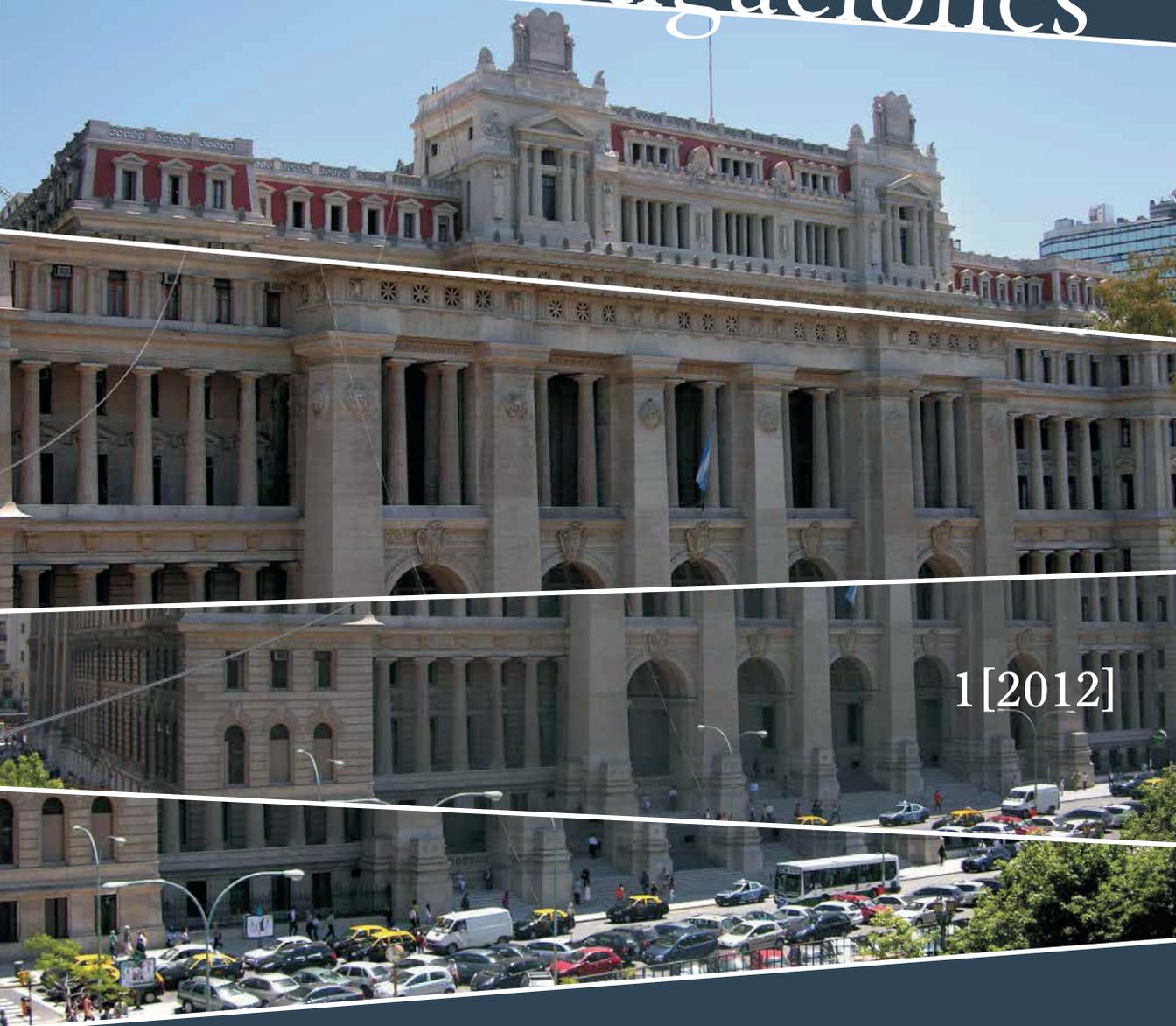


investigaciones



1 [2012]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

investigaciones

Dirección

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

Jefe de Redacción

Dr. Víctor Hugo Accardi

Colaboradores

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

Corrección

Trad. Carolina Mozo Sartorio

Diseño de tapa y fotografía

DG Pablo Molina Almirón

© 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: 5022241
ISSN: 1666-3241

Corte Suprema de Justicia de la Nación
Instituto de Investigaciones y de Referencia Extranjera
Talcahuano 550, 4º piso, Oficina 4036
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina.
Teléfonos: 4370 - 4600 (int4538 / 4636 / 4637)
E-mail: investigaciones@csjn.gov.ar
Sitio Web: www.csjn.gov.ar/ii/investig.html

Investigaciones 1 [2012]

Se terminó de imprimir en el mes de septiembre de 2012
en Altuna Impresores S.R.L., Doblado 1968 (C1424BMN) Buenos Aires, Argentina
altunaimpresores@altunaimpresores.com.ar



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Vicepresidente

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

Ministros

Dr. Carlos S. Fayt

Dr. Enrique S. Petracchi

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Dra. Carmen M. Argibay

SUMARIO
-Buenos Aires, 2012. Año XVI-

Secciones	Páginas
DOSSIER: <i>GÉNERO Y EXPLOTACIÓN SEXUAL</i>	
<i>¿QUÉ PASA CON LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS FACULTADES DE DERECHO?</i> por Carmen M. Argibay	11/12
<i>PROSTITUCIÓN Y EXPLOTACIÓN SEXUAL: LA POLÍTICA CRIMINAL DEL CONTROL DEL CUERPO FEMENINO EN EL CONTEXTO DE LAS MIGRACIONES CONTEMPORÁNEAS (EL CASO DE ESPAÑA)</i> por Agustina Iglesias Skulj	13/25
<i>REFLEXIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL RUBRO 59 DE AVISOS CLASIFICADOS</i> por Diana Maffía y Celeste Moretti	27/35
<i>TRAMAS DE LA PROSTITUCIÓN Y LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL</i> por Marcela V. Rodríguez	37/59
JURISPRUDENCIA	61/249
TEXTOS ESCOGIDOS	251/284
ÍNDICES	285/291

DOSSIER

GÉNERO Y EXPLOTACIÓN SEXUAL

investigaciones

¿QUÉ PASA CON LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS FACULTADES DE DERECHO?

> por Carmen M. Argibay

Voy a comenzar con una pequeña anécdota personal. Pertenezco a una extensa familia en la que las mujeres hemos sido mayoría durante tres generaciones y me eduqué en un colegio de señoritas, así que descubrí la discriminación cuando, con 16 años, inicié mis estudios de derecho. Encontré una facultad de derecho en la que solamente había dos profesoras mujeres y donde las estudiantes mujeres eran una notable minoría. Algunos profesores y algunos estudiantes, varones por supuesto, eran lo bastante insensibles como para decirnos directamente que ese no era un lugar para nosotras, que el lugar de las mujeres era la cocina. ¡Esto sucedía en la segunda mitad del siglo XX! Pocos años después, otro descubrimiento desagradable: como novel empleada del Poder Judicial, había elegido una especialidad que era terreno prohibido: el derecho penal. Pero la Constitución que había leído y aprendido en la Facultad de Derecho era muy clara con respecto a la igualdad. ¿Por qué, entonces, los legisladores discriminaban a las mujeres, que estaban sometidas primero al padre, luego al marido y, a veces, hasta a un hijo? ¿Por qué los jueces eran, en su mayoría, hombres, y las mujeres, aun aquellas a las que se reconocía como buenas abogadas y buenas trabajadoras, no tenían la oportunidad de acceder a cargos de responsabilidad, fuera en lo académico o en lo judicial? ¿Por qué nadie hablaba de eso? ¿Debería haber llegado a la conclusión de que nuestra norma constitucional era solo una expresión de deseos por parte de nuestros ancestros, sin relación alguna con nuestra real vida diaria?

Durante años, como profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, he visto aumentar constantemente el número de profesoras y estudiantes mujeres. En la actualidad, hay más alumnas y se gradúan más mujeres que hombres. Sin embargo, la Dra. Mónica Pinto es la primera decana, nombrada hace poco tiempo; y, por primera vez, ya en el siglo XXI, hay dos mujeres integrando la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pese a ello, seguimos siendo consideradas una minoría y todavía no existe enseñanza específica de perspectiva de género en la currícula de la Facultad de Derecho.

Convenciones internacionales de derechos humanos fueron rápidamente incluidas en los estudios de derecho. No así la CEDAW, ni la Convención de Belém do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, ni la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad; tampoco la trata de mujeres para prostituir las, ni la consideración del status social diferente de las mujeres, que les hace sumamente dificultoso el acceso a la justicia.

Incluso la arquitectura está contra ellas. Traten de encontrar algún edificio judicial donde testigos femeninas puedan aguardar su llamado con sus hijos pequeños, alimentarlos o atender sus necesidades en un ámbito adecuado. Los derechos de las mujeres SON derechos humanos y la perspectiva de género merece ser incluida en los estudios de derecho.

Cuando, en 1992, nosotras fundamos la Asociación Internacional de Mujeres Jueces (IAWJ) y, al año siguiente, la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina (AMJA), nuestros colegas varones nos acusaron de autodiscriminarnos porque ya

éramos socias de la prestigiosa Asociación de Magistrados de la Justicia Nacional y Federal. Pregúnteme cuántas mujeres han sido presidentas de esa prestigiosa asociación: la respuesta es ninguna hasta el día de hoy. Pero nuestra meta no era conseguir una presidencia de cualquier especie: nuestra meta era unir esfuerzos para introducir la perspectiva de género en nuestro trabajo. Seguramente no necesitan que les cuente cuántas bromas y cuántos comentarios despectivos tuvimos que soportar.

En 1997, comenzamos un programa de capacitación judicial que llamamos “Hacia una jurisprudencia de igualdad”, principalmente para la aplicación de la CEDAW en nuestra jurisprudencia nacional al mismo nivel que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que eran obligatorios en nuestros tribunales y que habían sido introducidos en la reforma constitucional de 1994. En los talleres realizados, fue muy claro que aquellos tres eran ya bien conocidos y que los participantes estaban orgullosos de manejarlos. ¿Por qué no la CEDAW? Porque no se enseñaba en la Facultad de Derecho.

Aunque hemos avanzado bastante, la discriminación es todavía visible en nuestra sociedad. Existen muchos empleadores que no contratarían a una mujer porque podría quedar embarazada o podría tener niños pequeños que atender, y la ley les concede licencias o tiempo de trabajo reducido o, insolencia de insolencias, podrían pretender que hubiera una guardería con personal especializado donde dejar a sus bebés en sus lugares de trabajo y estar con ellos durante las pausas de trabajo, e incluso amamantarlos allí.

Echemos una mirada a los grandes estudios jurídicos y tratemos de encontrar cuántas mujeres son asociadas principales; miremos al Poder Judicial, donde el 56% del personal se compone de mujeres, pero cuando miramos los lugares de responsabilidad mayor, como las Cámaras de Apelaciones o los Superiores Tribunales, el número de mujeres entre sus miembros va disminuyendo notablemente.

¿Y las facultades de derecho? Muy bien, gracias. Una conferencia aquí, un seminario por allá, quizás un cursillo sobre discriminación por género, alguna vez un taller, comentarios políticamente correctos sobre la igualdad... nada organizado sistemáticamente como un tema importante lo merece. Muchas mujeres, incluso algunas con educación superior, son incapaces de reconocer la discriminación. He oído a colegas mujeres sostener que no se han sentido discriminadas en su trabajo. Dos segundos más tarde, admiten que debían demostrar todos los días que eran mejores trabajadoras y más dedicadas que sus colegas varones. ¿No discriminadas? ¿Cómo llamaríamos a esta condición de necesitar demostrar no que se es igual, sino que se es mejor?

La perspectiva de género debe ser enseñada a través de todas y cada una de las materias de la facultad, no importa qué tema de derecho específico se esté tratando. El derecho es una gran herramienta para crear una sociedad armónica; el derecho puede ayudarnos a evitar la discriminación y la violencia; el derecho puede y debe poner en vigencia la igualdad que proclama nuestra Constitución.

Enseñar derecho es nuestra responsabilidad como abogados, académicos y jueces, cada cual desde nuestro ámbito. Ojalá advirtamos que una mejor vida para todos reposa en nuestras manos.



PROSTITUCIÓN Y EXPLOTACIÓN SEXUAL: LA POLÍTICA CRIMINAL DEL CONTROL DEL CUERPO FEMENINO EN EL CONTEXTO DE LAS MIGRACIONES CONTEMPORÁNEAS (EL CASO DE ESPAÑA)

> por Agustina Iglesias Skulj
Investigadora postdoctoral
Universidade da Coruña •

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, se han producido muchas investigaciones sobre la transformación del mercado del sexo. Estas transformaciones se expresan en la expansión de su oferta, no solo en términos cuantitativos, sino especialmente cualitativos a partir de los usos masivos de las nuevas tecnologías. Este cambio, denominado en la literatura anglosajona *mainstreaming* de la industria del sexo¹, es necesario analizarlo bajo un cambio de paradigma más amplio: *las transformaciones del trabajo y el nuevo orden productivo*; es decir, del fordismo al postfordismo. Este último puede ser descrito —a grandes rasgos— por el aumento de la presencia de elementos cooperativos, subjetivos, afectivos y lingüísticos en el orden productivo, lo que se ha dado en llamar el trabajo inmaterial. Dentro de este cambio de paradigma, emerge la categoría acuñada por Deleuze y Guattari², *el devenir mujer*, que en esta comunicación dará lugar al *devenir mujer del trabajo*, una perspectiva que resulta de gran utilidad analítica para leer los discursos del feminismo institucional respecto de la prostitución y su plasmación en las políticas, sobre todo en las criminales³.

La importancia del devenir mujer del trabajo como instrumento analítico se debe a que este destaca los elementos afectivos o de cuidados presentes en las formas productivas actuales, que históricamente han estado asociados a roles femeninos y, por lo tanto, reservados al ámbito reproductivo, opuesto al trabajo masculino productivo. Estas formas de trabajo, que hasta ahora se consideraban exclusivas de la vida privada, desde hace unas décadas se convierten en un elemento central en la producción directa

• Este artículo forma parte de la investigación que estoy llevando a cabo en el contexto del Proyecto “Medidas alternativas a la privación de libertad” (Código 10PXIB101082PR), financiado por la Consejería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia.

¹ Brents, B.G. / Sanders, T., “Mainstreaming the Sex Industry: Economic Inclusion and Social Ambivalence”, en Scoular, J. / Sanders, T. (eds.), *Regulation Sex Work: From Crime Control to Neo-Liberalism?*, Wiley-Blackwell, 2010, pp. 40-60.

² En *Mil Mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Pre-textos, 2002, pp. 273-274.

³ En el movimiento feminista post-*operaista* italiano de las décadas de 1980 y 1990, analistas como Judith Revel, Antonella Corsani y Sara Ongara han discutido la feminización del trabajo como marca característica del *devenir mujer*. En particular, Judith Revel nos invita a reflexionar sobre la ontología del ser mujer, donde “mujer” sustraída de la lógica binaria de la identidad significa tanto lo que es como lo que no es. Véase Revel, J., “Biopoder y devenir mujer de la política”, en <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/NH/07bio.pdf>>.

de beneficio⁴. No obstante, este proceso es contradictorio y ambivalente debido a que las llamadas “capacidades femeninas” son absorbidas sin ser remuneradas a través del proceso de producción. Esta tendencia se observa en la expansión de la economía de servicios y, en particular, de la asistencia telefónica, de las tareas de cuidados, el trabajo doméstico, el turismo, la industria del sexo y del entretenimiento, etc.

Asimismo, en un contexto de crisis económica como el actual, hablamos de devenir mujer del trabajo, en lo referente a la administración del trabajo, puesto que las condiciones que caracterizan las actividades desarrolladas tradicionalmente por las mujeres como la vulnerabilidad, la flexibilidad, la disponibilidad permanente, los bajos niveles de salario, etc. se extienden a la mayoría de los sectores profesionales y sociales, aunque continúen afectando especialmente a las mujeres. En resumidas cuentas, el hecho de que en el modelo de producción postfordista se observe un devenir mujer del trabajo implica la generalización de un modelo dúctil, hiperflexible que se beneficia del bagaje de experiencia, que hasta hace no mucho tiempo era considerado como privativo de las mujeres⁵.

Tampoco hay que perder de vista, ya que se configuran como un elemento central del cambio del trabajo, los dispositivos de control de fronteras y las normas que establecen el estatus irregular de las y los migrantes que están siendo diseñados en función del acceso diferencial al mercado de trabajo formal, ya que para el desarrollo del modelo de producción postfordista es imprescindible que el trabajo vivo esté sometido a condiciones de extrema precariedad.

En este sentido, Rubio se refiere a un proletariado feminizado fuera de sus países de origen, que es consecuencia de la feminización de la pobreza y de la feminización de la fuerza de trabajo en condiciones de máxima desigualdad. Sin embargo, como resalta la autora, en este ámbito se están desarrollando nuevas formas de solidaridad transfronteriza y nuevas subjetividades. Esto parece inevitable en un contexto de migraciones autónomas y dependientes de redes familiares, afectivas y de apoyo en las comunidades de referencia⁶.

⁴ Las aspiraciones, deseos e intereses de las mujeres constituyen, en efecto, uno de los motivos principales de la transformación de los modelos de producción en la transición del fordismo al postfordismo. De este modo, la referencia al *devenir mujer del trabajo* no refuerza el aspecto cuantitativo del trabajo, sino su dimensión cualitativa que genera “una subjetividad femenina”. Véase grupo S/ Sconvegno, “A snapshot of precariousness: voices, perspectives, dialogues”, en *Feminist Review*, nº 87, 2007, pp. 104-112. Sin embargo, la expresión “subjetividad femenina” no implica anular la multiplicidad de las mujeres con distintos proyectos vitales, distintas lenguas, costumbres y deseos. En este sentido, la articulación política de la crisis de los cuidados nos afecta a todas las mujeres, seamos migrantes o no, trabajadoras domésticas, investigadoras precarias, telemarketers o trabajadoras sexuales. Estos procesos involucran políticas migratorias, derechos sociales, condiciones laborales, concepciones de familia, afectos, etc. Lo que se propone es posar la mirada sobre estas realidades sin suprimir la diversidad, en aras de resultados estadísticos que permitan el diseño de políticas más eficaces. Luego, ahondaremos un poco más sobre el problema de “las cifras” estratégicas.

⁵ Véase Precarias a la Deriva, *A la deriva (por los circuitos de la precariedad femenina)*, Traficantes de Sueños, 2004, pp. 217-248.

⁶ Rubio, A., “Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política”, en Colección

Los trabajos disponibles para las mujeres migrantes son fundamentalmente el servicio doméstico, las tareas de cuidado o el trabajo sexual. Todos ellos están caracterizados por ser trabajos desregularizados, privatizados, feminizados, a los que solo se puede acceder a través de redes más o menos informales de ayuda. En efecto, la importancia de estas redes de apoyo es reconocida y es un criterio de análisis fundamental para la articulación de la unidad migrante con el postfordismo: a través de ellas fluirán información, recursos y todo tipo de bienes y servicios materiales y no materiales con el fin de que se lleve a cabo la migración. Son estrategias de acceso al trabajo compartidas por la mayor parte de las migraciones femeninas en el marco de las leyes de extranjería. En el caso de las migrantes que se dedican al trabajo sexual, se une a los prejuicios étnicos y de clase que, de por sí, ya tienen por su condición de migrantes la sanción de género por razón de su sexualidad “descontrolada”. Actualmente, a pesar de que más de la mitad de los migrantes son mujeres, se desconocen sus estrategias de supervivencia y se desvalorizan sus proyectos emancipadores, especialmente cuando se orientan al sector del sexo. El discurso feminista de la *agency*, que comienza a imponerse sobre las migraciones laborales femeninas, sigue excluyendo a las trabajadoras sexuales.

Otra utilidad nada desdeñable del concepto de devenir mujer del trabajo reside en que permite analizar las condiciones actuales del tiempo y del trabajo distanciándonos de la normatividad, es decir, del modelo masculino predominante. En este sentido, es una herramienta epistemológica útil para hablar de la situación actual de del trabajo sexual en el contexto de la expansión y complejización de la industria del sexo.

II. ABOLICIONISMO: EL ETERNO RETORNO

En el contexto de la libertad sexual y de la industria del sexo en constante ampliación, los movimientos feministas “radicales” fueron cambiando el discurso moral sobre la prostitución, dando lugar al de la protección de los derechos. Bajo este paradigma, el argumento de los expertos sostiene que la prostitución niega la igualdad, constituye una grave discriminación sexual, promueve el racismo y el sexismo por medio de estereotipos que afianzan la explotación sexual de las mujeres. Estos movimientos consideran que la prostitución siempre es violencia de género. Desde esta perspectiva, la prostitución nunca podría considerarse trabajo sexual, ya que este pone en evidencia la imposibilidad de subordinar la indemnidad de los derechos humanos violados a la instrumentalidad de la decisión individual de dedicarse al trabajo sexual⁷.

Sin embargo, la moralidad no ha desaparecido del todo de estos discursos aunque ahora se hable de derechos humanos. Cuando una cruzada moral es exitosa de acuerdo con su objetivo fundacional, expande su dominio hacia otros problemas que se asocian a su *raison d'être* original. Lo que comenzó en la década de los noventa

Clara Campoamor del Pensamiento Feminista, *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Junta de Andalucía, 2006.

⁷ *Ibidem*.

como una campaña en contra de la trata de mujeres con fines de explotación sexual se ha ido expandiendo a lo largo del tiempo y ha encontrado otros objetivos, por ejemplo, los clientes⁸.

Los grupos de lobby abolicionistas han luchado por que las políticas se focalicen en la explotación sexual, en detrimento de la explotación laboral, como consecuencia de entender que la prostitución y la trata de mujeres son lo mismo. Se toman como dos cuestiones idénticas y, por lo tanto, todas las prostitutas son víctimas de trata. Esta confusión forma parte del intento de este feminismo de abolir todo tipo de comercio sexual⁹.

Mediante la confusión entre trabajo sexual y trata con fines de explotación sexual se olvida una cuestión central: las migraciones y el control de las mismas, dirigiéndose la atención hacia otros planos. Se ignoran aspectos relevantes del fenómeno migratorio y se adopta una visión que subsume la trata al trabajo sexual y viceversa. Esta perspectiva es muy peligrosa: los enfoques abolicionistas del trabajo sexual han dado lugar a la limitación del movimiento de las mujeres, restándoles agencia y autonomía para emprender un proyecto migratorio, identificándolas como víctimas que mediante engaño o violencia han sido “arrancadas” de sus países de origen y obligadas a prostituirse.

En este sentido, la diferencia entre migración forzada y voluntaria deviene más complicada de actualizar en el contexto global. En efecto, la definición de la trata de personas depende de un proceso de categorización que despliegan las políticas migratorias. Las categorías como ilegal, irregular o migrantes engañadas, en realidad, se refuerzan mutuamente al yuxtaponerse y pretenden la conceptualización de lo “real” de la trata de seres humanos. De hecho, esto se expresa en los diferentes enfoques del estudio sobre el tráfico ilegal y la trata. Algunos autores y autoras pregonan por que estas dos categorías se entiendan como parte de un continuo, donde el factor temporal es la base de la sucesión; por lo tanto, según esta concepción, el tráfico ilegal y la trata son dos momentos que atraviesan la vida de las y de los migrantes. En contra de esta postura, otros autores entienden que el tráfico y la trata son dos cuestiones diferentes y que el elemento dirimente reside en la explotación¹⁰.

⁸ En este sentido, véanse los trabajos de Daunis Rodríguez, A., op. cit., p. 18; Brooks-Gordon, B., “Bellwether Citizens: The Regulation of Male Clients of Sex Workers”, en Scoular / Sanders, *Regulating Sex Work: From Crime Control to Neo-Liberalism?*, Wiley-Blackwell, 2010, pp.145-170.

⁹ Por un lado, nos encontramos con las feministas de la *CATW* y, por otro lado, aquellas que habían introducido en el debate la cuestión del trabajo sexual, *The Human Rights Caucus*. Este último grupo abogó por la consideración de la prostitución como trabajo. Se desprendía de esta concepción en el momento de discutir la definición de la trata que las trabajadoras y los trabajadores sexuales en igualdad de condiciones con otros trabajadores podrían ser objeto de explotación.

¹⁰ Los migrantes trabajadores, y en especial los ilegales, se encuentran frecuentemente en situaciones de explotación. En este sentido, son identificables con las víctimas de trata, aunque en el comienzo del periplo migratorio hayan tenido autonomía. La trata, por el contrario, se utiliza para definir el transporte entre países o dentro del país mediante el uso de fuerza o coacción. En efecto, algunas autoras llegan a la conclusión de que el tráfico ilegal es un delito contra el Estado y la trata de seres humanos constituye un crimen contra los derechos de las personas. Desde esta perspectiva, cualquier movimiento

En efecto, las investigaciones sobre la trata de personas intervienen en dos niveles: en el primero de ellos, mediante políticas que buscan acabar con este fenómeno criminal y, en el segundo nivel, a través de la creación de la “mujer víctima” de trata. Evidentemente, estos dos niveles están íntimamente relacionados, sobre todo en lo relativo al plano de las medidas políticas que se diseñan, que parten desde la categoría de la mujer como víctima. Este enfoque, que ha incidido a través del discurso feminista institucional, parte de la visión moral de la prostitución, que lamentablemente no ha sido abandonada, aunque ahora se *aggiorne* con el término “violencia de género”: la prostitución es un acto perverso. Las campañas anti-trata han dado a los feminismos institucionales una nueva oportunidad de poner en juego los miedos sobre la relación entre sexualidad, reproducción y género.

III. RELACIONES ENTRE SEXUALIDAD Y GÉNERO

Partir de una concepción que construye a la prostitución como una de las manifestaciones de la violencia de género proviene, entre otras, de la confusión entre sexualidad y género. En este sentido, la sexualidad se comporta como un vector de persecución y de opresión cuando queda sometida bajo determinadas concepciones de género debido a que, como afirma Butler, el género opera como un método de control social al instituir su propio régimen regulador y disciplinario¹¹. Con ello se asume que tener el género mujer significa haber entrado en el terreno de la sexualidad desde una posición subordinada y de explotación que no deja lugar a la afirmación de la libertad/voluntad. De esta confusión deriva la definición de la prostitución como una trasgresión sexual, como violencia de género y, por lo tanto, la imposibilidad de aceptar su voluntariedad.

Dentro de este discurso no quedan márgenes para las estrategias individuales o colectivas de resistencia. El efecto de esta concepción feminista consiste en privar de reconocimiento a su capacidad como actor social, lo que disminuye seriamente la posibilidad de legitimar sus reivindicaciones. Sin embargo, como señalamos antes, los discursos actuales se diferencian de aquel primer abolicionismo que dio lugar a la Convención de Naciones Unidas de 1949, al menos, en dos cuestiones: la primera es que ahora la prostitución es una cuestión de violación de derechos humanos y la segunda es que la definición de trata se ha ampliado, al menos, en términos formales.

Un buen ejemplo de ello lo constituyen los Protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En el ámbito de las discusiones en el seno de las Naciones Unidas, se han reflejado dos posturas contrarias. El debate enfrentó, en primer lugar, a aquellas

irregular que no sea sancionado por el Estado es problemático. En este sentido, la explotación puede subvertir la distinción entre movimientos migratorios irregulares reproducidos entre la sanción por el cruce de la frontera sin los requisitos exigidos y otras formas de movimiento. Debido a que el movimiento migratorio se ve reducido por las leyes y el control dispuesto en las fronteras, encarado como una cuestión de seguridad prioritaria, la trata de seres humanos es solo una sub-categoría dentro del control de la inmigración irregular. Véase Aradau, C., *Rethinking Trafficking in Women*, Palgrave, 2008, pp. 45 ss.

¹¹ Butler, J., *Des hacer el género*, Paidós, 2006, p. 68.

feministas que parten de entender que todo el trabajo sexual es una expresión de la trata; la segunda postura apostaba por que otras formas de explotación laboral fueran abarcadas por la definición de trata.

Si bien el objeto de la trata de personas es independiente del carácter legal o ilegal del estatus migratorio de la persona, no puede soslayarse el hecho de que cuando se diseñan y se definen los delitos relativos a los movimientos migratorios en los ordenamientos supraestatales y a nivel interno (la trata, el tráfico ilegal y/o la migración clandestina) se está pensando en migrantes. Usualmente, se distingue entre el tráfico y la trata porque el primero de ellos puede ser considerado un delito contra el control de los flujos migratorios, mientras que el segundo lo que busca perseguir son las violaciones a los derechos fundamentales de las personas, en especial las mujeres, los niños y niñas. Esta última especificación no resulta baladí en tanto y en cuanto los numerosos gobiernos que han tomado medidas e implementado programas para combatir la trata de personas se han focalizado, fundamentalmente, en el control de la prostitución.

El discurso de la violencia de género deja de lado otras intervenciones en el ámbito, por ejemplo, de explotación laboral y, en la actualidad, este discurso no es capaz de proponer políticas diferenciadas en lo relativo a la trata con fines de explotación sexual y las migrantes que se dedican al trabajo sexual.

Como consecuencia de este enfoque, ambos Protocolos¹² contemplan el movimiento migratorio, sin embargo, con distinto reconocimiento de la agencia de las personas involucradas. La trata de personas se define a partir de una víctima, mientras que el tráfico necesariamente implica a un sujeto que ha contratado los servicios de un “traficante”¹³. Los distintos niveles de reconocimiento de la agencia se producen gracias a una visión heteronormativa y disciplinaria de género. Este tipo de definiciones, mediante el reforzamiento de la mujer como víctima de la industria sexual, dejan de lado el análisis de una cuestión fundamental como es el control de las fronteras y los dispositivos que se despliegan en función de ese objetivo prioritario.

Hacer del trabajo sexual una cuestión moral entraña consecuencias nefastas respecto de los derechos y de la dignidad de las mujeres que se dedican a la prostitución, ya que las mujeres deberán afrontar situaciones de mayor estigmatización, precariedad y discriminación. Las políticas que van en esta dirección deben diferenciar entre luchar contra la trata y la explotación sexual, y suprimir la industria sexual¹⁴. En un contexto de precariedad laboral y vital, la prostitución es un trabajo elegido por gran cantidad de mujeres, y de migrantes, como forma de ganarse la vida y de mejorar sus condiciones. Esto, evidentemente, está en contra del paradigma de la víctima que construye el abolicionismo del siglo pasado y el actual.

¹² *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.*

¹³ Ditmore, M., “Trafficking in Lives. How Ideology Shapes Policy”, en Kempadoo, K. (ed.), op. cit., p. 111.

¹⁴ Kempadoo, K., “Sex Worker Rights Organizations and Anti-trafficking Campaigns”, en Kempadoo, K. (ed.), *Trafficking and Prostitution Reconsidered. New Perspectives on Migration, Sex Work and Human Rights*, Paradigm Publishers, 2005, pp. 151 ss.

La victimización que se hace de las mujeres que se dedican al trabajo sexual conlleva la privación de la autonomía y de la libertad que las políticas intentan proteger. La “presunción de involuntariedad” de la que parten estas políticas no permite la distinción básica que debería subyacer al tratamiento legal de la trata y del trabajo sexual, esto es, la distinción que cabe entre la prostitución forzada y la prostitución voluntaria¹⁵.

A partir de aquel axioma se reproducen en el discurso –que da lugar al diseño de intervenciones políticas– estrategias de cuantificación que no tienen un sustento metodológico cierto. Desde la década de los noventa, la prostitución ha sido una cuestión de cifras que por partir de una cuestión irrefutable como la involuntariedad no son verificadas ni verificables. El *framing* de la violencia de género parte de esa verdad irrefutable y, a partir de allí, redefine las relaciones que hay entre las mujeres y el Estado, es decir, cuestiones de gubernamentalidad.

IV. LAS POLÍTICAS EN EL ESTADO ESPAÑOL: LAS “CIFRAS ESTRATÉGICAS”

En el Estado español, una de las primeras manifestaciones colectivas de la prostitución como una forma arraigada de violencia de género se produce en 2003 con la *Plataforma estatal de organizaciones de mujeres por la abolición de la prostitución* en un tiempo en que el ex Ministerio de Igualdad había decidido apostar fuertemente contra la violencia de género en el ámbito familiar. A partir de entonces y, especialmente, en el largo proceso de debate abierto con motivo de la *Ponencia creada en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de igualdad de oportunidades del Congreso de Diputados*, es cuando se han hecho explícitas las líneas de la defensa actual de abolicionismo. Los mismos tópicos se repiten incansablemente, aun en el Informe de la Ponencia publicado en 2007 acerca de la situación actual de la prostitución. En esta “nueva racionalidad” acerca de la prostitución, el discurso moral se expresa en términos de defensa de la libertad y de los derechos humanos: de este modo, vuelve a anularse la necesidad de establecer una distinción entre prostitución voluntaria y forzada. Si no hay dignidad, ¿cómo va a existir libertad? Así se plantea en las conclusiones finales del Informe¹⁶. En este sentido, resultan infructuosos los intentos de otros feminismos que sostienen la autonomía, libertad y dignidad de las opciones para dedicarse al trabajo sexual. Así, la utilización de las grandes palabras como dignidad y libertad permite soslayar los aspectos económicos y

¹⁵ De acuerdo con las expresiones de algunos investigadores que sostienen que la contaminación de elementos morales, religiosos y dogmas feministas que sufren los análisis de la trata se expresa claramente en los debates que ha habido y sigue habiendo respecto de la definición de trata: qué se incluye y qué no, cómo se construyen las víctimas y cómo se las contempla legislativamente, y cómo las políticas definen el trabajo sexual. En este sentido, cierta parte del feminismo que identifica la prostitución con la involuntariedad termina emparentándose con los conservadores y con discursos religiosos que emprenden una cruzada moral en contra de toda la industria del sexo y del trabajo sexual.

¹⁶ Informe de la Ponencia para el Estudio de la Situación Actual de la Prostitución en España, Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Oportunidades, Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 279, 24 de mayo de 2007.

sociales del problema, es decir, las situaciones reales de explotación e indefensión. De este modo, el análisis de los problemas reales queda reemplazado por abstracciones, que mantienen la estigmatización. Derivado de esta concepción de género, el diseño de las políticas y de los mecanismos de control parte de la consideración de estas mujeres como víctimas.

Esta *presunción de involuntariedad* se resiste a someterse a prueba; incluso en aquellos casos en los que no hay evidencia de la existencia de coacción o engaño, hay que insistir en la falta de libertad: nadie en su sano juicio optaría por el ejercicio de la prostitución.

Desde el enfoque victimista que impone el feminismo oficial, los debates que se están llevando a cabo en el Estado español desde los últimos años se reducen a determinar si la prostitución debe (o puede) ser considerada un trabajo o si hay que encuadrarla dentro de la violencia de género. El abolicionismo rebate exitosamente el primero de los argumentos, a partir de considerar que aquellas mujeres que se dedican voluntariamente al trabajo sexual son traidoras al género. Tal vez este sea el motivo por el cual su cuantificación siempre aparece ridiculizada, reducida a un 5 o 10 por ciento. Se trata de una cifra “estratégica”, que no hace más que repetirse tanto en los discursos oficiales como en la prensa, obviamente sin contrastarla.

Estos argumentos son los que orientan el diseño de las políticas en el Estado español, algo que queda palmariamente claro en el *Plan Integral de Lucha contra la Trata*¹⁷, que se constituyó como una política prioritaria del Ministerio de Igualdad a fines de 2008 y se extenderá hasta 2011. A este respecto, resultan de gran utilidad las declaraciones de la ex Ministra Bibiana Aído en una entrevista publicada en *El País* del 18 de julio de 2010, donde afirma que “hemos estado durante demasiado tiempo con un debate de prostitución sí o no y nos hemos olvidado de las esclavas. Y ahora contamos por primera vez con una herramienta integral de lucha contra la explotación sexual y hay que atender en primer lugar el grueso del problema, ese 90% de las prostitutas que están esclavizadas”. El periodista confronta estas cifras con las de la ONU, que afirman que solo 1 de cada 7 mujeres es víctima de una red de trata, a lo que la Ministra responde que en esta materia es imposible contar con números precisos; son solo estimaciones, debido a la clandestinidad en que se desarrollan estas actividades. A continuación, el periodista le pregunta: “¿Seguirá, entonces la prostituta en ese limbo legal?”, a lo que la Ministra responde que la persona que de forma voluntaria decide el ejercicio de la prostitución no es una prioridad. Sin embargo, el periodista insiste: “[a]unque sean pocas ¿no merecerían las prostitutas voluntarias regular su situación?”, cuya respuesta es que “[t]odos los temas merecen una respuesta, pero el establecimiento de prioridades es necesario en cualquier responsable político. Y mi prioridad absoluta ahora son las esclavas”¹⁸.

Como se desprende de la entrevista, el discurso de la trata de mujeres llegó a constituir un mito cultural que sigue teniendo gran impacto en la actualidad a la hora

¹⁷ El documento se encuentra disponible en: <http://www.migualdad.es/ss/Satellite?cid=1244647282488&pagename=MinisterioIgualdad%2FPage%2FMIGU_SinContenido>.

¹⁸ Entrevista publicada en: <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Siento/hay/avatar/Bibiana/elpepusoc/20100718elpepusoc_2/Tes>.

de abordar la prostitución. Esto se refleja también en las cifras que se manejan desde los organismos oficiales de seguridad, que hablan de que un 95% de las prostitutas son migrantes y, por supuesto, todas ellas son víctimas de explotación por parte de las organizaciones criminales¹⁹. A este respecto, es interesante hacer mención de la memoria anual de la Fiscalía General del Estado²⁰. En ella podemos leer que ha aumentado en un 89% respecto del año pasado el número de acusados por delitos de explotación sexual, al pasar de 56 a 106 detenidos. En términos de efectividad, solo hubo “una víctima rescatada” (sic) en comparación con el año pasado, con un total de 104. Frente a estos resultados, la Fiscalía no se muestra conforme, ya que afirma que estos datos no se adecuan a la realidad debido a la dificultad de encontrar colaboración de las mujeres, y sostiene que esta es la causa principal por la que, a pesar de haberse llevado a cabo en 2009 885 inspecciones de lugares donde existían indicios de delitos, solo se lograron instruir 392 atestados.

El discurso de la trata de mujeres focalizado exclusivamente en la finalidad de explotación sexual deja de lado otros tipos de explotación contemplados por el delito de trata, como la laboral. Es interesante en este punto visibilizar la convivencia de elementos heterogéneos en este tipo de discursos: así encontramos víctimas de género, la violación de derechos humanos, las organizaciones criminales como responsables absolutos de la victimización, el tráfico de migrantes y la trata de mujeres. Esto puede entenderse porque este discurso emerge de la racionalidad propia del régimen de fronteras, es decir, de un enfoque securitario que se constituye como la figura de cierre que actualmente garantiza el mantenimiento del sistema de inclusión subordinada a las necesidades del mercado de trabajo. De esta forma, la gubernamentalidad despliega tecnologías de control que crean una aparente distancia entre el control y las decisiones en otros ámbitos de la política social. Todo esto apunta a una nueva forma de regular los conflictos de género, en un contexto de desregulación, crisis e inseguridad vital. Las mujeres dedicadas al trabajo sexual – consideradas como víctimas de trata– son objeto de las tecnologías de control a partir de estrategias preventivas que las definen como grupos vulnerables.

Esta forma de abordar la trata de mujeres se cristaliza en las legislaciones sancionadas, tanto en el contexto europeo como en el ámbito nacional. Para aquellas mujeres víctimas de las redes organizadas de trata (la prácticamente totalidad según los números que manejan desde los organismos oficiales) se diseñan una serie de instrumentos de intervención que funcionan bajo la lógica de la “víctima adecuada”; es decir, son sometidas coactivamente a tratamientos psicológicos, se las estimula para que acepten otros empleos; en el caso de que se trate de las migrantes irregulares, se las amenaza con la expulsión a menos que presten colaboración en la persecución de las mafias, para lo cual se prevé un período de reflexión de 30 días, etc²¹. Por el contrario, aquellas migrantes irregulares que afirmen su voluntad de dedicarse al

¹⁹ Informe Criminológico de la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil *Trata de seres humanos (con fines de explotación sexual)*, Departamento de Análisis Criminal, 2005.

²⁰ Memoria Anual de la FGE, disponible en: <http://www.fiscal.es/ficheros/memorias/484/1022/MEMFIS10_completo_con_botones.PDF>.

²¹ De acuerdo con el artículo 59 de la Ley de Extranjería.

trabajo sexual y, por tanto, se nieguen a colaborar con la justicia en la denuncia de los traficantes son consideradas víctimas no adecuadas y por tanto objeto de medidas represivas como el internamiento o la expulsión, cuando no se las culpabiliza de la falta de eficacia de la persecución por parte de las agencias represivas y judiciales.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar, quisiera exponer algunos elementos con los que habría que pensar seriamente el trabajo sexual en la actualidad:

- 1) En general, las legislaciones y las políticas basadas en la victimización actúan perversamente, pues incrementan el valor de mercado de lo que prohíben, al tiempo que hacen más frágil la posición de aquellas que se dedican a estas actividades, sobre todo en la calle.
- 2) El argumento de que un 90% de las prostitutas están obligadas (Plataforma para la Abolición de la Prostitución, el Plan de Trata) se puede contrastar con otros datos de colectivos de trabajadoras sexuales, como Hetaria, que en su informe señala que el 85% de las mujeres que ejercen la prostitución en la calle en Madrid lo hacen de forma voluntaria; o de investigaciones que manejan estos mismos resultados: por ejemplo, la investigación realizada en Galicia por López Riopedre²² o aquella del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona²³.
- 3) Es recurrente en este tema la equiparación de lo voluntario y lo forzado bajo la misma expresión “prostitución”; el peso de la tradición y la moral impiden un concepto vivo de prostitución –es decir, que tome en cuenta a las actoras y los actores y la diversidad de ámbitos incluidos en la industria del sexo–. Todo ello ha legitimado, hasta hoy, discursos legales contradictorios como los que permiten la aplicación de dispositivos coercitivos cualitativamente indiferenciados tanto a los casos de sexo forzado como cuando existe consentimiento, si el contexto es comercial.
- 4) En este sentido, resulta esencial considerar la persecución de las trabajadoras sexuales que desarrollan su actividad en lugares “visibles”, sea en el espacio público o en los clubes de carretera que es donde actúan las fuerzas de seguridad. Estas operan selectivamente, dirigiendo toda su violencia sobre aquellas mujeres y “olvidando” otras formas de trabajo sexual, p. ej. el sexo virtual, las prostitutas de alto *standing*, la pornografía, etc., que gozan de cierta aceptación.

²² Véase del autor *Mara y sus amigas*, Manuscritos, 2004.

²³ Arella *et al.*, *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Virus, 2007.

