los fundamentos de la decisión adoptada se podrían encontrar elementos que permitan encontrar una salida jurídica eficaz a la compleja responsabilidad del Estado y la sociedad colombiana en el proceso de normalización de los grupos armados al margen de la ley.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**, sentencia del 9-3-2011, C-156/11, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>.

# TEXTOS ESCOGIDOS

*investigaciones*

## TEXTOS ESCOGIDOS

**DERECHO AMBIENTAL.** ECONOMÍA ECOLÓGICA. CONCEPTO. CARACTERÍSTICAS. TRANSICIÓN. PRINCIPIOS. PRIORIDADES (INTERNACIONAL).

La crisis financiera global ha tenido consecuencias devastadoras, pero de cada crisis surge una posibilidad no solo de recuperación económica, sino también de reconstrucción, a partir de principios ecológicos como la eficacia energética, la diversificación, la minimización de residuos y un uso sensato de los recursos naturales, lo que a su vez ofrece una oportunidad real de introducir cambios sustanciales en nuestras economías y para avanzar hacia economías ecológicas de baja emisión de carbono.

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) define el término “economía ecológica” como un sistema económico que reconoce las propiedades de los ecosistemas saludables como uno de los pilares más importantes para el bienestar económico y social y como condición previa para la reducción de la pobreza. Es un sistema donde las industrias utilizan tecnologías limpias y eficaces, donde la agricultura es sustentable y donde ambas constituyen el motor principal para el crecimiento económico, la creación de empleos y la reducción de la pobreza.

La adopción de este sistema requeriría que el mundo desarrollado invirtiera anualmente sumas importantes a los fines de una gestión ambiental sustentable, necesaria para reducir la pobreza relacionada con el medio ambiente; un reajuste de los subsidios agrícolas hacia una agricultura, selvicultura y explotación pesquera sustentables; y la desviación de los subsidios de combustibles fósiles a la investigación y desarrollo de energías renovables. Dicha inversión ayudaría a reducir las emisiones de carbono y crearía sustanciales oportunidades laborales.

Según la Iniciativa sobre Economía Ecológica del UNEP, la transición hacia una economía ecológica se basa en los siguientes principios: la valorización del alto potencial que tienen las industrias ambientales de convertirse en actividades económicas sustentables principales; y la comprensión y eliminación de las barreras financieras, políticas e institucionales para la transición hacia una economía ecológica. Define como prioritarios los siguientes sectores económico-ecológicos: tecnologías limpias y eficaces, que incluyen tecnologías de energías renovables enfocadas en el acceso a la energía en zonas rurales; empresas basadas en la biodiversidad, que incluyan agricultura, selvicultura, marina y turismo natural; infraestructura ecológica, que incluye reservas naturales, áreas protegidas y cuencas hidrográficas; administración de químicos y residuos, que incluye la disminución de residuos, el reciclado y la reutilización; y ciudades, edificios y transporte con baja emisión de carbono.

Esta transición no puede producirse sin la adopción e implementación de políticas coherentes que integren aspectos económicos, sociales y ambientales, lo que requiere de la colaboración de numerosos ministerios a nivel nacional y del trabajo en conjunto de organizaciones e instituciones que se ocupan de diversos aspectos del desarrollo sustentable a nivel internacional.

Durante la Gran Depresión en los Estados Unidos, el presidente Franklin D. Roosevelt lanzó el *New Deal*, cuyos programas estaban dirigidos a proporcionar trabajo y beneficios de seguridad social, reformar las políticas tributarias y las prácticas comerciales, y estimular la economía.

En la actualidad, las múltiples crisis demandan el mismo tipo visionario de liderazgo gubernamental, pero a escala global. El UNEP propone un *New Deal* Ecológico Global como manifestación de ese liderazgo, formado por paquetes de estímulo y medidas políticas coordinados a gran escala, capaces de establecer la recuperación económica global a corto plazo mientras sientan las bases para un crecimiento económico sostenido en el mediano y largo plazo. Sus objetivos principales deberían ser reactivar la economía mundial, mantener y generar empleo, proteger a los grupos vulnerables, reducir la dependencia al consumo de carbono y la degradación del ecosistema, y avanzar en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (MDGs, por sus siglas en inglés), entre ellos, haber eliminado la pobreza extrema para el año 2025.

Los esfuerzos del UNEP se han desviado de asuntos ambientales específicos, como la capa de ozono o la biodiversidad, para promover la eficacia del derecho ambiental, la implementación de los Acuerdos Ambientales Multilaterales (MEAs, por sus siglas en inglés) existentes para determinar la forma en que las consideraciones ambientales puedan integrarse en otras áreas de Derecho y cómo mejorar la compatibilidad entre diferentes regímenes legales.

Desde 1982, el UNEP ha aplicado un enfoque sistemático y estratégico mediante la adopción del Programa de Montevideo, programa de legislación ambiental por un plazo de diez años que, en su versión actual, se divide en cuatro áreas principales: la eficiencia del derecho ambiental, la gestión de conservación y uso sustentable de los recursos naturales, los desafíos del derecho ambiental y las relaciones con otros campos.

Si bien la idea de una economía ecológica no es nueva, la función esencial que tendrá el Derecho en la transición hacia la misma aún no ha sido determinada con precisión.

Los derechos de propiedad intelectual constituyen uno de los asuntos principales del debate del derecho económico internacional, dado que afectan fundamentalmente el desarrollo sustentable al determinar quién controla la información y la tecnología.

El derecho ambiental podría cumplir una función esencial a la hora de establecer acuerdos entre países para fomentar el uso de tecnologías ecológicas que reduzcan la emisión de carbono, aumenten la eficacia de la producción y de la utilización de energía, y faciliten la captura y almacenamiento de carbono.

Para lograr la transición hacia este tipo de economías resulta esencial eliminar los subsidios a los combustibles fósiles y asignar dichos recursos al financiamiento de políticas y actividades de baja emisión de carbono.

Los subsidios energéticos –que a nivel global actualmente son muy elevados– no solo fomentan la utilización de combustibles que contribuyen al cambio climático, sino que además desvían importantes recursos financieros que podrían invertirse en fuentes de tecnología y energía ecológicas, capaces de revertir la dependencia de estos combustibles. Asimismo, su eliminación facilitaría la transición hacia una economía ecológica e incluso generaría nuevos puestos de trabajo ecológico.

Para abordar el problema de los subsidios, la comunidad internacional debe reevaluar los acuerdos existentes y planear otros futuros que respalden la eliminación de los subsidios energéticos. Asimismo, debe establecer un marco regulatorio claro que proporcione la base para esta transición. Estos esfuerzos deben verse acompañados a nivel nacional por la adopción de políticas tendientes a reducir la dependencia del consumo de carbono y a eliminar los subsidios. Esto requiere una mayor participación y comunicación de expertos en comercio, tributaristas, ambientalistas y, sobre todo, abogados.

La inversión constituye un efecto indirecto en la transición de las economías hacia una economía ecológica, ya que cuanto mayor sea el incentivo para aplicar estas medidas a nivel global, mayor será la confianza y seguridad que inspirará en la inversión en industrias ecológicas a nivel nacional.

El trabajo conjunto a nivel nacional e internacional será fundamental en relación con la reforma tributaria, los incentivos para la utilización de energías renovables, la eficiencia energética, la inversión en nuevos medios de transporte y el desarrollo de mercados para servicios ecosistémicos.

En la actualidad, países como China, Alemania, Japón, Estados Unidos, República de Corea y el Reino Unido, entre otros, han aprovechado la oportunidad que brinda la crisis financiera mundial para ecologizar sus economías principalmente mediante la inversión en infraestructura ecológica y la reducción de la emisión de carbono.