- 5) La persecución se opera bajo una racionalidad neoliberal y neoconservadora con elementos de clase y étnicos de intervención en el ámbito público que redefine los espacios y determina quiénes pueden habitarlos y quiénes no. Abordar la complejidad y diversidad de la industria del sexo ayudaría, desde mi punto de vista, a desbaratar los estigmas que recaen sobre aquellas mujeres que ejercen la prostitución en la calle o en los clubes. Asimismo, habría que empezar a considerar que la prostitución va dejando de ser una cuestión de género, ya que se está incrementando la prostitución masculina y trans.
- 6) También hay que tener en cuenta que el trabajo sexual no es igual que cualquier otro: la legislación debe ser clara en defender que sea solo trabajadora sexual la que decida sobre los clientes que coge y los servicios sexuales que presta, sin que nadie pueda interferir en sus decisiones. Es imprescindible abandonar los enfoques victimistas y escuchar a las trabajadoras del sexo para el diseño de las políticas.
- 7) Considerar que todas las prostitutas lo hacen bajo coacción impide visibilizar las estrategias concretas que utilizan las mujeres para habitar un mundo poblado de desigualdades. El trabajo sexual también tiene que ver con la situación de subordinación social y laboral de las mujeres. En sociedades donde las mujeres ocupan puestos de trabajo peor remunerados y más precarios que los varones, las estrategias que despliegan las mujeres que se dedican al trabajo sexual les proporcionan mayores ingresos y mayor independencia económica de lo que otros empleos destinados a ellas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARADAU, C., *Rethinking Trafficking in Women*, Palgrave, 2008.

ARELLA, C. et. al., *Los pasos (in)visibles de la prostitución. Estigma, persecución y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales en Barcelona*, Virus, 2007.

BRENTS, B.G. / SANDERS, T., “Mainstreaming the Sex Industry: Economic Inclusion and Social Ambivalence”, en Scoular, J. / Sanders, T. (eds.), *Regulation Sex Work: From Crime Control to Neo-Liberalism?*, Wiley-Blackwell, 2010, pp. 40-60.

BROOKS-GORDON, B., “Bellwether Citizens: The Regulation of Male Clients of Sex Workers”, en Scoular/Sanders, *Regulating Sex Work: From Crime Control to Neo-Liberalism?*, Wiley-Blackwell, 2010, pp.145-170.

BUTLER, J., *Deshacer el género*, Paidós, 2006.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Prostitución: un debate abierto”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, nº 11, 2009, pp. 15-33.

DELEUZE, G. / GUATTARI, F., *Mil Mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Pre-textos, 2002.

DITMORE, M., "Trafficking in Lives. How Ideology Shapes Policy", en Kempadoo, K. (ed.), *Trafficking and Prostitution Reconsidered. New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights*, Paradigm Publishers, 2005, pp. 107-126.

GRUPO S/SCONVEGNO, "A snapshot of precariousness: voices, perspectives, dialogues", en *Feminist Review*, nº 87, 2007, pp. 104-112.

INFORME CRIMINOLÓGICO DE LA UNIDAD TÉCNICA DE LA POLICÍA JUDICIAL DE LA GUARDIA CIVIL *Trata de seres humanos (con fines de explotación sexual)*, Departamento de Análisis Criminal, 2005.

INFORME DE LA PONENCIA PARA EL ESTUDIO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA, Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Oportunidades, Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 279, 24 de mayo de 2007.

JULIANO, D., "El pánico moral y la criminalización del trabajo sexual", en Holgado Fernández (ed.), *Prostituciones. Diálogos sobre sexo de pago*, Icaria, 2008, pp. 111-122.

KEMPADOO, K., "Sex Worker Rights Organizations and Anti-trafficking Campaigns", en Kempadoo, K. (ed.), *Trafficking and Prostitution Reconsidered. New Perspectives on Migration, Sex Work and Human Rights*, Paradigm Publishers, 2005, pp. 149-155.

LLORIA, P., "Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual", en Serra Cristóbal (coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 307-324.

LÓPEZ PRECIOSO, M. / MESTRE, R., *Trabajo sexual. Reconocer derechos*, La Burbuja, 2006.

LÓPEZ RIOPEDRE, J., *Mara y sus amigas*, Manuscritos, 2004.

MAQUEDA ABREU, M. L., *Prostitución, Feminismos y Derecho Penal*, Comares, 2009.

OSBORNE, R., "La organización de la sexualidad en Occidente: el papel de la institución en la prostitución", en Guasch/Viñuales (eds.), *Sexualidades. Diversidad y control social*, Bellaterra, 2003, pp. 235-258.

PRECIOSAS A LA DERIVA, *A la deriva (por los circuitos de la precariedad femenina)*, Traficantes de Sueños, 2004.

REVEL, J., "Biopoder y devenir mujer de la política", en <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/NH/07bio.pdf>>.

RICH, A., “La heterosexualidad obligatoria y la existencia lesbiana”, disponible en <http://www.orgullolesbico.com/ap_rich.htm>.

RUBIO CASTRO, A., “Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política”, en Colección Clara Campoamor del Pensamiento Feminista, *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Junta de Andalucía, 2006, pp. 23-66.

WALKOVITZ, J., “Sexualidades peligrosas”, en Duby/Perrot, *Historia de las mujeres en Occidente*, Taurus, 1993, pp. 369-401.



REFLEXIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL RUBRO 59 DE AVISOS CLASIFICADOS

> por Diana Maffia y Celeste Moretti
*Instituto Interdisciplinario
 de Estudios de Género
 Universidad de Buenos Aires*

Mientras prosperaba un debate legislativo a nivel nacional y de la Ciudad de Buenos Aires sobre medidas que redujeran la proliferación de avisos y carteles que ofrecen abiertamente prostitución de modo cada vez más agresivo, abruptamente y sin aviso se firmó el decreto presidencial 936/2011, que prohíbe la publicación del rubro 59 en los periódicos (especialmente destinado al lucrativo segmento del diario *Clarín*). Aunque subsiste el debate sobre la legalidad o no de la publicación de avisos de oferta sexual, nos parece interesante analizar el decreto y su objeto.

Las razones para la prohibición son dos: (i) la oferta de prostitución como un incentivo a la trata y explotación de personas, y (ii) la violencia y promoción de estereotipos sobre las mujeres que suscitan esos avisos. Así se expresa en los objetivos del decreto: “prevenir el delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de discriminación de las mujeres”.

Con respecto al primer motivo, cabe aclarar que la prostitución ejercida de manera individual no es ilícita en nuestro país, que es abolicionista. Por lo tanto, debe demostrarse el vínculo entre esos avisos y la explotación y trata de personas. Por eso, el decreto dice: “prohíbense los avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio... quedan comprendidos en este régimen todos aquellos avisos cuyo texto, haciendo referencia a actividades lícitas resulten engañosos, teniendo por fin último la realización de alguna de las actividades aludidas en el párrafo precedente” (subrayado nuestro).

La prostitución no está prohibida (prohibicionismo), aunque algunos códigos locales, como el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, y los edictos policiales la penalizan. Considero esa sanción inconstitucional, por eso tengo un proyecto de ley para derogar el artículo 81 del Código. Pero la prostitución tampoco está regulada por el Estado como una forma lícita de trabajo (reglamentarismo), aunque esto es lo que solicitan desde AMMAR Nacional, el sindicato de las autodenominadas “trabajadoras sexuales”: reglamentar la prostitución para acceder a sus derechos.

El abolicionismo supone no penalizar a la persona en prostitución porque se la considera víctima de un sistema prostituyente, pero no porque se defienda o promueva la prostitución desde el Estado. Por el contrario, la obligación del Estado es promover políticas de inclusión y de igualdad de oportunidades que permitan a las personas salir de la prostitución, desalentando su ejercicio.

Sin embargo, por acción y por omisión, el Estado en sus diversos poderes y las fuerzas de seguridad parecen asociarse más a los intereses de los proxenetes y explotadores que a los de sus víctimas. Si se trata de prevenir la trata de personas,

esos avisos debieron ser la pista para investigar redes de explotación, cosa que no se hizo, eliminando solo la explicitación de la oferta que incluía nombres, direcciones y teléfonos que se repiten, incluso con ofrecimientos como “chicas nuevas” o “nuevo plantel”, que solo puede tener como interlocutores al explotador y a los clientes. A pesar de una denuncia presentada a la justicia por la Cooperativa la Alameda y la Diputada Nacional Fernanda Gil Lozano, con una enorme cantidad de avisos clasificados donde se reiteraban sistemáticamente los contactos, la investigación no avanzó.

La organización AMMAR Nacional, a través de su presidenta Elena Reynaga, reclamó que el decreto presidencial las privaba de un método seguro y accesible para ofrecer sus servicios de “trabajadoras sexuales”. Cabe aclarar que ninguna organización de personas en prostitución fue consultada para elaborar el decreto presidencial, que no solo burló el debate legislativo (ya que en varias cámaras se estaban discutiendo mecanismos de regulación de los avisos de oferta sexual), sino un elemento esencial de la democracia participativa: la inclusión en el debate de aquellas personas que van a ser afectadas por las normas.

Con respecto a la segunda motivación, evitar los estereotipos presentes en estos avisos es perfectamente atendible dada la magnitud de las expresiones presentes en ellos. Sin embargo, aunque la ley de violencia que el Ejecutivo envió al Congreso y se sancionó menciona como una de las formas de violencia la simbólica y define también la violencia en los medios de comunicación, la propia ley no desarrolla específicamente esta forma de violencia, y la reglamentación no la toma en cuenta tampoco. Todavía no se ha expedido la comisión que elabora las formas de sanción que tendrá la ley. De modo que se ha dejando abierto un flanco que aprovechó muy bien el diario *Río Negro* cuando presentó una medida cautelar para seguir publicando los avisos, bajo el argumento de que no estaban infringiendo ninguna norma ni estaba prevista ninguna sanción.

No obstante, creemos que sí deben ser sancionadas esas expresiones. Forman parte de las muchas expresiones, verbales y gráficas, que mercantilizan y degradan a las mujeres forzándolas al papel de objeto sexual, y con ello generan y reproducen formas de violencia a través de los medios de comunicación.

Las mujeres son presentadas no solo con formas corporales estereotipadas y a veces anatómicamente imposibles, a la medida de fantasías masculinas que requieren intervenir quirúrgica y cosméticamente los cuerpos para satisfacer esa fantasía, sino en posiciones de pasividad, disponibilidad y subordinación. Si se observan los volantes pegados en los teléfonos públicos y carteles callejeros ofreciendo prostitución, así como las tapas de las revistas dirigidas a varones que consumen prostitución, o aun aquellas de supuesto interés general, se advierte la monotonía de una postura física en que la mujer, agachada, deja al descubierto las nalgas en actitud de consentimiento.

Como reseña Evelyn Fox Keller al analizar las formas del amor en la Grecia clásica, testimoniada en textos filosóficos y en la pintura de jarrones antiguos, existían tres formas de relación amorosa: la relación entre iguales (generalmente dos hombres, maestro y discípulo de la misma casta social), que era la única relación sexual que se producía entre iguales sociales y también la única que se consumaba en una posición frente a frente en un coito intercrujal; en otro nivel, la sodomía

(con varones inferiores o esclavos), y el coito heterosexual. Según el examen de pinturas de vasijas áticas, la postura del coito heterosexual que más comunmente se retrata es por detrás, con la mujer inclinada mientras el hombre de pie la penetra por detrás, como en una relación homosexual²⁴. Ambas relaciones se interpretan como dominación: la posición de dominante y dominado es característica tanto del coito heterosexual como de la copulación homosexual que sodomiza. La diferencia crucial no es homosexual o heterosexual, sino igual o desigual. Y las mujeres son desiguales políticas por naturaleza, lo que se expresa en la posesión sexual.

En un intento por eliminar estas imágenes del espacio público, una funcionaria nos respondió que para el área ministerial correspondiente daba lo mismo que fuera un cartel con clases de guitarra o uno que ofrece prostitución, que lo que intentaban evitar era el uso ilegítimo del espacio público. En ese espacio público, como en los avisos en los diarios, varones y mujeres leen y aprenden el lugar que les toca en la sociedad. El Estado tiene la obligación de disponer las acciones necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la difusión de mensajes o imágenes que inciten a la violencia, el odio o la discriminación contra las mujeres; tiendan a perpetuar patrones sexistas de dominación masculina, o estimulen o fomenten la explotación sexual de las mujeres.

Los avisos que ofrecen obedecer completamente la demanda masculina sin otro requisito que el dinero quitan toda capacidad de agencia y resistencia a las mujeres, las presentan solo como objeto de satisfacción de los deseos masculinos y las cosifican transformándolas en mercancías.

Avisos que sugieren que quien va a satisfacer los deseos es una niña, pero que sin embargo expresa lascivia, operan como un simulacro de abuso sexual infantil. Aunque quien verdaderamente sea referida con frases como “bebota” o “colegiala” sea en verdad una persona adulta, refuerza el supuesto de que las niñas provocan la agresión sexual o que situaciones de abuso entre una niña y un adulto son en verdad consentidas. Por supuesto, la situación es gravísima si verdaderamente son menores (ya que violarían el Código Penal, además de la Convención sobre los Derechos del Niño), pero insisto en que se naturaliza y promueve la explotación sexual de menores generando y reforzando esa demanda sexual en los avisos.

La oferta de disposición a no tomar recaudos, no usar preservativos o tomar conductas de riesgo pone el cuidado mínimo como una barrera en la disponibilidad total de las mujeres al arbitrio de los varones, aunque en ese riesgo también ellos queden involucrados. Se difunden así conductas faltas de recaudo como si fueran más valiosas como experiencia sexual que aquellas que involucran cuidado de sí mismas, porque la experiencia carece completamente de consideración por ellas y solo contempla la satisfacción del varón que paga por eso.

La apelación al color favorece el racismo, así como el ofrecimiento por el lugar de origen (“paraguayitas”, “rusitas”) se extiende a todas las mujeres de ese origen como fantasía de disponibilidad sexual. También hay apelaciones clasistas vinculadas a prostitutas que pueden ser “presentadas en público” sin desentonar como acompañantes. Los avisos en estos términos son lesivos para las mujeres,

²⁴ Evelyn Fox Keller, *Reflexiones sobre género y ciencia*, Valencia, Ed. Alfons el Magnànim.

independientemente de la veracidad o no de los rasgos que resaltan, por los sentimientos y valores a los que apelan. En orden a evaluar la criminalidad de los avisos que ofrecen servicios sexuales, queremos resaltar que los términos en los que estos se expresan no son inocuos. Apelan a un deseo que no es el explícito (la relación sexual específica), sino que tiene como factor común un impulso que favorece vínculos de sometimiento, subordinación, dominación y cosificación de las mujeres y la sexualidad. Para apoyar esta idea, vamos a utilizar un concepto que proviene de la publicidad, que es el concepto de neuromarketing.

El neuromarketing es una nueva tendencia en investigación de mercado consistente en la utilización de algunas técnicas de investigación de las neurociencias aplicadas a la investigación de marketing tradicional.

Las técnicas neurocientíficas les permiten a los investigadores de marketing obtener información sobre procesos mentales que no son percibidos de manera consciente; de esta forma, las respuestas de los entrevistados a distintos estímulos no son conscientes, sino leídas directamente de su actividad cerebral indagando qué zonas del cerebro están involucradas en cada comportamiento. Las técnicas más utilizadas para neuromarketing son encefalografía (EEG), resonancia magnética funcional (fMRI), magnetoencefalografía (MEG) y tomografía de emisión de positrones (PET).

El gran beneficio del neuromarketing sobre la investigación de mercado tradicional es la veracidad de las respuestas, ya que estas vienen directamente del cerebro sin que medie verbalización (la mayoría de las decisiones de compra están mediadas por estímulos subconscientes imposibles de verbalizar con técnicas convencionales).

El objetivo principal al conocer las respuestas del sistema nervioso a los estímulos expuestos es conocer y poder predecir la conducta del consumidor, pudiendo desarrollar todos los aspectos del marketing acordes a las expectativas del consumidor.

Néstor Braidot, uno de sus cultores, lo expresa así: “Ya no hay duda de que los recuerdos que surgen en la mente a través de la interacción sinérgica de varios componentes del cerebro humano determinan nada menos que la fidelidad a determinadas marcas. En otros términos: del mismo modo que los seres humanos solemos ‘conectarnos’ con otras personas, también existe ‘una conexión’ con las marcas²⁵”.

En otro texto, Braidot dice: “Un producto es un constructo mental que cobra vida como resultado de múltiples estímulos que confluyen en una percepción unificada: el objeto en sí, su precio, la publicidad, los canales a través de los cuales se vende, y, fundamentalmente, lo que el propio cliente construye en función de sus expectativas y sus ‘memorias acumuladas’. Esto da como resultado una realidad mental que puede ser muy diferente de la que exhibe un objeto que, bajo el concepto de ‘producto’, se coloca en una góndola²⁶”.

²⁵ Néstor Braidot, Prólogo de *Neuromarketing. Neuroeconomía y Negocios*.

²⁶ Néstor Braidot, Prólogo de *Neuromarketing. ¿Por qué tus clientes se acuestan con otro si dicen que les gustas tú?*

El título de su libro es elocuente. Braidot habla de un impulso del sistema límbico, es decir, el más primitivo de nuestro cerebro, que es despertado por una adecuada presentación del producto (no por el producto mismo) que se asocia con deseos muy profundos. Cabe preguntarnos cuáles son esos profundos deseos que se satisfacen con esas presentaciones degradadas de las mujeres.

Recientemente se publicaron dos investigaciones que recogen testimonios de varones que consumen prostitución: *Ir de putas*, de Juan Carlos Volnovich²⁷, y *Lugar común: la prostitución*, de Silvia Chejter²⁸, que incluso entrevista a explotadores. Allí podremos ver los argumentos conscientes de los varones, vinculados a un presunto equilibrio en un contrato por el que pagan, pero no encontramos esto que Braidot nos sugiere que son las “verdaderas respuestas”, aquellas que hasta el sujeto ignora porque se enraizan en su subconsciente.

Sin embargo, que los propios usuarios las ignoren no significa que los que lucran con la prostitución las ignoren también. Por el contrario, los cognitivistas están colaborando aceleradamente con los publicistas (tanto de productos de consumo como de candidatos políticos) para revelar patrones entre los neuro-detonantes que liberan la emoción específica de una persona frente a un cierto estímulo material o conceptual. Quien logre poner a prueba en una investigación de mercado el dominio de esa capacidad de llegar a la voluntad del consumidor antes que las razones se habrá apoderado de sus acciones y sus elecciones²⁹.

En una revista de investigación y difusión en neurociencias, se publica la indagación de dos neurólogos, Ogi Ogas y Sai Gaddam, que buscan en el porno de la red para saber qué excita a hombres y mujeres³⁰. Así, a pesar de la diversidad de ofertas, han podido identificar 20 intereses sexuales que representan el 80% de todo el porno en la red. El objetivo de identificarlos no es el mero avance del conocimiento, por supuesto, sino afinar la oferta de modo de concentrar mucho más las ganancias.

La idea de que “el sexo vende” inspiró a un vendedor de pizzas canadiense a entregar fotos pornográficas con su delivery de pizza. Así nació su floreciente negocio Pornopizza, cuya característica es tapizar el fondo de sus cajas de pizza con imágenes provocativas. “Van desde fotos con un cierto contenido artístico como las de la revista *Playboy* hasta fotos mucho más *hardcore* (pornografía dura)”, ha dicho Corey Wildeman, propietario del establecimiento³¹. Parte del atractivo es que se descubren las fotografías a medida que se come la pizza. El servicio está prohibido para menores de 18 años. Wilderman ha afirmado que se inspiró en películas pornográficas protagonizadas por repartidores de pizza que acuden a la casa de mujeres solas.

²⁷ Juan Carlos Volnovich, *Ir de Putas. Reflexiones acerca de los clientes de la prostitución*, Buenos Aires, Ed. Topía, 2ª edición, 2010.

²⁸ Silvia Chejter, *Lugar común: la prostitución*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

²⁹ En <http://www.dailymotion.com/video/xh0z0j_neuromarketing-sexo-y-anuncios-preventivos_school>.

³⁰ En <<http://neurodifusion.org/noticias/salud-medicina/45-sexualidad/11378-dos-neurologos-buscan-en-todo-el-porno-de-la-red-para-conocer-que-excita-a-mujeres-y-hombres.html>>, publicado el 1º de junio de 2011.

³¹ En <<http://www.pornopizza.ca/>>.

El pizzero no ha usado ningún método inusual, sin embargo, ya que los productos más disímiles se venden usando cuerpos de mujeres, buscando una adhesión erótica. ¿Qué une a la pizza, el sexo y las mujeres, que pueden actuar como incentivo tanto para consumir pornografía como para preferir un alimento? Es difícil que la argumentación racional nos dé la respuesta, pero evidentemente si se pudiera identificar un núcleo de deseo profundo y eficaz en dirigir nuestras acciones, la ventaja sería inmediata.

Es tan eficaz la apelación a impulsos inconscientes en la oferta de prostitución y pornografía que, según los analistas, no solo puede aplicarse el neuromarketing a la venta de sexo, sino aprender de la venta de sexo para aplicar el método a otros productos. En un portal de creatividad aplicada al marketing, Manuel Gross enumera “6 cosas que pueden aprenderse de la industria del porno”³². Lo hace porque dice que aunque la industria del porno es altamente eficaz, sus ejecutivos y gerentes no suelen salir en la tapa de las revistas de negocios. ¡Pero sugiere *utilizar* sus métodos de negocios! Puede ser interesante mirar cuáles son:

1. *Aprovecha la tecnología*: la industria del porno sabe adoptar las nuevas tecnologías para vender más; tu empresa debería hacer lo mismo. Combatir la tecnología con leyes es como apelar al código de honor de los caballeros medievales para impedir el uso de las armas de fuego. Mira más bien cómo aprovechar la pólvora para tener mejores armas que tu enemigo.

2. *Vende una historia*: el porno vende un estilo de vida, una historia, una fantasía. Hugh Hefner tiene que vivir en una mansión rodeado de jovencitas en un estado de fiesta perpetua, y casarse a los ochenta y tantos con una mozueta de veinte, porque es el estilo de vida que querrían tener los lectores de *Playboy*. El porno vende que es posible vivir en un mundo en el que las mujeres más bellas siempre están dispuestas a satisfacer todos los caprichos de un hombre.

3. *Segmenta tus clientes y atiende a cada grupo*: una de las características del porno es que hay para todos los gustos. Literalmente. Por raras que sean tus aficiones, seguro que hay alguna película o alguna *web* que procura atenderlas. Por muy específicos que sean tus gustos con las mujeres, encontrarás especialistas en rubias o morenas, jóvenes o viejas, delgadas o gordas. Visto así, es sencillo: analizas lo que buscan tus clientes y les das exactamente eso.

4. *Crea un ecosistema*: en su momento, el porno hizo ganar mucho dinero a los videoclubs. Ahora el marketing del porno por Internet se basa en afiliados que pregonan en sus páginas las virtudes de una actriz o una producción, y cobran un porcentaje de las ventas. El efecto es que tanto el alabador como el productor ganan dinero. Ayudar a otros a ganar dinero es la mejor manera de que ellos te ayuden a ti a ganarlo.

5. *Lanza, mide, reforma, repite*: el porno es mucho más innovador en sus modelos de negocio que la industria del cine tradicional. Tú haz lo mismo: en lugar de planificar demasiado, lanza cuanto antes algo al mercado, comprueba la respuesta y modifica tu oferta para adecuarla a lo que quieren comprar tus clientes.

³² En <<http://manuelgross.bligoo.com/20110404-marketing-6-cosas-que-pueden-aprenderse-de-la-industria-del-porno>>.

6. *Copia lo que funciona*: el porno copia sin remordimiento todo lo que funciona, lo que de entrada supone que más clientes consiguen tener un producto que les satisface. Pero además, como la copia no es idéntica, se introducen innovaciones que a su vez son copiadas por el resto si tienen éxito, con lo que al final toda la industria se beneficia de estas mejoras.

La industria del porno es millonaria; la trata de personas es uno de los tres delitos transnacionales que más dinero mueve y, por lo tanto, que más capacidad de corrupción posee. Ese enorme negocio es más aberrante que el tráfico de drogas y el de armas, porque se sostiene con una particular mercancía que son seres humanos, por eso se habla de la prostitución forzada como esclavitud sexual. Los argumentos y formas de ofrecer esa mercancía, que insisten en su consumo mediante avisos, no solo violentan la postura abolicionista de nuestro sistema legal, sino que presentan como intercambio comercial legítimo la intermediación en la oferta de cuerpos, partes de cuerpos, prácticas de riesgo, orígenes exóticos, infantes, disidencias sexuales, trampas en horario de oficina, todo a cambio de dinero o tarjeta de crédito.

A diferencia de ese vocabulario tan explícito que campea en los avisos, cuando buscamos un acercamiento político al tema de la prostitución nos encontramos con un lenguaje eufemístico que oculta más de lo que muestra. Palabras como “trabajo sexual”, “clientes”, “servicios” caen bajo la advertencia de Sheila Jeffreys: “El uso de la lengua comercial en relación con la prostitución eclipsa el carácter dañino de esta práctica y facilita el desarrollo mercantil de la industria global”³³. Jeffreys advierte sobre la dimensión que ha tomado la industria de la pornografía (se calculan 100 mil millones de dólares al año) sumada a la industria del sexo, una red que procura beneficios ilegales para proxenetas y tratantes de personas, pero también para empresarios, hoteleros y aerocomerciales, beneficiados por la expansión del turismo sexual, y en la que los avisos en los diarios son un pequeño eslabón, pero lucrativo: el propio Jefe de Gabinete Aníbal Fernández manifestó haber calculado que el diario *Clarín* recibía solo por el rubro 59 un millón de pesos por mes.

Hace unos meses, compartimos algunas de las ideas de esta ponencia en la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de la provincia de Salta. El diario *El Tribuno* le dedicó al día siguiente una nota con el título “Se ofreció una charla sobre explotación sexual: «El rubro 59 debía dejar de existir, pero no por decreto»”. En los clasificados de ese mismo día, en el rubro 2.3 (Personal Doméstico) encontramos dos avisos algo divergentes. Uno requiere empleada para todo quehacer todos los días de 14 a 22 hs. por un sueldo de \$900; otro pide empleada cama adentro con un sueldo de \$2.500, ¡pero en Río Gallegos! ¿Cuál es la utilidad de solicitar una empleada doméstica para Río Gallegos en un diario de la provincia de Salta? De modo mucho más explícito, en el rubro 6.8 (Acompañantes) se ofrecen algunas de ellas como “garganta profunda”. *Garganta profunda* fue la primera película pornográfica comercial que tuvo un éxito masivo en 1972. Habla de una chica que en busca de la sensación de “escuchar campanitas” al culminar el acto sexual se acostaba con innumerables hombres sin lograrlo, hasta que un médico advierte que tenía el clítoris en la garganta y en una *fellatio* alcanza su ansiada sensación

³³ Sheila Jeffreys, *La industria de la vagina. La economía política de la comercialización global del sexo*.

musical. Su protagonista, Linda Lovelace, ya fallecida, se hizo famosa con ella. Pero unos años después recurrió a Catherine Mckinnon para que la representara en una demanda a su esposo, acusándolo de obligarla a tener relaciones sexuales con él y con otros hombres, y a filmar películas pornográficas. Se supo así que había permanecido encerrada, amenazada y narcotizada durante toda la filmación de la película.

Según Catherine Mckinnon, acciones sobre las mujeres como “la violación, violencia, acoso sexual, abuso sexual infantil, prostitución y pornografía” avalan que “[e]l dominio masculino es sexual. Significado: los hombres en particular, si no exclusivamente, sexualizan las jerarquías; el género es una de ellas”³⁴.

Reúne así Mckinnon las muchas formas de apropiación y objetificación del cuerpo y la sexualidad de las mujeres, para observarlas desde una perspectiva feminista. Porque, afirma, “[u]na teoría feminista sobre la sexualidad basada en estos datos coloca la sexualidad dentro de una teoría de desigualdad de género, lo que significa el dominio jerárquico de los hombres sobre las mujeres. Para que una teoría sea feminista, no basta con que sea escrita por una mujer biológica ni que describa la sexualidad femenina como algo distinto (aunque igual) a la sexualidad masculina (...). Una teoría sobre la sexualidad se vuelve feminista de manera metodológica, en el sentido post marxista del término, si trata la sexualidad como un constructo social de poder masculino: definido por los hombres, impuesto a las mujeres y constituyente del significado de género. Este enfoque centra el feminismo en la perspectiva de la subordinación de las mujeres al hombre al identificar al sexo –es decir, la sexualidad del dominio y la sumisión– como crucial, como fundamental, como definitivo en cierto nivel, en dicho proceso. La teoría feminista se convierte en un proyecto de análisis de esa situación con el propósito de enfrentarla en su esencia, con el fin de modificarla”³⁵.

Ese y no otro ha sido el propósito de estas reflexiones: comprender el núcleo de la demanda a la que intentan responder los avisos de oferta sexual, la demanda que diversas ofertas del mercado sexual intentan construir y mantener, los sujetos que participan en una oferta y una demanda que transforma la sexualidad en producto de mercado y a todas las mujeres en mercancía. Esa y no otra es nuestra objeción moral contra la prostitución. No tiene que ver con el sexo; tiene que ver con el poder y la dominación. La transacción no es solo entre la persona en prostitución y el prostituyente: una compleja red de explotación económica hace aparecer como legítimas formas deshumanizantes de esclavitud y reducción a servidumbre. Todas las mujeres somos sus víctimas potenciales.

Y si cabe alguna duda de ello y del significado peyorativo de llamar “mujer pública” a la vez a una política y a una prostituta, vaya de muestra la eficacia humorística de una columna de Alejandro Borensztein en *Clarín*³⁶, que replica una sección de avisos clasificados de distinto tipo como si estuvieran puestos por los

³⁴ Catherine Mckinnon, “Sexuality”, en *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1987, pp. 127-154.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Alejandro Borensztein, “Humor político: «Avisos clasificados»”, en *Clarín*, sábado 30 de abril de 2011, p. 2.

propios candidatos en campaña. El rubro 59 está reservado a Margarita Stolbizer, Gabriela Michetti, Graciela Ocaña, María José Lubertino, Silvana Giudici y María Eugenia Estensoro: todas, importantes dirigentes políticas. Ningún hombre participa en ese rubro. *Clarín*, que debería avergonzarse de su lucro, lo expone sin tapujos. Esa impunidad es lo verdaderamente obsceno.



TRAMAS DE LA PROSTITUCIÓN Y LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

> por Marcela V. Rodríguez

Este trabajo pretende abordar el debate acerca de la institución de la prostitución, las características del sistema prostibulario, su intrínseca relación con la trata de personas con fines de explotación sexual y su demanda. En primer lugar, exploraré las particularidades de la prostitución desde la realidad de las vidas de las mujeres prostituidas. En segundo término, pasaré revista a los enfoques existentes sobre la prostitución: el modelo de “explotación sexual” y el modelo de “trabajo sexual”. Posteriormente, me dedicaré al análisis de la relación entre la prostitución y la trata con fines de explotación sexual. Finalmente, me centraré en la demanda, esto es, al pago por el uso sexual del cuerpo de una persona.

I. PROSTITUCIÓN

“Quiero volver a los conceptos básicos. Prostitución. ¿Qué es? Es el uso del cuerpo de una mujer por parte de un hombre para tener sexo, él paga dinero, él hace lo que él quiere. El minuto en el que te alejas de qué es realmente, te alejas de la prostitución y te adentras en el mundo de las ideas. Te sentirás mejor; pasarás un mejor momento; es más divertido; hay muchísimo para discutir, pero estarás discutiendo ideas, no, prostitución. La prostitución no es una idea. Es la boca, la vagina, el recto, penetrados usualmente por un pene, a veces por manos, a veces por objetos, por un hombre y luego por otro, y luego por otro, y luego por otro, y luego otro. Eso es lo que es.

“Les pido que piensen sobre sus propios cuerpos... Les pido que piensen concretamente sobre sus propios cuerpos utilizados de ese modo. ¿Qué tan sexy es esto? ¿Es divertido? Quiero que sientan como se siente cuando pasa una vez y otra, y otra, y otra, y otra, y otra, y otra vez: porque eso es la prostitución”³⁷.

Esta es la realidad de las vidas de las mujeres en prostitución, ya sea en las rutas o en lugares más elegantes³⁸, sus cuerpos vendidos a decenas de hombres por

³⁷ Dworkin, Andrea, “Prostitution and Male Supremacy”, discurso en ocasión del Simposio “Prostitución: de la Academia al activismo”, auspiciado por la *Michigan Journal of Gender & Law*, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan el 31 de octubre de 1992. Publicado por primera vez en la *Michigan Journal of Gender & Law*, 1993, vol. I (la traducción es propia).

³⁸ De acuerdo con Andrea Dworkin, “—desde la perspectiva de una mujer en prostitución o una mujer que ha estado en prostitución— las distinciones que otras personas hacen respecto de si el hecho sucedió en el Plaza Hotel o en alguna parte poco elegante no son las distinciones que importan. Estas son percepciones irreconciliables, con premisas irreconciliables. Desde ya que las circunstancias deben importar, me dirán. No, ellas no importan, porque estamos hablando sobre el uso de la boca, la vagina y el recto. Las circunstancias de ningún modo mitigan o modifican lo que la prostitución es” (Dworkin, ob. cit.).

día —en la abrumadora mayoría de los casos— o a un grupo selecto que detenta mayor poder e impunidad, en grandes ciudades o en localidades alejadas, a los doce años o a los ochenta. En todos los casos, cuerpos de mujeres usados sexualmente por varones, mediante el pago de dinero, que generalmente es la ganancia de terceras personas, también generalmente varones.

Pretendo examinar la situación de quienes entran a la prostitución, las personas que son prostitutas: la mayoría casi absoluta, mujeres y niñas; de edades cada vez más y más tempranas³⁹; de grupos raciales desfavorecidos; con necesidades económicas extremas; sin hogar, ni techo ni lugar para refugiarse; o con una historia previa de incesto⁴⁰, de abuso físico o sexual —usualmente cometido por algún familiar o allegado—⁴¹.

³⁹ “La edad promedio de entrada a la prostitución es 13 años (M.H. Silbert y A.M. Pines, 1982, “Victimization of street prostitutes, *Victimology: An International Journal*, 7: 122-133) o 14 años (D.Kelly Weisberg, 1985, *Children of the Night: A Study of Adolescent Prostitution*, Lexington, Mass, Toronto). La mayoría de estas niñas de 13 o 14 años son reclutadas o coercionadas para entrar en la prostitución” (Farley, Marissa, “Prostitution: Fact Sheet on Human Rights Violations”, San Francisco, Prostitution Research & Education, 2000).

⁴⁰ “Estimaciones de la prevalencia del incesto entre prostitutas alcanzan entre el 65% al 90%. El Informe Anual del Council for Prostitution Alternatives, Portland, Oregon en 1991 afirmó que: 85% de de las prostitutas informaron una historia de abuso sexual en la niñez; 70% informaron incesto. Los porcentajes más altos (80%-90%) de reportes de incesto y ataques sexuales en la niñez de las prostitutas proviene de reportes anecdóticos y de clínicas que trabajan con prostitutas (entrevistas con las psicólogas en Nevada citadas por Patricia Murphy: *Making the Connections: women, work, and abuse*, 1993, Paul M. Deutsch Press, Orlando, Florida; ver también Rita Belton, „Prostitution as Traumatic Reenactment,“ 1992, *International Society for Traumatic Stress Annual Meeting*, Los Angeles, CA M.H. Silbert and A.M. Pines, 1982, „Victimization of street prostitutes,“ *Victimology: An International Journal*, 7: 122-133; C. Bagley and L Young, 1987, „Juvenile Prostitution and child sexual abuse: a controlled study,“ *Canadian Journal of Community Mental Health*, Vol. 6: 5-26.)” (Farley, ob. cit.).

⁴¹ MacKinnon, Catharine A., “Trafficking, Prostitution, and Inequality”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2011, vol. 46, nro. 2, pp. 271-309 (la traducción es propia). Nota 14 en el texto original: “Ver Mike Dottridge, «Kids as Commodities? Child Trafficking and What to do about It» 28 (2004) (“La principal razón por la que los niños/as, como las personas adultas, de comunidades particulares terminan siendo víctimas de trata es la falta de alternativas para ganarse la vida para ellos y sus familias); Chandré Gould & Nicolé Fick, *Report to the South African Law Reform Commission: Preliminary Research Findings of Relevance to the Draft Legislation to Combat Trafficking in Persons and Legislation Pertaining to Adult Prostitution* 12 (2007) (sobre discusiones en focus groups con personas en la prostitución que “en todos los casos las responsabilidades financieras, o las necesidades de las familias o dependientes las llevaron a esa industria”); SALRC, *Sexual Offenses*, *Supra* note 4, at 24 (“Ninguna de nosotras estamos haciendo esto por placer. Lo hacemos por supervivencia”); *Special Committee on Pornography and Prostitution in Canada*, 2 *Pornography and Prostitution in Canada* 376-77 (1985) (“En su gran mayoría, las prostitutas refieren causas económicas como la razón por la que están en las calles”); Farley et al., *Nine Countries*, *supra* note 3, at 34, 56, 65; Amber Hollibaugh, *On the Street Where We Live*, *Women’s Rev. of Books*, Enero 1988, pág. 1 (“El motivo último para cualquier mujer en el comercio sexual es económico. De cualquier modo que se sienta la mujer cuando finalmente entra en esa vida, siempre comienza como una cuestión de supervivencia —el

Dentro de la prostitución, las mujeres llegan a tener sexo con cientos de hombres por mes, miles de hombres por año, desconociendo las condiciones a las que estarán sometidas y sin posibilidad de controlar tales condiciones⁴². Mientras son prostituidas, son sometidas a nuevos abusos, violaciones⁴³, golpizas y hasta torturas; atadas a una situación de deuda económica permanente con sus proxenetas o tratantes. Muchas son arrestadas o privadas de libertad y nuevamente sometidas a agresiones sexuales por parte de las fuerzas de seguridad. Están sujetas a la infección de enfermedades de transmisión sexual, en especial VIH-SIDA por haber tenido que ceder al uso sexual sin preservativo, sea por coerción o, paradójicamente, por necesidades económicas de subsistencia. Pueden ser convertidas en adictas a las drogas⁴⁴ o al alcohol con la finalidad de mantener el control y su situación de dependencia⁴⁵. Llegan a sufrir procesos de disociación por los cuales se desconectan de su realidad emocional y consiguen que su cuerpo se aleje, desvinculándose de la realidad a la que están sometidas^{46 47}.

alquiler, los hijos, las drogas, el embarazo, financiar un aborto, huir de la casa, estar indocumentada, tener una «mala reputación», el incesto— siempre comienza como una situación para tratar de salir del paso”).

⁴² “Una vez en la prostitución, las mujeres se dan cuenta que no tienen ningún tipo de control o de capacidad para decidir sobre sus clientes, sobre el tiempo y el precio del servicio, o sobre el tipo de actividad sexual que se va a realizar” (O’Connor, Monica y Healy, Grainne, “The Links between Prostitution and Sex Trafficking: A Briefing Handbook”, informe preparado para el proyecto conjunto coordinado por la Coalition Against Trafficking in Women (CATW) y el European Women’s Lobby (EWL) conocido como “Joint Project on Promoting Preventative Measures to Combat Trafficking in Human Beings for Sexual Exploitation: A Swedish and United States Governmental and Non-Governmental Organisation Partnership”, 2006. Ver D’Cunha, Jean, “Legalising prostitution: In search of Alternative from a Gender and Rights Perspective. Paper presented at Seminar on the effects of Legalisation of Prostitution Activities”, *A Critical Analysis organised by the Swedish Government*, Sweden, 5-6 November, 2002.

⁴³ Según los datos recolectados por Farley, “Alrededor del 80% de las mujeres en prostitución han sido víctimas de una violación. Es duro hablar de esto porque la experiencia de la prostitución es igual que la violación. Las prostitutas son violadas ocho a diez veces por año. Ellas son la clase de mujeres más violada en la historia de nuestro planeta (Susan Kay Hunter and K.C. Reed, July, 1990 “Taking the side of bought and sold rape,” discurso en National Coalition against Sexual Assault, Washington, D.C.). Otros estudios reportan que entre 68% a 70% de mujeres en prostitución son violadas (M. Silbert, “Compounding factors in the rape of street prostitutes,” en A.W. Burgess, ed., *Rape and Sexual Assault II*, Garland Publishing, 1988; Melissa Farley y Howard Barkan, “Prostitution, Violence, and Posttraumatic Stress Disorder,” 1998, *Women & Health*). “... 78% de 55 mujeres que buscaron ayuda del Council for Prostitution Alternatives en 1991 informaron ser violadas un promedio de 16 veces por año por sus proxenetas, y fueron violadas 33 veces por año por los prostituyentes (Susan Kay Hunter, *Council for Prostitution Alternatives Annual Report, 1991, Portland, Oregon*) 85% de las prostitutas son violadas por proxenetas (Council on Prostitution Alternatives, *Portland, 1994*)”.

⁴⁴ Ver Lawless, Kerry y Wayne, Anne, “The Next Step Initiative. Research report on barriers affecting women in prostitution”, TSA Consultancy - Ruhama, 2005.

⁴⁵ O’Connor, M. y Healy, G., ob. cit.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ “Pero nadie queda completa, porque es demasiado lo que te sacan cuando la invasión está dentro tuyo, cuando la brutalidad está dentro de tu piel” (Dworkin, ob. cit.).

Melissa Farley desarrolló una investigación en nueve países (Canadá, Colombia, Alemania, México, Sudáfrica, Tailandia, Turquía, Estados Unidos y Zambia) respecto del historial de violencia física y sexual de 854 personas contemporáneamente o recientemente en prostitución. Entre sus hallazgos, predominó el carácter multi-traumático de la prostitución: 71% de las personas prostituidas fueron físicamente atacadas en prostitución; 63% fueron violadas; 89% respondieron que querían escapar de la prostitución, pero no tenían otra forma de sobrevivir. Un total de 75% habían estado sin hogar en algún momento de sus vidas; 68% cumplían los criterios establecidos para el Trastorno de Stress Postraumático (PSTD, por sus siglas en inglés). La severidad de los síntomas del Trastorno de Stress Postraumático estaba fuertemente asociada al número de diferentes tipos de violencia física y sexual sufridos a lo largo de su vida^{48 49}.

Los síntomas de stress postraumático de las participantes de este estudio estaban en un rango similar al de los veteranos de guerra que buscan tratamientos, las mujeres golpeadas que requieren de refugios, las sobrevivientes de violación y las personas refugiadas por tortura infligida por el Estado. Estos datos se repiten en otras investigaciones similares⁵⁰.

⁴⁸ Farley, M., Cotton, A., Lynne, J., Zumbek, S., Spiwak, F., Reyes, M.E., Alvarez, D., Sezgin, U., "Prostitution and Trafficking in Nine Countries: An Update on Violence and Posttraumatic Stress Disorder", en Farley, Melissa, *Prostitution, Trafficking, and Traumatic Stress*, Routledge, 2004, pp. 33 y ss.

⁴⁹ Respecto de una investigación desarrollada en San Francisco, Farley expuso: "Algunos de los ballazgos de este estudio fueron los siguientes: 82% de las prostitutas en San Francisco habían sido físicamente asaltadas en la prostitución; 68% habían sido violadas en la prostitución; 46% de aquellas mujeres violadas lo habían sido por clientes; del 49% habían realizado pornografía en prostitución. 88% de las prostitutas entrevistadas afirmaron que querían escaparse de la prostitución inmediatamente. 84% informaron actual o pasado sin hogar. 78% expresaron la necesidad de hogar o un lugar seguro; 73% necesitaban entrenamiento laboral y 67% necesitaban tratamiento contra las drogas o el alcohol. El porcentaje de prostitutas en esta muestra en el cual se aplicaba los criterios del DSM-IV para PTSD (post traumatic stress disorder) era comparable a las mujeres golpeadas que requieren buscar ayuda y a veteranos de combate con PTSD" (Farley, M., "Research which addresses prostitution as a human rights violation", en Du Plessis, Jean (comp.), *Prostitution Perspectives: a collection of pragmatic and authoritative essays*, Johannesburg, The House, 1996).

"La Coalición Contra el Tráfico de Mujeres hizo 2 estudios, en los cuales entrevistamos a un número combinado de 186 mujeres en prostitución. El primer estudio fue realizado en 5 países e incluyó a mujeres tratadas en el proceso de migración. Los índices y frecuencia de la violencia fueron extremadamente altos, con daño físico (casi 80%), violación sexual (más de 60%), abuso emocional (más de 80%), amenazas verbales (más de 70%), y control a través del uso de drogas o alcohol (casi 70%)" (Raymond, J., D'Cunha, J., Ruhaini Dzuhayatin, S., Hynes, H.P., Ramírez Rodríguez, Z., y Santos, A. (2002). Un Estudio Comparativo de Mujeres Traficadas en el Proceso de Migración: Patronos, Perfiles y Consecuencias de Salud en Cinco Países (Indonesia, Filipinas, Tailandia, Venezuela y Estados Unidos). Coalición Contra el Tráfico de Mujeres (CATW).

⁵⁰ Respecto de otros estudios sobre la severidad de los síntomas de PSTD, ver Farley, Melissa, "Prostitution, Trafficking, and Cultural Amnesia: What We Must Not Know in Order to Keep the Business of Sexual Exploitation Running Smoothly", en *Yale Journal of Law and Feminism*, 2006, vol. 18, nro. 1, pp. 109-144.

Farley sostiene que:

“Aunque este estudio evalúa solamente al Trastorno de Stress Postraumático como consecuencia psicológica de la prostitución, síntomas adicionales de sufrimientos emocionales son comunes entre las mujeres prostituidas, incluyendo otros desórdenes de ansiedad, desórdenes de disociación (Ross, Farley, & Schwartz, 2003), abuso de estupefacientes, desórdenes de personalidad, y depresión. La depresión es casi universal entre las mujeres prostituidas. Por ejemplo, Raymond, Hughes y Gómez (2001) hallaron que el 86% de las mujeres tratadas a nivel nacional y el 85% de mujeres tratadas a nivel internacional experimentaban depresión”⁵¹.

Otros estudios, también, indican que las mujeres prostituidas sufren lesiones cerebrales como consecuencia de las experiencias traumáticas vividas, palizas, puñetazos, patadas, estrangulamientos, golpes en la cabeza con objetos pesados, etc., similares a aquellas experiencias documentadas a través de testimonios de sobrevivientes de la tortura o de mujeres maltratadas, como adelantáramos⁵².

Las mujeres raramente salen de la prostitución habiendo acumulado sumas de dinero⁵³, ni con grandes expectativas de movilidad social, ni con mayores estudios o herramientas que permitan un catálogo amplio de alternativas para encarar sus planes de vida.

Muchas apenas logran escapar con vida del encierro, de las condiciones de padecimiento, de las enfermedades de transmisión sexual, de las golpizas y de otros actos de violencia a los que son sometidas, incluyendo violencia extrema y homicidios. Todo esto converge en altas cifras de mortalidad de las mujeres prostituidas⁵⁴.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Ver Jacobs & Jacobino, 2001, Valera & Berenbaum, 2003, Farley, 2004, citados por O'Connor y Healy, ob. cit.

⁵³ MacKinnon, ob. cit., nota 15 en el texto original: “Ver, por ejemplo, Dorchen Leidholdt, “Prostitution: A Violation of Women’s Human Rights”, 1 *Cardozo Women’s L. J.* 133, 142 (1993) (“En la gran mayoría de los casos, la prostitución permite a la mujer, como mucho, tener una vida de subsistencia”) Cynthia Mayer, *The Last Trick: Prostitutes Who Want to Get Out Find That Someone Does Care*, *Chic. Trib.*, May 30, 1993, pág. 12 (“Es un mito que las mujeres se vuelvan ricas haciendo esto No conozco a ninguna que esté retirada con una jubilación, sentada al lado de una piscina”).

⁵⁴ MacKinnon, ob. cit., nota 16 en el texto original: “Un estudio canadiense calculó una tasa de mortalidad cuarenta veces superior al promedio nacional para las mujeres prostituidas. Ver *Special Committee on Pornography and Prostitution in Canada*, 2 *Pornography and Prostitution in Canada* 376-77 (1985) pág. 350. El homicidio de mujeres en la prostitución excede largamente el de cualquier otra cohorte en los Estados Unidos. Ver Devon D. Brewer et al., *Extent, Trends, and Perpetrators of Prostitution-Related Homicide in the United States*, 51 *J. Forensic Sci.* 1101, 1001, 1107 (2006) (estimando, conservadoramente, que el 2,7% de los homicidios femeninos en los Estados Unidos entre 1982 y 2000 fueron de prostitutas – la tasa más alta de victimización para cualquier grupo de mujeres jamás vista); John J. Potter et al., *Mortality in a Long-term Open Cohort of Prostitute Women*, 159 *Am. J. Epidemiology* 778, 783 (2004) (concluyeron, sobre la base de un estudio con mujeres prostituidas en Colorado Springs que “en nuestro conocimiento, ninguna población de

Conforme a los datos brindados por Farley⁵⁵, el Comité Especial Canadiense sobre Pornografía y Prostitución concluyó que la tasa de mortalidad de las mujeres y niñas prostituidas era 40 veces más alta que la del promedio de la población⁵⁶. La información aportada en un estudio respecto de tasas de suicidio de mujeres en prostitución muestra que el 75% de mujeres “escort” en prostitución habían intentado suicidarse y que las mujeres prostituidas componen el 15% de todos los suicidios reportados por los hospitales^{57 58}.

Una aguda descripción de las características de la violencia en el sistema prostibulario expone:

“Cada acto de violencia que ha sido visibilizado como resultado del movimiento de mujeres –incesto, acoso sexual, abuso verbal misógino, acecho, violación, maltrato y tortura sexual– es un punto en el continuo de violencia que ocurre en la prostitución. Como una sobreviviente explicó: ‘Hay miles de libros y clases que proveen a las mujeres información sobre defensa personal y estrategias para «evitar» la violación. Algunas de las lecciones básicas que nos enseñan son no caminar solas durante la noche en calles desiertas y oscuras, no subirse a autos con hombres extraños, no levantar hombres en un bar, no dejar que ni siquiera un hombre que hace entregas a domicilio entre en tu casa cuando estás sola. Sin embargo, esto es lo que el «trabajo» de la prostitución requiere; que las mujeres se pongan en peligro cada vez que ellas tienen un cliente. Y entonces, nos preguntamos: «¿Cómo previenes que esto no conduzca al peligro?». La respuesta es: «No puedes». Cuenta los cuerpos.14”^{59 60}.

mujeres estudiada previamente ha tenido una tasa de mortalidad tan cruda y estandarizada, o un porcentaje de muertes por asesinato ni siquiera aproximado al observado en esta cohorte”; Jonathan Adam Dudek, *When Silenced Voices Speak: An Exploratory Study of Prostitute Homicide* (2002) (disertación doctoral inédita, Hahnemann University) (con consentimiento del autor).

⁵⁵ Farley, ob. cit. nota 3.

⁵⁶ Special Committee on Pornography and Prostitution, *Pornography and Prostitution in Canada*, 1985.

⁵⁷ Nota de Susan Kay Hunter, Council for Prostitution Alternatives, Jan 6, 1993, citada por Phyllis Chesler, “A Woman’s Right to Self-Defense: The Case of Aileen Carol Wuornos”, en *Patriarchy Notes of an Expert Witness*, Monroe, MN, Common Courage Press, 1994.

⁵⁸ Respecto de las tasas de mortalidad de mujeres prostituidas, otro estudio realizado a 1600 mujeres prostituidas en Estados Unidos indicó que “ningún otro grupo de mujeres investigado con anterioridad había registrado un porcentaje tan alto de muertes violentas” (Potterat et al., 2004). En este estudio, el 50% de las mujeres prostituidas muertas habían sido asesinadas (Farley, 2004), citado por O’Connor, M. y Healy, G., ob. cit.

⁵⁹ Farley, ob. cit. nota 14. Nota 14 del original: “Evelina Giobbe, *The Vox Fights*, VOX, Winter 1991, at 34 [hereinafter *Giobbe, The Vox Fights*]. See also Evelina Giobbe, *Confronting the Liberal Lies about Prostitution*, in *The Sexual Liberals and the Attack on Feminism* 67, 76 (Dorchen Leidholdt & Janice Raymond eds., 1990)”.

⁶⁰ *Ibid.*

La realidad de la prostitución evidencia el sistema de jerarquías y subordinación que hemos sufrido históricamente las mujeres⁶¹, a la vez que es atravesada por otros ejes de discriminación –entre los que ocupan un lugar significativo pero no excluyente la clase o la situación socio-económica–. La desigualdad sexual instituye el eje sobre el cual se asienta el sistema prostibulario.

II. ENFOQUE DE “EXPLOTACIÓN SEXUAL” VS. ENFOQUE DE “TRABAJO SEXUAL”

Realizando un recorrido por el debate sobre la prostitución, se han expresado, con matices, dos posturas claramente diferenciadas, y cada una, con su correspondiente encuadre jurídico: el enfoque de la “explotación sexual” y el modelo del “trabajo sexual”, considerado como una opción laboral, lo que implica, por lo tanto, que no asiste razón para que las personas requieran salir de la prostitución⁶².

El enfoque de la “explotación sexual” concibe a la prostitución como una forma de opresión y una violación a los derechos humanos de las mujeres, y pretende, por lo tanto, ayudar a las mujeres a salir de la prostitución. Las mujeres en prostitución expresan que son prostituidas por la ausencia de opciones, por las restricciones al momento de tomar decisiones y por las posibilidades que les son negadas en diversos momentos de su vida.

La prostitución es consecuencia de la falta de elecciones, la última disyuntiva de aquellas personas con menor cantidad de alternativas o que directamente carecen de cualquier otra opción de vida real. La coerción subyacente, ya sea de índole física, económica, como de otro tipo, conduce a un contexto de abusos sexuales a cambio de dinero, y en el que la mayor parte de ese dinero va a otras personas. En estas transacciones, el dinero sirve para coaccionar el sexo, pero no implica el consentimiento de las personas prostituidas⁶³.

Andrea Dworkin explica cuán simple es políticamente: las condiciones materiales crean lo que una prostituta es. Las vías por las cuales las personas terminan en la prostitución son claras y fáciles de entender. Muchas de las mujeres son víctimas de incesto. Muchas de las mujeres son prostituidas por sus padres o por otros miembros de sus familias; vendidas a la prostitución o a la pornografía, usadas como niñas. La pobreza es una cuestión política, aun cuando les pasa a las mujeres. Las mujeres estamos en la prostitución porque somos pobres, porque tenemos hambre,

⁶¹ Aun cuando las cifras conocidas evidencian la presencia de personas trans en prostitución, así como niños, es absolutamente menor en proporción a la cantidad de mujeres y niñas. Conforme con los datos proporcionados por el Ministerio de Seguridad en base al Sistema Integrado de Información del Delito de Trata de Personas (Sis-Trata), Res MS 848/2011, para el año 2011, en cuanto a las personas rescatadas con indicios de ser víctimas de trata para fines de explotación sexual, de un total de 215, 214 son mujeres y uno solo es varón. Mientras que en 188 de los casos son mujeres adultas, 27, son menores de edad. Así, el 99,5 % de las víctimas son mujeres. Por el contrario, en el caso de trata con fines de explotación laboral, el 80,2 % de las víctimas son varones y el 19,8 % son mujeres.

⁶² Para una descripción con mayor detalle de estas posturas y sus correspondientes enfoques jurídicos, ver MacKinnon, ob. cit., que aquí se sigue parcialmente.

⁶³ Cfr. MacKinnon, ob. cit.

porque tenemos frío, las mujeres estamos en la prostitución porque alguien nos dijo que debemos estar ahí, a veces a través del dolor físico, a través de violaciones. Las mujeres estamos en la prostitución porque las mujeres tenemos un status de segunda clase⁶⁴.

En la prostitución, la sumisión y la supervivencia son sinónimos. Para las mujeres prostituidas, la supervivencia reside en hacer cualquier cosa que sea necesaria. Y esa sumisión es llamada “consentimiento” o “elección”.

Según Dworkin, la prostitución es intrínsecamente abusiva. La prostitución en y por sí misma es un abuso del cuerpo femenino.

Al respecto, Julieta Di Corleto⁶⁵ expone:

“... desde la teoría legal feminista, denuncian que la prostitución es una forma de violencia inscripta en una sociedad donde prevalece la dominación masculina. En el marco de una teoría más amplia que parte de reconocer una situación estructural de dominación, se sostiene que para justificar la prostitución se apela a la supuesta autonomía de las víctimas, pero ello no hace más que enmascarar y acentuar la explotación. La prostitución no requiere de una coerción física abierta o de amenazas verbales ya que el sistema en el que se desenvuelven los empresarios de la industria del sexo es naturalmente coercitivo⁶⁶. Desde este extremo de la discusión, la prostitución promueve, impulsa y reproduce la desigualdad de géneros porque lleva a la cosificación de las mujeres. Así se ha denunciado que el sistema patriarcal disfraza a la «coerción» de «libre consentimiento» y a la «sumisión» de «libertad», por lo que la categoría «consentimiento» no tiene ninguna relevancia teórica y la concepción de la prostitución como un trabajo sexual digno debe ser desechada⁶⁷. Para quienes sostienen estas opiniones, la prostitución es un supuesto más de trata, donde se debe investigar el rol del proxeneta, y también del cliente”⁶⁸.

⁶⁴ Dworkin, Andrea, “Why Men Like Pornography & Prostitution so Much”, discurso dado en ocasión de la International Trafficking Conference, 1989.

⁶⁵ Di Corleto, Julieta, “Trata de personas con fines de explotación”, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, 2011, vol. 5, nro. 6, pp. 83-103.

⁶⁶ Así, por ejemplo, MacKinnon, Catharine, “Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista”, en García Villegas, Mauricio; Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, y Restrepo Saldarriaga, Esteban (comps.), *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Uniandes, 2006.

⁶⁷ Para una exhaustiva recensión de este debate, cf. Daniela Heim, “La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales”, en *Nueva Doctrina Penal* 2006/B, pp. 441-467.

⁶⁸ Al respecto, cf. Dorchen Leidholdt, ob. cit. Para el contexto local, cf. por ejemplo, Marta Fontenla, “La prostitución, la trata de mujeres y niñas: ¿Derechos de las humanas o seguridad del Estado”, en De Isla, M. de las Mercedes y Demarco, Laura (comps.), *Se trata de nosotras. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual*, Buenos Aires, Las Juanas editoras, 2008, pp. 297 y ss. Desde el Consejo de Europa, una de las medidas que se adopta para la prevención de trata es la disuasión de la prostitución, para lo cual se trabaja sobre el cliente.

De acuerdo con los testimonios orales históricos recogidos de las mujeres en prostitución, muy pocas de ellas realmente “*eligen entrar a la prostitución*”⁶⁹.

¿Qué hubiera sucedido al preguntar a las niñas –posteriormente niñas, adolescentes o mujeres adultas prostituidas–: “¿Qué te gustaría ser cuando seas grande?”. Parece altamente improbable que tras evaluar la posibilidad de ser médicas, abogadas, arquitectas, maestras, empresarias, entre otras elecciones, estas niñas las hayan descartado sin más y respondieran: “Cuando sea adulta, yo realmente deseo ser prostituta”.

Con más precisión aún, teniendo en cuenta el carácter institucionalizado de la prostitución a lo largo del mundo, para encarar este debate las verdaderas preguntas que debemos hacernos no es preguntarnos: “¿Consintieron?”, sino cómo llegan las mujeres a estar en prostitución, qué opciones y alternativas tuvieron, y qué protección y promoción se brindó a sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales; de qué forma fueron vulnerados, entre otras.

Si entendemos, como Carlos Nino⁷⁰, que el principio de autonomía –que se combina con el principio de inviolabilidad de la persona– requiere no solo de la no-interferencia, sino de la posibilidad de materializar planes de vida libremente elegidos:

*“... es objetiva la valoración de los bienes que son instrumentales para preservar y expandir la autonomía en la elección y materialización de planes de vida (esto se aplica a bienes como la vida, la integridad corporal, la libertad de movimientos, el acceso libre al conocimiento, la disposición de algunos recursos económicos, etc.). Incluso es posible hacer una jerarquización de esos bienes tomando dos parámetros. Primero, con qué frecuencia se da el bien como componente necesario de los planes de vida que la gente suele elegir... Segundo, qué grado de necesidad o relevancia tiene el bien en cuestión respecto de la elección y materialización de algunos planes de vida”*⁷¹.

En lo que hace a las posibilidades de elegir, añade:

“... si un individuo no tiene los medios para satisfacer un plan de vida que ha elegido, mal se puede decir que tenía la capacidad de elegirlo, su «elección» fue

⁶⁹ “Vea testimonio oral citado en “Prostitution is Cruelty and Abuse to Women and Children”, *Feminist Broadcast Quarterly*, Primavera, 1993 por Susan Kay Hunter. Hunter es la Coordinadora de Operaciones para el Consejo de las Alternativas a la prostitución. También vea testimonios orales históricos recogidos de mujeres en prostitución de WHISPER, 3060. Bloomington Ave. So. Minneapolis, MN 55407 USA. Selecciones citadas en Evalina Giobbe, “Prostitution: Buying the Right to Rape”, en Ann Wolbert Burgess, (New York: Garland Publishing, Inc.), 1991”, citado en el Informe al Relator Especial de Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas de la Coalition Against Trafficking of Women, elaborado por Janice Raymond, Ginebra, mayo de 1995.

⁷⁰ Para un desarrollo en profundidad de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona humana, ver Nino Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, 1a. ed., Buenos Aires, Paidós, 1984.

⁷¹ *Ibid.*

totalmente inoperante...”

Esta capacidad de elegir un plan de vida se restringe en la medida en que se vulneran los prerrequisitos de la autonomía: la integridad corporal y psíquica; el desarrollo de las facultades intelectuales del individuo a través de la educación; y el control de ciertos recursos materiales. Respecto de esta última condición, expresa:

“Buena parte de los bienes anteriores requieren, en cualquier sistema económico, del control de ciertos ‘recursos materiales’, lo que supone tanto el acceso a ese control como la preservación de él una vez obtenido. Como es obvio, la producción de esos recursos requiere, entre otros factores, trabajo y el trabajo constituye, a la vez, tanto un importante medio de autorrealización como un factor que limita considerablemente esa autorrealización a causa del gasto del tiempo y de la energía que él implica. El principio de autonomía erige, entonces, en un bien, tanto la ‘libertad para realizar trabajos significativos’ como la de contar con períodos de ocio para atender a otros aspectos de la autorrealización individual.

De la provisión de estos bienes emerge como un bien de segundo nivel el de la ‘seguridad personal’, o sea, el no verse privado de los bienes anteriores —sobre todo la vida, la integridad física y mental y la libertad de movimientos—. ”⁷²

Hemos señalado las circunstancias por las cuales las mujeres están en prostitución y, como se observa, lejos se está de cumplirse con los requisitos mínimos que exige el principio de autonomía, de sus precondiciones más elementales. Más difícil aún será sostener que mientras están en prostitución satisfacen este principio o que no salen de la prostitución porque es la forma de consagración de su autonomía.

Distintas autoras han indicado que cuando se le pregunta a una persona en prostitución “¿Qué necesita?”, el 89% dirá: “Dejar la prostitución”⁷³. Sin embargo, sienten que no pueden o no saben cómo hacerlo. Dado el limitado número de estrategias y políticas públicas para la salida de la prostitución, las mujeres prostituidas suelen estar atrapadas en su situación. Las distintas formas de violencia a las que son

⁷² *Ibid.*

⁷³ MacKinnon, ob. cit. nota 5, nota 60 del original: “Ver Farley et al., *Nine Countries*, supra note 3, at 48, 51; Ver también James, supra note 17, at 69 (señalando el fatalismo de las niñas prostituidas en Seattle donde la casi imposibilidad de salida era ampliamente aceptada); Saphira & Herbert, supra note 18, at 7–8 (entrevistando 47 nueva zelandeses prostituidas, entre las cuales el 80% había intentado dejar el comercio sexual, la mayoría de las cuales fracaso, y la mayoría señalando necesidad económica); Gavin W. Jones et al., *Prostitution in Indonesia: Historical and Social Factors Behind the Development of the Sex Sector*, en *The Sex Sector: The Economic And Social Bases Of Prostitution In Southeast Asia* 29, 43 (Lin Lean Lim ed., 1998) (reportando que la “mayoría” de las mujeres prostituidas de Indonesia entrevistadas “no estaban cómodas con su trabajo y el 96% había tenido planes de dejar”); Claudia Hammond, “Yo Estoy Acá Solo para Sobrevivir”, *Guardian (U.K.)*, Enero 9, 2008, at 18 (reportando que de las entrevistas realizadas con numerosas mujeres prostituidas en los burdeles de la ciudad de Daulatdia, Bangladesh, que ninguna “intentaba pasar su vida entera aquí. Cada una tiene un plan de dejar, solo que no todavía”).

sometidas, entre las cuales se destacan los castigos físicos y amenazas que les dirigen a ellas y sus familias en caso de querer dejar la prostitución, así como los que presencian cuando sus compañeras pretenden escapar, presentan un entorno atemorizante. En muchos casos, carecen de confianza, de iniciativa o de los recursos necesarios para poder dejar la prostitución. En general, se requiere de una cantidad de intentos y ciclos de entrada y salida de la prostitución debido a las barreras que están presentes en cada momento de estos procesos de salida (factores individuales, relacionales, estructurales y sociales)⁷⁴.

La falta de respuesta por parte de personal policial, efectores de salud, funcionarios públicos, operadores judiciales, entre otros, que están en condiciones de detectar y brindar recursos a las mujeres prostituidas, importa un obstáculo difícil de superar, en particular, cuando las mujeres prostituidas saben que existe algún nivel de convivencia con los tratantes, proxenetas y prostituyentes —en caso de no estar directamente incluido entre estos—.

La perspectiva de la “explotación sexual” busca abolir la prostitución y erradicar la industria del sexo. Su correspondiente enfoque jurídico apunta, en primer lugar, a impedir cualquier tipo de penalización o sanción de las personas prostituidas, ya sea penal, administrativa o migratoria, y la protección y promoción de sus derechos políticos, civiles, económicos y sociales, así como la implementación de políticas activas efectivas de salida de la prostitución. Se dirige, además, a la penalización de “vendedores” (proxenetas, rufianes y tratantes) y “compradores” (quienes pagan por el uso sexual de las personas prostituidas), y a la eliminación de cualquier tipo de sanción para las personas prostituidas.

El modelo que concibe a la prostitución como “trabajo sexual”, por su parte, le atribuye el carácter de actividad consentida por las mujeres, quienes reciben un “pago”, como en cualquier trabajo y estiman que su carácter estigmatizante proviene de su falta de cualquier tipo de reconocimiento legal.

En este orden de ideas, se expresa Daniela Heim:

“... encontramos a quienes consideran que la falta de reconocimiento jurídico de la prostitución como trabajo constituye, al mismo tiempo, causa y efecto de la violación de tales derechos y, por ende, consideran que la solución pasa por que se reconozcan derechos laborales a las personas que se dedican a esta actividad”⁷⁵.

Y, agrega:

“Afortunadamente, cada día se suman más esfuerzos para desvelar muchos mitos contruidos alrededor de la prostitución, para formar un pensamiento teórico y político orientado a afianzar un proceso de empoderamiento, de reconocimiento y respeto de los derechos subjetivos, civiles y humanos, de reconocimiento y respeto

⁷⁴ Ver Baker, Lynda *et al.*, “Exiting Prostitution: An Integrated Model”, en *Violence Against Women*, vol. 16, nro. 5, pp. 579 y ss.

⁷⁵ Heim, ob. cit., también en: <http://www.jerc.cat/documents_arxiu/formaciobcn/la_prostitucion_a_debate_article_de_daniela_heim.pdf>.

de la capacidad de auto-determinación y auto-organización de las personas insertadas en la industria del sexo y de su legitimidad como agentes políticos y jurídicos, tanto en los asuntos que les conciernen, como en cualquier otro proceso social, como actores legítimos de una vía de cambio, hacia una sociedad más justa.

Ese esfuerzo conjunto parte de la asunción de la prostitución como lo que en la mayoría de los casos representa: una actividad económica y laboral (sea permanente o transitoria, a tiempo completo o parcial), una forma voluntaria de obtención de libertad e independencia de quienes la ejercen, que –al igual que otras elecciones que tienen que ver con la sexualidad– no merece ser juzgada en términos morales negativos”⁷⁶.

Para esta postura, el reconocimiento de la prostitución como actividad laboral se sustenta en el derecho a la auto-determinación, a la libertad de empresa y al uso del cuerpo como herramienta de trabajo. Puede implicar la liberación sexual y el desprendimiento de modelos victorianos y la lucha contra estereotipos moralistas⁷⁷.

Empero, este modelo no explica cómo la autonomía y auto-determinación se ve empoderada si las mujeres entran en la prostitución por la necesidad de supervivencia, por la falta de opciones. No da cuenta de que su autonomía haya sido potenciada de modo tal que hubieran realizado una elección, adoptado una decisión libremente elegida entre distintas posibilidades de planes de vida.

La cuestión fundamental es qué hubiera sucedido en un escenario donde los derechos políticos, civiles, sociales, económicos y culturales de las mujeres prostituidas no hubieran sido vulnerados: si hubieran tenido un entorno contenedor y no violento en su infancia, si hubieran podido acceder a derechos fundamentales como la alimentación, la educación, la salud, la vivienda, si no hubieran sido sometidas a distintas manifestaciones de violencia simplemente por ser mujeres. Ante la falta de goce y ejercicio de esos derechos básicos, es imposible hablar de “libre elección” de las mujeres en los sistemas prostitubularios.

Dentro del modelo del “trabajo sexual”, hay autoras que reconocen la situación de subordinación y desigualdad social de las mujeres, pero consideran que la prostitución es una estrategia válida para las mujeres, una vía de adquirir ingresos, como “cualquier trabajo”. Entienden a la prostitución como un acto individual de una mujer individual, con lo cual se mantiene un velo sobre los alcances del carácter sistemático e institucionalizado de la prostitución y de la industria del sexo.

Claramente, las mujeres prostituidas en su inmensa mayoría están insertas en circuitos prostitubularios institucionalizados en los cuales no pueden “elegir” quiénes, cuántos, dónde y cómo utilizarán su cuerpo. Esto no es una elección sobre

⁷⁶ Heim, ob. cit.

⁷⁷ “Actualmente, a pesar de que más de la mitad de las migrantes son mujeres, se desconocen sus estrategias de supervivencia y se desvalorizan sus proyectos emancipadores, especialmente cuando se orientan al sector del sexo”. Ver Iglesias Skulj, Agustina, “Prostitución y Explotación Sexual: La Política Criminal del Control del Cuerpo Femenino en el Contexto de las Migraciones Contemporáneas (El caso de España)”.

la sexualidad que una persona libremente asuma en forma individual, en un hecho particular. Estoy hablando de un contexto histórico y sistemático de desigualdad sexual, de violencia contra las mujeres. Estoy hablando de una estructura de poder en la cual quienes “compran” cuerpos de mujeres para su uso sexual son varones. No me refiero a un acto entre dos personas, un hecho aislado, singular, individual. Estoy hablando de una estructura de poder, de un sistema de jerarquías del que se sirven miembros de un grupo con más poder en la sociedad sojuzgando a miembros de un grupo con menos poder en la sociedad.

Todo ello, socialmente institucionalizado, tolerado, amparado y utilizado por integrantes del sistema de salud, de educación, de las fuerzas de seguridad, de los poderes políticos y del servicio de administración de justicia.

Que nos neguemos a ver esta realidad de la prostitución no hará que desaparezca, ni que las mujeres tengamos mayor autonomía, ni que las mujeres consideremos que la prostitución devenga en un fenómeno con altas expectativas laborales, ni que sea el lugar al que nos lleven nuestros deseos. Incluso reconociendo una estructura de clases dentro de la prostitución, no debemos apartarnos de las realidades cotidianas, y vuelvo a las palabras de Andrea Dworkin: las circunstancias que rodean la prostitución sustancialmente no importan, *“porque estamos hablando sobre el uso de la boca, la vagina y el recto. Las circunstancias de ningún modo mitigan o modifican lo que la prostitución es”*⁷⁸.

Resulta poco plausible considerar que la prostitución es un trabajo cuando ningún otro “empleo” tiene una tasa comparable de ataques físicos, violación y homicidios, con excepción de los combatientes de guerra⁷⁹.

La visión de la prostitución como trabajo sexual tiene su correlato en un enfoque jurídico que promueva la despenalización de todos los ámbitos y actores, incluyendo proxenetas, de modo de convertirla en una actividad legítima. Reivindica el carácter laboral de la prostitución; reclama “condiciones justas y favorables de trabajo”; el cuidado de la salud y el cuerpo como derechos inherentes a su trabajo; la seguridad social y la percepción de prestaciones sociales por incapacidad y desempleo; y en la mayoría de los casos, la sindicalización. Todo ello, en consonancia con la condición de “trabajo” que se reivindica.

Ahora bien, esta misma noción tiene como consecuencia la ausencia de mayores cuestionamientos a la prostitución como institución. No promueve su erradicación, sino lo opuesto. Además, tampoco se considera relevante la promoción de la salida de las mujeres de la prostitución, sino que meramente se declama el reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social.

Se proclama que las mujeres podrían irse si simplemente lo quisieran. Sin embargo, las mujeres prostituidas, las mujeres objeto de trata muchas veces están físicamente prisioneras por candados, barrotes o guardias, y esta descripción es literal. Aquellas con aparente libertad para irse están controladas por otros medios. Violencia física, sexual y psicológica son empleadas contra ellas eficazmente. Son golpeadas duramente por rechazar “clientes”, intentar escapar o “causar problemas”.

⁷⁸ Dworkin, ob. cit.

⁷⁹ Farley *et al.*, ob. cit. nota 12.

Otras mujeres reportaron haber sido drogadas o forzadas a consumir alcohol, algunas a punto tal de convertirse en adictas. Muchas mujeres son “libres para irse” tan pronto como paguen una deuda que crece cada día. Los tratantes y proxenetas amenazan a las víctimas con hacer que las arresten o lastimar a los miembros de sus familias si ellas “se portan mal” o le cuentan a alguien sobre su situación. Los tratantes y proxenetas instalan un miedo agudo a los oficiales de policía y de migraciones para silenciar a las mujeres y sofocar su esperanza de escapar. La compleja mezcla de miedo, intimidación y violencia utilizada por tratantes y dueños de burdeles efectivamente inmoviliza a sus víctimas⁸⁰.

Quienes defienden la concepción de la prostitución como trabajo sexual se presentan y definen como “el movimiento de defensa de los derechos de las personas trabajadoras sexuales”, “enfoque de los derechos humanos”, “colectivo de defensa de los derechos de las personas que realizan trabajo sexual”, “defensoras de los derechos humanos de las prostitutas”.

El lenguaje, las palabras, las formas de nombrar no son neutros: tienen una fuerte connotación y denotación, una importante carga afectiva. Su elección no es ingenua. Tiene consecuencias en la forma de observar la realidad; en muchos casos, su función es ocultar los efectos reales de determinadas prácticas o fenómenos. La definición como “trabajo” manifiestamente implica su ubicación dentro de un marco específico, que presume la plena voluntad para ejercer ese trabajo. Más aún, al proclamar la defensa del “derecho a trabajar como prostituta”, cualquier tipo de coerción o explotación de índole laboral se considera trabajo forzado, servil, etc., no un “verdadero trabajo”. Por el contrario, al designar a la prostitución como “trabajo” se pretende, mediante este propio acto preformativo, eclipsar su carácter abusivo.

Todo un cambio de realidad por la elección de una palabra. Del mismo modo, la auto-definición como “defensoras de los derechos humanos de las prostitutas” importa la reducción de realidades muy diversas y la pretensión de apropiarse de un sentido de la defensa de los derechos humanos forjado en luchas que, tanto desde el movimiento feminista como desde otros movimientos sociales, se han venido desplegando con anterioridad al surgimiento de este modelo de trabajo sexual. Procura apropiarse de una cadena de significaciones profundamente arraigada en la sociedad para legitimarse.

Pero el uso de este lenguaje no puede ocultar que la prostitución no exista fuera de las condiciones que la generan. No existe una sociedad en la que no se imponga un sistema de jerarquías entre los géneros. No puede existir ninguna sociedad igualitaria mientras existan la dominación masculina y la prostitución, como una de sus sumisiones.

Validar la prostitución no dignifica a las mujeres prostituidas ni corre el estigma que pesa sobre ellas; contrariamente, apunta a dignificar a proxenetas y a quienes compran su uso sexual, e impide que el estigma se desplace hacia ellos.

⁸⁰ Fact Sheet elaborada en forma conjunta por la Comisión Interamericana de Mujeres –OEA– y la Organización Panamericana de la Salud, 2001.

III. PROSTITUCIÓN, TRATA, SISTEMA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

En lo que sigue, quiero dedicarme a analizar la fusión entre la prostitución y la trata de personas para explotación sexual en los circuitos de explotación sexual.

Catharine A. Mackinnon ha desarrollado con precisión la convergencia entre la prostitución, la desigualdad sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual, situando la prostitución en el contexto de violencia contra las mujeres y la desigualdad entre los sexos⁸¹. En particular, advierte que tanto el debate sobre la prostitución como el derecho:

“... se basan en cinco distinciones subyacentes: la prostitución de personas adultas se distingue de la prostitución infantil; la prostitución en la vía pública se distingue de la realizada en el interior de un domicilio; la prostitución legal se distingue de la prostitución ilegal; la prostitución voluntaria se distingue de la prostitución forzada; y la prostitución se distingue de la trata... En mi opinión, todas ellas son distinciones de carácter ideológico. Es decir, ninguna de ellas está respaldada por los hechos conocidos de la industria del sexo, pero todas tienen consecuencias muy reales en materia de legislación, política y cultura. Como en toda ideología, las distinciones operan como posiciones morales diferenciando básicamente lo que algunos consideran como potencialmente ‘no tan malo’ de lo ‘realmente malo’”⁸².

Este tipo de diferenciación presenta un juego de falsas dicotomías tendientes a separar situaciones que están intrínsecamente unidas⁸³. En particular, pretende distinguir una “prostitución mala, intolerable” de una “prostitución natural, tolerable, no tan mala, admisible”, que si bien no puede ser erradicada, no produce daños en sí misma. Pero la realidad de las mujeres prostituidas nos demuestra lo contrario.

El propósito de realizar esta clase de distinciones apunta a legitimar prácticas de explotación sexual, declamando como excepción todos aquellos casos que involucren niños y niñas y el sometimiento mediante el uso de la fuerza física. Ello se traduce en una falsa diferenciación entre “víctimas que merecen” tutela jurídica y otras mujeres prostituidas para quienes no se requiere amparo jurídico alguno. En definitiva, pretende desconocer tanto el daño resultante de la prostitución como los derechos humanos vulnerados.

La postura que separa la “prostitución libre” y la “prostitución forzada” es alentada por la “industria del sexo”, pues le brinda mayor estabilidad y seguridad jurídica.

⁸¹ MacKinnon, ob. cit. nota 5.

⁸² MacKinnon, Catharine A., “Trata, Prostitución y Desigualdad”, en *Discriminación y Género: Las formas de la violencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2011, p. 15.

⁸³ Ver en este sentido el acápite respecto de “Distinciones falsas y engañosas” del Informe al Relator Especial de Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas de la Coalition Against Trafficking of Women elaborado por Janice Raymond, Ginebra, mayo de 1995.

Asimismo, retoma viejos patrones conceptuales utilizados en torno al uso de la fuerza en las violaciones, por lo que torna sumamente improbable “*para las mujeres, especialmente las mujeres de los países en desarrollo, demostrar que ellas fueron forzadas a la prostitución o sexualmente explotadas en contra de su voluntad, si la definición de forzar es limitada*”; y al aplicar “*las palabras «forzada» y «libre» a la prostitución, se proponen crear categorías sin contexto y distinciones sin significado. La industria del sexo no distingue entre «forzado» o «libre», mientras alienta a otros para hacerlo*”⁸⁴.

Importa destacar que la distinción entre conductas “libres” y “forzadas”, así como la cuestión del consentimiento surgieron en el debate sobre la trata de personas solo para aquellos casos de explotación sexual⁸⁵.

Sin embargo, esta discusión no está presente, por ejemplo, en relación con la prohibición de traficar órganos humanos. No se somete a debate la prohibición de comercializar un órgano de personas que “consienten” o “eligen” esta vía de “obtener ingresos”, invocando la necesidad de supervivencia, de pagar alimentos o tratamientos médicos fundamentales para un integrante de la familia, etc., sobre la base de que el cuerpo humano merece ser protegido de toda explotación y comercialización. Empero, no se extiende una protección similar a las mujeres que han “elegido” sobrevivir a través de la explotación sexual.

Quiero enfatizar, en particular, que la prostitución y la trata de personas con fines de explotación sexual son fenómenos que no pueden considerarse en forma aislada si se pretende su cabal comprensión y una respuesta respetuosa de los derechos de las personas prostituidas.

Sheila Jeffreys afirmó que “*la distinción entre la trata y la prostitución, que quienes desean proteger las ganancias que derivan de la industria tan entusiastamente quieren mantener, es insostenible*”⁸⁶. La trata de personas con fines de explotación sexual es una parte del proceso y del sistema prostibulario; genera ganancias de niveles similares al tráfico de armas y el narcotráfico en el orden internacional.

Para Silvia Chejter⁸⁷, la trata es una forma de reclutamiento, entre tantas, que resulta difícil si no imposible disociar de la prostitución:

⁸⁴ Informe al Relator Especial de Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas de la Coalition Against Trafficking of Women elaborado por Janice Raymond, Ginebra, mayo de 1995.

⁸⁵ Di Corleto, Julieta, ob. cit.: “... resulta llamativo que la discusión sobre la relevancia del consentimiento se haya convertido en un punto central del debate sobre la trata de personas, aunque sólo en relación con la finalidad de explotación sexual. Para el resto de los fines previstos por la ley, hace suponer que rige el consenso doctrinario que caracteriza a la figura de plagio prevista en el artículo 140 del Código Penal, para la cual el consentimiento es considerado irrelevante. En este punto, el debate parece asumir que es más sencillo consentir violaciones sexuales sistemáticas como las padecidas por las mujeres en situación de prostitución, que las condiciones laborales irregulares de empleados o empleadas en otro tipo de empleos domésticos o industriales”.

⁸⁶ Jeffreys, Sheila, “Prostitution as a harmful cultural practice”, en Whisnant, Rebecca y Stark, Christine (eds.), *Not for Sale: Feminists Resisting Prostitution and Pornography*, North Melbourne, Spinfex Press, 2004.

⁸⁷ Chejter, Silvia, “Trata, prostitución y derechos humanos. Dilemas éticos, políticos y jurídicos”, disertación dada en el XVIII Encuentro Nacional de Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina “Violencia de género y trata de personas”, celebrado en San Fernando del Valle de Catamarca el 31 de agosto, 1° y 2 de septiembre de 2011.

“Desde una mirada sociológica, es decir, desde la perspectiva de las relaciones sociales, de las lógicas sociales, la explotación sexual y la trata no pueden ser separadas.

(...)

“La magnitud y gravedad de la trata no debe dejar de lado que es un medio y no un fin y que, si bien son necesarios todo tipo de medidas para desalentar y reprimir la trata, ésta es sólo una estrategia de reclutamiento, aunque no la única, y que el corazón duro del sistema prostitucional está en la banalización de estas prácticas (la sociedad en general banaliza e ignora la dimensión de explotación y violencia que implica la prostitución) y la transformación de la explotación sexual en un ‘trabajo como cualquier otro’ que se desliza en innumerables discursos.

“Debemos pensar también a la trata como un instrumento, como una estrategia, una de las estrategias de reclutamiento. La trata de mujeres, que no es nueva, ha sido y es mayoritariamente para alimentar los burdeles y los variados circuitos de prostitución, pobres o lujosos de los más diversos países del mundo”.

Esta estrategia de reclutamiento –como otras– requiere el aislamiento y segregar a las mujeres prostituidas en lugares identificables para la demanda y organizar su explotación, para lo cual se unen otros eslabones en la cadena de redes de tratantes y proxenetas.

Desde otra mirada que señala la inconveniencia de distinguir la prostitución de la trata, Dorchen Leidholdt⁸⁸ indica que la trata para explotación sexual es la prostitución globalizada. Quienes sacan rédito con la “industria del sexo” transportan a niñas y mujeres a través de las fronteras nacionales y regionales y las someten a la prostitución en aquellos lugares donde tienen menores posibilidades de resistir y donde existe mayor demanda.

A la inversa, lo que generalmente es definido como “prostitución” es generalmente la trata interna. Quienes obtienen ganancias en todos los niveles de la industria del sexo controlan a mujeres y niñas; frecuentemente son movilizadas a lugares en los cuales no tienen familiares, amigos ni ningún sistema de apoyo, a menudo moviéndolas sucesivamente entre distintos lugares. Los circuitos nacionales y regionales de la industria del sexo por los cuales rotan a las mujeres y niñas entre ciudades aseguran a los prostituyentes variedad y a quienes especulan con las ganancias de la “industria del sexo”, el control.

Según Mackinnon:

“... desplazarse a través de límites jurisdiccionales no es, y no ha sido, parte de la definición internacional de trata de personas, por lo menos desde 1949. El elemento central de la trata no es el cruce de fronteras o la violencia grave; es

⁸⁸ Ver el discurso de Leidholdt, Dorchen A., “Demand and the Debate”, CATW, 2004.

*la participación de terceros. La trata es el transporte, traslado, la acogida o la recepción de una persona con fines de explotación sexual: es decir, simplemente proxenetismo*⁸⁹.