El Consejo de Administración / Foro Ministerial Global sobre el Medio Ambiente (GMEF, por sus siglas en inglés) del UNEP es un reconocido foro de políticas de medio ambiente que reúne a ministros en la materia de varios países para reevaluar importantes y recientes cuestiones relativas a políticas ambientales.

Es importante determinar cómo crear las condiciones necesarias para que el mercado se dirija hacia una agricultura sustentable, la eficiencia energética y la transición hacia la utilización de energías renovables. Estos cambios no pueden producirse por sí solos. Los regímenes jurídicos y los de gobierno, a nivel nacional y global, deben fomentar el esfuerzo y la inversión en esta dirección.

El buen Derecho requiere de una buena ciencia, que a su vez requiere de una buena economía. Es por ello que el UNEP ha apoyado el trabajo vinculado a la economía de los ecosistemas y la biodiversidad, y ha lanzado la Iniciativa de Economía Ecológica. Este trabajo proporciona la plataforma necesaria para encontrar respuestas regulatorias fundadas.

No obstante, la falta de coherencia en el sistema se advierte considerablemente a nivel nacional. Esto demuestra la necesidad de preguntarse si el sistema de Gobernanza Ambiental Internacional realmente ayuda a los países a resolver los desafíos para lograr un desarrollo sustentable y a capitalizar las oportunidades emergentes o si, en realidad, obstaculiza dichos esfuerzos.

Esto plantea la cuestión de cómo sería un sistema receptivo de Gobernanza Medioambiental Internacional. Antes del establecimiento del UNEP se habían realizado numerosos modelos para fortalecer la Gobernanza Medioambiental Internacional, ya sea mediante una organización ambiental mundial, una organización ambiental de las Naciones Unidas, una organización ambiental internacional, una organización o institución “paraguas” integrada por el UNEP, el Fondo Mundial para el Medio Ambiente (GEF, por sus siglas en

inglés), y secretarías de acuerdos ambientales multilaterales; o mediante la mejora del UNEP a través del fortalecimiento del Consejo de Administración / Foro Ministerial Global sobre el Medio Ambiente y del Grupo de Gestión Ambiental.

No obstante, luego de varias décadas de debate improductivo, se está logrando un nuevo impulso para abordar la Gobernanza Medioambiental Internacional, a fin de proporcionar respuestas coherentes y actuales a los múltiples desafíos ambientales y de desarrollo, y para capitalizar las oportunidades emergentes. El mundo está cambiando y por ello es necesario reformar la mencionada Gobernanza Medioambiental Internacional fin de que pueda adaptarse a este contexto cambiante.

Luego de décadas de debate, es de esperar que este proceso contribuya a la aparición de un pensamiento innovador que oriente a nuestra arquitectura ambiental internacional a respaldar una transición hacia una economía ecológica.

**STEINER, Achim**, “Focusing on the Good or the Bad: What Can International Environmental Law Do to Accelerate the Transition Towards a Green Economy?”, en *American University International Law Review*, Washington, D.C., American University, Washington College of Law, 2010, vol. 25, N° 5, pp. 843/875.

< \* >

**DERECHO AMBIENTAL.** JUSTICIA AMBIENTAL. CONCEPTO. DESARROLLO SUSTENTABLE. **DERECHO A LA IGUALDAD.** JUSTICIA SOCIAL. DESIGUALDADES AMBIENTALES. CORRELACIÓN ENTRE EL ACCESO A LOS BIENES AMBIENTALES Y EL NIVEL DE INGRESO (REINO UNIDO).

### 1. *Justicia ambiental: contexto histórico y actualidad*

Históricamente, la noción de justicia ambiental surgió en las regiones más apartadas del sur de los Estados Unidos durante las décadas de 1960 y 1970, época en que las políticas de segregación racial contribuían a que descollaran las políticas injustas y la cultura de un racismo profundamente enraizado. Tras la exitosa campaña a favor de la *Civil Rights Act* de 1964 (Ley de Derechos Civiles) y la *Voting Rights Act* de 1965 (Ley del Derecho al Sufragio), las comunidades afroamericanas comenzaron a dirigir su atención hacia otras áreas donde aún prevalecía la discriminación. Estas incluían la problemática del “medio ambiente”, en virtud de que algunas comunidades sentían que no se estaba haciendo justicia con ellas cuando se trataba del derecho al goce de los beneficios de un medio ambiente limpio y saludable. Esto, a su vez, condujo a la realización de varios estudios que indicaron la existencia de una correlación entre comunidades minoritarias y daños al medio ambiente.

En 1991, de la histórica cumbre a nivel nacional [de liderazgo ambiental] para personas de color, que tuvo lugar en Washington, D.C., surgieron los 17 Principios de Justicia Ambiental, en los que se abordaban una amplia variedad de cuestiones consideradas relevantes para esta rama jurídica. Pero la justicia ambiental recién obtuvo un reconocimiento significativo a nivel nacional en 1994, cuando el presidente Clinton firmó una orden ejecutiva sobre justicia ambiental en la que se exhortaba a los organismos federales a incluir entre sus políticas esta problemática. Esta orden, sin embargo, no ofrecía ninguna definición de justicia ambiental, dejando así a

la Agencia de Protección Ambiental norteamericana (EPA, por sus siglas en inglés) que la definiera como “el trato justo y la participación significativa de todas las personas sin importar la raza, el color, el origen nacional ni los ingresos con respecto al desarrollo, el establecimiento y la aplicación de las leyes, los reglamentos y las políticas ambientales. Trato justo significa que ningún grupo de personas, incluyendo los grupos raciales, étnicos o socioeconómicos, deben cargar con una parte desproporcionada de las consecuencias ambientales negativas causadas por operaciones industriales, municipales y comerciales o por la ejecución de programas y políticas ambientales federales, estatales, locales y tribales. Participación significativa significa que: (1) los residentes de una comunidad posiblemente afectada tienen la oportunidad adecuada para participar en las decisiones sobre alguna actividad propuesta que afectará su medio ambiente o su salud; (2) la contribución del público puede influenciar la decisión de la agencia reguladora; (3) las inquietudes de todos los participantes involucrados se tomarán en cuenta en el proceso de la toma de decisiones; y (4) las personas que toman las decisiones buscan y facilitan la participación de aquellos que probablemente resulten afectados”.

Algunos críticos de esta definición consideraron exageradas las connotaciones y alegaciones raciales, así como demasiado amplias algunas de las definiciones adoptadas por el movimiento de justicia ambiental, que hacían de la mayor parte de las medidas que afectaban a las minorías un acto de racismo. A estas acusaciones se ha respondido afirmando que la injusticia ambiental era el resultado de múltiples factores y que el emplazamiento inicial de plantas [en determinados sectores] no había sido motivado por consideraciones raciales.

Se sostuvo asimismo que la mera exposición a una planta no necesariamente suponía que existiera una relación de causalidad con determinados perjuicios específicos. De la misma manera, críticos del argumento en defensa de la justicia ambiental afirmaron que la instalación de plantas como las controvertidas con frecuencia acarrea beneficios en forma de empleos, una base tributaria e incentivos para la economía local en general.

Casi paralelamente al desarrollo de la justicia ambiental en los Estados Unidos, aparecieron debates en torno a esta temática también en otros países, entre ellos, Sudáfrica, donde décadas de segregación racial promovieron que se generara una situación en la que los africanos vivían en condiciones medioambientales significativamente peores que aquellas en las que residía la población minoritaria blanca sudafricana. Tras la caída del *Apartheid*, en la década de 1990, la justicia ambiental surgió como una herramienta de campaña política, y el consiguiente aumento de conciencia en torno a la problemática del medio ambiente dio impulso a la realización de una gran cantidad de actividades populares dirigidas al tratamiento de este tema.