Continuando con la argumentación de Leidholdt⁹⁰, la trata para fines sexuales y la prostitución se superponen de formas fundamentales. En ambos casos, la explotación sexual comercial recae mayoritariamente en mujeres que comparten situaciones de pobreza, juventud, historiales de violencia previa, abuso sexual, incesto, falta de techo, estatus de minoría en el país donde son explotadas, y poco o ningún apoyo familiar.

Los lugares donde las mujeres tratadas y prostituidas son explotadas a menudo son los mismos donde se encuentran mujeres objeto de trata y mujeres prostituidas localmente. Los mismos prostíbulos, strip clubs, whiskerías y locales similares son generalmente el destino de los tratantes y son una pieza central para su éxito económico.

Por otra parte, los daños que sufren las mujeres prostituidas y objeto de trata son idénticos: desorden de estrés postraumático, depresión severa, lesiones del sistema reproductivo, lesiones por agresiones sexuales y golpizas, y enfermedades de transmisión sexual, entre otras que han sido mencionadas a lo largo de este trabajo.

La demanda por prostitución y la demanda por mujeres objeto de trata es una y la misma, lo que demuestra la falacia de esta falsa división entre prostitución y trata con fines de explotación sexual. Son las mismas víctimas, en los mismos momentos y en los mismos lugares. Los clientes de la industria del sexo explotan a las mujeres objeto de trata y las mujeres prostituidas de modo intercambiable, con idéntico propósito.

Por cierto, la trata internacional intensifica la dinámica de poder y control que caracteriza a la prostitución en el orden nacional: el aislamiento de las víctimas; su dependencia con sus abusadores; sus dificultades para acceder al sistema de justicia; su miedo de exponerse ante las autoridades.

Pero las dinámicas de la trata y la prostitución son las mismas dinámicas, y sus elementos comunes por lejos superan sus diferencias. A pesar de los esfuerzos para diferenciar y separar prostitución y trata, la conclusión ineludible es que la diferencia entre las dos, como mucho, es una de grado y no de clase.

Por ello:

“La prostitución y la trata para fines sexuales son la misma catástrofe para los derechos humanos, ya sea en el aspecto local o global. Ambas son parte de un sistema de dominación basado en el género que hace lucrativa a la violencia contra las mujeres y las niñas hasta un extremo inconcebible. Ambas se aprovechan de mujeres y niñas en situación vulnerable por pobreza, discriminación, y violencia y las dejan traumatizadas, enfermas y empobrecidas. Ambas recompensan a los depredadores sexualmente y financieramente, fortaleciendo tanto la demanda

⁸⁹ MacKinnon, ob. cit. nota 5.

⁹⁰ Ver el discurso de Leidholdt, Dorchen A. “Demand and the Debate”, CATW, 2004.

como las operaciones criminales que aseguran la oferta. Los esfuerzos concertados por algunas ONGs y gobiernos para desconectar la trata de la prostitución – para tratarlo como fenómenos distintos y no relacionados– es nada menos que una estrategia política deliberada dirigida a legitimizar la industria del sexo y proteger su crecimiento y rentabilidad”⁹¹.

IV. DEMANDA: EL PAGO POR EL USO SEXUAL DE UNA PERSONA

Quienes pagan por el uso sexual de las mujeres generan la explotación sexual y esta, a su vez, la demanda de trata de personas –aunque esta explotación no se limita a las víctimas de trata, sino que también afecta a mujeres prostituidas reclutadas a través de otras estrategias–. Sin embargo, son los más invisibilizados en el sistema prostibulario, gozan de anonimato, y pocas políticas públicas han apuntado a este factor clave, por considerar que “está dentro de la naturaleza masculina”, “que es parte del deseo masculino”, “insaciable, instintivo e incontrolable” comprar el uso sexual de mujeres.

Tal como adelantamos al referirnos a las características de la prostitución, los conceptos contemplados en el Protocolo de Palermo “*el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad*” y el lenguaje de la nota 13 al pie de página (*Nota Interpretativa de Naciones Unidas 13: “En los trabajos preparatorios se indicará que la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata”*) refieren que la trata también puede ocurrir sin el empleo de fuerza.

Marcelo Colombo señala:

“En efecto, medios como el abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad y la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, se presentan como supuestos de una voluntad ya doblegada de antemano por el marco de una clara restricción de su ámbito de determinación”⁹².

La explotación sexual –ya sea de víctimas de trata o de otras mujeres prostituidas– a través del abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad incluye el sistema de subordinación y jerarquías entre los géneros. Sin dudas, la desigualdad sexual es un eje cardinal en la generación, mantenimiento y perpetuación de la explotación sexual en todas sus formas.

De acuerdo con el Informe de la Relatora Especial Sigma Huda sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, titulado “Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género”⁹³:

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Disponible en: <<http://www.mseg.gba.gov.ar/Trata/consentimiento%20y%20medios%20comisivos.pdf>>.

⁹³ Ver Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de

“42. La mayor parte de la prostitución, tal y como se practica actualmente en el mundo, suele reunir los requisitos para que pueda ser considerada trata. Es raro dar con un caso en que los motivos que llevan a una persona a la prostitución, y las experiencias de esa persona dentro de la prostitución, no incluyan como mínimo un abuso de poder y/o un abuso de vulnerabilidad. En este contexto, poder y vulnerabilidad deben entenderse también desde la óptica de las disparidades basadas en el sexo, la raza, la etnia y la pobreza. Dicho de manera sencilla, el camino que lleva a la prostitución y a ese estilo de vida una vez que se ha caído en ella, raramente se caracterizan por el pleno ejercicio de derechos de las víctimas o la obtención de oportunidades adecuadas”.

Huda considera que el Protocolo de Palermo define la trata desde una perspectiva extremadamente amplia que engloba probablemente todas las manifestaciones actuales de la prostitución y que considera evidente que la mayor parte de la prostitución implica uno o varios de los medios ilícitos señalados en el apartado a) del artículo 3 del Protocolo, y que, por lo tanto, constituye trata.

En relación con quienes pagan por el uso sexual, asevera que:

“60. ... Los usuarios de la prostitución son incapaces de diferenciar entre las personas prostituídas que han sido víctimas de las actividades ilícitas descritas en el párrafo a) del artículo 3 del Protocolo y las que no lo han sido, o carecen de la motivación necesaria para distinguirlas. Los estudios empíricos⁹⁴ y las respuestas al cuestionario conjunto corroboran esta conclusión. Como se señaló en una respuesta no gubernamental, ‘el desconocimiento que tiene el cliente de las circunstancias reales que soportan las víctimas, su falta de concienciación al respecto o incluso su indiferencia’ son factores estimulantes para el mercado del sexo que se nutre de víctimas de la trata”⁹⁵.

personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, titulado “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género”, presentado ante el Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 62º período de sesiones, tema 12 del programa provisional, 20 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/62.

⁹⁴ Ver Informe de la Relatora Especial citado *ut supra*, nota al pie N° 13: “Anderson and O’Connell Davidson, *supra*, nota 8, p. 23, tabla número 5, reportando que entre el 77% y el 100% de los usuarios de prostitución en un estudio de diversos países eran conscientes de que las mujeres estaban siendo víctimas de trata con fines de su prostitución y que, pese a este conocimiento, continuaron involucrados en el uso de personas prostituídas. Los usuarios de prostitución son a menudo incapaces de hacer tales distinciones porque ellos están motivados a construir una ‘ficción de mutualidad alrededor de sus encuentros con prostitutas’. Julia O’Connell Davidson, “Eroticising Prostitute Use”, en Roger Matthews and Maggie O’Neill (eds.), *Prostitution* (Ashgate, Dartmouth, 2003), pp. 209-210” (la traducción es propia).

⁹⁵ Ver Informe de la Relatora Especial citado *ut supra*, nota al pie N° 14: “Recuerden que los medios no necesariamente deben ser empleados por el usuario de prostitución, sino que pueden haber sido usados por una tercera persona mucho tiempo antes del momento del uso de la persona prostituída en cuestión. Como ha sido señalado, existen pocas razones para creer que el usuario de prostitución sería capaz de diferenciar aquellas

La finalidad de penalizar⁹⁶ la conducta de “comprar” a una persona para su uso sexual no se basa en una simple concepción punitivista ni constituye una intromisión en la vida privada de las personas amparada por el artículo 19 de la Constitución Nacional. La “compra” de una persona para su uso sexual implica un daño para la libertad e integridad sexual de esta persona, así como para su libre determinación. Es, sencillamente, una forma más de explotación sexual.

En su informe, la Relatora Especial niega que una perspectiva de derechos humanos no se ajuste con el uso del derecho penal para castigar a quienes compran el uso sexual de una persona.

Afirma que:

“Esta conclusión sólo puede basarse en la premisa de que los varones tienen el derecho humano a utilizar a personas prostituidas. Esa premisa debería rechazarse: los hombres no tienen derecho a usar a estas personas. En algunos ordenamientos jurídicos, se ha concedido a los varones el derecho legal a valerse de personas prostituidas pero, como se señaló anteriormente, ese derecho puede estar directamente en conflicto con los derechos humanos de las personas que se prostituyen, que en su mayoría han sido objeto de los métodos ilegales descritos en el párrafo a) del Protocolo y, por tanto, son víctimas de la trata. Cuando los derechos humanos de dichas víctimas entren en conflicto con las prerrogativas legales de los usuarios de la prostitución, deben prevalecer los derechos de las primeras: eso es una verdadera perspectiva de derechos humanos en la trata con fines sexuales”.

La obligación de desalentar la demanda está presente en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949⁹⁷, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos que ha suscripto el Estado argentino.

prostitutas que han sido sometidas a estos medios de aquellas no lo han sido. Supra, notes 13, 16. Anderson and O’Connell Davidson, supra note 8, p. 26, donde los autores presumen que las buenas intenciones de los usuarios de prostitución hacen que sea “mucho menos probable” que ellos se involucren en el comercio sexual con víctimas de trata. Esta presunción está mal fundada. Es extremadamente difícil, si no imposible, como una cuestión de hecho para los usuarios de prostitución evitar usar prostitutas tratadas, aun si de buena fe ellos intentan hacerlo. La implicancia lógica es que los usuarios de prostitución que deseen asegurarse de que ellos no estarán involucrados en el comercio sexual con una víctima de trata deben desistir del uso de personas prostituidas a la vez –porque seguramente si ellos están tan bien intencionados, preferirían renunciar a la experiencia del comercio sexual antes que arriesgarse a infligir tal tremendo daño contra una víctima de trata–” (la traducción es propia).

⁹⁶ En relación con países que han avanzado hacia la penalización del pago por el uso sexual de personas, ver, entre otros, Suecia, Islandia, Noruega. Asimismo, se encuentran debatiendo cambios y proyectos: Francia, Filipinas, el Reino Unido, Sudáfrica, Corea del Sur, Israel y el Parlamento Escocés.

⁹⁷ Aprobado por Ley 11.925 y su Protocolo Final por Ley 15.568.

En particular, el Convenio de 1949 establece:

Artículo 1

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

- 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona;*
- 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.*

Artículo 2

Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que:

- 1) mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento;*
- 2) diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.*

Por su parte, la Recomendación N° 19⁹⁸ (11° período de sesiones, 1992) dictada por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer sobre la violencia contra la mujer –organismo encargado del monitoreo e interpretación de la Convención– indica:

“13. En el artículo 6 se exige a los Estados que adopten medidas para suprimir todas las formas de trata y explotación de la prostitución de la mujer.

15. *La pobreza y el desempleo obligan a muchas mujeres, incluso a muchachas, a prostituirse. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia porque su condición, que puede ser ilícita, tiende a marginarlas. Necesitan la protección de la ley contra la violación y otras formas de violencia”.*

Esto refiere al deber del Estado de tener un orden normativo que condene la trata. En tal sentido, la penalización del uso de las personas prostituidas es uno de los canales privilegiados para poder cumplir dicha obligación.

Ante eventuales críticas respecto de que la penalización de “clientes” o quienes “compran” el uso sexual de una persona pueda tener como consecuencia que se recurra a ocultar la prostitución y, por tanto, se exacerbe la vulnerabilidad de las víctimas y las violaciones a sus derechos, Signa Huda contesta que, por el contrario, la legalización de la prostitución supone presentar las violaciones de los derechos humanos como si fueran simplemente consecuencias de un trabajo legítimo, “ocultando”, por tanto, esas violaciones tan evidentes. Más aún, cuando la prostitución está legalizada⁹⁹ las autoridades no vigilan la industria del sexo

⁹⁸ En: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom19>>.

⁹⁹ Cabe aclarar que de acuerdo con el Convenio de 1949, se debe perseguir a los traficantes, proxenetas, reclutadores y explotadores de la prostitución ajena, así como derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa que obligue a las personas en prostitución a inscribirse en un registro especial. Los Estados parte del Convenio no pueden legalizar o reglamentar la prostitución.

y así cada vez hay más víctimas que son atraídas y obligadas a someterse a la prostitución.

La legalización y la regulación aumentan los anclajes y privilegios de los elementos del sistema prostibulario: tratantes y proxenetas se convertirían en hombres de negocios; los burdeles, whiskerías y casas de tolerancia se convertirían en establecimientos legales con pocas o nulas restricciones; los que compran sexo aumentarían su poder en tanto consumidores; y niñas y mujeres tratadas y prostituidas estarían fuera del alcance de cualquier control. La legalización conlleva la expansión de la “industria del sexo”, tanto de la prostitución como otras formas de explotación sexual¹⁰⁰.

Se alega que la prostitución puede constituir “un mejor trabajo” a través de su legalización o regulación; a través de la sindicalización de las mujeres en prostitución; a través de campañas que provean de profilácticos a las “trabajadoras sexuales”. Se pretende mantener un velo de oscuridad sobre el papel que desempeñan quienes pagan por el uso sexual de las mujeres prostituidas en la creación y mantenimiento de un mercado sexual globalizado. Mientras tanto, se ofrecen pocas o nulas alternativas para que las mujeres puedan salir de la prostitución.

Prevenir, combatir y sancionar la compra del uso sexual de mujeres y niñas, y garantizar los derechos políticos, civiles, sociales, económicos y culturales de las personas prostituidas exige la voluntad política de legislar e implementar políticas y programas especialmente diseñados para combatir las causas estructurales y no un mero conjunto de paliativos que son inútiles para resolver verdaderamente el problema.

Si no existen políticas públicas articuladas tanto de prevención y represión de la explotación sexual, como de asistencia, protección, reinserción social y restauración plena de derechos a las víctimas; si no se admite la necesidad de combatir las instituciones del proxenetismo y la prostitución, y no solo la trata; si no se distingue que la trata debe entenderse como un medio y no como un fin en sí misma; si no se reconoce la desigualdad de género como un anclaje clave de la explotación sexual, ninguna legislación ni política pública será eficaz para erradicar este fenómeno¹⁰¹.

En palabras de Catharine A. MacKinnon:

“Todo esquema adecuado para promover los derechos humanos de las personas prostituidas debe tener tres elementos: despenalizar y brindar apoyo a las personas prostituidas, penalizar fuertemente a los compradores, y criminalizar eficazmente a los terceros que se benefician con este negocio. Estos son los pasos claves para desbloquear la situación de discriminación enquistada a la que están sometidas las mujeres prostituidas sobre la base de la pobreza, la casta, la raza o la nacionalidad a la que pertenecen, en combinación con su género”¹⁰².



¹⁰⁰ Cfr. Raymond, Janice, “Prostitution on Demand: Legalizing the Buyers as Sexual Consumers”, en *Violence Against Women*, 2004, vol. 10, nro. 10, pp. 1156-1186.

¹⁰¹ Cfr. Silvia Chejter y Marcela Rodríguez, “Las políticas contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. Análisis de propuestas y su impacto desde una perspectiva de género”. Inédito.

¹⁰² MacKinnon, ob. cit. nota 46.

JURISPRUDENCIA

investigaciones

ACCESO A LOS SERVICIOS ESENCIALES. SUMINISTRO ELÉCTRICO. FORMA DE PROVISIÓN (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Arturo Cárdenas Dueñas interpuso una demanda contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, contra OSINERGMIN y contra la empresa proveedora de energía eléctrica Luz del Sur S.A.A. a fin de que se declaren nulas las resoluciones que denegaban su pedido de instalación de un nuevo servicio de suministro eléctrico en su vivienda. Denunció la vulneración de sus derechos fundamentales a recibir un trato justo como usuario que solicita el servicio público de energía eléctrica, a la dignidad, y a una vida de calidad y bienestar, entre otros.

2. Sentencia: se hace lugar a la demanda de amparo por haberse acreditado que las demandadas han vulnerado el derecho del accionante a un servicio público esencial, previsto por el art. 65 de la Constitución.

Asimismo, se declaran nulas las resoluciones de OSINERGMIN y de Luz del Sur S.A.A. y se ordena a esta última que instale un nuevo suministro eléctrico en la vivienda del demandante, previo pago de los derechos que correspondan y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por las normas aplicables a la materia.

De acuerdo con la doctrina constitucional, el usuario tiene derecho no solo a recibir servicios esenciales como el suministro eléctrico, sino también a que estos sean dispensados en condiciones óptimas o al menos favorables. Un Estado de derecho que proclama como valor primordial la defensa de la persona no puede desatenderse de mecanismos con los que efectivamente se garantice su protección.

Aunque las entidades demandadas hayan cumplido con motivar y sustentar las razones por las que denegaron el suministro eléctrico, no se advierte que esta motivación haya sido ejercida de una forma eficiente o idónea conforme lo impone la Constitución. Atendiendo al recuento de la normatividad invocada por las demandadas, queda claro que la instalación del suministro eléctrico resultaba perfectamente viable.

Nota del Instituto: la Constitución Política de Perú, en su art. 65, dispone: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (Sala Segunda), expediente N° 01865-2010-PA/TC, sentencia del 20-7-2011, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01865-2010-AA.html>>.



ACCIONES DE CLASE. CLASE. CERTIFICACIÓN. PRESUPUESTOS. **DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN SEXUAL. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. PROMOCIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: las apeladas son actuales o ex empleadas de la empresa apelante y promovieron, por derecho propio y en nombre de una clase a escala nacional de alrededor de 1,5 millones de empleadas, una acción judicial tendiente a la obtención de una sentencia que contuviera una orden de hacer o de no hacer (*injunctive relief*) o de una sentencia declarativa y de una condena al pago de los daños punitivos y de las remuneraciones atrasadas, alegando que la empresa las discriminaba en violación de lo dispuesto por el Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. Afirmaron que los gerentes locales ejercían su discrecionalidad en cuanto a la retribución y a los ascensos en una forma desproporcionadamente favorable a los varones que tenía un impacto ilícito desigual en las empleadas; y que la negativa de Wal-Mart a reglamentar las atribuciones de sus gerentes constituía un tratamiento dispar.

El Tribunal de Distrito certificó la clase porque entendió que las apeladas satisfacían las exigencias de la Regla Federal de Procedimiento Civil 23(a) y 23(b) (2) de demostrar que “la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar con base en fundamentos que se aplican genéricamente a la clase, de modo que la *injunctive relief* o la sentencia declarativa solicitadas resultan apropiadas para la clase como un todo”.

La Cámara Federal de Apelaciones para el 9º Circuito confirmó sustancialmente esta decisión porque una de las conclusiones a las que llegó es que las apeladas satisfacían la exigencia de *commonality* prevista en la Regla 23(a)(2) y sus demandas de pago de remuneraciones atrasadas podían ser certificadas como parte de una clase tipificada en la Regla (b)(2), ya que dichas pretensiones no predominaban sobre los pedidos de *injunctive relief* o de dictado de una sentencia declarativa. También decidió que la acción de clase podía tramitar sin privar a Wal-Mart de su derecho a presentar sus defensas legales si el Tribunal de Distrito seleccionaba un grupo aleatorio de pretensiones para hacer la evaluación y posteriormente extrapolaba la validez y valor de las pretensiones no probadas del grupo tomado como muestra.

Entonces, Wal-Mart interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se revoca la sentencia objeto de recurso.

2.1. La certificación de la clase apelada no se compadece con lo dispuesto en la Regla 23(a).

(a) La Regla 23(a)(2) exige a la parte que pretende la certificación de una clase la acreditación de que los miembros de la clase tienen “cuestiones de hecho o de derecho” en común. Sus pretensiones deben depender de un planteo común de dichas cuestiones que sea susceptible de ser resuelto para todos los miembros de la clase. Esto significa que la determinación de su veracidad o falsedad determina, a través de una única decisión, una cuestión central para la validez de las pretensiones de cada uno de los miembros. Aquí, la acreditación del carácter común de la pretensión necesariamente se superpone con el mérito del planteo de las apeladas de que Wal-

Mart tiene un estándar o práctica discriminatoria. El *quid* de un análisis en términos del Título VII es “la razón, el fundamento de una decisión específica en materia de empleo” (v. *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond* (467 US 867, p. 876 -1984-)), mientras que las apeladas desean accionar en un único trámite contra millones de decisiones relativas a cuestiones de empleo. Sin ningún vínculo que unifique el criterio de los fundamentos invocados para adoptar esas decisiones, resulta imposible sostener que el examen de todas las pretensiones de los miembros de la clase dará lugar a una respuesta común a la crucial cuestión de la discriminación.

(b) El fallo *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon* (457 US 147 -1982-) describe el estándar con que debe abordarse la exigencia de la pretensión común. Conforme a los hechos de esta causa, la brecha conceptual que existe entre la denuncia de discriminación de una persona y la “existencia de una clase de personas que han sufrido el mismo perjuicio” (*id.*, pp. 157/158) debe salvarse mediante una “prueba importante de que un empleador ha actuado conforme a una política general discriminatoria” (*id.*, p. 159, nota 15). No se ha producido en estas actuaciones dicha evidencia. La política que Wal-Mart anuncia prohíbe la discriminación sexual y la empresa tiene previstas sanciones para quienes denieguen la igualdad de oportunidades. La única prueba de la existencia de una política de discriminación general presentada por las apeladas es el análisis de un sociólogo que afirmó que la cultura corporativa de Wal-Mart hace a esta empresa vulnerable a los prejuicios sexistas. Pero como dicho profesional no pudo estimar qué porcentaje de las decisiones que Wal-Mart adopta en material de empleo podrían estar determinadas por un pensamiento estereotipado, su testimonio está muy lejos de constituir una “prueba importante” de que Wal-Mart “ha actuado conforme a una política general discriminatoria”.

(c) La única política corporativa que las demandantes han acreditado fehacientemente es la de dar a los gerentes locales discrecionalidad para supervisar las cuestiones vinculadas al empleo. Si bien una política semejante podría constituir la base de una demanda por impacto dispar, fundada en el Título VII, el reconocimiento de que una pretensión “puede” existir no significa que todos los empleados de una empresa que tiene dicha política tengan una pretensión común. En una empresa de la envergadura y distribución geográfica de Wal-Mart, es improbable que todos los gerentes ejerzan su discrecionalidad con alguna orientación común. El intento de las apeladas de acreditar dicha discrecionalidad en forma estadística o anecdótica resulta ineficaz.

2.2. Las pretensiones de las apeladas vinculadas al pago de remuneraciones atrasadas fueron inadecuadamente certificadas en términos de la Regla 23(b)(2).

(a) Las pretensiones de cobrar una indemnización económica no pueden certificarse en términos de la Regla 23(b)(2), al menos cuando no resultan incidentales al pedido de reparación o de una sentencia declarativa. Resulta innecesario decidir si en algún caso las pretensiones económicas pueden certificarse en términos de esta Regla porque, cuanto menos, los pedidos de una reparación individualizada –como el pago de las remuneraciones atrasadas– están excluidos. La Regla 23(b)(2) se aplica solamente cuando un remedio único e indivisible puede brindar una reparación a cada miembro de la clase. Los antecedentes y estructura de esta Regla indican que

los reclamos económicos individualizados caen, en cambio, dentro del ámbito de la Regla 23(b)(3), con sus garantías procesales de primacía (*predominant*), superioridad, notificación obligatoria y derecho a optar por no continuar siendo parte en el proceso (*opt out*).

(b) No obstante, las apeladas alegan que sus demandas tendientes al cobro de remuneraciones atrasadas fueron bien certificadas en términos de la Regla 23(b)(2) porque dichas demandas no “prevalcían” (*predominate*) sobre aquellas en las que solicitaban una reparación judicial o el dictado de una sentencia declarativa. Esa interpretación no está fundada en el texto de esta Regla y obviamente violenta las características estructurales de esta última. La mera “primacía” de una demanda de *injunctive relief* a que alude la Regla 23(b)(2) no constituye un elemento que justifique la eliminación de las garantías procesales previstas en la Regla 23(b)(3) e incentiva a los representantes de la clase a poner en riesgo pretensiones de cobro de dinero potencialmente válidas. Además, un tribunal de distrito tendría que reevaluar continuamente la lista de miembros de la clase para eliminar a aquellos que dejan sus empleos y pasan a no estar legitimados para recibir una reparación que incluya a toda la clase instrumentada a través de una *injunctive relief* o de una sentencia declarativa. En cambio, en una acción de clase del tipo contemplado en la Regla 23(b)(3) adecuadamente certificada tendiente al cobro de remuneraciones atrasadas, resultaría irrelevante si los accionantes siguen o no siendo empleados de Wal-Mart. De esto se sigue que las demandas tendientes al pago de remuneraciones atrasadas no deben ser certificadas en términos de la Regla 23(b)(2) (v. pp. 23-26 del texto del fallo).

(c) Resulta innecesario decidir si existe alguna forma de reparación económica “incidental” que se compadezca con la mencionada interpretación de la Regla 23(b)(2) y con la Cláusula del Debido Proceso, porque las demandas de pago de remuneraciones atrasadas articuladas por las apeladas no resultan incidentales a las órdenes judiciales (*injunctions*) solicitadas. Wal-Mart tiene derecho a la determinación individualizada de la legitimación de cada empleado que reclama el pago de remuneraciones atrasadas. Una vez que un demandante ha demostrado la existencia de un patrón o práctica discriminatoria, un tribunal de distrito habitualmente ordena “medidas adicionales... para determinar el alcance de la reparación individual” (*Teamsters v. United States*, 431 US 324, p. 361 -1977-). La empresa puede entonces oponer defensas afirmativas individuales y demostrar que su accionar fue lícito (*id.*, p. 362). La Cámara Federal de Apelaciones erróneamente intentó reemplazar ese procedimiento por el denominado “*trial by formula*”, proceso en el que la indemnización por daños se determina en virtud de una fórmula basada en un grupo muestra de casos. Dado que no puede interpretarse que la Regla 23 “restrinja, amplíe o modifique ningún derecho sustantivo” (§2072(b) del Título 28 del Código de los Estados Unidos), no puede certificarse una clase con base en la premisa de que Wal-Mart no está legitimada para oponer sus defensas frente a los reclamos individuales.

Notas del Instituto: 1) la certificación es la exigencia de que los miembros de un grupo que se ha certificado como una clase en una acción de clase compartan al menos una cuestión

de hecho o de derecho cuya resolución afectará a todos o a un número importante de ellos; 2) las defensas afirmativas son afirmaciones o articulaciones de hechos o circunstancias que constituyen una defensa frente a la demanda o acusación, aunque no se nieguen los hechos indicados en esta.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes et al.*, sentencia del 20-6-2011, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-277.pdf>>.



ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IMPARCIALIDAD. BUEN FUNCIONAMIENTO. EMPLEADOS PÚBLICOS. INAMOVILIDAD. *SPOILS SYSTEMS*. CONSTITUCIONALIDAD. *SPOILS SYSTEMS* RELATIVOS A CARGOS DIRECTIVOS DE NIVEL INTERMEDIO OTORGADOS A DIRECTIVOS DE PLANTA Y A SUJETOS EXTERNOS (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Roma planteó la inconstitucionalidad –por considerarlo violatorio del art. 97 de la Constitución– del art. 19.8 del decreto legislativo nº 165 del 30 de marzo de 2001 (Normas Generales sobre la Regulación del Trabajo Dependiente de la Administración Pública) en el texto vigente antes de la entrada en vigor del art. 40 del decreto legislativo nº 150 del 27 de octubre de 2009 (ejecución de la ley nº 15 del 4 de marzo de 2009 en materia de optimización de la productividad del trabajo público y de la eficiencia y transparencia de la administración pública) en la parte en que dispone que los cargos directivos generales del personal no perteneciente a planta cesan una vez transcurridos noventa días a partir del voto de confianza al gobierno.

El Tribunal de Roma sostiene que la disposición impugnada contradice los principios constitucionales de imparcialidad y de buen funcionamiento de la administración pública. El argumento del juez *a quo* se sustenta en la jurisprudencia constitucional en materia de *spoils systems*, en particular en las sentencias Nros. 81/2010 y 161/2008, en las cuales la Corte Constitucional estableció que las razones de la declaración de inconstitucionalidad de los mecanismos de *spoils systems* relativos a cargos directivos de nivel intermedio otorgados a directivos de planta también se aplican cuando se otorgan cargos semejantes a sujetos externos.

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad, respecto del art. 97 de la Constitución, del art. 19.8 del decreto legislativo nº 165/2001 en el texto vigente antes de la entrada en vigor del art. 40 del decreto legislativo nº 150/2009 en la parte en que dispone que los cargos directivos relativos al personal que no pertenece al escalafón cesan una vez transcurridos noventa días desde el voto de confianza al gobierno.

El ámbito de aplicación del art. 19.8 del decreto legislativo nº 165/2001 (decreto legislativo) que dispone el cese de los cargos directivos como efecto automático del cambio de gobierno ha sufrido varias modificaciones a lo largo del tiempo.

Originalmente limitado a los cargos de secretario general de ministerios, de director de estructuras articuladas en oficinas gerenciales generales y a cargos de nivel

equivalente (art. 19.3), el mecanismo de *spoils system* fue luego ampliado a los cargos de nivel directivo general y no general, en razón de las particulares características subjetivas del titular del cargo, es decir, en las hipótesis en que tales cargos fueran otorgados a directivos públicos no pertenecientes a planta (el art. 23) o a sujetos externos que no fueran directivos públicos. En particular, el art. 2.159 del decreto ley n° 262/2006 (disposiciones urgentes en materia tributaria y financiera), convertido con modificaciones en la ley n° 286/2006 mediante una disposición destinada a ser aplicada en modo permanente, modificó el texto del art. 19.8 del decreto legislativo, ampliando la aplicación del mecanismo de *spoils system* a los cargos directivos dispuestos en su art. 19.5, en relación con el personal no perteneciente a planta, de conformidad con los arts. 23 y 19.6. Además, en relación con estas tipologías de cargos, el art. 2.161 del decreto legislativo n° 262/2006 previó un mecanismo de *spoils system* aplicable transitoriamente estableciendo que aquellos otorgados antes del 17 de mayo de 2006 cesaran, a menos que fueran confirmados dentro de los sesenta días a partir de la fecha de entrada en vigor del decreto.

El mecanismo transitorio fue declarado inconstitucional por esta Corte tanto en la parte referida a los cargos dispuestos en el art. 19.5-*bis* como en aquella en que se aplicaba a los cargos dispuestos en el art. 19. El correspondiente mecanismo permanente con base en el cual intervino la caducidad *ope legis* impugnada en el juicio principal fue abrogado por el legislador, que mediante el art. 40 del decreto legislativo n° 150/2009 retomó el ámbito original de aplicación del art. 19.8 del decreto legislativo, actualmente aplicable solo a los cargos directivos dispuestos en el art. 19.3. Tal abrogación, además, no influye en la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada aquí atento a que la misma es posterior a la adopción de la disposición impugnada en el juicio *a quo*, cuya constitucionalidad debe ser evaluada por el tribunal remitente con base en el marco normativo vigente en el momento de su adopción.

La cuestión de inconstitucionalidad planteada se refiere a una disposición cuya parte impugnada prevé un mecanismo de *spoils system* que presenta las siguientes características: a) desde el punto de vista objetivo, es decir en relación con el tipo y el nivel del cargo otorgado, les incumbe a los titulares de todos los cargos previstos en el art. 19 del decreto legislativo, en particular a los cargos de nivel directivo general; b) desde el punto de vista subjetivo, es decir en relación con la proveniencia del titular del cargo, se aplica a los cargos directivos públicos no pertenecientes a planta (art. 23), y c) desde el punto de vista de la eficacia a través del tiempo, está destinado a ser aplicado en ocasión de cualquier futuro cambio de gobierno.

En relación con el primer punto, esta Corte en varias ocasiones ha decidido la inconstitucionalidad de mecanismos de *spoils system* referidos a cargos directivos que comportan el ejercicio de tareas de gestión, es decir, de funciones administrativas de ejecución de la orientación política, mientras que ha declarado la constitucionalidad del *spoils system* referido a cargos de alto nivel, de cuyo apoyo se vale el órgano gubernamental para desarrollar actividades de orientación político-administrativa. Es indudable que la disposición impugnada en el presente caso se refiere a cargos que comportan el ejercicio de funciones de gestión administrativa. En particular, esta se aplica a una tipología de cargos (cargos directivos de nivel general de la administración

del Estado) en relación con los cuales esta Corte ha declarado la inconstitucionalidad de los mecanismos de cese automático dispuestos transitoriamente por el legislador (sentencia n° 103/2007).

En cuanto al segundo punto, relativo a las características del sujeto al que el cargo es otorgado, esta Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 2.161 del decreto-ley n° 262/2006 en la parte en que este se aplicaba a los cargos directivos públicos no pertenecientes a planta, de conformidad con el art. 23 del decreto legislativo (sentencia n° 161/2008). En esa ocasión, se declaró la inconstitucionalidad del mecanismo de *spoils system* transitorio análogo, bajo el punto de vista subjetivo, al previsto en la disposición impugnada. La Corte observó que a pesar de la naturaleza externa del cargo, la relación de trabajo gerencial debe continuar caracterizándose, en el plano funcional, por una separación clara y neta entre actividades de orientación político-administrativa y funciones de gestión. De ello se infiere que aun para los directivos externos, la relación de trabajo establecida con la administración debe estar connotada por garantías específicas que presuponen una regulación que asegure la continuidad de la acción administrativa así como una clara distinción funcional entre las tareas de orientación político-administrativa y aquellas de gestión (sentencias 161/2008 y 81/2010).

Con respecto al último punto, es decir a la eficacia a través del tiempo, la disposición impugnada no tiene carácter transitorio, sino que introduce un mecanismo de *spoils system* de régimen permanente. Esta diferencia no puede llevar a una conclusión diferente en relación con la cuestión de inconstitucionalidad. Si resulta inconstitucional una norma que por única vez y de modo transitorio dispone el cese automático de cargos directivos independientemente de todo tipo de valoración de la conducta de los directivos, con mayor razón debe considerarse inconstitucional una disposición que permite replicar tal mecanismo en un número indeterminado de ocasiones futuras.

Nota del Instituto: *spoils system* es la práctica por la cual los partidos políticos que gobiernan distribuyen a sus propios miembros y simpatizantes cargos institucionales y posiciones de poder. El origen del término deriva de la frase “*to the victor go the spoils*” (“al vencedor le corresponde el botín”), acuñada a comienzos del siglo XIX en el noreste norteamericano. Si bien la línea general de este comportamiento político tiene sus bases en el sistema de clientelismo político, la expresión *spoils system* no implica en principio una connotación negativa o la idea de que tal distribución de cargos sea necesariamente abusiva. En otras palabras, se trata de una expresión moralmente neutra que describe una práctica formalmente reconocida y abiertamente aplicada, en determinados períodos históricos, tanto en los Estados Unidos como en otros países. Este sistema tiene como principal característica no vincular al personal en forma permanente.

CORTE COSTITUZIONALE DE ITALIA, sentencia N° 124/2011 del 4-4-2011, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.



AMPARO. RECHAZO *IN LIMINE*. SUPUESTOS. **DERECHO AMBIENTAL.** DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO. TUTELA. VÍAS ADMISIBLES (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Hans Carlos Andrés Buse Thorne y otros invocaron la amenaza de violación de sus derechos a la vida, de propiedad y a un medio ambiente sano y equilibrado al interponer una demanda de amparo contra la Asociación de Vecinos del Country Club de Villa y la Encantada y la Municipalidad de Chorrillos tendiente a que se impidiera la instalación de una puerta metálica –que exigía el derrumbamiento de una pared– y dos tranqueras manuales para el tránsito exclusivo de vehículos de carga pesada que ponían en riesgo el suelo sobre el que se asientan sus viviendas. Sostentaron su demanda en que dos años antes la propia comuna emplazada había declarado en estado de emergencia a la urbanización Los Huertos de Villa, que la edificación de tales obras ponía en riesgo las casas allí ubicadas así como la vida de quienes las habitan, y que con los informes técnicos, publicaciones y demás medios probatorios que aportaban se acreditaba que la amenaza de violación de los invocados derechos era cierta e inminente.

El Juzgado Constitucional de Lima rechazó *in limine* la demanda, en aplicación del art. 5.2 del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), conforme al cual no proceden los procesos constitucionales cuando existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Por su parte, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó dicha decisión por el mismo fundamento.

Entonces, Buse Thorne y los otros accionantes interpusieron un amparo ante el Tribunal Constitucional de Perú.

2. Sentencia: se revocan las resoluciones de grado y de primera instancia, y se ordena la remisión de los autos al Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de que admita la demanda de amparo y la tramite con arreglo a ley, corriendo traslado de la misma a los emplazados.

Si bien es cierto que el art. 5.2 del CPCConst. que habilita a los juzgadores de las instancias precedentes a desestimar liminarmente la demanda de protección del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, de acuerdo con la uniforme y reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional por la vía del proceso de amparo, sí es susceptible de protegerse un derecho como el que está en juego en esta causa (v. Expediente N.º 09340-2006-PA/TC). En las sentencias inferiores no se ha tenido en cuenta que los actores invocan la amenaza de vulneración de, entre otros, su derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado, respecto del cual este Tribunal ha establecido que puede ser objeto de tutela en sede constitucional. En consecuencia, ante la posibilidad de que este resulte vulnerado, el o los afectados pueden promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad, siendo la finalidad del proceso de amparo determinar si, como se alega, la ejecución de las obras denunciadas en la demanda podría afectar el aludido derecho.

A mayor abundamiento, los procesos constitucionales –por mandato de la Norma Suprema– proceden ante la violación o amenaza de violación de un derecho

fundamental. En este caso concreto, el derecho esencial a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida –a diferencia de otros– requiere de una tutela de urgencia toda vez que, dada su naturaleza, de no otorgarse una protección oportuna o de no ser esta prevenida, su violación podría tornarse inminente.

Por último, cabe recordar que el rechazo liminar únicamente resulta adecuado cuando no hay margen de duda sobre la improcedencia de la demanda, lo que no ocurre en estos autos. En consecuencia, para este Tribunal se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda por parte de los jueces de las instancias precedentes, toda vez que no se presentan los supuestos habilitantes previstos en el art. 5 del CPConst. Consecuentemente, estima que debe reponerse la causa al estado respectivo a efectos de que el juzgado de origen admita a trámite la demanda de autos y corra traslado de la misma a los emplazados.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, expediente N° 01399-2011-PA/TC, resolución del 22-8-2011, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01399-2011-AA%20Resolucion.html>>.



CONSTITUCIÓN. MUNICIPALIDADES. INTENDENTES. ATRIBUCIONES. FACULTADES LEGISLATIVAS. ALCANCES. DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el tribunal administrativo regional de la región de Véneto planteó que violenta los arts. 2, 3, 5, 6, 8, 13, 16, 17, 18, 21, 23, 24, 41, 49, 70, 76, 77, 97, 113, 117 y 118 de la Constitución el art. 54.4 del decreto legislativo n° 267 del 18 de agosto de 2000 con sus diversas actualizaciones en cuanto permite que el intendente, en su carácter de funcionario del gobierno, adopte normas por tiempo indeterminado destinadas a prevenir y eliminar graves amenazas a la seguridad urbana, aun en casos no urgentes.

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad de la norma atacada.

En primer término, es preciso proceder a analizar el texto de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

El art. 54.4 del decreto legislativo n° 267/200 dispone que “el intendente, en su carácter de funcionario del gobierno, adopta, mediante un acto motivado, medidas, incluso contingentes y de urgencia en el respeto de los principios generales del ordenamiento, con el fin de prevenir y eliminar graves peligros que amenazan la incolumidad pública y la seguridad urbana”. La expresión “incluso contingentes y de urgencia en el respeto de los principios generales del ordenamiento” se encuentra entre comas; es decir, la referencia al respeto de los principios generales del ordenamiento concierne a las medidas contingentes y de urgencia, y no también a las ordenanzas municipales de administración ordinaria.

El enunciado literal de la norma implica que las ordenanzas municipales “ordinarias” no pueden derogar normas legislativas vigentes, pero sí pueden hacerlo

las medidas fundadas en supuestos de emergencia y acotadas en cuanto a su vigencia. De hecho, esta Corte ha precisado que la derogación de normas primarias por parte de autoridades administrativas con atribuciones para dictar ordenanzas está permitida solo cuando está “temporalmente delimitada”.

Las ordenanzas municipales objeto del presente juicio están destinadas a asegurar la incolumidad pública y la seguridad urbana, y sus destinatarios son las personas que se encuentran en un determinado territorio. Por lo tanto, inciden en la libertad de los particulares y de las comunidades administradas al prescribir comportamientos, prohibiciones y obligaciones de hacer o de no hacer que, si bien se orientan a la tutela de bienes públicos importantes, en mayor o menor medida imponen restricciones a la población afectada.

La Constitución italiana, inspirada en principios fundamentales de legalidad y de democracia, exige que ninguna prestación, personal o patrimonial, puede ser impuesta si no es con base en la ley (art. 23). Es indudable que la referida reserva de ley es relativa en el sentido de que otorga a la autoridad administrativa amplios márgenes de regulación en todos los ámbitos no cubiertos por las reservas absolutas de ley previstas en los arts. 13 y sgtes. de la Constitución que garantizan los derechos de libertad.

Según la jurisprudencia de esta Corte, la expresión “con base en la ley” incluida en el art. 23 de la Constitución debe interpretarse en relación con la finalidad de proteger la libertad y la propiedad individuales, en las que se inspira ese principio constitucional fundamental. Este implica que la ley que atribuye a un ente el poder de imponer una prestación no deja al arbitrio de este la determinación de la misma (sentencia 4/1957). La misma orientación ha sido reiterada en tiempos más recientes cuando esta Corte afirmó que para respetar la reserva relativa prevista en el art. 23 de la Constitución, por lo menos es necesario que la entidad de la prestación impuesta sea deducible claramente de las intervenciones legislativas que afectan a la actividad de la administración (sentencia 190/2007).

En la materia en examen, ha intervenido el decreto del Ministerio del Interior del 5 de agosto de 2008 (incolumidad pública y seguridad urbana: definición y ámbitos de aplicación). En su art. 1º, la incolumidad pública es definida como “integridad de la población”, mientras que la seguridad urbana es descripta como “un bien público a tutelar mediante actividades que defiendan, en el ámbito de las comunidades locales, el respeto por las normas que regulan la vida civil para mejorar las condiciones de vida en los centros urbanos, la convivencia civil y la cohesión social”. El art. 2 señala las situaciones y las conductas en las que el intendente, en ejercicio del poder de dictar ordenanzas, puede intervenir “para prevenir y contrastar” las mismas.

Dicho decreto ministerial puede cumplir la función de orientar el accionar del intendente, que en su carácter de funcionario del gobierno, está sujeto a un vínculo jerárquico con el Ministro del Interior. Ahora bien, solo si las limitaciones y las directivas contenidas en el citado decreto ministerial hubieran sido incluidas en un acto de naturaleza legislativa, esta Corte habría podido evaluar su idoneidad para circunscribir la discrecionalidad administrativa de los intendentes. En el presente caso, por el contrario, las determinaciones definitorias, las orientaciones

y los ámbitos de intervención no pueden considerarse como límites válidos a dicha discrecionalidad sin incurrir en un vicio lógico de autorreferencialidad.

En conclusión, la norma impugnada otorga a los intendentes, en su carácter de funcionarios del gobierno, un poder para sancionar ordenanzas no limitado a los casos de contingencia y de urgencia y, por lo tanto, viola la reserva relativa de ley prevista en el art. 23 de la Constitución por cuanto no prevé ningún tipo de delimitación de la discrecionalidad administrativa en un ámbito –el de la imposición de ciertos comportamientos– que se encuadra en la esfera general de la libertad de los ciudadanos. Estos están obligados, de acuerdo con un principio supremo del Estado de derecho, a someterse solamente a las obligaciones de hacer, no hacer o dar, previstas por la ley.

También es preciso señalar la violación del art. 97 de la Constitución, que establece una relativa reserva de ley a fin de asegurar la imparcialidad de la administración pública, la que solo puede ejecutar aquello que en general está previsto por la ley. Semejante límite se plantea como una garantía para los ciudadanos, los cuales, ante posibles actos de discriminación, encuentran una protección en el parámetro legislativo cuya observancia debe ser verificable en el control jurisdiccional. En el presente caso, la imparcialidad de la administración no está, *ab initio*, garantizada por una ley planteada como fundamento, formal y de contenido, del poder municipal de dictar ordenanzas. Por ello, la falta de límites no teleológicos no permite que la imparcialidad del accionar administrativo encuentre, de manera general y preventiva, un fundamento efectivo, aunque no detallado, en la ley.

Por otra parte, la norma impugnada también viola el art. 3.1 de la Constitución, por cuanto lesiona el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, en razón de que los mismos comportamientos podrían ser considerados lícitos o ilícitos según las numerosas divisiones del territorio nacional representadas por los ámbitos de competencia de los intendentes. No se trata, en tales casos, de adaptaciones de preceptos legislativos generales en atención a las situaciones locales específicas, sino de verdaderas disparidades de tratamiento entre ciudadanos que inciden en la esfera general de su libertad, que pueden consistir en nuevos e inéditos casos, libremente configurables por los intendentes, sin base legislativa, como lo ha demostrado ampliamente la praxis realizada hasta ahora. Semejante disparidad de tratamiento, a falta de un punto de referencia normativo para evaluar su razonabilidad, integra la violación del art. 3 de la Constitución, por cuanto permite a la autoridad administrativa, en este caso representada por los intendentes, restricciones varias, fruto de evaluaciones múltiples, que no pueden remitirse a una matriz legislativa única.

Un juicio acerca del respeto del principio general de igualdad no es posible, toda vez que las eventuales diferentes normativas de comportamiento de los ciudadanos contenidas en las más variadas ordenanzas municipales no son evaluables a la luz de un parámetro legislativo común que plantee las reglas y de acuerdo con el cual pueda comprobarse si las diversidades de tratamiento jurídico están justificadas por la heterogeneidad de las situaciones locales.

CORTE COSTITUZIONALE DE ITALIA, sentencia N° 115/2011 del 4-4-2011, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. GENOCIDIO (CAMBOYA).

1. Antecedentes del caso: Kaing Guek Eav es un ex funcionario del partido Khmer Rouge que gobernó Camboya entre 1975 y 1979, y que también actuó como vicepresidente y posteriormente como presidente del centro de seguridad S-21, en donde, en ese período, se interrogó y ejecutó a las personas que el Partido Comunista consideraba enemigos de la Kampuchea Democrática (nombre que tuvo Camboya durante ese período). Por ello, fue acusado de la comisión de crímenes de lesa humanidad.

2. Sentencia: se declara al acusado culpable de la comisión de crímenes de lesa humanidad (persecución con base política y, a tal fin, comisión de varios otros crímenes de esta naturaleza, como exterminación, encarcelamiento y tortura) y de graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949. Se le impone una condena a treinta y cinco años de cárcel.

Existen en este caso circunstancias agravantes, en particular, la gravedad de los delitos perpetrados contra al menos 12.272 víctimas a lo largo de un período prolongado.

También hay importantes circunstancias atenuantes que exigen descartar la cadena perpetua e imponer una condena a un período limitado en prisión. Entre estos factores, está la cooperación que el condenado prestó a esta Sala, su admisión de responsabilidad, sus limitadas expresiones de remordimiento, el contexto coercitivo que existía en la Kapuchea Democrática y su potencial de rehabilitación.

Todas las personas detenidas en el S-21 estaban destinadas a ser ejecutadas conforme a la política del Partido Comunista de Kampuchea de exterminar a todos sus enemigos. Más allá de las ejecuciones masivas, muchos detenidos murieron como consecuencia de la tortura y de las condiciones de detención. Con base en la lista de prisioneros, se llega a la conclusión de que por lo menos 12.272 personas fueron detenidas y ejecutadas allí, pero el número real de víctimas probablemente haya sido considerablemente superior.

Kaing Guek Eav actuó con varias personas y, a través de sus subordinados, administró el S-21 y el S-24. Este último era un edificio usado como campo de reeducación, donde un mínimo de otras 1.300 personas estuvieron detenidas.

Por otra parte, Kaing Guek Eav ejerció considerable poder dentro del S-21 y cumplió sus funciones con un alto grado de eficiencia y celo, trabajando incansablemente para que ese organismo funcionara tan eficazmente como fuera posible, más allá de su incondicional lealtad hacia sus superiores. Por lo tanto, esta Sala llega a la conclusión de que no solo implementó sino que también contribuyó activamente al desarrollo de las políticas que el Partido Comunista de Kampuchea llevó a cabo en el S-21.

Kaing Guek Eav también fue acusado de haber cometido homicidio premeditado y tortura, delitos que pueden ser juzgados por este tribunal conforme a lo dispuesto por el nuevo art. 3 de su Reglamento.

Nota del Instituto: conforme a lo que surge de una decisión adoptada el mismo día, la Sala no pudo ejercer su jurisdicción en relación con los delitos de homicidio premeditado

y tortura, dado que sus miembros no lograron coincidir en cuanto a si la acción penal para procesar por estos crímenes ya había prescrito antes de que la ECCC comenzara a investigar al acusado. Esta sentencia no tiene gravitación en la condena impuesta en la mencionada en primer término.

SALA DE PRIMERA INSTANCIA DE LA SALA EXTRAORDINARIA DE LOS TRIBUNALES DE CAMBOYA (ECCC), caso N° 001, sentencia del 26-7-2010, en <http://www.eccc.gov.kh/english/cabinet/caseInfo/248//E1_83.1_Tr001_20100726_Final_EN_Pub.pdf>.



DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. **DERECHO AL TRABAJO.** EJERCICIO PROFESIONAL. RESTRICCIONES. ALCANCES. **DERECHO A LA IGUALDAD. DIGNIDAD. ABOGADOS.** RÉGIMEN DISCIPLINARIO. **PRESOS.** INHABILITACIÓN PARA EJERCER LA PROFESIÓN DE ABOGADO (COLOMBIA).

I. Antecedentes del caso: en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, José Alejandro Hofmann del Valle solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la expresión “de una medida de aseguramiento” incluida en el numeral 3° (“incompatibilidades”) del art. 29 de la Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado. Dicha norma dispone que “no pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos”, entre otras, aquellas personas “privadas de su libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento o sentencia, excepto cuando la actuación sea en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos penitenciarios y carcelarios”. La acusación versa sobre la posible vulneración de la presunción de inocencia, del derecho al trabajo y del derecho a la igualdad, pues el actor estima que las medidas de aseguramiento son preventivas y que no pueden comportar la negación del principio de presunción de inocencia. Por lo anterior, propone la realización de un test estricto de igualdad, toda vez que considera que, al impedir el ejercicio de la profesión de abogado, se afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, como el trabajo, sin que haya razonabilidad ni proporcionalidad en esa restricción.

A este respecto, indica que el art. 29 de la Constitución no establece ninguna diferenciación en materia de debido proceso, garantía que rige en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, con independencia de la ocupación de quienes estén involucrados en la actuación procesal. Por ello, afirma que la cláusula impugnada discrimina porque parte de una condición particular –la de ser abogado y de estar sometido a una medida de aseguramiento– y, sin perseguir ningún objetivo admisible, impide el ejercicio de la profesión de abogado, pese a que la presunción de inocencia requiere que las calidades humanas y profesionales del individuo no sean cuestionadas hasta que haya sido condenado, y que el cumplimiento de los fines de una medida de aseguramiento no requiere que se excluya del ejercicio de su profesión a quien es objeto de ella. El demandante alega que la restricción del ejercicio aquí

impugnada no guarda relación con la consecución de un fin constitucional en concreto, por lo que resulta desproporcionada e insiste en que a la vulneración de la presunción de inocencia sigue la violación del derecho al trabajo, dado que la medida de aseguramiento no implica la disminución de las cualidades profesionales del abogado ni el abierto cuestionamiento de sus cualidades éticas y humanas. Aduce también la violación del derecho a la igualdad y, con base en él, reclama el respeto a la posibilidad que debe tener un abogado detenido “de seguir llevando los procesos que sus clientes le han encomendado” pues, al impedírsele, se le violan los derechos mencionados y, por consiguiente, su dignidad, en cuanto se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las correspondientes al ser humano, siendo distinto el caso de quien ha sido condenado y sancionado con esa inhabilitación.

2. Sentencia: se declara exequible, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “de una medida de aseguramiento” contenida en el numeral 3º del art. 29 de la Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.

La incompatibilidad censurada tiene claros fines constitucionales en la previsión del riesgo social, en el interés general inherente al ejercicio profesional de la abogacía y en la protección de los derechos de terceros, objetivos que aportan un marco de justificaciones más amplio que el fundado en la mera apreciación individual de las consecuencias que la privación de la libertad tendría sobre el directamente implicado.

La impugnación se refiere a la inobservancia de los límites que el legislador no puede traspasar al restringir derechos y, por ello, se ha advertido sobre el margen que constitucionalmente se le reconoce tanto para regular el derecho al trabajo como para desarrollar la libertad de escoger profesión u oficio, margen dentro del cual cabe, entre otras materias, la concerniente a la inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones.

Lo anterior abre otro flanco que la Constitución también deja a la actuación del legislador, cual es el establecimiento del régimen jurídico del desempeño de la profesión, régimen del que hace parte la tipificación de faltas contra la ética, la previsión de sanciones o el señalamiento de las causales de inhabilidad o incompatibilidad para el ejercicio de las distintas profesiones.

La previsión de los supuestos de incompatibilidad que impiden el ejercicio de la profesión de abogado es asunto que corresponde a la potestad configurativa del legislador, pues, conforme lo ha observado la Corte, la delimitación de los componentes de la regulación de las profesiones “no se agota en la norma constitucional”, entre otras razones, por las especificidades de cada actividad, que el Congreso de la República debe evaluar al momento de adoptar regulaciones concretas (sentencia C-819 de 2010).

Es conveniente precisar que para la regulación de las medidas de aseguramiento el legislador también tiene un margen de apreciación y que su actuación es indispensable, pues, en virtud del principio de legalidad, debe señalar los supuestos y las condiciones en que resulte posible la privación de la libertad y que, además, está limitado por la observancia de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ya que,

tratándose de un bien jurídico tanpreciado como la libertad, su actuación no puede ser arbitraria.

De acuerdo con la regulación legislativa vigente, se debe precisar que no todas las medidas de aseguramiento desencadenan la prohibición de ejercer la abogacía, sino solo aquellas que sean privativas de la libertad y que estas, a su turno, no proceden en todo tipo de procesos, sino solo en los supuestos y en las condiciones que expresamente prevé el Código de Procedimiento Penal.

Así pues, la causal de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión que afecta a los abogados sometidos a una medida de aseguramiento privativa de la libertad no puede apreciarse con independencia de la regulación de la detención preventiva, pues esta regulación, propia del procedimiento penal, delimita la operatividad de la incompatibilidad prevista en el numeral 3º del art. 29 de la Ley 1123 de 2007.

En efecto, debido a que la incompatibilidad surge como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, no se puede perder de vista que los rasgos que delimitan la regulación legislativa y la imposición concreta de esa clase de medidas de aseguramiento constituyen, a su vez, cautelas respecto de la prohibición de ejercer la abogacía, cuyo presupuesto es, justamente, la medida preventiva a causa de la cual un abogado resulta privado de su libertad.

Tratándose de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, ya se ha destacado que, en razón de la relevancia de los bienes jurídicos comprometidos, el legislador ha de actuar con precaución, pues “[n]o es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales [...] considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley”, sino que “es imperativo además que aquellos sean claros, precisos y unívocos”, dado que “deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados” (sentencia C-1198 de 2008).

No obstante, a las precauciones que deben rodear la actuación del legislador se suman las que ha de tener el juez, a quien, por expreso mandato constitucional, se le confía la adopción de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad en los casos concretos, ya que la ley también prevé las condiciones de esa privación, de manera que, aun cuando sea de su resorte la interpretación de ciertos conceptos cuyas implicaciones o supuestos específicos no haya podido abarcar en su totalidad el legislador, ha de observar los extremos que la ley ha de fijarle en forma clara y concreta, “a fin de que el juez, al verter en el concepto los hechos concretos, permanezca fiel a los márgenes en que se expresa la voluntad de la ley” (*ibidem*).

Así pues, tanto la actuación del legislador como la del juez revelan el carácter excepcional de las medidas de aseguramiento y, en especial, de las privativas de la libertad, carácter que el art. 295 del Código de Procedimiento Penal expresa, al indicar que las disposiciones en él previstas “que autorizan preventivamente la privación o la restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”.

En las condiciones anotadas, la incompatibilidad consistente en no poder ejercer la profesión de abogado como consecuencia de la imposición de una

medida de aseguramiento privativa de la libertad no surge de la nada, puesto que se encuentra precedida de la regulación legislativa que debe ceñirse a estrictas exigencias constitucionales y de la actuación desplegada por el juez en la situación concreta, sujeta igualmente a claras exigencias constitucionales y legales.

La incompatibilidad comentada tiene sustento en la adopción de la medida de aseguramiento y los fines que la presiden son, en una primera aproximación, los mismos que se persiguen mediante la privación preventiva de la libertad, lo que le otorga una dimensión más amplia que la surgida de una lectura aislada de la disposición contenida en el numeral 3º del art. 29 del Código Disciplinario del Abogado.

Con todo, lo anterior no significa que la incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía carezca de finalidades propias del ámbito de la profesión del derecho. El demandante considera que su previsión no está apoyada en fines constitucionalmente relevantes y que, en cambio, afecta, de manera irrazonable y desproporcionada, la presunción de inocencia, el derecho al trabajo, la igualdad y la dignidad del abogado privado de su libertad a causa de la imposición de una medida de aseguramiento.

El análisis de lo referente a la presunción de inocencia no puede hacerse al margen de la condición que precede a la incompatibilidad para el ejercicio de la profesión de abogado y, al respecto, ya está suficientemente decantado en la jurisprudencia de esta Corte que una medida de aseguramiento privativa de la libertad no equivale a sanción ni puede ser el resultado del adelantamiento de la totalidad del proceso.

Conforme lo ha destacado la Corte, “las medidas de aseguramiento no requieren juicio previo”, cabe su aplicación a la luz de la Carta “si se cumplen los requisitos exigidos por el art. 28” y no es viable “pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro”, porque esto “llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión correspondiente podría tropezar –casi con certeza– con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse” (sentencia C-106 de 1994).

Por lo demás, la incompatibilidad para el ejercicio de la profesión tampoco es pena, fuera de lo cual la Corte observa que los planteamientos del demandante están centrados en el precepto acusado y en una perspectiva predominantemente individual que repara en las dificultades que la imposibilidad de ejercer el derecho le acarrearía al abogado privado de su libertad, a quien, pese a ser sujeto de una medida de aseguramiento, debería permitírsele trabajar.

Sobre el particular, la Corte enfatiza que el abogado ha de observar una actitud personal que se corresponda con deberes tales como la colaboración leal en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado, la defensa de los derechos humanos, la conservación y defensa de la dignidad y el decoro de la profesión, la lealtad en sus relaciones profesionales o la celosa diligencia con que debe atender sus encargos profesionales que, entre otros, establece el art. 28 de la Ley 1123 de 2007.

La incompatibilidad cuya inconstitucionalidad se solicita tiene una nítida finalidad en la guarda de las condiciones personales de quien ejerce la profesión

del derecho, exigibles en virtud de la actividad desempeñada que le impone observar pautas relacionadas con su propia persona. Estas pautas que obran en el plano estrictamente individual no están, sin embargo, desligadas del carácter social inherente a la profesión del derecho y de la necesidad de resguardar los derechos de terceros que también son fines de la incompatibilidad prevista en la preceptiva censurada.

Estas finalidades relacionadas con las calidades personales del abogado, con el impacto social de su profesión y con los derechos de terceros encuentran asidero en el art. 95 de la Carta, relativo a los deberes constitucionales, y en el art. 26 superior que, conforme se ha destacado, autoriza la inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones, una de cuyas más importantes expresiones, al decir de la Corte, es el poder disciplinario que, en el caso de la abogacía, ha de ser regulado por el legislador con una orientación hacia “el logro de los fines de la profesión en procura de que su ejercicio sea compatible con el interés general, entendido a la luz de los valores y principios constitucionales” (cfr. Sentencia C-290 de 2008).

Reiteradamente, la Corte ha señalado que la privación de la libertad apareja la suspensión en el ejercicio de algunos derechos y la práctica restricción o limitación de otros que no pueden ejercerse en la totalidad de facultades comprendidas en su contenido o en las mismas condiciones en que se ejercen cuando se disfruta de la libertad personal.

No es irrazonable, entonces, que el derecho a ejercer la abogacía resulte afectado por la privación de la libertad y que, por contera, se afecte el derecho al trabajo y a derivar el sustento del ejercicio profesional del derecho; luego el legislador, al prever la incompatibilidad ahora demandada, no hizo otra cosa que conferirle expresión normativa a una circunstancia evidente.

En otros términos, el abogado privado de la libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento se ve imposibilitado o tiene dificultades para ejercer la profesión ante todo como resultado de haber sido sometido a la medida privativa de la libertad y no solo porque la disposición atacada le impida el ejercicio profesional, pues, al establecer la incompatibilidad, el legislador no hizo nada distinto a reconocer una realidad y prever sus repercusiones en el interés general y en los derechos de los terceros eventualmente comprometidos.

El demandante aduce que el detenido puede ejercer el derecho a pesar de que se le haya impuesto una medida de aseguramiento privativa de la libertad, por cuanto sus calidades profesionales no sufren mengua por estar detenido, ni hay lugar a un abierto cuestionamiento de sus cualidades éticas y humanas.

Ciertamente, el régimen disciplinario del abogado vela por la conservación de la ética en el ejercicio profesional y en atención a las circunstancias del caso concreto se podrá concluir si se afecta o no la ética profesional, pero lo cierto es que, aun si las condiciones éticas del preventivamente detenido no estuvieran en juego, hay cuestiones de interés público y relacionadas con derechos de terceros que sería irrazonable soslayar, así como cuestiones técnicas de las que depende el correcto ejercicio de la profesión.

En efecto, el legislador, fuera de evaluar el riesgo social de una determinada situación, pondera las dificultades que ella acarrea y por eso la Corte ha estimado

que “los intereses que involucra el control disciplinario como expresión de la función de control y vigilancia sobre la profesión de abogado son de carácter público”, pero también ha advertido que el ejercicio de la profesión ha de ser “adecuado” y “responsable” para no poner en riesgo la efectividad de los derechos fundamentales ni los principios que deben guiar la función jurisdiccional (sentencia C-290 de 2008).

En esas condiciones, el ejercicio profesional no sería adecuado ni tampoco responsable, por lo cual no resulta contrario a la Constitución que, tratándose de la imposición de una medida privativa de la libertad, el legislador haya previsto una incompatibilidad cuya ausencia no solo afectaría los derechos a acceder a la justicia y al debido proceso de los eventuales clientes, sino también a la misma administración de justicia, que no podría contar con la colaboración eficiente del abogado detenido.

Pero no solo se vería afectada la administración de justicia por lo que hace a los asuntos que, de no existir la incompatibilidad, asumiría el abogado detenido preventivamente, dado que el permitir el ejercicio de la abogacía a una persona sometida a medida de aseguramiento privativa de la libertad podría afectar el cumplimiento de la respectiva medida y, sobre todo, las finalidades perseguidas mediante su tasada y excepcional imposición.

Nótese que el numeral 3º del art. 29 de la Ley 1123 de 2007, en la parte que no fue objeto de demanda, señala que el sometido a medida de aseguramiento privativa de la libertad no puede ejercer la abogacía, “excepto cuando la actuación sea en causa propia”, pero aun en este supuesto se advierte que la actuación debe surtirse “sin perjuicio de los reglamentos penitenciarios y carcelarios”.

No se puede negar que el ejercicio de la profesión y el derecho al trabajo resultan comprometidos por la privación de la libertad derivada de una medida de aseguramiento y, no obstante ello, procede sostener que esas restricciones o limitaciones encuentran razonable justificación en la realidad de los hechos, en los riesgos que el legislador está autorizado para prevenir y en los intereses públicos y de terceros que debe considerar al establecer el régimen disciplinario de los abogados.

Alega también el demandante violación del derecho a la igualdad y, aun cuando no aparece claro si el parámetro de comparación está conformado por el resto de abogados o por las otras profesiones, la Corte considera suficiente a objeto de desestimar este cargo señalar que, de conformidad con lo expuesto y tratándose del ejercicio profesional, no son comparables la situación del abogado privado de la libertad y la del que goza de ella, como tampoco es comparable la regulación del derecho y la correspondiente a cada una de las profesiones, porque “pretender que se adopte una regulación absolutamente idéntica en materia de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de las numerosísimas profesiones u oficios (...) implicaría soslayar las particularidades y especificidades de cada una de ellas, esto sí, en detrimento del derecho a la igualdad” (sentencia C-819 de 2010).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (en pleno), sentencia C-398/11 del 18-5-2011, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-398-11.htm>>.



DEBIDO PROCESO. VIOLACIÓN. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIAS. EFECTOS EN EL ÁMBITO DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el art. 630 del Código Procesal Penal italiano (CPP) no prevé la reapertura del proceso cuando la sentencia o el decreto de condena contradigan una sentencia definitiva de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea) que declara que el proceso no ha sido equitativo en términos del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

En el proceso penal contra Paolo Dorigo, el Tribunal de Apelaciones de Bolonia es llamado a pronunciarse en relación con dos solicitudes de revisión de una condena irrevocable de prisión, luego de que la Corte Europea comprobara el carácter no equitativo del proceso que se realizó en contra del condenado, toda vez que la condena había sido pronunciada con base en declaraciones vertidas en el curso de las investigaciones preliminares por parte de otros tres imputados no examinados durante el debate en razón de que se habían valido de la facultad de no responder. Entonces, el Tribunal planteó la inconstitucionalidad de esta norma por considerarla violatoria del art. 117.1 de la Constitución y del art. 46 de la Convención.

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad del art. 630 CPP en la parte en que no prevé una revisión de la sentencia o del decreto de condena que permita la reapertura del proceso en los términos del art. 46.1 de la Convención a fin de conformar lo dispuesto por la Corte Europea en una sentencia definitiva.

De acuerdo con dicho artículo convencional, los Estados contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas de la Corte Europea en los litigios en que son parte. Cuando un particular ha sido condenado en un proceso viciado por el incumplimiento del art. 6 de la Convención, la vía más apropiada para reparar la violación constatada es la tramitación de un nuevo proceso o la reapertura del anterior solicitada por el interesado observando los principios del debido proceso.

En este sentido, los regímenes legales de una gran parte de los Estados miembros del Consejo de Europa permiten la reapertura del proceso penal considerado no equitativo por la Corte Europea. En otros países, aun ante la inexistencia de normativa específica, la reapertura está garantizada por una aplicación extensiva del medio extraordinario de impugnación previsto por la legislación.

En el ordenamiento italiano, la situación es significativamente diferente. Los casos contemplados en el art. 630 CPP reflejan la configuración tradicional del instituto de la revisión como instrumento orientado a resolver el desacuerdo entre la “verdad procesal” consagrada en la sentencia y la “verdad histórica” resultante de elementos fácticos “externos” a la sentencia misma. En otras palabras, se trata de un remedio contra la apreciación defectuosa del hecho histórico por parte del juez por una contradicción con los hechos establecidos en decisiones diferentes a aquella que es objeto de denuncia (letras *a* y *b* del art. 630 CPP), por una valoración insuficiente de la prueba (letra *c*) o por una comprobada conducta delictiva (letra *d*).

En caso de que la Corte Europea compruebe una violación del art. 6 de la Convención, la perspectiva es totalmente diferente. Se trata entonces de reparar,

más allá de los límites de la sentencia, un “vicio” interno del proceso mediante la reapertura del mismo, poniendo al interesado en las condiciones en las que se habría encontrado en caso de no existir la lesión. Remediar el defecto de “equidad” de un proceso no significa necesariamente llegar a una sentencia absolutoria. En efecto, quien ha sido condenado –en opinión de la Corte Europea– por un juez no imparcial o no independiente tiene derecho a un nuevo proceso ante un juez que responda a los requisitos contenidos en el art. 6.1 de la Convención, sin que tal derecho rígidamente se refleje en una sentencia favorable.

Excluido entonces el goce del instituto de la revisión, la jurisprudencia ha experimentado diversas soluciones hermenéuticas orientadas a salvaguardar los derechos reconocidos en la Convención, superando los impedimentos resultantes de la existencia de sentencia firme. Sin embargo, se trata de soluciones parciales, no idóneas para alcanzar el objetivo perseguido. En efecto, la falta de un remedio adecuado en el ordenamiento italiano ha sido reiteradamente señalada por los órganos del Consejo de Europa, particularmente en relación con el caso concerniente al condenado en el juicio *a quo*.

A este respecto, es preciso observar, en primer término, que la Corte Europea nunca se ha pronunciado sobre este asunto. Tanto el Comité de Ministros como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa han criticado que Italia no haya cumplido con su obligación de subsanar la inexistencia, en su régimen jurídico interno, de un mecanismo que permita la reapertura del proceso declarado “no equitativo”.

A partir de sus sentencias Nros. 348 y 349 de 2002, esta Corte ha afirmado que las disposiciones de la Convención integran, como “normas interpuestas”, el parámetro constitucional contenido en el art. 117.1 de la Constitución, en la parte en que impone a la legislación interna conformarse a las obligaciones que derivan de las asumidas internacionalmente. En tal sentido, en caso de una eventual contradicción entre una norma interna y una norma de la Convención, el juez ordinario debe, ante todo, verificar la factibilidad de una interpretación de la primera que se compadezca con la Convención, valiéndose de todos los instrumentos hermenéuticos a su disposición. En caso de que tal verificación arroje un resultado negativo, el juez debe denunciar la incompatibilidad, planteando la inconstitucionalidad relativa al parámetro indicado. A su vez, esta Corte, aun cuando no le está permitido impugnar la interpretación que la Corte Europea hace de la Convención, está legitimada para verificar si la cláusula convencional está en conflicto con otras disposiciones constitucionales, hipótesis en la que deberá excluirse la idoneidad de la norma convencional para integrar el parámetro considerado.

La Corte Europea sostiene que la obligación de conformarse a sus sentencias definitivas implica que los Estados contratantes se comprometan a permitir la reapertura de los procesos a solicitud del interesado cuantas veces sea necesario, a los fines de la *restitutio in integrum* a este, cuando se hayan violado las garantías reconocidas por la Convención en relación con el proceso equitativo. Esta interpretación no puede considerarse contradictoria con las garantías brindadas por la Constitución.

Por otra parte, el juez *a quo* ha individualizado en el art. 630 CPP la sede de la intervención adicional requerida. En efecto, la revisión como medio extraordinario

de impugnación de carácter general comporta la reapertura del proceso, es decir, la reanudación del trámite del proceso e incluso la admisión de pruebas y, por lo tanto, constituye el instituto más afín al que debe establecerse para conformar el ordenamiento nacional con el parámetro invocado.

Contrariamente a lo que afirma el fiscal, no puede constituirse en obstáculo para la admisión de la cuestión la circunstancia de que la hipótesis de reapertura del proceso resulte heterogénea con respecto a los demás casos de revisión actualmente contemplados por la norma impugnada, tanto porque se aparta de la lógica de la conciliación entre “verdad procesal” y “verdad histórica” que surge de elementos “externos” al proceso ya celebrado, como porque dicha hipótesis no se adecua a la rígida alternativa entre absolución y confirmación de la condena precedente.

Esta Corte tiene la obligación de remediar toda vulneración de la Constitución relativa a los derechos fundamentales, independientemente de que la lesión dependa de lo que la norma prevé o de lo que omite prever. Por un lado, corresponderá a los jueces ordinarios extraer de la decisión de esta Corte las consecuencias necesarias, valiéndose de los instrumentos hermenéuticos a su disposición y, por el otro, compete al legislador regular de la manera más oportuna y veloz los aspectos que requieran una adecuada reglamentación.

En el presente caso, el art. 630 CPP debe ser declarado inconstitucional. La necesidad de reapertura del proceso deberá ser evaluada en función de la naturaleza objetiva de la violación comprobada, teniendo en cuenta las indicaciones incluidas en las sentencias de cuya ejecución se trata y en “interpretativa” eventualmente solicitada a la Corte Europea por el Comité de Ministros, en términos del art. 46.3 de la Convención.

Por otra parte, esto significa que el juez deberá evaluar la compatibilidad de las disposiciones relativas al juicio de revisión. Deberán considerarse inaplicables las que resultan inconciliables en el plano lógico-jurídico con el objetivo perseguido; en primer lugar, aquellas que reflejan la preordenación tradicional del juicio de revisión de absolución del condenado. En este sentido, resultará inoperante la condición de admisibilidad basada en la previsión de una posible propuesta absolutoria indicada en el art. 631 CPP, así como serán inaplicables las disposiciones del art. 637.2/3 CPP (según las cuales, la admisión de la solicitud comporta la absolución del interesado y el juez no la puede pronunciar exclusivamente con base en una evaluación diferente de las pruebas tomadas en el juicio precedente, respectivamente).

Asimismo, es preciso considerar que la revisión, sustancialmente, conlleva la derogación –impuesta por la exigencia de respetar las obligaciones internacionales– del principio según el cual los vicios procesales quedan cubiertos por la sentencia firme. En tal sentido, el juez revisor deberá evaluar la manera en que las causas de la inequidad del proceso señaladas por la Corte Europea han de traducirse en vicios de los actos procesales desde el punto de vista del derecho interno, y en el nuevo juicio deberá adoptar las medidas adecuadas para eliminarlos.

Cabe reiterar que la incidencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 630 CPP no implica una opción prejudicial de esta Corte a favor del instituto de la revisión, que solo se justifica por la inexistencia de otra y más idónea vía de intervención adicional. El legislador queda entonces en libertad para regular

mediante otra normativa el mecanismo de adecuación a las sentencias definitivas de la Corte Europea, así como para dictar normas relativas a aspectos específicos del mismo sobre los cuales esta Corte no puede intervenir porque implican elecciones discrecionales. Asimismo, queda confiada a la discrecionalidad del legislador la elección de los límites y de los modos en los cuales deben evaluarse las indicaciones de la Recomendación R (2002)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en cuanto prevé la posible introducción de condiciones para la reapertura del proceso, vinculadas con la naturaleza de las consecuencias producidas por la decisión interna y con la incidencia sobre esta de la violación comprobada.

Nota del Instituto: con relación al presente fallo, puede verse el artículo de LONATI, Simone, “*Il ‘caso Dorigo’: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell’uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*”, en *Investigaciones* 3 (2007), pp. 528/532.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia N° 113/2011 del 4-4-2011, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=113>>.



DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA. **OPINIONES CONSULTIVAS** (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA – KOSOVO).

1. Antecedentes del caso: el 8 de octubre de 2008, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 63/3, solicitó a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre la conformidad de la declaración unilateral de independencia de Kosovo del 17 de febrero de 2008 con el derecho internacional.

2. Sentencia: la declaración unilateral de independencia de Kosovo del 17 de febrero de 2008 no viola el derecho internacional.

2.1. El derecho internacional general

En principio, es necesario abordar ciertas cuestiones atinentes a la licitud de las declaraciones de independencia en el derecho internacional.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, la evolución del derecho internacional en materia de autodeterminación dio nacimiento a un derecho a la independencia en beneficio de los pueblos de territorios no autónomos y de aquellos sometidos al yugo, al dominio y a la explotación extranjeros. Muchos Estados nuevos nacieron como consecuencia del ejercicio de este derecho.

Sin embargo, también han existido declaraciones de independencia emitidas fuera de este contexto. La práctica de los Estados en estos últimos casos no revela que haya surgido en el derecho internacional una nueva norma que prohíba las declaraciones de independencia en tales casos.

Varios de quienes participaron en los procedimientos ante esta Corte han sostenido que la prohibición de declarar unilateralmente la independencia está

implícitamente contenida en el principio de integridad territorial. Este constituye un elemento importante del orden jurídico internacional que se encuentra consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el art. 2.4, que dispone: “[l]os Miembros de la Organización se abstendrán, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

La Asamblea General, en la Resolución 2625 (XXV), titulada “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, que refleja el derecho internacional consuetudinario (ver *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra esta (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, sentencia sobre el fondo de la cuestión, párr. 191-193), reiteró el principio de que los Estados deben abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de cualquier otro. A continuación, la misma resolución pone a cargo de los Estados diferentes obligaciones, exigiéndoles no violar la integridad territorial de otros Estados soberanos. En el mismo orden de ideas, el acta final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa del 1º de agosto de 1975 prevé que: “[l]os Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los demás Estados participantes” (art. 4). En consecuencia, el principio de integridad territorial solo se aplica a la esfera de las relaciones interestatales.

Varios de quienes participaron en estas actuaciones han invocado resoluciones mediante las cuales el Consejo de Seguridad condenó ciertas declaraciones de independencia (Resoluciones 216 y 217 (1965) relativas a Rodesia del Sur; Resolución 541 (1983) relativa al norte de Chipre, y Resolución 787 (1992) relativa a la República Srpska). Sin embargo, en cada uno de estos casos, el Consejo de Seguridad se pronunció sobre la situación concreta existente en el momento en que esas declaraciones de independencia fueron hechas. En efecto, la ilegalidad de tales declaraciones no procedía de su carácter unilateral, sino del hecho de que estaban vinculadas al uso ilícito de la fuerza o a otras violaciones graves de normas del derecho internacional, en particular de naturaleza imperativa (*jus cogens*). Sin embargo, en el caso de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca tomó esta posición. El carácter excepcional de las resoluciones referidas parece confirmar el hecho de que de la práctica del Consejo de Seguridad no puede deducirse ninguna prohibición general de declarar unilateralmente la independencia.

Con respecto a los argumentos esgrimidos por algunos intervinientes en relación con el alcance del derecho a la autodeterminación o con la existencia de un derecho de “secesión-remedio”, cabe observar que, en realidad, ellos se refieren al derecho a separarse de un Estado. Casi todos los participantes concuerdan en que este punto está fuera del ámbito de la cuestión planteada por la Asamblea General. En efecto, para responder a esta, basta con determinar si la declaración de independencia de Kosovo ha violado el derecho internacional general o bien la *lex specialis* creada para la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad (Resolución 1244).

El derecho internacional general no contiene ninguna prohibición aplicable a las declaraciones de independencia y, en consecuencia, la declaración de independencia del 17 de febrero de 2008 no ha violado el derecho internacional general.

2.2. *La Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y el Marco Constitucional de la MINUK establecido en virtud de la misma*

2.2.1. A fin de examinar la pertinencia jurídica de la Resolución 1244, cabe recordar que esta fue expresamente adoptada con base en el Cap.VII de la Carta de las Naciones Unidas y que claramente impone obligaciones jurídicas internacionales. Ninguno de los participantes ha cuestionado que esta Resolución, específicamente relativa a la situación en Kosovo, forme parte del derecho pertinente a la situación *sub examine*.

Entre los reglamentos emitidos por la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (MINUK), se encuentra el Reglamento N° 2001/9, por el cual se promulgó el Marco Constitucional para una administración provisional y se definieron las responsabilidades relacionadas con la administración de Kosovo relativas, respectivamente, al Representante Especial del Secretario General y a las instituciones provisionales del gobierno autónomo de Kosovo. Dichos reglamentos son adoptados por el Representante Especial del Secretario General en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Resolución 1244 y, en definitiva, la Carta de las Naciones Unidas. El Marco Constitucional basa su fuerza obligatoria en el carácter vinculante de la Resolución 1244 y, por consiguiente, del derecho internacional, y, en ese sentido, forma parte del derecho internacional. Simultáneamente, constituye uno de los elementos del orden jurídico interno, creado en virtud de la Resolución 1244, aplicable solo en Kosovo y destinado a reglamentar, durante el período provisional establecido por tal Resolución, las cuestiones que habitualmente son materia de derecho interno y no de derecho internacional. Por lo tanto, es posible concluir que el Marco Constitucional entró en vigor como parte del cuerpo de normas aprobadas por la administración de Kosovo durante el período provisional.

Las instituciones creadas en virtud del Marco Constitucional estaban facultadas por este para tomar decisiones que tuvieran efecto en el marco de este conjunto de normas. En particular, la Asamblea de Kosovo estaba facultada para adoptar textos con fuerza de ley, sujetos a la máxima autoridad del Representante Especial del Secretario General. Por lo tanto, ni la Resolución 1244 ni el Marco Constitucional contienen una cláusula de extinción, ni tampoco han sido derogadas; en consecuencia, forman parte del derecho internacional aplicable a la situación que existía en Kosovo el 17 de febrero de 2008.

El objeto y propósito de la Resolución 1244 fue establecer un régimen jurídico transitorio de carácter excepcional que sustituyera al orden jurídico serbio – salvo disposición expresa en contrario– y estabilizara la situación en Kosovo. Además, estaba destinada a ser provisional.

Es preciso ahora examinar si la Resolución 1244 o las medidas adoptadas en virtud de la misma introducen una prohibición específica de declarar la independencia aplicable a quienes adoptaron la declaración de independencia en

Kosovo. Para responder a esta cuestión, es necesario determinar con precisión quién hizo dicha declaración. En efecto, la declaración de independencia no fue emitida por la Asamblea de Kosovo como institución provisional de administración autónoma dentro del ámbito del Marco Constitucional, sino que fue fruto del accionar de personas que actuaron de manera concertada en su calidad de representantes del pueblo de Kosovo, fuera del marco de la administración provisional.

2.2.2. Durante el procedimiento, se debatió la posible violación, por parte de los autores de la declaración de independencia, de la Resolución 1244. A este respecto, cabe observar que esta no contiene disposición alguna concerniente al estatus definitivo de Kosovo ni a las condiciones de su cumplimiento. Cuando el Consejo de Seguridad decidió fijar las condiciones restrictivas para el estatus permanente de un territorio, tales condiciones se especificaron en la resolución pertinente. El texto de la Resolución 1244 revela que el Consejo de Seguridad no se reservó la determinación final de la situación de Kosovo y que se guardó silencio respecto de las condiciones del estatus final. Por lo tanto, dicha Resolución no excluye la declaración de independencia del 17 de febrero de 2008 porque los dos instrumentos funcionan en niveles diferentes. A diferencia de la Resolución 1244, la declaración de independencia constituye un intento de determinar definitivamente el estatus de Kosovo.

2.2.3. Al interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad, es preciso establecer, caso por caso, y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, a quién ha querido el Consejo imponer obligaciones. Por otra parte, el Consejo de Seguridad no ha demandado a Estados Miembros de las Naciones Unidas ni de las organizaciones intergubernamentales, sino a los dirigentes albaneses de Kosovo. Sin embargo, en el texto de la Resolución 1244 no existe ninguna mención a estos dirigentes ni a otros agentes, no obstante la referencia relativamente general de “a todos los interesados” (art. 14). Por lo tanto, no es posible aceptar el argumento de que la Resolución 1244 contiene una prohibición, vinculante para los autores de la declaración de independencia, de emitir tal declaración. Semejante prohibición no puede ser inferida del texto de la Resolución, leído en su contexto y a la luz de su objeto y propósito. A lo sumo, el texto es ambiguo en cuanto a si creó tal prohibición. El objeto y el propósito de la Resolución consisten en establecer una administración provisional en Kosovo, sin tomar ninguna decisión definitiva en cuanto a las cuestiones relativas al estatus final.

A pesar de que el inciso *c)* del art. 11 de la Resolución 1244 explica que las principales responsabilidades de la presencia internacional civil serán organizar y supervisar la creación de instituciones provisionales para una auto-administración autónoma y democrática en espera de una “solución política”, cabe señalar que la expresión “solución política”, citada con frecuencia en el curso del procedimiento, no cambia en nada la conclusión de que la Resolución 1244 no contiene ninguna prohibición vinculante para los autores de la declaración de independencia de emitir tal declaración. Tal expresión se inscribe en el marco de una enumeración de las responsabilidades que le incumben a la presencia civil internacional, a saber,

solamente al Representante Especial del Secretario General para Kosovo y a la MINUK. La expresión “solución política” puede interpretarse de diversas maneras, tal como lo demuestran las opiniones divergentes expuestas a este respecto. Esta parte de la Resolución 1244 no puede interpretarse como una prohibición de declarar la independencia aplicable, en particular, a los autores de la declaración del 17 de febrero de 2008. Por lo tanto, la Resolución 1244 no impide a los autores de dicha declaración proclamar la independencia de Kosovo de la República de Serbia. En consecuencia, la declaración de independencia no violó tal resolución.

Finalmente, en cuanto a si la declaración de independencia del 17 de febrero de 2008 violó –como lo han sostenido varios Estados participantes en el procedimiento– el Marco Constitucional establecido bajo los auspicios de la MINUK, es preciso recordar que no fue emitida por las instituciones provisionales del gobierno autónomo ni tampoco fue un acto destinado a producir efectos en el orden jurídico en el que estas actuaban. En consecuencia, los autores de la declaración de independencia no se rigieron por el Marco Constitucional, que tenía por objeto regular, definiendo atribuciones y responsabilidades, la conducta de las instituciones provisionales del gobierno autónomo. Por lo tanto, la declaración de independencia no violó el Marco Constitucional.