A pesar de las críticas y de los fuertes debates existentes sobre el concepto de justicia ambiental, lo cierto es que puede considerarse que ella supone una demanda de justicia procesal y distributiva. Los activistas medioambientales también han formulado sus demandas de justicia en términos de “reconocimiento”, enfoque que pretende alcanzar el reconocimiento de las poblaciones minoritarias y de las condiciones sociales subyacentes en las que viven, en forma paralela a las políticas más tradicionales de justicia procesal y distributiva.

Enfoques más recientes ponen énfasis en cierto vínculo de la justicia ambiental con los beneficios y mejoras al medio ambiente, llevando los debates sobre esta temática más allá de las discusiones que versan únicamente sobre la distribución de daños. Así, un número cada vez mayor de grupos ambientalistas a nivel local han comenzado a invocar el derecho a la igualdad de acceso a los beneficios (o también llamados bienes) ambientales, que incluyen

espacios verdes, alimentos sanos, energía limpia, empleos verdes, salud y vivienda. Por otra parte, muchos activistas consideran a la justicia ambiental como una rama dentro del contexto más amplio de sustentabilidad y mejora del medio ambiente vinculada con problemas tales como el consumo energético, el transporte y la generación de residuos. Adicionalmente, el concepto de justicia ambiental se está aplicando cada vez más en contextos de género y minoridad, tanto a nivel local como global. Por último, esta expresión se asocia cada vez con mayor frecuencia con la noción de justicia ecológica, según la cual el medio ambiente y los seres carentes de humanidad también son considerados parte de la ecuación de la justicia, en evidente contraposición con las teorías liberales tradicionales.

Puede inferirse así de este breve análisis sobre el origen de la justicia ambiental que se trata de un concepto multifacético que pretende abarcar complejas problemáticas que incumben tanto cuestiones ambientales como demográficas, étnicas, sociales, epidemiológicas y jurídicas. Más aún, se trata de un concepto en constante desarrollo, cuyo ámbito se encuentra en continua expansión.

## *2. La interpretación de la justicia ambiental en el Reino Unido: datos estadísticos*

Los primeros llamados a la justicia ambiental en el Reino Unido tuvieron lugar en 1999, cuando la organización Amigos de la Tierra (FoE, por sus siglas en inglés) publicó el primer trabajo de investigación pormenorizado sobre justicia ambiental, que señaló la existencia de una correlación entre los ingresos de un hogar y la proximidad a plantas industriales amparadas por el régimen de control integrado de la contaminación (IPC, por sus siglas en inglés) en Inglaterra y Gales. El estudio indicó que en las zonas más carenciadas había más emplazamientos de los previstos sobre la base de su población, mientras que en la mayor parte de las áreas más acomodadas se encontraban menos plantas de lo que sugeriría una distribución “aleatoria”.

A partir de estos resultados, se llevaron a cabo otras investigaciones sobre el nexo entre la situación de privación socioeconómica y la exposición a determinados daños ambientales. En un estudio realizado en 2003 por la Agencia del Medio Ambiente del Reino Unido, se afirmó que había pruebas concluyentes de una desigualdad social en la distribución de plantas en Inglaterra, mientras que en Gales la distribución de instalaciones industriales revelaba guardar una escasa relación con la pobreza. En cuanto a Escocia, un estudio de 2005 que analizaba el vínculo entre condiciones de vida carenciadas y la proximidad a emplazamientos regulados por la normativa de prevención y control de la contaminación industrial (IPPC, por sus siglas en inglés) determinó que del grupo poblacional más carenciado, 98.560 personas vivían en un radio de un kilómetro de distancia de una instalación, mientras que entre la población menos carenciada, lo hacían 28.137 personas.

Además del problema de la contaminación industrial, las investigaciones han señalado la existencia de una conexión entre la situación de privación socioeconómica y una baja calidad del aire. En un estudio de 2001 realizado sobre cuatro zonas urbanas se descubrieron concentraciones más altas de dióxido de nitrógeno (NO<sub>2</sub>) y partículas en suspensión en zonas carenciadas del Gran Londres, la ciudad de Birmingham y el Gran Belfast. Un estudio de Birmingham de 2002 reveló una notable relación entre las emisiones presentadas y los indicadores de pobreza y etnicidad, indicando el nivel de incremento de la exposición a monóxido de carbono (CO) y a dióxido de nitrógeno de los grupos poblacionales menos carenciados a los más carenciados. Otro estudio de 2003 halló una clara relación lineal

positiva entre estado de privación y nivel de contaminación, al revelar que en el 10 por ciento de los sectores más pobres se registró una concentración anual media de NO<sub>2</sub> un 17% mayor que la media nacional. En Escocia, un estudio similar reveló que la situación era semejante a la de Inglaterra, en virtud de que “el decil más pobre registra la peor calidad de aire de todos los deciles estimada para cuatro de cinco agentes contaminantes”. En Gales, sin embargo, un estudio demostró que las concentraciones de agentes contaminantes eran “más altas en los sectores *menos* carenciados”.

Otros estudios han analizado la correlación entre la proximidad a rellenos sanitarios y la pobreza. Un informe de 2001 señaló que las zonas ubicadas dentro de un radio de dos kilómetros de distancia de un relleno sanitario solían ser más carenciadas que aquellas que se ubicaban fuera de ese perímetro. No obstante, un estudio de 2004 que clasificó la información según áreas urbanas y rurales indicó que en las zonas “totalmente urbanizadas”, los sectores poblacionales menos carenciados eran los más expuestos a rellenos sanitarios, mientras que en los asentamientos “totalmente rurales” eran los sectores más carenciados los que sufrían la mayor exposición.

En lo que concierne a las inundaciones, las pruebas de que exista una situación de injusticia ambiental son menos evidentes. Un estudio reveló que la correlación entre la exposición a inundaciones y la pobreza era variable dependiendo de si las inundaciones eran fluviales o por mareas. Allí se advirtió que los asentamientos poblacionales en planicies aluviales fluviales indicaban una débil tendencia en Inglaterra entre los deciles más acomodados, pero cuando se trataba de planicies aluviales originadas por mareas, existía una clara relación con la pobreza, con una disminución más marcada entre los deciles menos carenciados.

Otras áreas objeto de investigación empírica relacionada con la justicia ambiental incluyen la ausencia de espacios verdes, la gran cantidad de niños peatones provenientes de hogares pobres que resultan muertos o heridos en accidentes de tránsito, y la exposición a una baja calidad de aguas fluviales. En lo que hace a la falta de espacios verdes, un estudio de 2005 realizado en Glasgow reveló que los sectores más carenciados vivían en lugares con una mayor proximidad a espacios verdes. Estos resultados, sin embargo, variaban cuando se consideraba la distancia a áreas boscosas, casos en los que se hallaba una menor probabilidad de que los grupos poblacionales más carenciados vivieran en la proximidad de un bosque. El número de niños de hogares pobres que resultan heridos o muertos en accidentes de tránsito también se ha considerado como un hecho relacionado con la injusticia ambiental, vinculado con el problema de la falta de seguridad en los espacios de juego para los niños en las zonas urbanas. Por otra parte, se encontró asimismo cierta correlación al tratarse el tema de la proximidad a áreas con riesgo de exposición a una baja calidad de agua, la cual, en algunas instancias, indicó una mayor distribución en sectores más carenciados.

Otro punto de discusión es el interrogante acerca si algunas instalaciones acarrear con su emplazamiento algún beneficio, por ejemplo, si generan empleos para la población local y una base tributaria para las autoridades municipales. Estas cuestiones no parecen haber formado parte de los debates en torno a la justicia ambiental en el Reino Unido, teniendo en consideración la restringida libertad de elección con la que cuentan las poblaciones afectadas cuando se trata de trasladarse a otro lugar.