En conclusión, la adopción de la declaración de independencia del 17 de febrero de 2008 no violó el derecho internacional general ni la Resolución 1244/1999 del Consejo de Seguridad, como tampoco el Marco Constitucional. En consecuencia, no violó ninguna norma aplicable del derecho internacional.

Notas del Instituto: 1) La Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas, propuesta por Serbia, contó con el apoyo de numerosos países, entre ellos, Rusia, China y España. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea se abstuvieron de votar. Estados Unidos y Albania, entre otros, votaron en contra. Se puede acceder a su texto en <<http://www.unmikonline.org/press/reports/N9917289.pdf>>. 2) El 27 de julio de 2010, la Asamblea Nacional serbia aprobó una resolución (véase, en inglés, en <http://www.media.srbija.gov.rs/medeng/documents/parliaments_decision27072010.doc>) conforme a la cual dicho Estado nunca va a reconocer a Kosovo como una nación independiente. Por otra parte, propone una resolución pacífica de esta controversia que se compadezca con la Constitución serbia, la cual expresamente prohíbe toda modificación de las fronteras de dicho país.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva del 22-7-2010, caso *Accordance with international law of the unilateral declaration of Independence in respect of Kosovo*, en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN. **SALUD.** ENFERMOS DE HIV. **SIDA.** JUSTIFICACIÓN OBJETIVA Y RAZONABLE. **DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO COMUNITARIO.** MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS. **EXTRANJEROS** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – RUSIA).

1. Antecedentes del caso: desde el año 2002, el ciudadano uzbeko Victor Kiyutin reside en Rusia, en la región de Oryol, donde contrajo matrimonio con una ciudadana rusa con quien tuvo una hija. En agosto de 2003, solicitó un permiso de residencia, para cuya obtención tuvo que someterse a un examen médico que arrojó como resultado su condición de VIH positivo. En virtud de esta circunstancia, su solicitud fue rechazada, decisión que fue confirmada por el tribunal regional de Oryol.

En 2009, Kiyutin volvió a solicitar un permiso de residencia temporaria, pero el Servicio Federal de Migraciones le impuso una multa de 2.500 rublos por haber residido ilegalmente en Rusia. Posteriormente, dicho ente rechazó su solicitud en virtud de lo dispuesto por el art. 7.1(13) de la Ley de Extranjeros, conforme al cual solo los extranjeros VIH negativos tienen derecho a obtener permisos de residencia, y dispuso que Kiyutin debía abandonar el país en un plazo de tres días bajo apercibimiento de deportación.

El solicitante impugnó la decisión, pero el tribunal de distrito de Serverniy de Oryol rechazó su demanda. Entonces, interpuso un recurso de apelación ante el tribunal regional de Oryol invocando la decisión de la Corte Constitucional rusa del 12 de mayo de 2006 así como lo dispuesto en los documentos de las Naciones Unidas sobre la prevención del VIH, pero su pretensión fue nuevamente rechazada.

Kiyutin posteriormente se sometió a un examen médico en el Centro Regional para la Prevención de VIH, donde le diagnosticaron una infección por VIH en fase progresiva, hepatitis B y C, y le prescribieron una terapia antirretroviral muy rigurosa.

Kiyutin, entonces, presentó un recurso contra Rusia ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), denunciando la violación de los arts. 8, 13, 14 y 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia: ha existido una violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención. El Estado demandado debe pagar al recurrente la suma de € 15.000 en concepto de reparación por el daño moral y de € 350 para el pago de las costas del proceso.

Si bien el art. 8 de la Convención no reconoce el derecho a radicarse en un determinado país ni a obtener un permiso de residencia, los Estados deben ejercer políticas de inmigración que se compadezcan con los derechos humanos de los extranjeros, en particular con el derecho al respeto por la vida privada y familiar, y con el derecho a no ser objeto de discriminación.

Por otra parte, si bien el art. 14 no incluye expresamente las condiciones médicas o de salud como motivos protegidos de discriminación, esta Corte ha reconocido recientemente que una discapacidad física y otros diversos problemas de salud caen dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición (cfr. *Glor c. Suiza*, n° 13444/04, sentencia del 30 de abril de 2009; y *G.N. c. Italia*, n° 43134/05, sentencias

del 1° de diciembre de 2009 (mérito) y 15 de marzo de 2011 (justa satisfacción)). Asimismo, de acuerdo con la interpretación de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de la expresión “otras condiciones” que contienen las disposiciones antidiscriminatorias de los instrumentos internacionales, esta abarca las condiciones de salud e incluso la infección por VIH. Dicho enfoque, además, resulta compatible con la Recomendación 1116 (1989) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que pidió que se reforzara la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 de forma que incluya la salud entre los motivos prohibidos de discriminación, y con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que impuso a los Estados parte una prohibición general de discriminar con base en dicha condición. En consecuencia, la expresión “otras condiciones” del texto del art. 14 de la Convención abarca la distinción basada en el estado de salud, incluyendo la infección por VIH.

Por otro lado, en su condición de esposo de una ciudadana rusa y de padre de una niña rusa, el recurrente tiene derecho a obtener el permiso de residencia que el Servicio de Migraciones de Rusia y los tribunales le denegaron exclusivamente debido a su condición de VIH positivo. Esta Corte considera lícita la pretensión del recurrente de estar en una situación análoga a la de otros extranjeros en relación con la solicitud de un permiso de residencia en razón de que sus lazos familiares se encuentran en Rusia.

Dado que el recurrente ha acreditado la existencia de una diferencia en el trato, el Estado demandado debe demostrar que tal distinción es justificable en términos objetivos y razonables, es decir que persigue un objetivo legítimo y, además, que existe una razonable proporcionalidad entre dicho objetivo y los medios empleados para alcanzarlo.

En la actualidad, no obstante el considerable progreso en la prevención del VIH y el mejor acceso a su tratamiento, la estigmatización y la discriminación de las personas infectadas sigue siendo motivo de gran preocupación para las organizaciones internacionales dedicadas al VIH. Por ello, esta Corte considera que tales personas constituyen un grupo vulnerable con una historia de prejuicios y estigmatización y que, en consecuencia, solo se le debe conceder al Estado un estrecho margen de apreciación para elegir las medidas que brindan a este grupo un tratamiento diferenciado con base en su condición de portadores de VIH. En efecto, de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa, solo seis exigen que el peticionario de un permiso de residencia presente un certificado de VIH negativo, uno solo requiere una declaración a tales efectos y solamente tres prevén la deportación de los extranjeros VIH positivo. De ello se deduce que la decisión de excluir a los solicitantes VIH positivos del acceso a un permiso de residencia cuenta con escaso apoyo por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa y no refleja un consenso europeo consolidado. En consecuencia, en el presente caso, el Estado demandante tiene la obligación de brindar una justificación particularmente convincente del trato diferencial del que el recurrente alega ser víctima.

El gobierno ruso (en adelante, el Gobierno) identificó algunos de los objetivos perseguidos por la restricción impugnada que parecen seguir estrictamente el texto del preámbulo de la Ley de Prevención de VIH. Sin embargo, no explica cómo las

presuntas amenazas a la seguridad nacional y a la existencia de la humanidad resultan pertinentes a la situación personal del recurrente, qué consecuencias socioeconómicas o demográficas podría acarrear su presencia en el territorio ruso, o por qué la denegación de un permiso de residencia mejoraría la protección de los derechos e intereses del resto de la población. En efecto, si bien el objetivo de proteger la salud pública resulta indudablemente legítimo, lo cierto es que no legitima el tratamiento diferencial brindado al recurrente en razón de su estado de salud. Por ello, es preciso determinar si existe una relación de proporcionalidad razonable entre el objetivo perseguido y los medios empleados.

La mera presencia de una persona VIH positivo en un país no constituye *per se* una amenaza para la salud pública. De hecho, el VIH no se transmite de manera casual, sino fundamentalmente a través de comportamientos de riesgo como el acto sexual casual y el uso compartido de jeringas. Por ello, la decisión de no permitir el ingreso o la residencia de extranjeros VIH positivos en aras de prevenir la transmisión del virus parte de las suposiciones de que estos van a incurrir en comportamientos de riesgo y de que los ciudadanos no van a cuidarse. Estas presunciones constituyen generalizaciones no fundadas en los hechos y no toman en consideración situaciones personales tales como la del recurrente. Por otra parte, conforme a la ley rusa, todo comportamiento de una persona VIH positiva consciente de su condición que exponga a otra persona al riesgo de infección del virus constituye un delito punible con la privación de la libertad. El gobierno no ha explicado por qué tales sanciones legales no fueron consideradas suficientemente disuasivas de los comportamientos que entrañan el riesgo de transmisión de la enfermedad.

Corresponde tener en cuenta que Rusia no aplica restricciones vinculadas con la condición de VIH positivo a los turistas ni a los visitantes temporarios, ni exige a los ciudadanos rusos que salen y regresan al país que se sometan al examen de VIH. Teniendo en cuenta que las vías de infección son idénticas cualquiera sea la nacionalidad de una persona y la extensión de su permanencia en el territorio ruso, no hay razón para que se apliquen selectivamente las restricciones vinculadas con el VIH a los extranjeros que solicitan un permiso de residencia y no así a los grupos antes mencionados, los cuales, de hecho, son la mayor parte de los viajeros y migrantes. Tampoco hay motivo para afirmar que es menos probable que estos últimos –y no los migrantes establecidos en el país– tengan un comportamiento riesgoso. Por ello, resulta preocupante la pretensión del Gobierno de que el recurrente podía eludir la aplicación de las disposiciones de la Ley de Extranjeros si optara por salir y regresar al país cada noventa días. Tal afirmación pone en duda la autenticidad de la alegada preocupación que, en términos de salud pública, la presencia en Rusia del recurrente genera en el Gobierno. Es de destacar, asimismo, que la prueba de VIH a la que debe someterse el solicitante de un permiso de residencia no siempre demuestra la presencia del virus en las personas recientemente infectadas. En consecuencia, aplicar las restricciones basadas en el VIH únicamente a los residentes de larga duración no constituye una medida de prevención efectiva de la transmisión del virus por parte de los migrantes VIH positivos.

El trato diferencial de los residentes VIH positivos con respecto al acordado a los visitantes temporarios podría justificarse por el riesgo de que los primeros

se conviertan en una carga para el sistema de salud pública. Sin embargo, tales consideraciones económicas solo son aplicables en un régimen jurídico en el que los residentes extranjeros pueden beneficiarse del sistema nacional de salud de manera gratuita o con aranceles reducidos. Eso no es lo que sucede en Rusia, donde solo gozan de este derecho en casos de emergencia. Por ello, aunque el solicitante obtenga un permiso de residencia, no podrá beneficiarse del sistema de salud pública y, por ende, no existe el riesgo de que constituya una carga financiera para dicho sistema en Rusia.

Finalmente, es posible que las restricciones impuestas a los viajes y a la residencia de las personas con VIH no sean efectivas para la prevención de la propagación de la enfermedad y que sean perjudiciales para la salud pública del país: en primer lugar, porque los migrantes pueden permanecer en el país ilegalmente a fin de evitar la prueba de VIH, en cuyo caso se desconoce su estado de salud; en segundo lugar, la exclusión de los extranjeros VIH positivos puede generar un falso sentido de seguridad basado en considerar al VIH como un “problema del exterior” que ha sido controlado mediante la deportación de los extranjeros infectados y la prohibición de su residencia en el país.

A la luz de lo dicho, esta Corte estima que si bien la protección de la salud pública constituye un objetivo legítimo real, lo cierto es que el Gobierno no adujo argumentos convincentes para demostrar que tal objetivo podría alcanzarse negando al solicitante la residencia en el país en razón de sus condiciones de salud.

Por otro lado, resulta preocupante la naturaleza general e indiscriminada de la medida impugnada. En efecto, el art. 7.1 (13) de la Ley de Extranjeros prevé expresamente que toda solicitud de permiso de residencia será rechazada si el solicitante no es VIH negativo y el art. 11.2 de la Ley de Prevención de VIH prevé la deportación de los extranjeros VIH positivos. Ninguna de las dos disposiciones da lugar a una evaluación de las circunstancias particulares del caso. Si bien la Corte Constitucional indicó que dichas disposiciones no excluyen la posibilidad de tener en cuenta consideraciones humanitarias en casos excepcionales, no queda claro si tal decisión otorgó a las autoridades discrecionalidad para invalidar la normativa del art. 7.1 (13) de la Ley de Extranjeros.

En este caso, el Servicio Federal de Migraciones, el tribunal de distrito y el tribunal regional no tomaron en consideración la opinión de la Corte Constitucional y rechazaron la solicitud de permiso de residencia del recurrente únicamente con base en los requisitos legales de la Ley de Extranjeros, sin tomar en cuenta el estado real de su salud o sus lazos familiares. Es de destacar que, al rechazar la solicitud de revisión presentada por el recurrente, el tribunal regional afirmó que los tribunales no están obligados a tener en cuenta consideraciones humanitarias y que las disposiciones del art. 7.1 (13) que exigen la presentación de un certificado de VIH negativo no pueden ser desatendidas. Por otro lado, el Gobierno confirmó que la situación personal del recurrente carece de relevancia jurídica y que los tribunales no están obligados a tomar en cuenta la información sobre su salud o sus lazos familiares.

En opinión de esta Corte, semejante rechazo indiscriminado a la solicitud de un permiso de residencia, carente de una evaluación judicial del caso particular y basado únicamente en el estado de salud, no puede considerarse compatible con la protección contra la discriminación consagrada en el art. 14 de la Convención.

Considerando que el recurrente pertenecía a un grupo vulnerable, que no se ha demostrado que su exclusión se basa en una justificación razonable y objetiva, y que las disposiciones legislativas impugnadas no dieron lugar a una evaluación del caso particular, esta Corte estima que el gobierno excedió el estrecho margen de apreciación que se le ha concedido en el presente caso. El recurrente ha sido víctima de discriminación en razón de su estado de salud, por lo que ha habido una violación del art. 14 de la Convención en conjunción con el art. 8.

Nota del Instituto: el preámbulo de la Ley de Prevención del VIH del 30 de marzo de 1995 reza así: “Reconociendo que la enfermedad crónica causada por el síndrome de inmunodeficiencia humana (VIH) se ha propagado ampliamente por todo el mundo, que tiene graves consecuencias socioeconómicas y demográficas para la Federación Rusa, que plantea una amenaza para la seguridad personal, pública y nacional y una amenaza para la existencia de la humanidad, exige la protección de los derechos y legítimos intereses de la población...”. En cumplimiento del art. 4.1 de la misma ley, el Estado garantiza la asistencia médica gratuita a los ciudadanos rusos infectados por VIH. Por su parte, su art. 11.2 dispone que los extranjeros y los apátridas que se encuentren en el territorio ruso deben ser deportados cuando se descubra que son VIH positivos. La Ley de Extranjeros del 25 de julio de 2002, en su art. 5, dispone que los extranjeros que no necesitan visa para ingresar a la Federación Rusa pueden permanecer allí durante un plazo no mayor a los noventa días y posteriormente deben abandonar el país. Su art. 6.3(4) y 6.2 establece que un extranjero casado con un ciudadano ruso o que tiene un hijo ruso tiene derecho a un permiso de residencia de tres años, independientemente de los cupos de inmigración para profesionales establecidos por el Gobierno. El art. 6.8 y la Resolución del Gobierno N° 789 del 1° de noviembre de 2002 enumeran la lista de documentos que un extranjero debe acompañar a la solicitud de un permiso de residencia, entre los cuales se encuentra un certificado médico que acredite que no está infectado por VIH. El art. 7 contiene una lista de los motivos para denegar un permiso de residencia temporaria o para anular uno previamente expedido. En particular, una solicitud de permiso de residencia será rechazada si el extranjero es drogadicto o no presenta un certificado que demuestre que no está infectado por VIH.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Kiyutin c. Rusia*, sentencia del 10-03-2011, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=882651&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RELIGIOSA. **SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA.** ESTADO LAICO. PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS. **LIBERTAD DE CULTO. PROCESO PENAL.** OBJETO. INTERROGATORIOS. OBJETIVO. PREGUNTAS RELATIVAS A LA RELIGIÓN DEL DECLARANTE (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Jorge Manuel Linares Bustamante interpuso una demanda de amparo contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en su

condición de máximo representante del Poder Judicial, solicitando: a) que se ordenara el retiro de los símbolos de la religión católica como la Biblia o el crucifijo de todas las salas judiciales y despachos de magistrados nacionales, y b) la exclusión, en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial, de la pregunta relativa a la religión que profesa el procesado o declarante. Invocó la vulneración de sus derechos a la igualdad y a no ser discriminado por razón de la religión, opinión o de otra índole.

Fundó su pretensión en que la exhibición del crucifijo y la Biblia en los despachos y tribunales judiciales no corresponde a un Estado laico donde existe libertad religiosa, y que esta exhibición o exposición de símbolos religiosos representa un hecho discriminatorio con respecto a los ciudadanos que no profesan el culto católico; y que, si bien el Estado tiene derecho a “preferir” una religión sobre otras, esto no implica hacer que el dogma y la moral del catolicismo, a través de sus símbolos y prácticas, prevalezcan en las instituciones públicas.

A su entender, el Estado puede exigir el respeto a los símbolos patrios hasta ciertos límites, pero nada puede ni debe autorizarlo a manipular, utilizar e imponer símbolos distintivos de una religión determinada, asociándolos a su imagen. La bandera, el escudo, el himno y la Constitución representan a todos los peruanos por igual, siendo síntesis de una serie de valores respetados por todos. En cambio, los símbolos religiosos, de cualquier confesión que fueren, incluso la “preferida”, siempre representarán a una parte de los nacionales, excluyendo a otros sobre la base de un criterio que no es tomado en cuenta para establecer la ciudadanía. Afirmó que la confesión religiosa del funcionario jurisdiccional y la práctica o no de una religión determinada pertenece a su fuero íntimo, debiendo permanecer cualquier exteriorización de su condición confesional en un lugar privado (por ejemplo, una medalla, una estampa, un rosario, etc.).

Manifestó que su mente “asocia” los símbolos religiosos de los tribunales peruanos con la Inquisición y lo que sufrió cuando fue detenido, torturado, procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria y terrorismo, de cuya comisión fue absuelto. Señaló, finalmente, que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende la colocación de símbolos religiosos, llámese crucifijo o Biblia, en los despachos y tribunales de justicia.

Respecto a la pretensión de que se omita en toda manifestación o declaración prestada ante el Poder Judicial la pregunta sobre la religión que profesa el compareciente, el recurrente señaló que la misma resulta irrelevante, que solo puede encontrar razones de orden histórico y cultural, y que podría dar lugar a que se prejuzgue a aquellas personas que no profesan el catolicismo o el cristianismo. Asimismo, señaló que no existe norma, reglamento, dispositivo o directiva que ordene, sugiera o recomiende indagar sobre la práctica religiosa de los comparecientes ante la justicia.

El juez de primera instancia declaró improcedente la demanda de amparo en aplicación del art. 5º, inc. 1 del Código Procesal Constitucional (Cód. Proc. Const.), por considerar que la pretensión del peticionante carece de contenido constitucional directo o indirecto, y no denuncia un supuesto de discriminación, limitación o restricción a los derechos de libertad de conciencia y de religión.

Esta sentencia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, que añadió que la demanda era manifiestamente improcedente por falta de agotamiento de la

vía previa, por falta de legitimidad para obrar y porque el proceso de amparo no resultaba idóneo para atender el pedido del recurrente.

2. Sentencia: se declara infundada la demanda en el extremo en que se solicita el retiro de todas las salas judiciales y despachos de magistrados nacionales de los símbolos de la religión católica como el crucifijo o la Biblia. Y se declara fundada en el extremo en que solicita la exclusión en toda diligencia o declaración ante el Poder Judicial de cualquier pregunta sobre la religión que profesa el declarante, aplicando la misma exclusión a la declaración ante toda autoridad o funcionario públicos, sin perjuicio de lo indicado en esta decisión.

A juicio de este Tribunal, las argumentaciones realizadas por los jueces de primera instancia y de Cámara resultan a todas luces impertinentes para justificar el rechazo liminar producido cuando no existe ningún margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia. En el caso de autos, lejos de existir la certeza en torno a las causales desestimatorias invocadas, existe, más bien, plena verosimilitud en torno a la relevancia constitucional de los temas planteados.

En un Estado como el peruano, acorde con el modelo de justicia constitucional dual o paralela que reconoce nuestra Carta Política, la responsabilidad de defensa de la norma fundamental no solo recae en este supremo intérprete de la Constitución, como parece obvio decirlo, sino también en la justicia ordinaria. Mientras que el Poder Judicial es el juez natural de los derechos fundamentales, en tanto conoce de los procesos de tutela desde sus primeras etapas, el Tribunal Constitucional es el juez excepcional de los derechos, en tanto su intervención se produce solo cuando la tutela a nivel judicial no ha sido posible. En dicho escenario, no debiera ser siempre o en toda circunstancia el Tribunal Constitucional quien que tenga que zanjar controversias en estricto relevantes, sino que también debiera ser el Poder Judicial el que asuma tan importante reto.

El segundo argumento en el que la Cámara sustenta el rechazo liminar se circunscribe a que las vías previas no fueron en su momento agotadas. Tal aseveración resulta igualmente errada, pues por principio y de cara al tipo de pretensión por la que se reclama, no existe una vía interna de reclamo. En efecto, el Cód. Proc. Const. es enfático al establecer en su art. 46 que la citada regla resulta pasible de exceptuación en el caso de que la vía previa no se encuentre regulada (inc. 3), precisando que, en caso de duda en torno a su existencia, deberá estarse a la continuidad del proceso conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 45 del mismo cuerpo. Por lo demás y al margen de la consideración aquí glosada, este Tribunal toma en cuenta que el demandante, a pesar de todo, sí reclamó ante el demandado respecto de las conductas consideradas a su juicio inconstitucionales, sin que a pesar de tales pedidos haya obtenido atención o respuesta alguna.

El Estado peruano se encuentra formalmente separado de toda confesión religiosa y, por lo tanto, no proclama oficial religión alguna, sino que consagra, en el art. 50 de la Constitución, el principio de laicidad del Estado, conforme al cual el Estado declara su “independencia y autonomía” respecto de la Iglesia Católica o cualquier otra confesión religiosa.

Mientras el Estado no coaccione ni concurra con la fe y la práctica religiosa de las personas y de las confesiones, por mucha actividad de reconocimiento, tutela y promoción del factor religioso que desarrolle, se comportará siempre como Estado laico.

Lo que sí es importante matizar, y el modelo constitucional se esfuerza en hacerlo, es que aunque no existe adhesión alguna respecto de ningún credo religioso en particular, nuestro Estado reconoce a la Iglesia Católica como parte integrante de su proceso de formación histórica, cultural y moral. Interrogarse en torno del por qué de tal proclama no es, por otra parte, intrascendente, habida cuenta de que desde los inicios de nuestra vida republicana (e incluso antes) la religión católica ha sido decisiva en el proceso de construcción de muchos de nuestros valores como sociedad. Solo así se explica que buena parte de nuestra Constitución Histórica coincida con referentes notablemente desarrollados por el pensamiento católico (como ocurre con la dignidad, por ejemplo).

Que exista un reconocimiento expreso en torno a la importancia indudable que ha tenido la religión católica en el desarrollo de nuestras tradiciones como nación no impide, sin embargo, que desde el Estado se proclame el pluralismo religioso, pues, como ya se ha señalado, nuestro modelo constitucional ha optado por la aconfesionalidad, lo que supone no solo una postura neutral, sino, y por sobre todo, garantías en igualdad de condiciones para todas las confesiones religiosas y para quienes comulguen con ellas.

Ahora bien, esta radical incompetencia del Estado ante la fe no significa que, con la excusa de la laicidad, pueda adoptar una actitud agnóstica o atea o refugiarse en una pasividad o indiferentismo respecto del factor religioso, pues, en tal caso, abandonaría su incompetencia ante la fe y la práctica religiosa que le impone definirse como Estado laico para convertirse en una suerte de Estado confesional no religioso. Así, tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado “laicista”, hostil a lo religioso.

La Constitución, en su art. 50, prescribe que el Estado “presta su colaboración” a la Iglesia Católica y también “puede establecer formas de colaboración” con otras confesiones.

Como puede verse, la Constitución, junto con el principio de laicidad del Estado, considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia Católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones, introduciendo de este modo el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas.

Así, la Constitución no se limita a reconocer a las confesiones como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa –como lo hace, por ejemplo, con los colegios profesionales, en su art. 20–, sino que eleva a rango constitucional la existencia de relaciones entre el Estado y las confesiones, y define la naturaleza de esas relaciones mediante el concepto de colaboración. De esta forma, el art. 50 de la Constitución contiene un doble contenido para el Estado: el establecimiento de relaciones con las confesiones religiosas y que estas sean de colaboración.

El término “colaboración” que emplea la Constitución indica que nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado

y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante entre la unión y la incomunicación entre ellos.

Los convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas representan la forma más importante de materializar el principio de colaboración. La colaboración con la Iglesia Católica se ha formalizado con el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980, que es un tratado internacional y, a la fecha, el único convenio de colaboración entre el Estado y una confesión religiosa. En dicho acuerdo, “se establece un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado”.

Por supuesto, el Estado puede también suscribir convenios de colaboración con confesiones religiosas distintas a la católica, conforme al art. 50 de la Constitución.

Considera este Tribunal que la presencia de símbolos religiosos en un ámbito público como el Poder Judicial responde a la gran influencia de la Iglesia Católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú, debido a su importancia histórica, sociológica y notorio arraigo en nuestro país, conforme lo reconoce el art. 50 de la Constitución. Este reconocimiento constitucional es coherente con el principio de laicidad del Estado, pues se niega al poder político la facultad de afirmar una verdad teológica aunque este puede reconocer el papel histórico, social o cultural desempeñado por la Iglesia, confesión o comunidad religiosa en favor de la institucionalización y desarrollo de (la) sociedad política.

Esta influencia de la Iglesia Católica se manifiesta en elementos presentes históricamente en diversos ámbitos públicos, pudiendo afirmarse que, más allá del carácter religioso de su origen, revisten actualmente un carácter histórico y cultural.

Desde tal perspectiva, es bastante frecuente que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de nuestra identidad nacional. La presencia, entre otras cosas, de procesiones y festividades en específicas fechas del año o de templos y símbolos religiosos en determinados lugares públicos demuestra palmariamente que de modo paralelo al fervor religioso que les sirve de sustento se asumen estos como elementos vivenciales de nuestra propia realidad. La fusión de tales elementos con lo que representa el Estado no hace otra cosa que reflejar parte de un decurso histórico imposible de ignorar por más neutralidad que se quiera predicar.

Respecto de símbolos religiosos católicos, como el crucifijo, en el ámbito público, puede mencionarse, por ejemplo, que tradicionalmente las altas autoridades estatales (como el Presidente de la República, ministros de Estado, legisladores, etc.) juran al asumir sus respectivos cargos frente a un crucifijo y la Biblia. Asimismo, una cruz corona el cerro San Cristóbal de Lima, tan tradicional como simbólico en la historia de la capital del Perú.

También la cruz está presente en el escudo de armas del departamento de Piura, así como en los escudos de instituciones educativas estatales tan importantes como la Universidad San Antonio Abad del Cusco, San Cristóbal de Huamanga o la Universidad Nacional de Huancavelica.

A la luz de todo ello, puede afirmarse que la presencia de símbolos religiosos no afecta los derechos invocados por el recurrente ni el principio de laicidad del Estado.

De este modo, si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones. En tal contexto, que el Estado mantenga dichos símbolos en tales espacios públicos no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica.

La sola presencia de un crucifijo o una Biblia en un despacho o tribunal del Poder Judicial no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones. En efecto, no puede sostenerse que de la presencia de tales símbolos se derive alguna obligación para el recurrente (de adoración o veneración, por ejemplo), cuyo cumplimiento afecte su conciencia y podría dar lugar a que plantee una objeción de conciencia, que este Tribunal ya ha tenido oportunidad de defender (cfr. Exp. N.º 0895-2001-AA/TC; en ese caso, este Colegiado ordenó no incluir a un trabajador de confesión Adventista del Séptimo Día en la jornada laboral de los días sábados, ya que obligarlo a trabajar ese día afectaba sus convicciones religiosas, para las que el sábado es un día dedicado al culto). Tal supuesto de coacción, evidentemente objetivo, sí tendría suficiente fundamento como para ser calificado de inconstitucional por lesivo de la libertad religiosa, lo que sin embargo, y como reiteramos, no sucede ni se configura por el solo hecho de exhibir o colocar crucifijos siguiendo una tradición arraigada a nuestra historia y a nuestras costumbres.

Asimismo –siguiendo el contenido protegido del derecho fundamental de libertad religiosa señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, con los símbolos religiosos cuyo retiro demanda el recurrente tampoco se priva o menoscaba el derecho de toda persona de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias (cfr. sentencia del caso “*La última tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, del 5 de febrero de 2001, N.º 79). Por lo tanto, no existe afectación al derecho fundamental de libertad religiosa.

Tampoco se vulnera el derecho a no ser discriminado por motivos de religión, pues con la presencia de tales símbolos religiosos en un ámbito público no se realiza un trato diferenciado injustificado al recurrente, sino que la presencia de dichos símbolos responde a la influencia de la Iglesia Católica en la formación histórica, cultural y moral del Perú que la Constitución reconoce en su art. 50, y ello no significa, como ya se ha demostrado, afectación alguna a la libertad religiosa del recurrente.

Ni la libertad religiosa ni la laicidad del Estado pueden entenderse afectadas cuando se respetan expresiones que, aunque en su origen fueron religiosas, forman parte ya de las tradiciones sociales de un país. El hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religiosa.

La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú.

Plantearse obligar al Estado al retiro de un símbolo religioso que ya existe y cuya presencia se explica por la tradición del país implica preguntarse si la mera presencia del crucifijo o la Biblia tiene la capacidad de perturbar a un no creyente al punto de afectar su libertad religiosa. Si el impacto de la sola presencia silenciosa de un objeto en un espacio público representase un trastorno de tal entidad, habría igualmente que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en la cima de los templos, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes.

No debe perderse de vista que nuestro sistema constitucional no es de aquellos que conciben el derecho de libertad religiosa como el derecho a liberarse de la religión y a recabar del Estado una acción institucional en tal sentido. Es evidente que este tipo de sistema no es de libertad religiosa, sino de libertad privilegiada del ateísmo y de intolerancia discriminatoria hacia lo religioso, lo que resulta claramente contrario al art. 50 de la Constitución.

La interpretación de los derechos fundamentales no puede hacerse al margen del contexto: nuestra historia y nuestras tradiciones. Pretender lo contrario supondría eliminar la esencia social que acompaña a los derechos humanos en su nacimiento y posterior desarrollo. Este Tribunal, más allá de las convicciones religiosas de sus miembros, se esfuerza racionalmente por ubicarse en un punto en el que pueda garantizar de la manera más sensata el pluralismo que le ordena la Constitución. Al hacerlo, sin embargo, no puede soslayar la cultura, la historia y la inevitable presencia de los símbolos católicos en nuestra vida cotidiana. Su deber es, pues, garantizar un modelo de pluralismo, pero sin hacer abstracción de la historia y la realidad. La garantía del pluralismo, sin embargo, solo es posible en el marco del principio de tolerancia. Este último, que es consustancial a la fórmula del Estado constitucional de derecho, permite la convivencia, también en los espacios públicos, sin tener que llegar al extremo de negar nuestra tradición y nuestra historia.

Otro tanto cabe decir respecto de la presencia de la Biblia en los estrados judiciales. De manera similar a lo que acontece con los crucifijos, el caso de la Biblia requiere ser enfocado no solo en función del simbolismo religioso, sino también a la luz de lo que representa su presencia en el devenir histórico de la administración de justicia. En efecto, sabido es que la presencia de biblias en los estrados judiciales obedece a su recurrente utilización como uno de los elementos a tomarse en consideración al momento de realizar el juramento o el compromiso de decir la verdad. Tal perspectiva permite considerar que, más allá de su indudable vinculación con la religiosidad, la Biblia representa en el desarrollo histórico de la justicia el esfuerzo de los seres humanos por acercarse a la verdad como valorpreciado en el que aquella se sustenta.

En el contexto señalado, queda claro que la Biblia puede no ser utilizada por todos como un instrumento de compromiso religioso, sino como una forma de identificación en torno a ciertos valores de trascendencia o aceptación general. En tales circunstancias, no puede considerarse su presencia como lesiva de ningún tipo de libertad a menos que, como se dijo respecto de los crucifijos, se obligara a quienes participan de las actuaciones judiciales (sea como jueces, sea como justiciables) a adoptar cánones de sujeción o vinculación en el orden estrictamente religioso.

Por último, no comparte este Colegiado la posición del recurrente cuando afirma que la bandera, el escudo o el himno nacional son una síntesis de una serie de valores “respetados por todos”, mientras que no ocurre lo mismo con los símbolos religiosos de cualquier confesión, pues siempre representarán a una parte de los nacionales, excluyendo a otros. Esta opinión no toma en cuenta que existen personas que pueden también sentirse afectadas en sus conciencias por la presencia en lugares públicos de símbolos como la bandera nacional o el escudo, al considerarlos idolátricos, por lo que tales personas, con el mismo argumento del recurrente, podrían pedir igualmente que se retiren dichos símbolos de los espacios públicos. Sin embargo, en tales supuestos, con argumentos similares a los aquí expuestos, *mutatis mutandis*, habría que responder que la presencia de tales símbolos patrios en espacios públicos no afecta la libertad de conciencia y de religión, por lo que no cabría obligar al Estado a su retiro.

Por supuesto, a juicio de este Tribunal, que el Poder Judicial no deba quitar los crucifijos o biblias de los despachos y tribunales porque alguien así lo reclame no impide que el órgano correspondiente de dicho poder del Estado pueda decidir que se retiren, pero no precisamente porque sea inconstitucional mantenerlos.

En conclusión, este Tribunal considera desestimable el primer extremo del petitorio demandado, pues no se aprecia que resulte inconstitucional o lesiva de algún tipo de libertad la presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos, que se cuestiona mediante la presente demanda.

Señala el demandante, en el segundo extremo de su petitorio, que preguntar en sede judicial sobre la práctica religiosa de las personas comparecientes puede llevar a prejuzgar a aquellos que no profesan el catolicismo o el cristianismo, como podría ser el caso de un inculpado por terrorismo o magnicidio que al declararse practicante musulmán o ateo, por este simple hecho o su negativa a responder a la pregunta “confesional”, generaría un mal indicio (un prejuicio) en el raciocinio del magistrado.

A fin de dilucidar este extremo del petitorio, conviene preguntarse, ante todo, cuál es, en el marco del Estado constitucional de derecho, el objeto esencial de todo proceso penal y el papel que a la luz de tal objetivo cumplen los interrogatorios judiciales realizados a las partes.

Al respecto y aun cuando puedan existir concepciones tradicionales para las que el proceso penal ha tenido por objeto la determinación de la responsabilidad criminal del imputado, hoy en día se acepta pacíficamente que la justicia penal no se sustenta en propósitos de carácter positivo estructurados *prima facie* a la búsqueda de un inevitable o necesario responsable del hecho criminal. Por el contrario, se trata de concebir al proceso penal como un instrumento orientado a la búsqueda de la verdad en torno a la comisión o no de un evento delictivo, así como de la

responsabilidad o no del imputado. En otras palabras, se busca la verdad y no, de plano, la responsabilidad.

A efectos de lograr el cometido señalado, se apela a diversos medios de prueba, dentro de los cuales ocupa un papel esencial el interrogatorio. Este permite determinar de la manera más amplia posible lo que constituye la versión directa del imputado y del agraviado, así como de aquellas personas cuyo concurso se hace necesario para los efectos de la investigación (testigos, peritos, etc.).

El contenido del interrogatorio resulta esencial en tanto las preguntas realizadas por la judicatura se encuentren directamente vinculadas a la materia investigada. Ello supone que los aspectos sobre los que verse el interrogatorio resulten realmente de interés y no se orienten hacia temas irrelevantes, impertinentes o simplemente innecesarios para lo que realmente se busca determinar. Naturalmente nada impide que ciertos datos formales de todo justiciable (como el nombre, la edad, el domicilio, etc.) sean requeridos por la autoridad judicial; sin embargo, ello debe hacerse de la manera más concreta posible y siempre en dirección a la utilidad que su conocimiento proporcione a la administración de justicia.

Aunque se ha vuelto una práctica común (no normativizada) que las autoridades judiciales interroguen a los justiciables respecto de la religión que profesan, tal interrogante resulta en abstracto impertinente además de invasiva en relación con la libertad religiosa (en este caso, a la facultad de mantener reserva sobre las convicciones religiosas), pues se inquiera por un dato que nada contribuye al objetivo del proceso penal o, en general, a la administración de justicia.

Aunque, desde luego, hay quienes pueden considerar que no habría en una hipótesis como la graficada inconstitucionalidad alguna, habida cuenta de que cualquier persona tiene el derecho de guardar reserva sobre sus convicciones religiosas (art. 2º, inc. 18, de la Constitución) y, por lo tanto, a mantenerse en silencio frente a una interrogante de este tipo, tal forma de entender las cosas representa un contrasentido y una manera forzada de intentar legitimar un acto, a todas luces, irrazonable.

En efecto, el objetivo del proceso penal es, como se ha señalado anteriormente, la búsqueda de la verdad en torno a la comisión o no de un hecho punible, así como la determinación de las responsabilidades o irresponsabilidades según el caso. En nada contribuye a la materialización de tales propósitos el conocer si una persona profesa o no la religión católica, la evangélica o, en general, cualquier otra orientación religiosa (también, por cierto, si es atea o agnóstica). Más bien, subyace tras la presencia de tal tipo de pregunta un cierto prejuicio de individualizar y/o tratar a las personas a partir del dato que ofrece su orientación religiosa, situación que en lugar de fomentar una justicia objetiva e imparcial puede más bien generar riesgos en relación con tales garantías.

Desde luego, tampoco se está diciendo que no puedan existir casos excepcionales en los que este tipo de preguntas se hagan absolutamente necesarias o convenientes para los objetivos de la investigación (por ejemplo, si lo que se indaga es un delito perpetrado por un móvil relacionado con el fanatismo religioso). Pero pretender convertir lo que debería ser rigurosamente ocasional en una regla general o aplicable para todos los supuestos se presta a un inevitable cuestionamiento.

Por consiguiente y en atención a las consideraciones precedentes, este Tribunal considera que el segundo extremo del petitorio demandado sí es estimable, pues más allá de que el demandante lo haya acreditado o no para su caso concreto, la materia del reclamo representa una realidad insoslayable que incide objetivamente en la libertad religiosa de un universo bastante amplio de personas, por lo que de ninguna manera puede legitimarse como compatible con la Constitución. Asimismo, a juicio de este Tribunal, la prohibición de indagar injustificadamente sobre la religión del compareciente no debe limitarse solo a las autoridades judiciales, sino, por igual razón, debe extenderse a toda autoridad o funcionario públicos, en tanto que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, expte. 06111-2009-PA/TC, sentencia del 7-3-2011, en <<http://www.tc.gob.pe>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. RESTRICCIONES FUNDADAS EN OBJETIVOS NO AUTORIZADOS. **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. JURISDICCIÓN. PRESUPUESTOS. AGOTAMIENTO DE LOS REMEDIOS INTERNOS. **PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A SER OÍDO. OPORTUNIDAD. PREVISIBILIDAD. **DERECHO DE PROPIEDAD.** DERECHO AL GOCE PACÍFICO DE LOS BIENES (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – RUSIA).

1. Antecedentes del caso: la peticionante OAO Neftyanaya kompaniya YUKOS (YUKOS) era una de las empresas petroleras rusas más importantes y exitosas. Inscrita en la Región Autónoma rusa de Khanty-Mansi, fue una compañía totalmente estatal hasta 1995 o 1996, cuando se privatizó.

A fines del año 2002, YUKOS fue objeto de una serie de auditorías y acciones tributarias a resulta de las cuales fue encontrada culpable de haber cometido reiterados fraudes fiscales y particularmente de haber utilizado un plan de evasión de impuestos que incluía la creación de empresas fantasma durante los años 2000 a 2003.

El 15 de abril de 2004, se promovió una acción contra YUKOS en relación con el año fiscal 2000 y se le impidió disponer de sus activos hasta que concluyera dicho proceso.

El 26 de mayo de 2004, el Tribunal Comercial de la ciudad de Moscú le ordenó pagar 99.375.110.548 rublos (aproximadamente □ 2.847.497.802) en concepto de impuestos, intereses y sanciones. La sentencia se conoció el 28 de ese mes. YUKOS apeló y la tramitación de dicho recurso comenzó el 18 de junio de 2004. El 29 de junio, la cámara de apelaciones desestimó los agravios de la empresa, incluyendo los relativos a las irregularidades que habían existido en el proceso y a la falta de tiempo que había tenido para preparar su descargo.

El 7 de julio de 2004, YUKOS presentó infructuosamente un recurso de casación contra las sentencias del 26 de mayo y del 29 de junio, y simultáneamente impugnó dichas sentencias invocando la jurisdicción de control (*supervisory review*)

de la Suprema Corte Comercial rusa, agravándose de que la acción promovida en su contra había sido extemporánea; que conforme a lo dispuesto por el art. 113 del Código Tributario ruso, un contribuyente solo está obligado a pagar sanciones por la comisión de un delito fiscal durante tres años contados a partir del día posterior al plazo en que debió haber cumplido.

El *Presidium* de la Suprema Corte Comercial (Presidium) pidió opinión a la Corte Constitucional, la cual confirmó, el 14 de julio de 2005, que debía aplicarse el plazo límite de tres años previsto en el art. 113 pero que, cuando un contribuyente ha impedido la supervisión y inspección de sus impuestos, la elaboración del informe por parte de la auditoría fiscal interrumpe el cómputo del plazo.

Con base en esta decisión, el 4 de octubre de 2005, la Suprema Corte Comercial rusa desestimó el recurso interpuesto por YUKOS, porque juzgó que el proceso promovido en su contra no resultaba extemporáneo, puesto que la empresa había impedido activamente la realización de las inspecciones tributarias, y del informe de la auditoría de impuestos del Ministerio de Impuestos correspondiente al año 2000 se le había notificado el 29 de diciembre de 2003, esto es, dentro del plazo de tres años.

En abril de 2004, las autoridades rusas también promovieron procesos de ejecución, a resultas de los cuales: se embargaron los activos que YUKO tenía en Rusia, se congelaron parcialmente las cuentas que tenía en bancos nacionales y se secuestraron las participaciones que tenía en sus subsidiarias rusas.

El 2 de septiembre de 2004, el Ministerio de Impuestos encontró que YUKOS había usado esencialmente el mismo esquema impositivo en el año 2001 que en el 2000. Con base en que dicha empresa recientemente había sido encontrada culpable de un delito similar, se duplicó la sanción que se le impuso. En total, por el año fiscal 2001, se condenó a YUKOS a pagar 132.539.253.849,78 rublos (aproximadamente □ 3.710.836.129); por el 2002, 192.537.006.448,58 rublos (alrededor de □ 4.344.549.434); y por el 2003, 155.140.099.967,37 rublos (alrededor de □ 4.318.143.482).

YUKOS también fue condenada a pagar a los funcionarios intervinientes honorarios de ejecución, fijados en el 7% del total de la deuda, sin que el saldo de esta deuda pudiera suspenderse ni reprogramarse.

Se exigió que la empresa pagara todos estos montos dentro de plazos muy breves, por lo que infructuosamente formuló numerosos pedidos de ampliación de dichos plazos.

El 20 de julio de 2004, el Ministro de Justicia anunció que estaba en preparación la venta de OAO Yuganskneftegaz, que es la principal productora (y por ende más valiosa) subsidiaria de YUKOS.

El 19 de diciembre de 2004, se subastó el 76,79% de las acciones de OAO Yuganskneftegaz para cubrir la deuda fiscal de YUKOS. Dos días antes, los funcionarios que habían intervenido en el proceso habían calculado que la deuda consolidada de YUKO ascendía a 344.222.156.424,22 rublos (□ 9.210.844.560,93).

YUKOS fue declarada insolvente el 4 de agosto de 2006 y liquidada el 12 de noviembre de 2007.

Entonces, YUKOS interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) denunciando las irregularidades que habían existido en el

procedimiento vinculado a la responsabilidad fiscal por el año fiscal 2000 y su posterior ejecución. Alegó que la ejecución de su deuda fiscal había sido deliberadamente orquestada a fin de impedirle pagar sus deudas y que, particularmente, el secuestro de sus activos durante el trámite del proceso le había impedido cancelar lo que debía. También se agravió del 7% regulado como porcentaje de honorarios de ejecución; de la brevedad del plazo para cumplir voluntariamente con las determinaciones tributarias correspondientes a los años 2000 a 2003; y de la ejecución forzada de OAO Yuganskneftegaz. YUKOS también afirmó que la interpretación que los tribunales habían hecho de las leyes relevantes había sido selectiva y singular, dado que muchas otras empresas rusas también usaban paraísos fiscales internos. Sostuvo que las autoridades habían tolerado e incluso apoyado las técnicas de “optimización tributaria” que ella había usado. Finalmente, manifestó que el marco legislativo le había permitido el uso de dichas técnicas.

YUKOS fundó su presentación en el art. 6, art. 1 del Protocolo N° 1 y en los arts. 1 (obligación de respetar los derechos humanos), 13 (derecho a un recurso efectivo), 14, 18 y 7 (no hay pena sin ley).

Con base en lo dispuesto en el art. 41, YUKOS reclamó □ 81 billones y el pago de un interés diario de □ 29.577.848 en concepto de daños patrimoniales, “no menos de □ 100,000” por daños no pecuniarios, y □ 171.444,60 por las costas.

2. Sentencia: se decide:

- por 6 votos contra 1, que el caso es admisible;
- por 6 votos contra 1, que hubo una violación del art. 6 §§ 1 y 3 (b) (derecho a un proceso equitativo) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) en el proceso de determinación tributaria seguido contra YUKOS, porque dicha empresa careció del tiempo suficiente para preparar su defensa ante los tribunales inferiores;
 - por 4 votos contra 3, que hubo una violación del art. 1 del Protocolo N° 1 a la Convención (derecho de propiedad), al realizar la determinación tributaria de los períodos fiscales 2000-2001 en lo que hace a la imposición y cálculo de sanciones;
 - unánimemente, que no hubo violación del art. 1 del Protocolo N° 1 al realizar el resto de las determinaciones tributarias correspondientes a los períodos fiscales 2000-2003;
 - unánimemente, que no hubo violación del art. 14 (prohibición de la discriminación) en conjunción con el art. 1 del Protocolo N° 1 en lo que hace a que YUKOS recibió un tratamiento diferente al acordado a otras empresas;
- por 5 votos contra 2, que hubo violación del art. 1 del Protocolo N° 1 por cuanto los procesos de ejecución fueron desproporcionados;
 - unánimemente, que no hubo una violación al art. 18 (limitación de la aplicación de las restricciones de derechos), en conjunción con el art. 1 del Protocolo N° 1, en relación con el hecho de que las autoridades rusas abusaron de los procesos legales para destruir a YUKOS y secuestrar sus activos; y,
 - unánimemente, que la cuestión de la aplicación del art. 41 (satisfacción equitativa) no está en condiciones de ser resuelta.

2.1. *Admisibilidad*

Corresponde establecer si este caso resulta inadmisibile en términos del art. 35 § 2 de la Convención, conforme al cual esta Corte no puede intervenir en solicitudes que son sustancialmente iguales a una que ya ha sido sometida a la consideración de otro organismo internacional y que no contiene ninguna información nueva relevante.

El procedimiento ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya promovido por los accionistas mayoritarios de YUKOS y los procedimientos promovidos en términos de tratados bilaterales de inversión por grupos de accionistas minoritarios de YUKOS no son “sustancialmente los mismos” que los planteados en este caso. Los demandantes en esos procesos de arbitraje fueron los accionistas de YUKOS actuando como inversores y no la propia YUKOS, la cual por ese entonces aún era una persona jurídica independiente. El caso que aquí debe resolverse fue planteado y mantenido por YUKOS por su propio derecho. En consecuencia, las partes en este procedimiento son diferentes a las de los procesos de arbitraje y las dos materias no son “sustancialmente las mismas” en términos del art. 35 § 2 (b).

Por lo tanto, por 6 votos contra 1, se decide que esta Corte no está en la imposibilidad de examinar el mérito de este caso.

2.2. *Art. 6 §§ 1 y 3 (b)*

En el proceso de determinación fiscal del año 2000, se ha violado el art. 6 §§ 1 y 3 (b) porque:

- YUKOS no tuvo suficiente tiempo para estudiar el expediente judicial (que tenía, al menos, 43.000 páginas) en primera instancia (cuatro días); y,
- el corto intervalo (21 días) entre la finalización del procedimiento ante el tribunal de primera instancia (cuya sentencia se conoció el 28 de mayo de 2004) y el comienzo del proceso de apelación (18 de junio de 2004) limitó las posibilidades de YUKOS para formular sus argumentos y, en términos más generales, para preparar las audiencias del proceso ante la Alzada (al abreviar en 9 días el plazo legal).

Sin embargo, la acción promovida contra YUKOS no fue arbitraria ni inequitativa; los tribunales no impusieron restricciones arbitrarias ni inequitativas a la actuación de los abogados de YUKOS durante las audiencias; el tribunal de la ciudad de Moscú no dictó sentencia sin evaluar la prueba, ni se restringió inequitativamente el acceso de YUKOS a un recurso de casación.

2.3. *Art. 1 del Protocolo N° 1*

Determinación de impuestos de los años 2000-2001

Los procesos de determinación de impuestos promovidos contra YUKOS fueron de naturaleza penal. Cabe recordar que solo la ley puede definir un crimen y la sanción prevista para quien lo cometa, y las leyes deben ser accesibles y previsibles. La decisión del 14 de julio de 2005 modificó las reglas aplicables relativas al plazo legal de prescripción al introducir una excepción que afectaba el resultado de los procedimientos de determinación de impuestos del año 2000.

La condena de YUKO en términos del art. 122 del Código Tributario en el proceso de determinación de impuestos del mencionado año también sentó la

base para declararlo responsable de un delito reiterado, lo cual duplicó las sanciones impuestas en el proceso de determinación de impuestos del año 2001.

Por lo tanto, ha existido una violación al art. 1 del Protocolo N° 1 en relación con la imposición y cálculo de las sanciones vinculadas a la determinación de impuestos de los años 2000 y 2001 por dos razones: la modificación retroactiva de las reglas relativas al plazo legal de prescripción y la consecuente duplicación de las sanciones impuestas en relación al año fiscal 2001.

Otras determinaciones de impuestos de los años 2000 a 2003

El resto de las determinaciones de impuestos de los años 2000 a 2003 fueron lícitas, persiguieron un objetivo legítimo (asegurar el pago de impuestos) y constituyeron una medida proporcionada. No fueron particularmente elevadas, y nada sugiere que las tasas de las multas o el pago de intereses hayan impuesto una carga individual o desproporcionada a YUKOS.

Por lo tanto, no ha habido una violación del art. 1 del Protocolo N° 1 en relación con el resto de las determinaciones de impuestos de los años 2000 a 2003.

Procesos de ejecución

La ejecución de la deuda resultante de las determinaciones de impuestos de los años 2000 a 2003 incluyó el secuestro de los activos de YUKOS, los honorarios de ejecución fijados en el 7% de la deuda total y la subasta de OAO Yuganskneftegaz. Estas medidas constituyeron una interferencia en los derechos que YUKOS tiene en términos del art. 1 del Protocolo N° 1. No obstante, a lo largo del procedimiento, las diversas autoridades intervinientes actuaron lícitamente y en base a normas jurídicas suficientemente precisas y claras como para satisfacer los estándares de la Convención.

YUKOS era uno de los contribuyentes más importantes de Rusia, que estuvo bajo sospecha y que fue posteriormente condenada por llevar adelante un plan de evasión de impuestos en los años 2000 a 2003. Parece claro que YUKOS no tenía dinero en efectivo en sus cuentas locales para pagar inmediatamente sus deudas impositivas, y dada la naturaleza y envergadura de estas, era improbable que un tercero hubiera aceptado ayudarlo otorgándole un préstamo o alguna forma de garantía. Dadas la escala de la evasión impositiva, las sumas comprometidas correspondientes a los años 2000 a 2003, la circunstancia de que en términos del derecho ruso estas deudas debían pagarse casi inmediatamente ante la presentación del mandamiento de ejecución, y tomando en cuenta las conclusiones previas de esta Corte en relación con las multas por los años 2000 y 2001, resulta cuestionable si, en el momento en que las autoridades rusas decidieron secuestrar y subastar OAO Yuganskneftegaz, YUKOS era solvente en términos del art. 3 de la Ley de Quiebras rusa que, en general, espera que el deudor solvente pague sus deudas “dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que debería haberlo hecho”.

En el caso de YUKOS, la cuestión central fueron los cortos plazos en los cuales se le exigió pagar y en los que se realizó la subasta.

Las autoridades rusas estaban obligadas a tomar cuidadosa y explícitamente en cuenta todos los factores relevantes en el proceso de ejecución, pero no lo hicieron. En particular, ninguna de las diversas decisiones que adoptaron mencionó o analizó

detalladamente posibles métodos alternativos de ejecución, lo cual reviste la máxima importancia al hacer un balance de los intereses en juego, dado que las sumas que YUKOS ya adeudaba en julio de 2004 evidenciaban que optar por comenzar subastando OAO Yuganskneftegaz podía dar un tiro de gracia a las posibilidades que tenía YUKO para sobrevivir a los reclamos de impuestos y a seguir comerciando.

Esta Corte acepta que los funcionarios tenían la obligación de seguir las normas rusas aplicables, las cuales pudieron haber limitado las opciones existentes en el proceso de ejecución. Ello no obstante, los funcionarios aún tenían un cierto margen de apreciación decisivo para elegir si YUKO permanecía o no a flote. Esta Corte no encuentra que la elección de subastar OAO Yuganskneftegaz resulte completamente irrazonable, especialmente dado el monto total de la deuda de impuestos y los reclamos aún no resueltos y los que probablemente se formularan contra YUKOS. Sin embargo, estima que, antes de decidir en forma definitiva la venta del activo que constituía la única esperanza que YUKOS tenía para sobrevivir, las autoridades deberían haber considerado muy seriamente otras opciones, particularmente porque los activos que YUKOS tenía dentro del territorio ruso ya habían sido embargados y eran fácilmente accesibles, y la empresa no parecía oponerse ni haberse opuesto a su venta.

El 7% de honorarios de ejecución es una tasa fija que evidentemente las autoridades se negaron a reducir y que debía pagarse incluso antes de que YUKOS pudiera comenzar a saldar la deuda principal. En estas circunstancias, la suma a pagar estaba completamente fuera de proporción al monto esperado o real de los gastos de ejecución. Dada su aplicación rigurosa, contribuyó muy seriamente a la desaparición de YUKOS.

Las autoridades también fueron extremadamente inflexibles en cuanto al ritmo del proceso de ejecución, actuando con mucha celeridad y negándose constantemente a hacer lugar a las prórrogas de plazo que YUKOS solicitó. Esa falta de flexibilidad tuvo un efecto negativo en la conducción del proceso de ejecución contra YUKOS.

Dado el ritmo que tuvo el proceso de ejecución, la obligación de pagar todos los honorarios de ejecución y la omisión de las autoridades de tomar adecuadamente en cuenta las consecuencias de sus acciones, esta Corte encuentra que las autoridades rusas no han hecho un balance equitativo de los legítimos objetivos buscados y los medios empleados a ese efecto, en violación a lo dispuesto por el art. 1 del Protocolo N° 1.

2.4. Art. 14

Nada en este caso sugiere que la política tributaria de YUKOS correspondiente a los años 2000 a 2003, tomada en forma íntegra e incluyendo el uso de empresas comerciales fraudulentamente constituidas, fuera conocida por las autoridades fiscales o por los tribunales nacionales, ni que estos previamente la hubieran declarado lícita. Por lo tanto, no puede decirse que las autoridades la toleraron pasivamente o la apoyaron activamente. YUKOS no ha demostrado que otros contribuyentes rusos usaran o siguieran usando una política fiscal igual o similar a la suya y que, por lo tanto, hubiera recibido un tratamiento singularizado. Se demostró que esta empresa había aplicado una política tributaria considerablemente compleja que incluía el uso fraudulento de empresas comerciales incriptas en paraísos fiscales internos. No se limitó al uso de estos paraísos fiscales, lo cual pudo haber sido lícito.

Por lo tanto, esta Corte llega a la conclusión de que no ha habido una violación al art. 14, en conjunción con el art. 1 del Protocolo N° 1.

2.5. *Art. 18*

La deuda de YUKOS en el proceso de ejecución resultó de las acciones legítimas del gobierno ruso para frenar la evasión impositiva de esta empresa. YUKOS alega que su procesamiento tuvo motivaciones políticas. Esta Corte acepta que el caso ha atraído el interés masivo del público. Sin embargo, más allá de las violaciones a los derechos de YUKOS aquí reconocidas, no hay señales de otras cuestiones o defectos en el proceso seguido contra YUKOS que nos permitan llegar a la conclusión de que Rusia abusó del proceso para destruir a YUKOS y acceder al control de sus activos.

Por lo tanto, esta Corte encuentra que no ha habido una violación al art. 18, en conjunción con el art. 1 del Protocolo N° 1, en relación con la supuesta expropiación encubierta de los bienes de YUKOS y con la supuesta destrucción intencional de dicha empresa.

2.6. *Otros artículos*

No resulta necesario examinar los mismos hechos en términos de los arts. 7 y 13.

Nota del Instituto: en virtud de lo dispuesto por los arts. 43 y 44 de la Convención, esta sentencia de Sala no es definitiva. Durante los tres meses posteriores a su adopción, cualquiera de las partes puede pedir que el caso se remita a la Gran Sala de la Corte. En ese caso, un panel de cinco jueces evalúa si el caso merece un examen ulterior. Si la conclusión es afirmativa, la Gran Sala pasa a intervenir en el caso y dicta sentencia definitiva. En caso contrario, la sentencia de Sala queda firme el día en que la Gran Sala rechaza el recurso. Una vez firmes, las sentencias se transmiten al Comité de Ministros del Consejo de Europa a efectos de que este órgano supervise la ejecución de las mismas (v. más información relativa al proceso de ejecución en <<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution>>).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS c. Rusia, sentencia del 20-9-2011, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=h tml&documentId=891996&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



DERECHO A LA LIBERTAD. PRISIÓN PREVENTIVA. DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. DERECHO A SER CONDUCIDO SIN DILACIÓN ANTE LA PRESENCIA DE UN JUEZ O DE OTRA AUTORIDAD HABILITADA POR LEY PARA EJERCER FUNCIONES JUDICIALES. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE POSEER ESTA AUTORIDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: France Moulin es una abogada francesa que vive en Toulouse (Francia). El 13 de abril de 2005 fue arrestada en Orléans en virtud de

lo dispuesto en una orden librada en el curso de una investigación por tráfico de estupefacientes y quedó detenida en sede policial bajo sospecha de haber violado la confidencialidad de la investigación. Al día siguiente, fue conducida a Toulouse para que presenciara el registro de su oficina, diligencia que tramitó ante dos jueces de instrucción de Orléans. El mismo día, un juez de instrucción del Tribunal de Gran Instancia de Toulouse extendió el plazo de su detención, sin haber tenido ninguna audiencia con ella.

El 15 de abril de 2005, los dos jueces de instrucción de Orléans fueron a la comisaría a controlar el cumplimiento de las instrucciones que habían dado y las condiciones en que Moulin estaba detenida. No se reunieron con la acusada.

La detención de Moulin terminó ese mismo día. Pero cuando fue conducida ante el Procurador Adjunto del Tribunal de Gran Instancia de Toulouse, este ordenó que se la trasladara a una cárcel a fin de que posteriormente compareciera ante los jueces de instrucción de Orléans. Ese día, estos la recibieron por primera vez, la interrogaron y decidieron que debía ser investigada. Entonces, el juez de las libertades y detenciones de Orléans ordenó que siguiera detenida.

Seguidamente, Moulin solicitó la nulidad del proceso alegando que no se le había brindado la oportunidad de designar un abogado de su elección mientras estaba bajo custodia policial, pero el Tribunal de Apelación de Orléans rechazó su apelación. Contra esta decisión promovió un recuso ante la Corte de Casación de Francia alegando la violación de los arts. 5, 6 §§ 1 y 3, y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), que fue desestimado. Entonces, interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea) denunciando la violación de estos derechos.

2. Sentencia: se declara por unanimidad que hubo violación del art. 5.3 de la Convención. Además, se dispone que el Estado demandado pague a la recurrente la suma de □ 5.000 en concepto de daño moral y de □ 7.500 en concepto de costas.

2.1. *Presunta violación del art. 5.3 de la Convención*

El art. 5.3 de la Convención dispone: “Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante la presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio”.

En *Brogan c. Reino Unido* (Nros. 11209/84, 11234/84, 11266/84 y 11386/85, sentencia del 29 de noviembre de 1988), esta Corte sostuvo que la detención preventiva por un plazo de más de cuatro días y seis horas de duración sin control judicial es violatoria del art. 5.3 de la Convención. Durante el período transcurrido entre el momento de su detención preventiva, el día 13 de abril, y su presentación ante los dos jueces de instrucción de Orléans el día 18 de dicho mes para el primer interrogatorio, la recurrente nunca fue entrevistada personalmente por dichos jueces. Más allá de la circunstancia de que estos no tenían competencia

territorial para pronunciarse sobre la legalidad de la detención de una persona que estaba en Toulouse, lo cierto es que ellos solo habían allanado la oficina de la recurrente sin haber tomado ninguna otra medida ni haberse entrevistado con ella en la comisaría.

Es preciso examinar si la presentación de la recurrente ante el Procurador Adjunto del Tribunal de Gran Instancia de Toulouse el día 15 de abril puede considerarse hecha ante una autoridad judicial competente en términos del art. 5.3 de la Convención. En Francia, los jueces están sujetos a un régimen diferente que los miembros del Ministerio Público. Estos últimos dependen de un superior jerárquico y este del Ministro de Justicia y, por ello, del Poder Ejecutivo. A diferencia de los jueces, no son inamovibles, y el art. 33 del Código Procesal Penal les exige hacer informes escritos conforme a las instrucciones que reciben. No obstante, pueden hacer las observaciones verbales que crean apropiadas en el interés de la justicia.

No compete a esta Corte tomar posición en el debate relativo a los vínculos de dependencia entre el Ministro de Justicia y el Ministerio Público de Francia, cuestión esta que es materia para las autoridades nacionales. Esta Corte solo examina el caso en términos del artículo 5.3 y la noción autónoma de “autoridad judicial competente” a los fines de dicho artículo y de la jurisprudencia elaborada en torno al mismo.

En razón de su estatus, en Francia, los miembros del Ministerio Público no satisfacen la exigencia de ser independientes del Poder Ejecutivo. La independencia, como la imparcialidad, es una de las garantías intrínsecas de la noción autónoma de “autoridad habilitada por ley para ejercer funciones judiciales” en términos del art. 5.3.

Las características que un juez u otro funcionario deben poseer a fin de satisfacer las exigencias del art. 5 le impiden, entre otras incompatibilidades, intervenir posteriormente contra el peticionante en el proceso penal, como hizo en este caso el Ministerio Público.

En consecuencia, el Procurador Adjunto de Toulouse, representante de la fiscalía, no brindó las garantías de independencia exigidas por el art. 5.3 a fin de poder ser descrito como un “juez u otra autoridad autorizada por ley para ejercer el poder judicial” a los fines de dicha norma.

Por ello, ha habido una violación del art. 5.3 de la Convención.

2.2. Presunta violación de los arts. 6 §§ 1 y 3, y 8 de la Convención

La recurrente alega que fue vulnerado su derecho a contar con la asistencia de un abogado de su elección durante su detención. Asimismo, denuncia el allanamiento de su oficina, así como la palpación que se le realizó y la incautación de efectos personales durante su detención.

Ambas denuncias deben ser rechazadas por infundadas. En efecto, la asistente del abogado elegido por Moulin la visitó para asistirle durante su detención preventiva.

El allanamiento de la oficina no fue una medida desproporcionada al objetivo perseguido de reunir posibles pruebas de la participación de la recurrente en los delitos que se le imputan. Además, las garantías procesales fueron observadas y solo se incautó lo estrictamente necesario.

Finalmente, la palpación de la recurrente durante su arresto fue realizada solo a fin de detectar algún objeto peligroso. En cuanto a la incautación de dos bolsas durante el arresto, la recurrente pudo guardarlas hasta la noche del día en que fue arrestada.

Nota del Instituto: la sentencia dictada por la Corte Europea en *Brogan c. Reino Unido* puede consultarse (en inglés) en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695327&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Moulin c. France*, sentencia del 23-2-2011, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=877357&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



DERECHO COMUNITARIO. ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD. NOMBRE. DERECHO A Oponerse al uso del nombre como marca comunitaria. MARCAS Y PATENTES (UNIÓN EUROPEA – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el Reglamento sobre la marca comunitaria (Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, del 20 de diciembre de 1993, art. 52, ap. 2, letra *a*)) (Reglamento) establece la nulidad de una marca cuando su uso puede prohibirse en virtud de un derecho anterior, en particular en virtud de un derecho al nombre, definido con arreglo al derecho de la Unión o al derecho nacional.

Fiorucci SpA es una sociedad italiana constituida por el diseñador Elio Fiorucci en los años '70 que, en 1990, cedió a la sociedad japonesa Edwin Co. Ltd. la totalidad de su patrimonio creativo, incluyendo todas las marcas de las que era titular.

En 1999, a petición de la sociedad Edwin, la OAMI registró la marca denominada “ELIO FIORUCCI” para productos de perfumería, de cuero y de equipaje, y para prendas de vestir. El Sr. Fiorucci –basándose en la aplicación del Reglamento en el régimen jurídico italiano– impugnó dicho registro alegando que su nombre gozaba en Italia de una protección particular, en virtud de la cual los nombres de personas notorias solo pueden ser registrados como marca por su titular o con el consentimiento de este, consentimiento que faltaba en el presente caso.

No obstante, la OAMI consideró que la legislación italiana no era aplicable en el presente caso, ya que la notoriedad del nombre Elio Fiorucci se había adquirido en el marco de la actividad comercial de este. La OAMI estimó por lo tanto la solicitud de registro.

A raíz del recurso interpuesto por el Sr. Fiorucci, el Tribunal General de la Unión Europea anuló, en 2009, dicha resolución considerando que comportaba un error de derecho en la interpretación del derecho nacional (*Fiorucci c. OAMI – Edwin (Elio Fiorucci)*, asunto T-165/06, sentencia del 14 de mayo de 2009). El

Tribunal General confirmó así que la OAMI puede declarar la nulidad de una marca comunitaria, a petición del interesado, cuando su uso puede prohibirse en virtud, en particular, de un derecho anterior al nombre protegido por la legislación nacional. Señaló, no obstante, que la OAMI había descartado erróneamente la aplicación del derecho nacional al caso del Sr. Fiorucci.

Entonces, Edwin interpuso un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, alegando que el Reglamento se refiere al “derecho al nombre” únicamente como atributo de la personalidad. De este modo, a su juicio, el Tribunal General no aplicó correctamente el Reglamento.

2. Sentencia: el titular de un nombre tiene derecho a oponerse a su uso como marca comunitaria, cuando el derecho nacional se lo permite. El derecho al nombre también puede ser protegido en sus aspectos económicos.

En el *sub lite*, corresponde que este Tribunal de Justicia interprete el concepto de “derecho al nombre” –que puede invocarse para solicitar la nulidad de una marca– en el sentido del Reglamento, aclarando si este concepto solo se refiere a un atributo de la personalidad o también a su explotación patrimonial.

Cabe señalar, en primer lugar, que el tenor y la estructura del Reglamento no permite limitar el concepto de “derecho al nombre” a un aspecto de atributo de la personalidad. Por el contrario, este concepto también puede amparar la explotación patrimonial del nombre. En efecto, el Reglamento establece la nulidad de una marca comunitaria cuando un interesado invoca otro derecho anterior y, a título de ejemplo, enumera, con carácter no taxativo, cuatro derechos: el derecho al nombre, el derecho a la imagen, el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial. Algunos de estos derechos están protegidos en sus aspectos económicos tanto por los derechos nacionales como por el derecho de la Unión. Por consiguiente, no existe razón para no conferir la misma protección al “derecho al nombre”.

De este modo, el Tribunal General, justificadamente, no limitó la protección que proporciona el Reglamento solo a los supuestos en que el registro de una marca comunitaria se encuentre en conflicto con un derecho dirigido a proteger exclusivamente el nombre en tanto atributo de la personalidad del interesado. En otros términos, el derecho al nombre puede invocarse no solo para proteger el nombre como atributo de la personalidad, sino también en sus aspectos económicos.

Este Tribunal de Justicia confirma la competencia del Tribunal General para controlar la legalidad de la apreciación de la OAMI sobre la legislación nacional invocada. A este respecto, precisa que, en el marco de un recurso de casación, el propio Tribunal de Justicia es competente para examinar que el Tribunal General, basándose en documentos y otros elementos que le han sido sometidos, no ha alterado el tenor de las disposiciones nacionales, de la jurisprudencia nacional o de los escritos de doctrina que se refieran a ellas, y que no ha emitido consideraciones manifiestamente en contra de su contenido o de su alcance.

Por consiguiente, estima que el Tribunal General, sin desvirtuar la legislación nacional (Código italiano de la Propiedad Industrial) pudo justificadamente deducir de esta que el titular de un patronímico notorio –con independencia del ámbito en el que se haya adquirido dicha notoriedad y aunque el nombre de la persona

notoria ya se haya registrado o utilizado como marca— tiene derecho a oponerse al uso de dicho nombre como marca cuando no haya prestado su consentimiento al registro.

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, planteen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones vinculadas a la interpretación del derecho o a la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo conforme con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan en un problema similar. 2) El Código de la Propiedad Industrial italiano establece la posibilidad de registrar el nombre de la persona, si goza de notoriedad, por parte del titular o con el consentimiento de éste (art. 8, apartado 3). 3) Se puede acceder a la sentencia adoptada en el caso *Fiorucci c. OAMI* en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=T-165/06>>.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-263/09 P, *Edwin Co. Ltd. c. OAMI*, sentencia del 5-7-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-263/09>>.



DERECHO COMUNITARIO. BIOTECNOLOGÍA. ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS. ALIMENTOS. PRODUCTOS DE APICULTURA. PRESENCIA DE POLEN DE PLANTAS GENÉTICAMENTE MODIFICADAS. CONSECUENCIAS. COMERCIALIZACIÓN. CONCEPTOS DE “ORGANISMO” Y DE “ALIMENTOS QUE CONTENGAN INGREDIENTES PRODUCIDOS A PARTIR DE ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS” (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: en 1998, la empresa Monsanto obtuvo autorización para comercializar la variedad de maíz modificado genéticamente MON 810, que contiene el gen de una bacteria que produce toxinas que destruyen las larvas de una mariposa parásita cuya presencia constituye un peligro para el desarrollo de la planta en caso de infestación.

El Sr. Bablok, apicultor no profesional, entabla una controversia con el Estado de Baviera, Alemania, propietario de diversos terrenos en los que se ha cultivado durante los últimos años maíz MON 810 con fines de investigación. Bablok produce miel para la venta y para consumo personal en las inmediaciones de dichos terrenos. Hasta 2005, producía también polen para venderlo como alimento en forma de complemento alimenticio. Ese año, se detectó la presencia de ADN de maíz MON 810 y de proteínas genéticamente modificadas en el polen de maíz recolectado por Bablok en colmenas situadas a 500 metros de los terrenos del Estado de Baviera. Por otra parte, en algunas muestras de miel de Bablok se detectó la presencia de cantidades muy pequeñas de ADN de maíz MON 810. Al considerar que la presencia de residuos del maíz genéticamente modificado daba

lugar a que sus productos apícolas ya no fueran aptos para la comercialización o el consumo, Bablok promovió una acción judicial contra el Estado de Baviera ante los tribunales alemanes, procedimiento al que se sumaron otros cuatro apicultores no profesionales.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del *Land* de Baviera indicó que, en el momento en que dicho polen se incorpora a la miel o a los complementos alimenticios elaborados con polen, ha perdido su capacidad de fecundación.

En sustancia, la jurisdicción nacional consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la mera presencia en los productos apícolas controvertidos de polen de maíz genéticamente modificado que ha perdido su capacidad de reproducción tiene como consecuencia que la comercialización de dichos productos esté sujeta a autorización.

2. Sentencia: la miel y los complementos alimenticios que contienen polen derivado de un organismo genéticamente modificado (OMG) son alimentos producidos a partir de un OMG que no pueden comercializarse sin autorización previa. Dicho polen ya no constituye en sí mismo un OMG cuando ha perdido su capacidad reproductiva y carece de toda capacidad de transferir material genético.

La Directiva sobre los OMG establece que la liberación intencional en el medio ambiente o la comercialización de un OMG puede realizarse únicamente con autorización previa. Además, el Reglamento sobre los alimentos modificados genéticamente dispone que los OMG destinados a la alimentación humana, los alimentos que contengan o estén compuestos por OMG y los alimentos que se hayan producido a partir de OMG o que contengan ingredientes producidos a partir de estos organismos están sujetos a una autorización previa a su comercialización.

El polen de que se trata solo puede calificarse como OMG si constituye un “organismo” en el sentido de la Directiva y del Reglamento, es decir, si constituye una “entidad biológica capaz” “de reproducirse” o “de transferir material genético”. A este respecto, dado que ha quedado acreditado que el polen de que se trata ha perdido toda capacidad reproductiva concreta e individual, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, no obstante, dicho polen puede “transferir material genético”, teniendo debidamente en cuenta los datos científicos disponibles y considerando cualquier forma de transferencia de material genético científicamente comprobada.

Una sustancia como el polen derivado de una variedad de maíz modificado genéticamente que ha perdido su capacidad reproductiva y que carece de toda capacidad de transferir el material genético que contiene ya no está comprendida en ese concepto. No obstante, productos como la miel y los complementos alimenticios que contienen dicho polen constituyen alimentos que contienen ingredientes producidos a partir de un OMG en el sentido del Reglamento. El polen controvertido debe considerarse “producido a partir de un OMG” y que constituye un “ingrediente” de la miel y de los complementos alimenticios elaborados con polen. En lo que respecta a la miel, el polen no es un cuerpo extraño ni una impureza, sino un componente normal de ese producto, de modo que debe efectivamente calificarse de “ingrediente”. En consecuencia, dicho polen está comprendido en el ámbito de

aplicación del Reglamento y debe someterse al régimen de autorización previsto por este antes de su comercialización.

El carácter intencional o fortuito de la introducción de dicho polen en la miel no puede hacer que el alimento que contiene ingredientes producidos a partir de un OMG quede excluido de la aplicación de dicho régimen de autorización.

Por último, cabe destacar que la obligación de autorización existe con independencia de la proporción de material modificado genéticamente contenida en el producto de que se trate.

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, planteen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones vinculadas a la interpretación del derecho o a la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo conforme con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan en un problema similar. 2) La Directiva sobre los organismos modificados genéticamente es la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo, en su versión modificada por el Reglamento nº 1829/2003 y el Reglamento (CE) nº 1830/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003. 3) El Reglamento sobre los alimentos modificados genéticamente es el Reglamento (CE) nº 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente .

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-442/09, *Karl Heinz Bablok y otros c. Freistaat Bayern*, sentencia del 6-9-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurispl/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-442/09>>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD. PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS. **DERECHO DEL TRABAJO.** CONVENIOS COLECTIVOS. CLÁUSULA DE EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DE LA RELACIÓN LABORAL A LOS 60 AÑOS (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: los Sres. Prigge, Fromm y Lambach trabajaron durante muchos años en *Deutsche Lufthansa*, primero como pilotos y posteriormente como comandantes de vuelo. Al cumplir 60 años de edad, sus contratos de trabajo se extinguieron automáticamente con arreglo a lo dispuesto en el convenio colectivo respectivo. Entonces, considerándose víctimas de discriminación por razón de la edad prohibida por la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva), promovieron una acción ante los tribunales alemanes instándolos a declarar que sus relaciones laborales con *Deutsche Lufthansa* no habían cesado al cumplir los 60 años y a ordenar la continuación de sus contratos de trabajo.

Entonces, el Tribunal Federal de lo Social alemán consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si es compatible con el derecho de la Unión un convenio colectivo que impone un límite de edad de 60 años a los pilotos de líneas aéreas con el fin de garantizar la seguridad aérea.

2. Sentencia: prohibir a los pilotos de líneas aéreas ejercer su actividad después de los 60 años constituye un tipo de discriminación por razón de la edad. Aunque pueda restringirse el derecho a ejercer esa actividad a partir de dicha edad, su prohibición total va más allá de lo necesario para garantizar la protección de la seguridad aérea.

La Directiva prohíbe, en el ámbito laboral, cualquier diferencia de trato relacionada con la edad que no esté debidamente justificada. No obstante, al ejecutarla, los Estados miembros pueden disponer que una diferencia de trato basada en las capacidades físicas de los trabajadores relacionada con la edad no constituye discriminación cuando la posesión de tales capacidades es esencial y determinante para poder ejercer una actividad profesional. Asimismo, la Directiva no impide a los Estados miembros adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento de la seguridad pública.

Por otra parte, los Estados miembros pueden confiar la ejecución de la Directiva a los interlocutores sociales.

Las normativas internacional y alemana prevén que, entre los 60 y los 64 años, un piloto de avión únicamente puede continuar ejerciendo su actividad si es miembro de una tripulación compuesta por varios pilotos y los demás tienen menos de 60 años. Sin embargo, dichas normativas prohíben a los pilotos ejercer su actividad después de los 65 años.

El convenio colectivo aplicable al personal de vuelo de la compañía aérea alemana *Deutsche Lufthansa* –reconocido por el derecho alemán– prohíbe a sus pilotos ejercer su actividad después de los 60 años.

Este Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, que, al igual que los derechos nacionales de los Estados miembros, los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales deben respetar el principio de no discriminación por razón de la edad, reconocido como principio general del derecho de la Unión y concretado por la Directiva en el ámbito del empleo y la ocupación.

La limitación impuesta a los pilotos a la posibilidad de ejercer su profesión a partir de los 60 años persigue el objetivo de garantizar la seguridad de los pasajeros y de los habitantes de las zonas sobrevoladas, así como la seguridad y la salud de los propios pilotos –objetivo que puede justificar una diferencia de trato–, y dicha limitación puede establecerse en un convenio colectivo. No obstante, cabe destacar que las normativas internacional y alemana no consideraron necesario prohibir a los pilotos ejercer su profesión después de los 60 años, sino únicamente restringir ese ejercicio. Por lo tanto, la prohibición de pilotear después de dicha edad, establecida en el convenio colectivo, no es una medida necesaria para la protección de la seguridad pública y de la salud.

Por otra parte, el hecho de poseer capacidades físicas específicas puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante para ejercer la profesión

de piloto de línea aérea, y la posesión de tales capacidades está relacionada con la edad. Este requisito destinado a garantizar la seguridad del tráfico aéreo persigue un objetivo legítimo que puede justificar una diferencia de trato por razón de la edad.

No obstante, únicamente en muy contadas circunstancias puede estar justificada tal diferencia de trato. A este respecto, se observa que las autoridades internacionales y alemanas consideran que, hasta los 65 años, los pilotos poseen las capacidades físicas necesarias para pilotear, aunque, entre los 60 y los 65 años, solo puedan ejercer como miembros de una tripulación cuyos restantes pilotos tengan menos de 60 años. En cambio, los interlocutores sociales de Lufthansa fijaron en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos de líneas aéreas no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad profesional.

Habida cuenta de estas circunstancias, el límite de edad de 60 años impuesto por los interlocutores sociales para poder pilotar un avión de línea constituye una exigencia desproporcionada a la luz de las normativas internacional y alemana, que fijaron dicho límite en 65 años.

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, planteen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones vinculadas a la interpretación del derecho o la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo conforme con la decisión del Tribunal de Justicia. 2) La Directiva a la que aquí se alude es la 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.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-447/09, *Reinhard Prigge, Michael Fromm y Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG*, sentencia del 13-9-2011, en <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-447/09>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. ACCESO A BIENES Y SERVICIOS Y SU SUMINISTRO. **SEGUROS.** PRIMAS Y PRESTACIONES. FACTORES ACTUARIALES. CONSIDERACIÓN DEL SEXO DEL ASEGURADO COMO FACTOR DE EVALUACIÓN DEL RIESGO. **CONTRATOS.** CONTRATOS PRIVADOS DE SEGURO DE VIDA. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ARTS. 21 Y 23. INVALIDEZ (UNIÓN EUROPEA – BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: la asociación de consumidores belga Test-Achats ASBL y dos particulares interpusieron ante el Tribunal Constitucional belga un recurso dirigido a la anulación de la ley belga que transpone la Directiva 2004/113/CE del Consejo, del 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (Directiva).

En el marco de dicho recurso, el órgano jurisdiccional belga ha solicitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que evalúe si la excepción prevista por la Directiva es válida con arreglo a la normativa de rango superior, concretamente desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado por el derecho de la Unión.

2. Sentencia: la consideración del sexo del asegurado como factor de riesgo en los contratos de seguro constituye un acto de discriminación.

La Directiva prohíbe toda discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y en su suministro. De este modo, prohíbe, en principio, tener en cuenta el criterio del sexo para el cálculo de las primas y prestaciones de seguro en los contratos de seguro celebrados a partir del 21 de diciembre de 2007. No obstante, prevé una excepción (art. 5, apartado 2) según la cual los Estados miembros pueden, a partir de dicha fecha, autorizar excepciones a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, a condición de que los Estados miembros estén en condiciones de garantizar que los datos actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Solo se permiten excepciones en los casos en que la legislación nacional todavía no haya aplicado la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. Cinco años después de la transposición de la Directiva, a saber, el 21 de diciembre de 2012, los Estados miembros deben revisar la justificación de tales excepciones, atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes y al informe elaborado por la Comisión tres años después de la fecha de la transposición de la Directiva.

En primer lugar, según el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Unión, en todas sus acciones, se fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y de promover su igualdad. A efectos de la consecución progresiva de dicha igualdad, incumbe al legislador de la Unión determinar el momento de su intervención, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones socioeconómicas de la Unión. A estos fines, estableció en la Directiva que las diferencias en materia de primas y prestaciones derivadas de la consideración del sexo como factor para el cálculo de estas debían quedar abolidas a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, dado que el recurso a factores actuariales basados en el sexo estaba generalizado en el sector de los seguros, cuando se adoptó la Directiva, el legislador de la Unión estaba legitimado para hacer efectiva gradualmente la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, con períodos de transición apropiados.

Cabe recordar que la Directiva preveía una excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo establecida por la propia Directiva, otorgando a los Estados miembros la facultad de decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, la autorización de diferencias proporcionadas para los asegurados en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Dicha facultad se reexaminará cinco años después del 21 de diciembre de 2007, atendiendo a un informe de la Comisión. Ahora bien, dado que la Directiva no regula la duración de la aplicación de las citadas diferencias, los Estados miembros que hayan ejercido

tal facultad pueden permitir que las compañías de seguros apliquen el trato desigual sin límite temporal.

Dadas las circunstancias, este Tribunal considera que existe un riesgo de que el derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista por la Directiva. Así pues, un precepto que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre hombres y mujeres y ha de considerarse inválido tras la expiración de un período transitorio adecuado.

Por consiguiente, se declara inválida con efectos al 21 de diciembre de 2012 la excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo en el sector de los seguros.

Nota del Instituto: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, planteen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones relativas a la interpretación del derecho o a la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que el tribunal nacional es quien debe resolverlo conforme con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros*, sentencia del 1-3-2011, en <<http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-236/09>>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO DEL TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO. CONDICIONES DE TRABAJO. ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. DERECHO A VACACIONES ANUALES. REMUNERACIÓN CORRESPONDIENTE AL PERÍODO VACACIONAL. PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (UNIÓN EUROPEA – REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: varios pilotos de línea aérea que trabajan para British Airways, entre ellos la Sra. Williams, impugnaron el cálculo del importe que se les pagaba por sus vacaciones anuales. La retribución de estos pilotos se compone de tres elementos: un importe anual fijo, un complemento por el tiempo pasado en vuelo planificado de £10 por hora y un complemento por el tiempo pasado fuera de la base de £2,73 por hora. Solo el primer elemento (salario base) se toma en consideración en el cálculo de la retribución pagada en concepto de vacaciones anuales. Los pilotos alegaron que la cantidad abonada en concepto de vacaciones anuales debe basarse en la retribución en su conjunto, incluidos los dos complementos.

La Suprema Corte del Reino Unido que conoce del litigio ha solicitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia) que precise las indicaciones que emanan del derecho de la Unión acerca de la retribución a la que tiene derecho un piloto de línea aérea durante sus vacaciones anuales.

2. Sentencia: la retribución de los pilotos de línea aérea durante sus vacaciones anuales debe incluir el complemento por tiempo de vuelo, por estar intrínsecamente vinculado a la ejecución de las tareas que les incumben. Sin embargo, el complemento por los gastos ligados al tiempo que están obligados a pasar fuera de la base aérea no forma parte de su retribución ordinaria.