### 3. Respuestas a las demandas de justicia ambiental

En 1999, después de realizadas algunas de las primeras investigaciones sobre justicia ambiental, Amigos de la Tierra Escocia lanzó una campaña dirigida a poner en evidencia las desigualdades que se percibían en relación con los altos niveles de pobreza en Escocia en comparación con otras partes del Reino Unido, entre otros aspectos.

Paralelamente al movimiento de campaña en esa región, varias organizaciones civiles y ONG de Inglaterra y Gales están enfocadas actualmente en la problemática de la justicia ambiental. Entre ellas, se incluyen Amigos de la Tierra Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, *Capacity*, la red *Black Environmental Network* (BEN), la *Women's Environmental Network* (WEN) y la organización *London Sustainability Exchange*.

Así, un grupo importante de organizaciones y ONG defensoras de la justicia social y medioambiental han incorporado a la justicia ambiental como un concepto central en sus actividades y movilizaciones de campaña. En esta labor, han seguido el ejemplo norteamericano, aunque intentando aplicar la noción de justicia ambiental a lo que perciben como problemas específicos del Reino Unido. Esto se refleja, por ejemplo, en el recurso a los argumentos de la justicia ambiental para el tratamiento del problema de la pobreza energética. De la misma manera, los mismos argumentos se utilizan en el contexto de necesidades especiales para las personas con discapacidad, marco este en el que se sostiene, por ejemplo, la necesidad de implementar mejoras ante la falta de acceso a determinados servicios e instalaciones para las personas discapacitadas.

En este punto, cabe advertir el hecho de que, a diferencia de los Estados Unidos, en el Reino Unido las cuestiones de raza y etnicidad han jugado un papel menor en el desarrollo del concepto de justicia ambiental. Existe, no obstante, una excepción, a saber, en lo que hace al acceso de las minorías étnicas a las zonas rurales. Se sostiene que predomina cierta “indiferencia a la diferencia” en el movimiento ambientalista del Reino Unido, que de hecho conduce a la exclusión de las minorías étnicas de la campaña británica. Tal como fue el caso de los Estados Unidos y Sudáfrica, críticos afirman que la labor de los activistas medioambientales del Reino Unido persigue la protección del medio ambiente sin ninguna consideración hacia la igualdad humana. Un estudio no publicado que fuera encargado por FoE indica que el movimiento ambientalista convencional opera siguiendo “una definición acotada de ‘medio ambiente’, definida por personas blancas de clase media”, y concluye que “los individuos pertenecientes a las minorías étnicas están insuficientemente representados en el movimiento ambientalista en su conjunto”. Sin embargo, cabe considerar que las acusaciones de racismo ambiental en los Estados Unidos y Sudáfrica tuvieron lugar en un contexto donde una abierta discriminación institucional y sistemática fue la norma durante un prolongado período de tiempo, lo que no parece haber ocurrido en el movimiento ambientalista del Reino Unido.

A nivel gubernamental y oficial, el enfoque de la problemática de la justicia ambiental pareciera intentar ponerse en un pie de igualdad con las numerosas iniciativas provenientes de las ONG. En Escocia, el primer reconocimiento oficial del problema fue el discurso pronunciado en 2002 por el entonces Primer Ministro Jack McConnell. Sin embargo, en Inglaterra las autoridades aparentemente se adelantaron en su reconocimiento de la problemática cuando, en el año 2000, la Agencia del Medio Ambiente organizó debates sobre igualdad ambiental. El entonces presidente de la entidad, Sir John Harman, admitió que “una pequeña proporción de la población suele pagar la mayor parte del costo de

producción en términos de contaminación. Es una realidad que el acceso a los beneficios ambientales depende sustancialmente del nivel de ingreso”.

Probablemente el reconocimiento más elocuente que se haya hecho en torno a la justicia ambiental por parte de las autoridades en el Reino Unido se refleja en la manera como el gobierno y las administraciones descentralizadas han abordado el tema del desarrollo sustentable. En este contexto, generalmente se considera a la justicia ambiental como parte integrante del desarrollo sustentable, vínculo este que encuentra su principal fundamento en la definición originaria de desarrollo sustentable elaborada por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (WCED, por sus siglas en inglés) de 1987, la cual combina tres elementos: crecimiento económico, igualdad social y protección del medio ambiente. Por lo tanto, la justicia ambiental bien puede considerarse como aquella área dentro del ámbito del desarrollo sustentable que pone énfasis en la igualdad y equidad social. Este nexo entre la justicia ambiental y el desarrollo sustentable es mucho más acentuado en el contexto escocés, donde la influencia de algunas ONG ambientalistas sobre las administraciones anteriores contribuyó a crear una fuerte conciencia en relación con la justicia ambiental.

En 1999, el gobierno británico publicó una estrategia a nivel nacional para fomentar el desarrollo sustentable en su informe *A Better Quality of Life*, en el que se identificaba como uno de los principales objetivos del programa el “progreso social”, al sostener que “todos deberían participar de los beneficios del aumento de la prosperidad y de un medio ambiente limpio y seguro”. El esquema de desarrollo sustentable planificado para el año 2005, expuesto en *One Future – Different Paths*, coeditado por el gobierno del Reino Unido y sus administraciones descentralizadas, también planteaba como uno de sus objetivos centrales “asegurar una sociedad fuerte, saludable y justa”. Por otra parte, ese mismo año el gobierno publicó su tercera estrategia de desarrollo sustentable en *Securing the Future*, donde reconoció el problema de las desigualdades ambientales. En el marco de las administraciones descentralizadas, la visión de una región sustentable por parte del Gobierno de la Asamblea de Gales indica que un futuro sustentable para Gales estará basado en la justicia social, especialmente procurando asistir a las comunidades desfavorecidas. Por su parte, la estrategia de desarrollo sustentable formulada para Irlanda del Norte observa que una sociedad verdaderamente sostenible debe defender la justicia ambiental.

Sin embargo, aun cuando estas estrategias resultan –en el mejor de los casos– poco claras en cuanto a su implementación y carecen de iniciativas concretas, ellas describen los objetivos centrales de la política gubernamental, al indicar cómo el gobierno del Reino Unido y sus administraciones descentralizadas se proponen tratar el problema de la injusticia ambiental. No obstante, la fusión de los objetivos relacionados con las medidas dirigidas a tratar la problemática de la justicia ambiental, por un lado, con aquellos vinculados con las políticas de desarrollo sustentable, por el otro, no ha dejado de ser objeto de críticas. Por ejemplo, Amigos de la Tierra Escocia criticó al Poder Ejecutivo escocés por “incluir clandestinamente” la justicia ambiental entre sus asuntos a tratar “con escasas demandas, cuando ninguna, en cuanto a la modificación de objetivos, prioridades y esquemas de presupuesto”.

Así, aunque el gobierno del Reino Unido y sus administraciones autónomas estén introduciendo en sus políticas a la justicia ambiental como concepto, sin duda lo están haciendo de una manera imprecisa e informal. Esto se ve reflejado, por ejemplo, en un estudio realizado en Escocia en el que se investigó el uso de la expresión “justicia ambiental” en el Parlamento escocés, el cual indicó que era utilizada en una amplia variedad de acepciones, que incluían la

utilización de cultivos genéticamente modificados, lodos residuales, tribunales ambientales, cambio climático, construcciones específicas de carreteras en Glasgow, pruebas de armas de uranio empobrecido en Dundrennan, la Política Agrícola Común de la Unión Europea y los lugares públicos libres de humo.

Esta investigación, por otra parte, ha puesto de relieve el hecho de que el problema de la justicia ambiental tiene diferentes connotaciones en todo el Reino Unido. En Inglaterra y Gales, donde se llevaron a cabo la mayoría de los estudios empíricos relacionados con esta problemática, la justicia ambiental tiene numerosas implicaciones, que abarcan desde el acceso de las minorías étnicas a las zonas rurales y la implementación de la Convención de Aarhus, hasta la correlación entre el nivel de ingreso y la proximidad a zonas contaminadas. En Escocia, se ha colocado a la justicia ambiental dentro de un contexto de históricas injusticias asociadas con la propiedad de la tierra y el régimen feudal de tenencia de esa región. Por su parte, en Irlanda del Norte, este problema ha recibido muy poca atención en comparación con el resto del Reino Unido. A pesar del reconocimiento de la existencia de desigualdad social en esa región, los proyectos políticos destinados al tratamiento de esta cuestión aún no han sido vinculados con la problemática ambiental en la misma medida que en Inglaterra, Gales y Escocia. Probablemente una de las razones de esta diferencia en la importancia otorgada al problema de la justicia ambiental a lo largo de todo el territorio del Reino Unido sea el relativo nivel de presencia de la comunidad ambientalista que forman las ONG, el cual es particularmente marcado en Inglaterra, Gales y Escocia. Otro factor es el hecho de que, durante muchos años, los problemas ambientales han jugado un papel relativamente menor en la política irlandesa debido al llamado Conflicto de Irlanda del Norte (*the Troubles*).

A la luz de estas circunstancias, los críticos podrían afirmar que esta diferencia de enfoque, en el mejor de los casos, hace de la justicia ambiental un concepto demasiado amplio, a la vez que, en el peor de los casos, la torna absolutamente inaplicable, ya que prácticamente cualquier mal social puede encajar en su descripción.

Por otro lado, el amplio alcance de la justicia ambiental como concepto quizás no solo sea inevitable, sino deseable. En parte, es de esperar la utilización de una cierta terminología imprecisa y poco clara a la hora de intentar fusionar los proyectos políticos en torno a las mejoras al medio ambiente y a la justicia social. Asimismo, sencillamente puede otorgar flexibilidad, lo que nos permite abordar una serie de injusticias aparentes que tal vez de otra manera serían difíciles de conceptualizar. Si bien esto es relativamente cierto, no debería perderse de vista que debe haber límites: un enfoque demasiado amplio simplemente torna al concepto impracticable. Sin duda, la solidez del argumento en defensa de la justicia ambiental radica en su aplicación específica en contextos concretos.

Al mismo tiempo, las diferencias en la terminología utilizada entre los diferentes organismos añade más oscuridad al ya turbio panorama. Por ejemplo, la Agencia del Medio Ambiente del Reino Unido parece inclinarse más por el término “igualdad ambiental” en sus investigaciones e informes. En este sentido, puede trazarse un paralelismo con las primeras respuestas a la problemática en los Estados Unidos, donde EPA prefirió la expresión “equidad ambiental” a la más divisiva frase “racismo ambiental”. El enfoque dado en Escocia, sin embargo, trata la cuestión en todos los casos como “injusticia ambiental”. Nuevamente, cabe aquí recordar la crítica recaída sobre las autoridades norteamericanas por no mantener una

clara visión o proyecto de con qué terminos abordar el tema de la injusticia ambiental: la falta de claridad afecta directamente la eficacia de cualquier medida gubernamental dirigida al tratamiento de las injusticias ambientales.

Como consecuencia del carácter impreciso de la noción de justicia ambiental, cabe recordar que cualquier teoría o concepción sobre este tema debe ser realista a fin de que no se torne absolutamente utópica. Si la idea de justicia ambiental continúa siendo tan amplia, imprecisa y universal, se corre el riesgo de que pierda su relevancia práctica como concepto normativo, lo que sería lamentable a la luz de un enfoque igualitario.

Como resultado, la forma en la que se aplica e interpreta la justicia ambiental como concepto varía según las diferentes administraciones y regiones del Reino Unido.

#### 4. *El futuro de la justicia ambiental y la función del derecho*

En un intento por responder al interrogante de qué función puede cumplir el derecho a la hora de abordar el problema de las injusticias ambientales, cabe observar qué respuestas se han dado a esta problemática en los Estados Unidos desde el ámbito jurídico. En los tribunales norteamericanos, las demandas de injusticia ambiental, en general, han resultado infructuosas, dada la dificultad de los demandantes para probar la existencia de intención vinculada con la discriminación racial. Asimismo, la ausencia de legitimación activa individual ha demostrado ser un grave escollo para las comunidades minoritarias.

A primera vista, la respuesta al interrogante en cuestión parecería depender de qué definición de justicia ambiental tiene mayor aceptación. Si los activistas medioambientales prefieren una definición que comprenda la noción de justicia ecológica, es evidente que el derecho tiene sus límites: tales definiciones que implican la idea de responsabilidad hacia la naturaleza han demostrado ser difíciles de implementar en contextos jurídicos. Por otro lado, cuando los defensores de la justicia ambiental se inclinan por un enfoque más radical que favorece la redistribución, puede aparecer un argumento a favor del empleo de sistemas impositivos y de regulación como una forma de lograr una distribución más equitativa. De la misma manera, cuando los medioambientalistas persiguen la reparación por presuntos daños y perjuicios o actos ilícitos, puede haber una función para el derecho en el litigio.

Al observar las reformas implementadas en el derecho británico en nombre de la justicia ambiental, resulta pertinente señalar ciertas iniciativas. Por ejemplo, se ha puesto especial énfasis en lo que podemos denominar el aspecto procesal de la justicia ambiental, a través de la promulgación de la Ley de Libertad de Información, en general, y la Ley de Acceso a la Información Ambiental, en particular. Tales iniciativas resultan significativas desde el punto de vista de la justicia ambiental en la medida en que procuran garantizar la participación de todos los grupos sociales. Si bien estos proyectos han tenido su origen principalmente en el derecho comunitario e internacional, en la actualidad existe legislación específica en el Reino Unido que permite a cualquier individuo el acceso a información ambiental en poder de organismos públicos. Tales propuestas pueden en cierta medida allanar el camino hacia la justicia ambiental.

Otro aspecto procesal relevante que ha sido objeto de atención en el marco de la justicia ambiental es el del acceso a la justicia, relacionado principalmente con las costas judiciales, que siempre han sido altas en el Reino Unido. En este sentido, es válido el comentario que el juez Sir Robert Carnwarth ha hecho al respecto: “litigar en los tribunales

es prohibitivamente costoso para la mayoría, a menos que sean lo suficientemente pobres como para que se les permita acceder a asistencia jurídica [gratuita], o lo suficientemente ricos como para poder asumir el compromiso incondicional de afrontar gastos por importes de decenas o cientos de miles de libras”. Consecuentemente, el Informe Sullivan elaborado por el Grupo de Trabajo sobre el Acceso a la Justicia Ambiental reveló que la legislación actual sobre costas judiciales en Inglaterra y Gales no se ajusta a lo contemplado por el art. 9.4 de la Convención de Aarhus, el cual exige que los recursos judiciales deben ser “objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo”. Coincidentemente, un estudio empírico reciente sobre el control de constitucionalidad en sentencias en materia de derecho ambiental destaca que muchas impugnaciones válidas nunca llegan a los tribunales como resultado de las altas costas judiciales. Los autores de esta investigación sostienen de manera concluyente que “el Reino Unido está obligado a considerar seriamente una reforma de los regímenes de costas judiciales, teniendo en cuenta que, en este proceso, las reflexiones acerca de la justicia ambiental juegan un papel esencial”.

A pesar de estos inconvenientes, varios casos en esta materia han llegado a los tribunales. Sin embargo, tal como se señaló anteriormente con referencia a los Estados Unidos, las definiciones de justicia ambiental contempladas en las leyes con frecuencia son poco claras, por lo que tienen una escasa incidencia en la realidad de los hechos.

Esto no significa que las acciones en materia de justicia ambiental deberían desalentarse por completo. En lugar de formular las eventuales demandas en términos de “justicia ambiental”, los peticionantes podrían estar en una situación más ventajosa si recurren a lo que podemos denominar “vías contingentes”, que pueden interpretarse como acciones tradicionales por daños de carácter privado o público fundadas en derechos reales o en legislación de derecho público, administrativo o de derechos humanos. Esto podría resultar relevante, por ejemplo, en el caso de un demandante (o un grupo de demandantes) que considere una determinada actividad contaminante como una injerencia desproporcionada en el goce de su propiedad. No obstante, la condición de que se verifique un uso no razonable de la propiedad puede, en los casos de injusticia ambiental, representar un obstáculo para los eventuales accionantes. Uno de los factores determinantes de si el uso de la propiedad del demandado es abusivo es el principio de aplicación de los estándares de la localidad (*locality rule*), el cual estipula que el daño debe ser evaluado según el lugar y el tipo de medio ambiente en el que ocurre. En el caso *Murdoch & Murdoch v. Glacier Metal Co. Ltd.* (1998), el alegato de los demandantes según el cual el ruido proveniente de una fábrica cercana superaba los niveles de ruido establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) fue desestimado en virtud de las características del lugar donde residían, situado cerca de una autopista ruidosa. Por lo tanto, un grupo de accionantes que pretendan demandar ciertas actividades contaminantes que tienen lugar en su comunidad local quizás solo hallen como respuesta el ser forzados a aceptar niveles de contaminación aún más altos en vista de que el medio ambiente de su entorno ya se encuentra contaminado.

Por otro lado, el fallo en *Corby Group Litigation v. Corby District Council* (2009) puede proporcionar motivos de optimismo a los activistas medioambientales que funden sus demandas en daños al interés público. En ese caso, los peticionantes afirmaron que las malformaciones congénitas que padecían eran el resultado de una mala gestión por parte de la municipalidad en la manera en que abordó el problema de la recuperación de tierras anteriormente en poder de la empresa British Steel. Al observar que la tasa de malformaciones congénitas en Corby era significativa en términos estadísticos y que la contaminación presente en los lugares pertinentes

de dicho municipio industrial donde la municipalidad estaba desplegando sus actividades podía ser la causa de tales anomalías, el juez Akenhead halló a la municipalidad responsable por daños al interés público, negligencia debida al incumplimiento del deber de asistencia y protección, así como también por incumplimiento de una obligación estatutaria (relativa al deber de diligencia en relación con el tratamiento de residuos, contemplado en el art. 34 de la Ley de Protección del Medio Ambiente de 1990).

Teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales de este caso, cabe observar en relación con la justicia ambiental que el acceso a la justicia es sin duda más fácil de obtener cuando las demandas están fundadas en motivos restringidos a la materia de responsabilidad o ilícitos civiles, antes que en impugnaciones vinculadas con la gestión pública dirigida a la distribución de los recursos. Cuando el objeto de la demanda está relacionado con decisiones de carácter presupuestario o con la asignación de los recursos, como es el caso de muchos planteos de injusticia ambiental formulados en términos generales, y los demandantes no pueden probar la presunción de irracionalidad o ilegitimidad, la sentencia judicial puede no ser el medio de resarcimiento más apropiado. En cierta medida, esto pone de manifiesto los puntos débiles de los aspectos procesales de los recursos en materia de justicia ambiental, a la vez que subraya el carácter vulnerable de la justicia ambiental como concepto. Algunos sostienen que las herramientas procesales no ofrecen lo que un peticionante en una causa de injusticia ambiental considera un resultado sustantivo y justo.

Por otra parte, vale la pena señalar algunos cambios recientes que se han implementado en el Reino Unido en relación con la legislación existente y los planes de acción en materia urbanística. En este sentido, la guía para la planificación del desarrollo sustentable establece que, más allá de contribuir al objetivo del desarrollo sustentable, los planes de desarrollo deberían apuntar a promover aquel tipo de desarrollo que crea comunidades socialmente integradoras y procura reducir la desigualdad social. Asimismo, el plan para la gestión sostenible de los residuos indica que, a la hora de determinar qué lugares han de destinarse al emplazamiento de instalaciones para el tratamiento de los residuos, las autoridades competentes en materia de planificación deberían evaluar la idoneidad de estos sitios sopesando los efectos acumulativos de plantas establecidas con anterioridad, así como también el bienestar de la comunidad. En la elaboración de este tipo de proyectos, las autoridades en la materia deben tener en cuenta políticas nacionales –como las anteriormente ejemplificadas– que incluyan estrategias nacionales y regionales de desarrollo sustentable con particular énfasis en la justicia ambiental; han de realizar una evaluación de sustentabilidad en cada proyecto, el cual abarque, además de determinaciones de carácter ambiental, una evaluación de los impactos socioeconómicos. Si bien estas medidas pueden parecer poco concretas, ellas destacan el hecho de que consideraciones similares a las planteadas en los argumentos en defensa de la justicia ambiental pueden tenerse en cuenta a los efectos de las decisiones políticas en materia urbanística tanto a nivel local como regional. Los tribunales han sentado el criterio de que si bien estos documentos no son necesariamente vinculantes para las autoridades de planificación, estos deberían “observarlos” y solo apartarse de sus lineamientos “si existen razones justificadas” para ello. Más aún, los jueces han afirmado que las obligaciones estatutarias de considerar debidamente entre sus políticas la eliminación de la discriminación racial y el fomento de las buenas relaciones entre los grupos minoritarios, en cumplimiento de la *Race Relations Act* (Ley de Relaciones Raciales) de 1976, no están necesariamente orientadas a la consecución de resultados. En otras palabras, las obligaciones

que les corresponden a estos funcionarios no generan en sí un deber de eliminar la discriminación racial, sino simplemente un deber de considerar debidamente la necesidad de alcanzar tales objetivos.

Otra vía legal significativa para quienes buscan dar una solución a los problemas inherentes a la justicia ambiental podría ser el recurso al derecho de los derechos humanos. La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha desarrollado una extensa jurisprudencia en materia ambiental. Esta jurisprudencia resulta relevante a los fines de la justicia ambiental por varias razones: en primer lugar, las sentencias de la CEDH operan con un grado de ejecución superior cuando el manifiesto incumplimiento de los estándares ambientales a nivel nacional por parte de las autoridades estatales constituye una evidente injusticia; en segundo lugar, la jurisprudencia de la CEDH sobre las garantías procesales puede impulsar posteriores desarrollos tanto a nivel nacional como internacional, facilitando el acceso a la información ambiental, así como también la participación ciudadana en la promoción de la justicia ambiental. En el caso *Öneriyıldız v. Turkey* (2004), la Gran Sala señaló que “el acceso público a información clara e integral es considerado un derecho humano básico”, a la vez que en *Brândușe v. Romania* (2009), la CEDH declaró que la falta de acceso a información ambiental equivalía a una violación del art. 8 [de la Convención], aun cuando el peticionante no hubiera de hecho sufrido ningún efecto perjudicial contra su salud.

Desde una perspectiva propia de la justicia ambiental, resulta también significativo que la CEDH, en ocasión de fallar a favor de accionantes que residían en entornos particularmente perjudiciales, haya fundado sus sentencias en la situación financiera de aquellos. En el caso *Fadeyeva v. Russia* (2005), la CEDH advirtió, en contra de los reclamos del gobierno ruso, que el traslado del demandante era prácticamente inviable en virtud de que ella solo contaba con una exigua pensión estatal, lo que revela que la CEDH efectivamente reconoce que la posibilidad de elección está parcialmente determinada por la capacidad económica.

## 5. Conclusión

Las consideraciones en torno a la justicia están apareciendo cada vez más en la política ambiental, lo que en el Reino Unido se evidencia en la mayor atención que se ha dado a la problemática de la justicia ambiental. A pesar del enfoque originario del concepto vinculado con la igualdad racial, la justicia ambiental ha sido adoptada como desafío en el Reino Unido por organizaciones ambientalistas, grupos populares y gobiernos en igual medida. Sin embargo, el apuro por abordar el problema de la injusticia ambiental ha tenido un alto precio. Los gobiernos, las ONG y los grupos comunitarios han adoptado un enfoque amplio de justicia ambiental, el cual abarca muchas problemáticas a la vez que, simultáneamente, utiliza al concepto bajo diferentes terminologías, lo que representa un problema significativo a la hora de que las autoridades, las ONG y el Reino Unido como sociedad deban abordar los problemas percibidos como injusticias ambientales. Un enfoque impreciso, excesivamente amplio y global virtualmente puede tornar a la justicia ambiental irrelevante en la medida en que puede perder cualquier significado primordial. Al mismo tiempo, las investigaciones que parecen subrayar el hecho de que la justicia ambiental constituye un verdadero problema en el Reino Unido aumentan constantemente; sin embargo, algunos de estos estudios ponen de manifiesto sus propias

deficiencias, resaltando la necesidad de continuar realizando investigaciones en busca de los motivos centrales que subyacen tras las aparentes injusticias. En otras palabras, es necesario obtener pruebas más contundentes a fin de evitar políticas y medidas legales basadas en ideologías o intereses particulares. Entretanto, es evidente que la función del derecho en los esfuerzos por dar una solución a las injusticias aparentes es actualmente incierta, lo que puede cambiar en la medida en que aumente la atención dada a la problemática de la justicia ambiental.

**PEDERSEN, Ole W.**, “Environmental Justice in the UK: Uncertainty, Ambiguity and the Law”, en *Legal Studies*, Oxford, Blackwell, 2011, vol. 31, N° 2, pp. 279/304.

< \* >

# ÍNDICES

*investigaciones*

## ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

**ALEMANIA:** 116.

**AUSTRIA:** 207.

**BÉLGICA:** 126.

**BOLIVIA:** 153.

**CANADÁ:** 87, 200.

**CIADI:** 171.

**COLOMBIA:** 146, 215.

**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE  
DERECHOS HUMANOS:** 138, 153, 157, 164, 175,  
184, 211.

**CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS  
HUMANOS:** 71, 84, 105, 119, 132, 140, 180, 197,  
198, 207.

**DINAMARCA:** 118.

**ECUADOR:** 138.

**EE.UU.:** 148, 190.

**ESPAÑA:** 130, 170.

**FRANCIA:** 98, 167, 197, 205.

**GUATEMALA:** 164.

**INDIA:** 95, 171.

**INTERNACIONAL:** 105, 225.

**IRLANDA:** 71.

**ITALIA:** 76, 132, 191.

**MÉXICO:** 75, 211.

**PAÍSES BAJOS:** 84, 124, 129.

**PANAMÁ:** 175.

**PARAGUAY:** 184.

**PERÚ:** 78, 90, 113, 182.

**REINO UNIDO:** 81, 89, 94, 102, 126, 180, 209, 228.

**RUSIA:** 140.

**TURQUÍA:** 119, 198.

**UNIÓN EUROPEA:** 116, 118, 124, 126, 129, 130.

**URUGUAY:** 157.

## TEMÁTICO

**ABORTO:** 71.

**ADOPCIÓN:** 75.

Homosexuales: 75.

Requisitos: 75.

**ADOPCIÓN INTERNACIONAL:** 76.

Derecho a la igualdad: 76.

Discriminación racial: 76.

Idoneidad de los adoptantes: 76.

Requisitos: 76.

**AMPARO:** 78.

Presupuestos: 78.

Procedencia: 78.

**ARMAS:** 84, 148.

Armas químicas,  
responsabilidad del proveedor: 84.

Derecho a su posesión y portación: 148.

**AUTONOMÍAS REGIONALES:** 170.

Derechos fundamentales y estatutarios: 170.

Organización territorial y gobierno local: 170.

Relaciones de la Generalitat de Cataluña con el Estado y la Unión Europea: 170.

Sistema de fuentes: 170.

Sistema institucional autonómico: 170.

**BIOTECNOLOGÍA:** 129.

Inventiones: 129.

Patente que protege un producto que contiene o consiste en información genética: 129.

**CIADI:** 171.

Alcance: 171.

Atribuciones: 171.

**CONSUMIDORES:** 81.

Productos defectuosos: 81.

Responsabilidad del fabricante: 81.

**CONTRATO DE TRABAJO:** 116, 118.

Despido: 116, 118.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS:** 132.

Medidas provisionales, inobservancia: 132.

**CRÍMENES DE GUERRA:** 84.

Armas químicas,  
responsabilidad del proveedor: 84.

**DEBIDO PROCESO:** 87.

**DEPORTACIÓN:** 209.

Intereses en juego: 209.

**DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN:** 95.

Homicidios de honor: 95.

India, organización social: 95.

**DERECHO A LA EDUCACIÓN:** 89, 90.

Personas con discapacidad: 89.

Responsabilidad del Estado: 89.

Universidades privadas: 90.

**DERECHO A LA IGUALDAD:** 76, 94, 95, 116, 118, 124, 140, 146, 191, 207, 228.

Adopción internacional: 76.

Desigualdades ambientales: 228.

Discriminación con base en la orientación sexual: 94, 140, 207.

Discriminación en razón de la edad: 116, 118.

Discriminación por castas: 95.

Discriminación racial: 76.

Funcionarios públicos: 191.

Homosexuales: 94, 140, 207.

Justicia social: 228.

Medida que reserva el acceso a los *coffee shops* a los residentes holandeses: 124.

Penas sustitutivas de prisión: 146.

**DERECHO A LA INFORMACIÓN:** 182, 198, 200.

Acceso: 182.

Información sobre procesos en trámite: 200.

Órdenes mordaza: 200.

Restricciones: 200.

**DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL:** 153, 157, 164, 175, 184, 211.

Protección a la familia: 164.

**DERECHO A LA INTIMIDAD:** 132.

**DERECHO A LA LIBERTAD:** 87, 153, 157, 164, 175, 180, 211.

**DERECHO A LA VIDA:** 102, 153, 157, 164, 184.

Responsabilidad del Estado: 102, 153, 157, 164, 184.

**DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR**  
v. **DERECHO A LA INTIMIDAD**

**DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA**  
**PERSONALIDAD JURÍDICA:** 153, 157, 164.

**DERECHO AMBIENTAL:** 11, 13, 15, 41, 78, 105, 113, 225, 228.

Contaminación industrial: 105.

Contaminación sonora: 105.

Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado: 78, 113.

Derechos de la naturaleza: 41.

Desarrollo sustentable: 228.

Economía ecológica,  
concepto: 225.

Instalación de antenas de telefonía celular,  
reglamentación: 113.

Justicia ambiental,  
concepto: 228.

Naturaleza, sujeto de derechos: 41.

Protección de bosques nativos: 15.

Salud pública: 78, 105.

**DERECHO COMUNITARIO:** 116, 118, 119, 124, 126, 129, 130.

Biotecnología: 129.

Derecho a la igualdad: 116, 118, 124.

Derechos de autor: 130.

Libertad de asociación: 119.

Libre prestación de servicios: 124.

Marcas y patentes: 126.

Medios de comunicación: 126.

Propiedad industrial: 129.

Propiedad intelectual: 130.

Terrorismo: 119.

**DERECHO DE DEFENSA:** 132, 140, 148, 153, 157, 164, 175, 184, 200, 211.

Derecho a las garantías y protección judiciales:  
153, 157, 164, 175, 184, 211.

Derecho a un juicio justo: 200.

Derecho a un recurso efectivo: 132, 140.

**DERECHO DE PROPIEDAD:** 126, 138, 164, 164.

Expropiación: 138.

**DERECHO DE REUNIÓN:** 140.

Alcances: 140.

Derecho a reunirse en asamblea pacífica: 140.

Reglamentación: 140.

**DERECHO PENAL:** 146.

Penas: 146.

**DERECHOS DE AUTOR:** 130.

Fotocopias, canon por copia privada: 130.

**DERECHOS POLÍTICOS:** 119, 164.

Constitucionalidad: 119.

Obligación de respetar los derechos: 164.

Presupuestos: 119.

Suspensión: 119.

**DERECHOS Y LIBERTADES**

**FUNDAMENTALES:** 148.

**DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:** 153, 157, 164.

Responsabilidad del Estado: 153, 157, 164.

**DESPIDO:** 116, 118.

Negativa a indemnizar cuando existe derecho a percibir una jubilación: 116, 118.

**DETENIDOS:** 167.

Regímenes especiales para el crimen organizado: 167.

**ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA:** 171.

Empresas de servicios públicos, transporte: 171.

Tratado multilateral de inversiones entre

Argentina y Estados Unidos: 171.

**ESTADO NACIONAL:** 170.**ESTUPEFACIENTES:** 124.

Comercialización: 124.

Drogas blandas: 124.

Lucha contra el turismo de la droga: 124.

Orden público: 124.

Salud pública: 124.

**EUTANASIA:** 171.

Asistencia al suicidio: 171.

Definición de muerte: 171.

Legitimación activa para pedir la terminación de los tratamientos médicos que mantienen con vida al paciente: 171.

**EXPROPIACIÓN:** 138.

Determinación del monto de la indemnización: 138.

Plazo razonable: 138.

Supuestos: 138.

**EXTRANJEROS:** 94, 132, 175, 180.

Derecho a la vida privada y familiar: 132, 180.

Derecho de asilo: 94.

Expulsión: 132.

Indocumentados: 175.

Privación de la libertad: 180.

Refugiados: 94.

Sospechosos de actos terroristas: 132.

Torturas y malos tratos: 132.

**FEDERALISMO:** 148, 170.

Autonomías regionales: 170.

Derechos fundamentales propios de la ciudadanía federal y estadual: 148.

Derechos incorporados: 148.

**FILOSOFÍA DEL DERECHO:** 41.

Derechos subjetivos: 41.

Naturaleza, sujeto de derechos: 41.

**FUNCIONARIOS PÚBLICOS:** 191.

Derecho a la igualdad: 191.

Impedimentos para comparecer a audiencias: 191.

Inmunidades: 191.

**HÁBEAS DATA:** 182.

Formalidades: 182.

Reclamo previo: 182.

Requisitos: 182.

**HOMOSEXUALES:** 75, 94, 140, 207.

Adopción: 75.

Derecho a contraer matrimonio: 207.

Derecho a la igualdad: 94, 140.

Discriminación con base en la orientación sexual: 94, 140, 207.

Matrimonio: 75, 207.

**INDÍGENAS:** 184.

Derecho a la vida: 184.

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: 184.

**INMIGRANTES:** 209.

Deportación: 209.

**INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN:** 190.

Actos ilícitos: 190.

Excepciones: 190.

Inmunidad soberana: 190.

**INMUNIDADES:** 191.

Funcionarios públicos: 191.

**JUBILACIONES Y PENSIONES:** 116, 118.

Negativa a indemnizar por despido cuando existe derecho a percibir una jubilación: 116, 118.

**LEY:** 71, 78.

Impugnación vía referéndum: 71.

Inaplicabilidad: 78.

Ley penal,  
retroactividad: 157.

**LIBERTAD DE ASOCIACIÓN:** 119.

Interferencia necesaria en una sociedad democrática: 119.

**LIBERTAD DE CIRCULACIÓN:** 164.

Residencia: 164.

**LIBERTAD DE CULTO:** 205.

Vestimenta burqa,  
prohibición de su uso en lugares públicos: 205.

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 197, 198, 200.

Alcances: 197.

Incitación al odio racial: 197.

Información sobre procesos en trámite: 200.

Órdenes mordaza: 200.

Restricciones: 200.

**LIBERTAD DE PRENSA:** 200.

Información sobre procesos en trámite: 200.

Órdenes mordaza: 200.

Restricciones: 200.

**LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCADERÍAS:** 124.

**LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS:** 124.

**MARCAS Y PATENTES:** 129.

Patente que protege un producto que contiene o consiste en información genética: 129.

**MATRIMONIO:** 75, 207.

Homosexuales: 75, 207.

**MÉDICOS:** 98.

Exámenes prenatales: 98.

Responsabilidad profesional: 98.

**MEDIOS DE COMUNICACIÓN:** 126.

Radiodifusión televisiva: 126.

**MENORES:** 157, 164, 184, 209.

Derecho a la familia: 157.

Derecho a la nacionalidad: 157.

Derecho al nombre: 157.

Derechos del niño: 157, 164, 184.

Interés superior: 209.

**MILITARES:** 102.

Muerte durante operaciones en el extranjero: 102.

**MUJERES:** 205.

Protección: 205.

Vestimenta burqa,  
prohibición de su uso en lugares públicos: 205.

**PARTIDOS POLÍTICOS:** 119.

Reglamentación: 119.

**PENAS:** 146.

Pena de prisión por el pago de una multa: 146.

Sustitución de prisión: 146.

Vigilancia electrónica: 146.

**PERSONAS CON DISCAPACIDAD:** 89, 98.

Derecho a la educación: 89.

**PRESOS:** 211.

Derecho a la integridad personal: 211.

Derecho a la libertad: 211.

Derecho de defensa: 211.

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** 157, 175, 215.

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:** 215.

Alcances: 215.

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** 90, 124.

**PROPIEDAD INDUSTRIAL:** 129.

Patente que protege un producto que contiene o consiste en información genética: 129.

**PROPIEDAD INTELECTUAL:** 130.

Fotocopias,

canon por copia privada: 130.

**PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES:** 182.

**REFUGIADOS:** 94.

Derecho de asilo: 94.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:** 87, 89, 102, 132, 138, 153, 157, 164, 171, 175, 184, 211.

Derecho a la educación de las personas con discapacidad: 89.

Desaparición forzada de personas: 153, 157, 164.

Responsabilidad por la conducción de las relaciones internacionales: 87.

Responsabilidad por la muerte de militares durante operaciones en el extranjero: 102.

Tratado multilateral de inversiones entre Argentina y Estados Unidos: 171.

**RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE:** 81.

Alcances: 81.

Prescripción de la acción de resarcimiento: 81.

Productos defectuosos: 81.

**RESPONSABILIDAD MÉDICA:** 98.

Alcances: 98.

Error médico: 98.

Exámenes prenatales: 98.

Excepciones: 98.

**SALUD:** 78, 98, 113.

Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado: 78, 113.

Instalación de antenas de telefonía celular, reglamentación: 113.

Médicos e instituciones sanitarias: 98.

Responsabilidad profesional: 98.

**SANTA SEDE:** 190.

Planteo de inmunidad de jurisdicción: 190.

**TERRORISMO:** 119, 215.

Actos de colaboración: 119.

Personas desmovilizadas de un grupo armado al margen de la ley: 215.

**TORTURAS Y MALOS TRATOS:** 132.

Extranjeros: 132.

Garantías del Estado de destino: 132.

**TRANSPORTE:** 171.

Distribución de gas: 171.

**UNIVERSIDADES:** 90.

Sanciones impuestas por falta de pago del arancel: 90.

Universidades privadas, aranceles: 90.



Corte Suprema de Justicia de la Nación.  
Instituto de Investigaciones y Referencia Extranjera  
Talcahuano 550, 4to piso, Oficina 4036.  
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina.  
Teléfonos: 4370-4600 (int. 4538 / 4636 /4637)  
E-mail: [investigaciones@csjn.gov.ar](mailto:investigaciones@csjn.gov.ar)