Conforme a la Directiva sobre el tiempo de trabajo, todo trabajador tiene derecho a por lo menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

Durante sus vacaciones anuales, el trabajador debe percibir su retribución ordinaria. El objetivo de la exigencia de retribuir las vacaciones es colocar al trabajador, durante este período de descanso, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo. Se desprende de lo anterior que, en principio, la retribución de las vacaciones anuales se debe corresponder con la retribución normal del trabajador.

Ahora bien, cuando la retribución está compuesta por varios elementos –como es el caso de la percibida por los pilotos– la determinación de esta retribución ordinaria y, por tanto, del importe al que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales requiere de un análisis específico.

En consecuencia, los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador –como, para los pilotos de línea aérea, el tiempo pasado en vuelo– deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales.

Por el contrario, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo –como los gastos vinculados al tiempo que los pilotos están obligados a pasar fuera de la base– no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales.

Además de dichos elementos de la retribución global, todos aquellos que estén vinculados con el estatuto personal y profesional del piloto de línea aérea (como, por ejemplo, los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquico, con su antigüedad, con sus calificaciones profesionales, etc.) deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas.

Corresponde al juez nacional apreciar si los diversos elementos que componen la retribución global de los pilotos de línea aérea están intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que les incumben según su contrato de trabajo o están relacionados con su estatuto personal y profesional.

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, planteen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones relativas a la interpretación del derecho o a la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo conforme con la decisión del Tribunal de Justicia. 2) La Directiva a la que aquí se alude es la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, del 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-155/10, *Williams y otros c. British Airways plc*, sentencia del 15-9-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-155/10>>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHOS SOCIALES. DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO EMPRESARIAL. MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS. CONCEPTOS DE EMPRESA Y DE TRANSMISIÓN, CEDENTE Y CESIONARIO DE DERECHO PÚBLICO. APLICACIÓN DESDE LA FECHA DE LA TRANSMISIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO VIGENTE EN LA EMPRESA DEL CESIONARIO. RETRIBUCIÓN. RECONOCIMIENTO DE LA ANTIGÜEDAD ADQUIRIDA AL SERVICIO DEL CEDENTE (UNIÓN EUROPEA – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: la Sra. Scattolon, empleada del municipio de Scorzé (Italia) en calidad de bedel en escuelas del Estado, realizó ese trabajo entre 1980 y 1999 como miembro del personal administrativo, técnico y auxiliar (ATA) de las entidades locales. A partir del año 2000, fue transferida a la plantilla del personal ATA del Estado y clasificada en una escala salarial que correspondía en esa plantilla a nueve años de antigüedad. Dado que de esa forma no había obtenido el reconocimiento por el Ministerio de Educación, de Universidades y de Investigación (Ministerio) de los casi veinte años de antigüedad adquirida en el municipio de Scorzè, y estimaba haber sufrido así una importante reducción de su retribución, Scattolon solicitó al *Tribunale di Venezia* (Italia) el reconocimiento de la totalidad de su antigüedad.

Ese tribunal consulta entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas se aplica a la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública. En caso de respuesta afirmativa a esa cuestión, el tribunal italiano desea también saber si, a efectos del cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, el cesionario debe reconocer la antigüedad adquirida por esos trabajadores al servicio del cedente.

2. Sentencia: el derecho de la Unión puede oponerse a que los trabajadores transferidos, incluso los empleados por una autoridad pública de un Estado miembro, y en cuyas relaciones de trabajo se haya subrogado otra autoridad pública, sufran una reducción salarial sustancial a causa únicamente de la transmisión.

Según la normativa de la Unión sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión se transfieren al cesionario. Por otro lado, el cesionario debe mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en

la misma medida en que este las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

La subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa constituye una transmisión de empresa, cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el derecho interno de ese Estado miembro.

Respecto al cálculo de la retribución de los trabajadores afectados por una transmisión, este Tribunal estima que, si bien el cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo previstas por el convenio colectivo vigente en su empresa –incluidas las referidas a la retribución–, las modalidades elegidas para la integración salarial de los trabajadores transferidos deben ser conformes con el objetivo de la normativa de la Unión en materia de protección de los derechos de los trabajadores transferidos, que consiste en esencia en impedir que esos trabajadores se encuentren por la mera causa de la transmisión en una posición menos favorable que la que tenían anteriormente.

Cabe destacar que, en este caso, el Ministerio, en lugar de reconocer esa antigüedad como tal y en su integridad, calculó para cada trabajador transferido una antigüedad “ficticia”, lo que tuvo una importancia determinante en la fijación de las condiciones retributivas aplicables en lo sucesivo al personal transferido. Dado que las funciones ejercidas por el personal ATA de las entidades locales en las escuelas públicas antes de la transmisión eran análogas, si no idénticas, a las ejercidas por el personal ATA empleado por el Ministerio, la antigüedad adquirida al servicio del cedente por un miembro del personal transferido habría podido calificarse como equivalente a la adquirida por un miembro del personal ATA de igual categoría empleado por el Ministerio antes de dicha transmisión.

Por consiguiente, cuando una transmisión de empresa da lugar a la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos del convenio colectivo vigente para el cesionario y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas en especial a la antigüedad, el derecho de la Unión Europea se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último. Incumbe al tribunal nacional examinar si se ha producido tal pérdida salarial con ocasión de la transmisión de empresa de la que se trata.

Dado que en otros asuntos promovidos por compañeros profesionales de Scattolon la transmisión de que se trata había dado lugar a sentencias de la Corte de Casación y a continuación a una ley que fijó las modalidades de la transferencia del conjunto de los trabajadores afectados en un sentido diferente al de esas sentencias, el *Tribunale di Venezia* también planteó la cuestión acerca de la compatibilidad de esa ley con principios generales del derecho como los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica.

Este Tribunal de Justicia no responde a esa cuestión, que entre tanto ha sido abordada por la Corte Europea de Derechos Humanos (Nros. 43549/08, 6107/09 y 5087/09, *Agrati y otros c. Italia*, sentencia del 7 de junio de 2011). Habida cuenta de las respuestas a las otras cuestiones prejudiciales, ya no es preciso examinar el asunto a la luz de los principios generales del derecho.

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, planteen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones relativas a la interpretación del derecho o a la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo conforme con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar. 2) Las Directivas a que aquí se alude son la Directiva 77/187/CEE del Consejo, del 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, y la Directiva 2001/23/CE del Consejo, del 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto 108/2010, *Ivana Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, sentencia del 6-9-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-108/10>>.



DERECHO COMUNITARIO. INMUNIDADES. INMUNIDAD PARLAMENTARIA DE LOS EURODIPUTADOS. DECLARACIONES REALIZADAS FUERA DEL RECINTO DEL PARLAMENTO. OPINIÓN EXPRESADA EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PARLAMENTARIAS. CONCEPTO (UNIÓN EUROPEA – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: en un proceso penal incoado ante el *Tribunale di Isernia* (Italia), al eurodiputado Patriciello se le imputa un delito de calumnias cometido contra una funcionaria pública en el ejercicio de sus funciones. En efecto, durante un altercado en una playa pública de estacionamiento, Patriciello habría acusado a una agente de la Policía Municipal de Pozzili (Italia) de haberse comportado ilegalmente (falsedad en documento público) al afirmar que esta había falsificado los horarios cuando imponía multas a varios automovilistas cuyos vehículos estaban estacionados infringiendo el Código de Circulación.

En 2009, el Parlamento Europeo consideró que Patriciello había actuado en defensa del interés general de su electorado, por lo que estimó su demanda y decidió amparar su inmunidad (art. 6, apartado 3, del Reglamento interno del Parlamento Europeo).

El *Tribunale di Isernia* solicita entonces al Tribunal de Justicia que precise los criterios que permitan determinar si una declaración realizada por un eurodiputado

fuera del recinto del Parlamento Europeo y que ha dado lugar a actuaciones penales en su Estado miembro de origen por el delito de calumnias constituye una opinión expresada en el ejercicio de sus funciones parlamentarias que puede, por ello, estar amparada por la inmunidad.

2. Sentencia: cabe recordar, en primer lugar, que el alcance de la inmunidad por las opiniones expresadas y los votos emitidos por los eurodiputados en el ejercicio de sus funciones parlamentarias debe determinarse exclusivamente según el derecho de la Unión. Así, en virtud de este derecho, la inmunidad concedida a los eurodiputados tiene por objeto proteger su libertad de expresión y su independencia. Por consiguiente, se opone a cualquier procedimiento judicial que pueda incoarse motivado por sus opiniones y sus votos. De lo anterior se deriva que, cuando concurren los requisitos de fondo para reconocer la inmunidad, el Parlamento Europeo no puede suspenderla y el órgano jurisdiccional nacional llamado a aplicarla debe abstenerse de pronunciarse sobre la acción ejercitada contra el eurodiputado.

En segundo lugar, si bien la inmunidad parlamentaria ampara esencialmente las declaraciones realizadas en el recinto del Parlamento Europeo, no cabe excluir que una declaración realizada fuera de dicho recinto pueda constituir asimismo una opinión expresada en el ejercicio de las funciones parlamentarias. En consecuencia, la existencia de tal opinión debe apreciarse en función de la naturaleza y contenido de la declaración y no del lugar en el que esta se realizó.

De este modo, la inmunidad parlamentaria está estrechamente vinculada a la libertad de expresión, que es el fundamento esencial de una sociedad democrática y pluralista, y refleja los valores en los que se basa la Unión. Esta libertad constituye, además, un derecho fundamental garantizado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual tiene el mismo valor jurídico que los tratados constitutivos de la Unión. Esta libertad se recoge asimismo en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Partiendo de estas afirmaciones, este Tribunal estima que el concepto de “opinión” que puede dar lugar a la inmunidad debe entenderse en sentido amplio, como comprensivo de declaraciones que, por su contenido, corresponden a afirmaciones constitutivas de apreciaciones subjetivas. Además, para estar amparada por la inmunidad, una opinión debe tener relación con las funciones parlamentarias.

Sin embargo, el reconocimiento de la inmunidad puede impedir definitivamente la represión de las infracciones penales y privar así a los perjudicados por dichas infracciones del acceso a la justicia, incluso impedirles obtener la reparación del perjuicio sufrido. Habida cuenta de estas consecuencias, la inmunidad únicamente puede concederse cuando la relación entre la opinión expresada y las funciones parlamentarias es directa y evidente.

Así pues, corresponde al órgano jurisdiccional italiano apreciar si la declaración del eurodiputado presenta manifiestamente dicha relación y puede considerarse, en consecuencia, la expresión de una opinión en el ejercicio de sus funciones parlamentarias y servir de base para el reconocimiento de la inmunidad.

No obstante, a este respecto, sobre la base de la descripción de los hechos y del contenido de las manifestaciones de Patriciello, las declaraciones de este parecen

relativamente alejadas de sus funciones como miembro del Parlamento Europeo. En efecto, en el presente caso, es difícil que las declaraciones de Patriciello puedan tener relación directa con un interés general que preocupe a los ciudadanos.

Por otra parte, cabe recordar que la decisión de amparo de la inmunidad adoptada por el Parlamento Europeo constituye únicamente una opinión sin efecto obligatorio alguno respecto a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Por último, en el supuesto de que, teniendo en cuenta la interpretación proporcionada en la presente sentencia, el órgano jurisdiccional italiano decida apartarse de la opinión del Parlamento Europeo, el derecho de la Unión no le impondría ninguna obligación específica relativa a la motivación de su decisión.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto 163/2010, sentencia del 6-9-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-163/10>>.



DERECHO COMUNITARIO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. MEDIOS DE COMUNICACIÓN. RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA. INCITACIÓN AL ODIOS POR MOTIVOS DE RAZA, SEXO, RELIGIÓN O NACIONALIDAD. CONCEPTO. PRINCIPIO DE ENTENDIMIENTO ENTRE LOS PUEBLOS. REGLAMENTACIÓN. ALCANCES. FACULTAD DE UN ESTADO MIEMBRO DE PROHIBIR EN SU TERRITORIO LA ACTIVIDAD DE UN ORGANISMO DE RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA ESTABLECIDO EN OTRO ESTADO MIEMBRO (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: la sociedad danesa Mesopotamia Broadcast es titular de varias licencias de televisión en Dinamarca. Explora la cadena de televisión Roj TV, que es también una sociedad danesa. Esta última emite vía satélite programas fundamentalmente en lengua kurda para toda Europa y Cercano Oriente y encarga la producción de emisiones, entre otras, a una sociedad establecida en Alemania.

En 2008, las autoridades alemanas prohibieron a Mesopotamia Broadcast desarrollar, a través de Roj TV, cualquier actividad en Alemania, al estimar que las emisiones de Roj TV contravenían “el principio de entendimiento entre los pueblos” según se define en el derecho constitucional alemán. El motivo de la prohibición se basaba en que los programas de Roj TV incitaban a resolver las diferencias entre los kurdos y los turcos mediante la violencia –incluso en Alemania– y apoyaban las actividades del PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistan, calificado por la Unión Europea como organización terrorista) para reclutar jóvenes kurdos en la guerrilla contra la República de Turquía.

Las dos sociedades han solicitado la anulación de dicha prohibición ante los órganos jurisdiccionales alemanes y han sostenido que, con arreglo a la Directiva, solo Dinamarca podía controlar su actividad.

El Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo de Alemania consulta entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si las autoridades alemanas podían lícitamente prohibir la actividad de Mesopotamia Broadcast y de Roj TV. El

órgano jurisdiccional alemán desea saber, en particular, si el concepto de “incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad”, cuya interpretación está reservada en el presente asunto a las autoridades danesas, comprende también la vulneración del “principio de entendimiento mutuo entre los pueblos”.

2. Sentencia: Alemania no puede impedir la retransmisión en su territorio de las emisiones en lengua kurda difundidas por Roj TV desde Dinamarca. Sin embargo, en la medida en que no impida dicha retransmisión, puede prohibir en su territorio las actividades de Roj TV y de Mesopotamia Broadcast como asociaciones.

La Directiva “Televisión sin fronteras” tiene por objeto suprimir los obstáculos a la libre difusión de las emisiones televisivas dentro de la Unión. La Directiva establece que los Estados miembros son competentes para velar por la legalidad de las actividades de los organismos de radiodifusión televisiva establecidos en su territorio. En particular, deben garantizar que las emisiones de dichos organismos no contienen ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad.

Por otra parte, los Estados miembros no pueden obstaculizar la retransmisión en su territorio de las emisiones difundidas por organismos de radiodifusión televisiva establecidos en otro Estado miembro por motivos relacionados con la incitación al odio cuya apreciación esté reservada a este último Estado en virtud de la Directiva.

Corresponde a este Tribunal de Justicia interpretar en este caso el concepto de “incitación al odio” consagrado por la Directiva con el fin de evitar cualquier ideología irrespetuosa con los valores humanos, en particular las iniciativas que hacen apología de la violencia mediante actos terroristas contra una comunidad determinada de personas. Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, Mesopotamia Broadcast y Roj TV contribuyen a avivar los enfrentamientos violentos entre las personas de etnia turca y kurda en Turquía y a exacerbar las tensiones entre los turcos y los kurdos que viven en Alemania. Por lo tanto, este Tribunal declara que el comportamiento de Mesopotamia Broadcast y de Roj TV, tal como lo describe el órgano jurisdiccional alemán, está comprendido en el concepto de “incitación al odio”.

Sin embargo, en el presente asunto, solo las autoridades danesas son competentes para comprobar si ese comportamiento constituye efectivamente una “incitación al odio” y para velar por que las emisiones de Roj TV no contengan dicha incitación.

Cabe recordar que los Estados miembros pueden adoptar normativas que persiguen un objetivo de orden público y que no regulan específicamente la difusión y la distribución de los programas. Sin embargo, no están facultados para obstaculizar la retransmisión en su territorio de emisiones procedentes de otro Estado miembro.

Según la información facilitada por el gobierno alemán, las medidas controvertidas no tienen por objeto impedir las retransmisiones en Alemania de las emisiones televisivas realizadas por Roj TV, sino prohibir las actividades en el territorio alemán de esa televisión y de Mesopotamia Broadcast como asociaciones.

En este contexto, la recepción y el uso privado del programa de Roj TV no están prohibidos y son efectivamente posibles en Alemania. Sin embargo, como asociación prohibida, Roj TV ya no puede organizar actividades en Alemania, y las

actividades ejercidas en beneficio de esa televisión están también prohibidas en dicho país. Por lo tanto, están prohibidas, en particular, la producción de emisiones y la organización de manifestaciones consistentes en proyecciones de programas de Roj TV en un recinto público, en particular en un estadio, así como las actividades de apoyo que se desarrollen en el territorio alemán.

Por consiguiente, las medidas adoptadas contra Mesopotamia Broadcast y Roj TV no constituyen, en principio, un obstáculo a la retransmisión de los programas emitidos por Roj TV desde Dinamarca. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente debe comprobar si los efectos concretos que se derivan de la resolución de prohibición no impiden en la práctica la retransmisión de dichos programas en Alemania.

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, planteen al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación del derecho o a la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo conforme 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 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, en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 30 de junio de 1997.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asuntos acumulados C-244/10 y C-245/10, *Mesopotamia Broadcast A/S METV y Roj TV A/S c. Bundesrepublik Deutschland*, sentencia del 22-9-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-244/10>>.



DERECHO COMUNITARIO. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMERCIAL. PUBLICIDAD ENCUBIERTA. CONCEPTO. CARÁCTER INTENCIONAL (UNIÓN EUROPEA – GRECIA).

1. Antecedentes del caso: durante una emisión difundida en 2003 en el canal privado de televisión “ALTER CHANNEL” se presentó en tres secuencias un tratamiento dental estético antes, durante y al final del realizado a una paciente. La presentadora conversaba con una odontóloga que afirmaba que dicho tratamiento constituía una primicia mundial. Se daban algunas indicaciones acerca de la eficacia y el costo del mismo.

Posteriormente, el Consejo Nacional de la Radiotelevisión Griega (ESR) impuso una multa de € 25.000 a Eleftheri tileorasi (titular del canal de televisión que él mismo explota) y a su presidente y director gerente Giannikos, aduciendo que dicha emisión de televisión incluía publicidad encubierta.

Eleftheri tileorasi y Giannikos interpusieron un recurso de anulación contra la resolución del ESR ante el Consejo de Estado griego, que consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la Directiva “Televisión sin fronteras” debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una remuneración o de un pago similar constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta.

2. Sentencia: la Directiva prohíbe la “publicidad encubierta”, definida como “la presentación verbal o visual de bienes, servicios o actividades en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”. Una presentación se considera intencionada, *en particular*, si se hace a cambio de una remuneración o de un pago similar.

Cabe destacar, a título preliminar, que de la lectura de la disposición pertinente de la Directiva resulta que la locución adverbial “en particular”, que aparece en varias versiones lingüísticas de dicha Directiva, no figura en la versión griega.

Para aplicar e interpretar de manera uniforme el derecho de la Unión, el texto de una disposición debe interpretarse y aplicarse a la luz de las demás versiones lingüísticas oficiales. En caso de divergencias de traducción, la norma debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en la que se integra.

La Directiva tiene como finalidad asegurar la protección de los intereses de los telespectadores y, para lograr ese fin, la “publicidad televisiva” se somete a normas mínimas y a ciertos criterios.

Por otra parte, el concepto de “publicidad encubierta” es autónomo respecto al de “publicidad televisiva” y responde a criterios específicos. Su particularidad estriba en hacerse “de manera intencionada por parte [de un] organismo de radiodifusión televisiva [con un] propósito publicitario”.

Si bien es cierto que la existencia de una remuneración o de un pago similar constituye un criterio que permite determinar el propósito publicitario, de la definición dada por la Directiva, así como de la estructura general y de la finalidad de esta se desprende que no se puede excluir dicho propósito por la falta de tal remuneración. En otras palabras, la falta de remuneración no puede excluir la existencia de una publicidad encubierta.

Por lo demás, habida cuenta de la dificultad o, incluso, de la imposibilidad en ciertos casos de determinar la existencia de una remuneración o de un pago similar por una publicidad televisiva que, por lo demás, reúne todas las características de la publicidad encubierta, el hecho de considerar indispensable la existencia de remuneración podría comprometer la protección de los intereses de los telespectadores y podría privar de su efecto útil a la prohibición de la publicidad encubierta.

Nota del Instituto: la Directiva a la que aquí se alude es la Directiva 89/552/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Su texto, en español, puede

consultarse en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0552:ES:HTML>>.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-52/10, *Eleftheri tileorasi AE “ALTER CHANNEL”, Konstantinos Giannikos c. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis, Ethniko Symvoulío Radiotileorasis*, sentencia del 9-6-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-52/10>>.



DERECHO COMUNITARIO. PROCESO PENAL. COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL. ESTATUTO DE LA VÍCTIMA. **VIOLENCIA DOMÉSTICA.** DELITOS COMETIDOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. **PENAS ACCESORIAS.** OBLIGACIÓN DE IMPONER UNA PENA ACCESORIA DE ALEJAMIENTO QUE PROHÍBA AL CONDENADO APROXIMARSE A SU VÍCTIMA. **PENAS.** DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN. **MEDIACIÓN.** MEDIACIÓN PENAL. EXCLUSIÓN (UNIÓN EUROPEA – ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: los Sres. Gueye y Salmerón Sánchez fueron condenados por maltratos a sus respectivas parejas. Entre otras sanciones, se les impuso la prohibición de aproximarse a sus víctimas o comunicarse con ellas durante diecisiete y dieciséis meses, respectivamente. Poco tiempo después de las condenas, Gueye y Salmerón Sánchez reanudaron la convivencia con sus respectivas parejas, a petición de estas. Ambos fueron detenidos y condenados por incumplir las medidas de alejamiento que se les había impuesto. Los dos recurrieron su condena ante la Audiencia Provincial de Tarragona. Con el apoyo de sus parejas, ambos condenados alegan que la reanudación de la convivencia libremente consentida por sus parejas no constituye un delito de quebrantamiento de la pena de alejamiento.

En este contexto, la Audiencia Provincial de Tarragona desea saber, en esencia, si la Decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal se opone a una normativa nacional que, en los supuestos de malos tratos en el ámbito familiar, obliga al juez penal a imponer preceptivamente al autor de la violencia una medida de alejamiento, aun en caso de que la víctima se oponga a la aplicación de tal sanción y desee reanudar la convivencia con el autor.

2. Sentencia: el derecho de la Unión no se opone a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva en todos los supuestos de violencia doméstica, aun en caso de que la víctima desee reanudar la convivencia con su agresor. Dicha medida de protección penal contra los actos de violencia doméstica no solo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad.

En los supuestos de malos tratos en el ámbito familiar, los órganos jurisdiccionales españoles han de imponer sanciones penales y, en todo caso, de modo preceptivo, una pena que prohíbe al autor de los actos de violencia aproximarse a su víctima. Esta medida de alejamiento, con una determinada duración mínima, está dirigida a la protección de la víctima. El incumplimiento de la medida de alejamiento constituye una infracción penal.

La Decisión marco no contiene ninguna disposición relativa a las clases y graduación de las penas que los Estados miembros han de establecer en su normativa para sancionar las infracciones penales, ya que tiene por objeto garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado, reconociéndole a estos efectos determinados derechos procesales (entre otros, el derecho a ser oída y a aportar elementos de prueba). Por consiguiente, habida cuenta de dicho objetivo, este Tribunal concluye que la Decisión marco no implica que una medida de alejamiento preceptiva como la controvertida no pueda imponerse en contra de la opinión de la víctima.

Si bien el derecho de la víctima a ser oída debe proporcionar a esta –junto a la posibilidad de describir objetivamente cómo se produjeron los hechos– la oportunidad de exponer su punto de vista, este derecho procesal no confiere a la víctima el derecho a elegir la clase ni la graduación de las pena aplicable al autor de los hechos en virtud de las normas del derecho penal nacional. En efecto, la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no solo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como esta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad. Por lo tanto, este Tribunal de Justicia concluye que el derecho de la víctima a ser oída, reconocido por la Decisión marco, no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima.

Por consiguiente, este Tribunal de Justicia declara que la Decisión marco no se opone a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima prevista por el derecho penal de un Estado miembro a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida.

Finalmente, declara que la Decisión marco permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones.

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, planteen al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación del derecho o a la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo conforme con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar. 2) La Decisión marco a que aquí se alude es la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, *Gueye y Salmerón Sánchez*, sentencia del 15-9-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-1/10>>.



DERECHO COMUNITARIO. PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. EXCEPCIONES. COPIA PRIVADA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (UNIÓN EUROPEA – PAÍSES BAJOS).

1. Antecedentes del caso: conforme a 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 excepcionalmente la realización de copias privadas a condición de que los titulares de los derechos reciban una “compensación equitativa”. Esta debe contribuir a que los titulares de los derechos perciban una retribución adecuada por la utilización de sus obras o prestaciones protegidas.

La normativa holandesa establece tal excepción de copia para uso privado. El pago del canon por copia privada corresponde al fabricante o al importador del soporte de reproducción. *Stichting de Thuiskopie* es el organismo holandés encargado de percibir el canon por copia privada. Opus es una sociedad establecida en Alemania que comercializa por Internet soportes de reproducción vírgenes, es decir, no grabados. Su actividad se dirige, en particular, a los Países Bajos, a través de sitios de Internet neerlandófonos dirigidos a los consumidores holandeses.

El contrato de compraventa redactado por Opus prevé que, cuando un consumidor holandés realiza un pedido en línea, este se procesa en Alemania y los bienes se envían desde Alemania a los Países Bajos por cuenta y orden del cliente. Opus no paga canon por copia privada por los soportes de información expedidos a sus clientes en los Países Bajos, ni en Holanda ni en Alemania.

Stichting demandó a Opus ante los tribunales holandeses, alegando que era un “importador” y, en consecuencia, deudor del canon por copia privada. Opus, por su parte, sostuvo que son los compradores holandeses, es decir, los consumidores individuales, los que deben ser calificados de importadores. Los tribunales holandeses de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda presentada por Stichting tendiente a obtener el pago y acogieron la pretensión de Opus.

Entonces, Stichting presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de los Países Bajos, el cual ha planteado una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, señalando que establecer que el comprador –esto es, el consumidor individual– es el importador y, por lo tanto, el deudor del canon por copia privada equivale a admitir que este es de hecho irrecuperable dado que el comprador individual difícilmente resulta identificable en la práctica.

2. Sentencia: los Estados miembros que han introducido la excepción de copia privada están obligados a garantizar la percepción efectiva de la compensación equitativa destinada a indemnizar a los autores. Esta obligación de resultado existe aunque el vendedor profesional de los soportes de reproducción esté establecido en otro Estado miembro.

Con carácter previo, este Tribunal de Justicia observa que la Directiva relativa a los derechos de autor no regula explícitamente quién debe considerarse deudor de la compensación equitativa. No obstante, cabe recordar que ya ha declarado que la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por

el autor (v. asunto C-467/08, *Padawan*, sentencia del 21 de octubre de 2010, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-467/08>>).

De este modo, cuando quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es la persona que realiza, para su uso privado, una reproducción de una obra protegida sin solicitar la autorización previa del titular, corresponde en principio a dicha persona reparar el perjuicio, financiando la compensación que se abonará al titular.

Sin embargo, este Tribunal ha admitido que, habida cuenta de las dificultades prácticas para identificar a los usuarios privados y para obligarlos a indemnizar a los titulares de los derechos, los Estados miembros tienen la facultad de establecer, a efectos de financiar la compensación equitativa, un “canon por copia privada” que no grava a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y ponen dichos equipos a disposición de personas privadas o les prestan un servicio de reproducción.

Por lo que se refiere a la determinación de la persona que se ha de considerar deudora de la compensación equitativa en el marco de un contrato a distancia como el controvertido, este Tribunal recuerda que el legislador de la Unión ha deseado que se garantice un elevado nivel de protección de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, dado que son primordiales para la creación intelectual. Por lo tanto, el establecimiento de la excepción de copia privada no puede perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de autor.

De ello se deriva que, so pena de privarlos de todo efecto útil, las disposiciones de la Directiva relativa a los derechos de autor imponen al Estado miembro que ha introducido la excepción de copia privada en su derecho nacional una obligación de resultado, en el sentido de que dicho Estado está obligado a garantizar, en el marco de sus competencias, la percepción efectiva de la compensación equitativa destinada a indemnizar a los autores perjudicados por el perjuicio sufrido, en particular si dicho perjuicio se ha producido en territorio de dicho Estado miembro.

En el caso de autos, consta que el perjuicio sufrido por los autores se ha producido en territorio holandés, dado que los compradores, como usuarios finales a título privado de las obras protegidas, residen allí.

En el marco de contratos como los litigiosos, resulta imposible en la práctica percibir tal compensación de los usuarios finales en calidad de importadores de dichos soportes en los Países Bajos. Si ello es así, y habida cuenta de que el sistema de percepción elegido por el Estado miembro de que se trata no puede sustraerlo de la obligación de resultado que le impone garantizar a los autores afectados el pago efectivo de una compensación equitativa como indemnización del perjuicio producido en su territorio, corresponde a las autoridades, en particular las judiciales, de dicho Estado miembro realizar una interpretación del derecho nacional conforme con esta obligación de resultado que garantice la percepción de la mencionada compensación por parte del vendedor que ha contribuido a las importaciones de dichos soportes al ponerlos a disposición de los usuarios finales.

A este respecto, carece de incidencia el que, en el caso de contratos negociados a distancia, el vendedor profesional que pone a disposición de los compradores que

residen en territorio de dicho Estado miembro, en calidad de usuarios finales, equipos, aparatos o soportes de reproducción esté establecido en otro Estado miembro.

Nota del Instituto: la Directiva a que aquí se alude es la 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, asunto C-462/09, *Stichting de Thuiskopie c. Opus Supplies Deutschland GmbH, M. van der Lee, H. van der Lee*, sentencia del 16-6-2011, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-462/09>>.



DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. ALCANCES. OPORTUNIDAD. PRESOS (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Apelación de Agen (Cámara) anuló las actas labradas durante la prisión preventiva de M. X. y durante el interrogatorio al que en esa etapa este había sido sometido en el curso de su procesamiento por complicidad en la tentativa de un homicidio. Asimismo, ordenó que dicha documentación se desglosara del expediente y se archivara en la secretaría del juzgado. El Fiscal de Cámara impugnó esta decisión ante la Corte de Casación, afirmando que la misma violaba el artículo preliminar y los arts. 63-1, 63-4, 171, 174 y 593 del Código Procesal Penal (Cód. Proc. Penal), y el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) por su falta de fundamentación y violación al principio de coherencia y arbitrariedad.

2. Sentencia: se anula parcialmente la sentencia del Tribunal de Apelación de Agen únicamente en cuanto dispone la nulidad de ciertas actuaciones y ordena el retiro y archivo de las actas labradas durante la prisión preventiva de M. X., y se devuelven las actuaciones al juez de instrucción.

2.1. De los principios ya establecidos por la jurisprudencia que ha aplicado la Convención resulta que la aplicación de estas normas es obligatoria ya antes de que intervenga el juez si y en la medida en que su violación inicial pueda comprometer el carácter equitativo del proceso.

El derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado –cuando sea necesario, designado de oficio– es uno de los elementos fundamentales del proceso equitativo. Un acusado debe tener acceso a un abogado desde el momento en que se lo somete al primer interrogatorio en situación de detención, a menos que, por las circunstancias particulares del caso, existan razones imperativas para restringir el ejercicio de ese derecho.

La equidad del procedimiento exige que el acusado pueda contar con la asistencia de un abogado y con toda la gama de intervenciones que caracterizan

la actuación de un letrado, tales como la discusión del asunto, la organización de la defensa, la búsqueda de pruebas favorables al acusado, la preparación de los interrogatorios, el apoyo al acusado en peligro y el control de las condiciones de detención.

Esta definición del rol del abogado que garantiza el derecho a un proceso equitativo debe ser comparada con el rol que le atribuye el art. 63-4 del Cód. Proc. Penal, según el cual: “[e]l abogado nombrado podrá comunicarse con la persona detenida de acuerdo con las condiciones que garanticen la confidencialidad de la entrevista. Será informado por el oficial de policía judicial o, bajo el control de este, por un agente de policía judicial de la naturaleza y de la fecha del presunto delito sobre el que se lleva a cabo la investigación”.

La entrevista de treinta minutos prevista por la ley asegura la presencia –y no la asistencia– de un abogado. En efecto, el abogado de M. X. no pudo cumplir con las funciones que le son propias, ya que no estuvo en condiciones de examinar el asunto –del que nada sabía, salvo la fecha de los hechos y la naturaleza del delito–, ni de organizar la defensa, pues ignoraba todas las razones plausibles de sospechas consideradas por el oficial de la policía judicial para ordenar la prisión preventiva de su cliente, ni de preparar con este los interrogatorios, de los cuales, por otro lado, no pudo participar. Por ello, el rol que se le atribuyó en términos del mencionado artículo del Cód. Proc. Penal no permitió al abogado asistir a M. X. conforme a la garantía que le reconoce el art. 6.1 de la Convención. En consecuencia, ha habido una violación de esta disposición.

Por otro lado, no resultan contrarias al art. 6 de la Convención las disposiciones del art. 63-4 del Cód. Proc. Penal que prevén la posibilidad de que la persona que se encuentra detenida pueda solicitar, desde que queda en dicha condición y, en caso de prórroga, desde el comienzo de esta, una entrevista de treinta minutos de duración con un abogado de su elección o designado de oficio que se comunique en forma confidencial con él y pueda presentar observaciones escritas que se agregan al procedimiento.

En este caso, es indudable que M. X. se benefició de una primera entrevista confidencial antes del primer interrogatorio con el abogado que había elegido desde el momento en que quedó detenido y de una segunda entrevista que se desarrolló en las mismas condiciones legales cuando se prorrogó su detención, antes de su segundo y último interrogatorio, sin que se presentara observación escrita alguna. Esto surge de la sentencia impugnada y de los documentos agregados en el trámite del proceso. De todos estos elementos de derecho y de hecho se deduce que no se han desconocido los principios que resultan del art. 6 de la Convención.

Sin embargo, dado que, por los motivos susodichos, la prisión preventiva de M. X. fue irregular y tal irregularidad vició varios documentos del procedimiento, la Cámara desconoció las disposiciones convencionales mencionadas.

2.2. Por otro lado, al rechazar el pedido de anulación de las actas labradas durante la detención y los interrogatorios realizados en ese período, los jueces sostuvieron que M. X. se había beneficiado con la presencia de un abogado, pero no con su asistencia en condiciones que le permitieran organizar su defensa y preparar

en forma conjunta los interrogatorios; y que el abogado no pudo participar en estos debido a lo dispuesto por el derecho. En consecuencia, pronunciándose este modo, la Cámara ha aplicado con exactitud el art. 6 de la Convención.

Sin embargo, la aplicación inmediata de esta regla a una medida de prisión preventiva dictada en el marco normativo que estaba vigente en el momento de su implementación vulneraría el principio de seguridad jurídica y la buena administración de justicia. Ella se hará efectiva cuando entre en vigencia la ley que, de conformidad con la decisión del Consejo Constitucional del 30 de julio de 2010, modifique el régimen jurídico de la prisión preventiva o, a más tardar, el 1º de julio de 2011.

CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, sentencia N° 5700 del 19-10-2010, en <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/5700_19_17829.html>.



DERECHO DE DEFENSA. AUTOINCRIMINACIÓN. ASISTENCIA LETRADA. ALCANCE TEMPORAL. **PRESOS.** PLAZO DE DETENCIÓN (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: J... X... quedó sujeto a prisión preventiva por presunta infracción a la ley de estupefacientes. Entonces, solicitó la asistencia de un abogado, pero fue liberado antes de que se cumpliera el plazo de 72 horas de detención, momento a partir del cual podía ejercer este derecho, conforme a lo dispuesto por el art. 63-4, párrafo 7 del Código Procesal Penal (CPP).

Ante esto, J... X... solicitó al Tribunal de Apelaciones que declarara la nulidad de los actos perfeccionados durante su prisión preventiva y aquellos que fueran consecuencia de los mismos, puesto que se había violado su derecho a un proceso equitativo, que le garantiza el art. 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), en razón de que, por un lado, no había podido ejercer su derecho de que un abogado tuviera acceso al expediente y, por el otro, no se le había sido notificado de su derecho a no declarar contra sí mismo. El tribunal rechazó esta pretensión, por lo que, acto seguido, J... X... interpuso un recurso ante la Corte de Casación alegando la violación de los arts. 9 y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Declaración), de los arts. 6.1 y 6.3 de la Convención y de los arts. 591 y 593 CPP.

2. Sentencia: se rechaza el recurso interpuesto.

2.1. J... X... puede invocar ante la sala de instrucción de esta Corte la aplicación de la Convención, la cual tiene una jerarquía superior a la de las leyes (conf. art. 55 de la Constitución).

En relación con la pretensión extraída de diversas sentencias de la Corte Europea, como las citadas en la demanda, cabe recordar que, conforme a lo dispuesto por el art. 46, primer párrafo de la Convención, las altas partes contratantes se comprometen a cumplir las sentencias firmes de la Corte dictadas en los litigios en que ellas son partes.

En respuesta a la principal argumentación desarrollada, cabe objetar que: a) contrariamente a lo que afirma el recurrente, es completamente erróneo sostener que existe una jurisprudencia uniforme conforme a la cual las soluciones elaboradas por la Corte Europea tienen vocación de aplicarse en todos los Estados signatarios. Si ello fuera así, el requirente no tendría que presentar esas decisiones para reforzar su argumentación. Ese no es, aquí, el caso. Carece de todo fundamento textual el argumento de la distinción entre la ejecución de las sentencias dictadas por la Corte Europea que solo se aplican al Estado parte del litigio y las soluciones jurisprudenciales derivadas de la misma, las cuales se aplican a todos los Estados que han ratificado la Convención.

Se recuerda, a este respecto, que corresponde a las jurisdicciones nacionales aplicar la ley tal como ha sido definida en los textos aplicables, interpretados, en su caso, por la Corte de Casación en el caso en que las decisiones de esta jurisdicción se impongan a los jueces que resuelven el fondo de la cuestión, y no una filosofía derivada de una convención internacional. En consecuencia, en aplicación de los principios generales del derecho y del art. 46, primer párrafo de la Convención, el juez nacional solo se rige por el texto mismo de la Convención así como por las decisiones de la Corte Europea adoptadas en un litigio en el cual es parte el Estado del cual él depende. Dado que la Corte Europea no ha dictado ninguna condena expresa a Francia en relación con la asistencia concreta y efectiva de un abogado durante la primera hora de prisión preventiva, se rechaza el agravio invocado.

En lo que respecta al agravio fundado en el artículo preliminar del CPP, el cual dispone que toda persona sospechosa o demandada tiene derecho a la asistencia de un abogado, las disposiciones del derecho francés establecen, en relación con la prisión preventiva, el derecho, renovado en cada prolongación, a contar con la asistencia de un letrado con el cual el detenido preventivamente puede hablar con libertad y confidencialmente durante treinta minutos, pudiendo el abogado formular observaciones escritas que se agregan al expediente. Este letrado puede intervenir desde el comienzo de la prisión preventiva. En consecuencia, se desnaturaliza el artículo preliminar del CPP cuando no se interpreta que impone la asistencia de un abogado desde el inicio de la prisión preventiva.

En cuanto al régimen de la prisión preventiva en el supuesto de infracciones particulares cuya naturaleza impone una restricción a ese derecho, cuyo ejercicio es solo diferido, el peticionante sostiene, por un lado, que no existe ningún motivo imperioso que justifique la aplicación de circunstancias excepcionales; por el otro, que en el caso en que la prisión preventiva se funde en una acusación de tráfico de estupefacientes, la asistencia de un abogado resulta primordial, dada la gravedad de las condenas penales que pueden imponerse; y que los delitos que se le imputan a J... X... no deben tener incidencia en el goce del derecho a la asistencia de un abogado mientras está en prisión preventiva.

El derecho francés prevé una intervención diferida del abogado cuando la prisión preventiva se impone por ciertas infracciones de particular gravedad, así como por infracciones a la ley de estupefacientes. Resulta ineficaz el agravio del requirente fundado en la decisión *Poitrimol c. Francia*, del 23 de noviembre de 1993: por un lado, porque no ha acreditado la exigencia de esta decisión; por el otro, porque el fondo

de la cuestión de la asistencia de un abogado desde el primer momento en que una persona queda en prisión preventiva no fue evocado en esa decisión. En el estado de la jurisprudencia actual de la Corte Europea de Derechos Humanos, esta restricción no resulta contraria a las disposiciones del art. 6, tercer párrafo de la Convención.

No resulta conveniente, para demostrar la nulidad de las actas de la prisión preventiva, la invocación del art. 802 CPP, el cual dispone que, en caso de violación de las formas prescriptas por la ley bajo pena de nulidad, o de inobservancia de las formalidades sustanciales, todo tribunal, incluyendo la Corte de Casación, que entienda en un pedido de anulación o que descubra de oficio dicha irregularidad solo puede declarar la nulidad cuando dichas irregularidades hayan perjudicado los intereses de la parte que ellas afectan.

De la jurisprudencia convencional resulta que toda persona que se encuentra en prisión preventiva tiene derecho a ser asistida por un abogado desde que ha quedado en esa condición. Por esta razón, el tribunal de alzada ha desconocido el art. 6.3 de la Convención al juzgar que el art. 63-4 CPP, que brinda a la persona que se encuentra en prisión preventiva la posibilidad de entrevistarse con un abogado, no debería considerarse violatorio de las disposiciones convencionales, fundándose, en forma ineficaz, en que Francia no ha sido condenada por la Corte Europea, ya que tal entrevista no permite al abogado tener acceso al expediente y defender a su cliente.

Toda persona detenida se beneficia de las garantías reconocidas a las personas acusadas en el sentido de los arts. 6.1 y 6.3 de la Convención, entre las cuales se encuentra el derecho a permanecer en silencio y a no participar en la propia incriminación. Al decidir que la falta de notificación de ese derecho no resulta contraria a las disposiciones convencionales, fundándose, en forma totalmente ineficaz, en que Francia no ha sido condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos, el tribunal de instrucción ha desconocido el sentido y alcance de los artículos mencionados.

Procede plantear una cuestión prioritaria de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional, dado que el art. 64-3 CPP es contrario al principio constitucional de ejercicio de los derechos de defensa, puesto que no permite la asistencia efectiva de un abogado durante la prisión preventiva ni la notificación del derecho a guardar silencio. Después de la declaración de inconstitucionalidad, la sentencia impugnada carecerá de base legal en relación con los principios constitucionales de ejercicio de los derechos de defensa y de presunción de inocencia.

2.2. En su decisión del 9 de julio de 2010, esta Corte planteó al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad presentada por J... X... en ocasión del presente recurso, formulada en los siguientes términos: “Las disposiciones del CPP, en particular sus arts. 62, 63, 63-4 y 64, permiten escuchar a una persona que se encuentra en prisión preventiva sin la asistencia de un abogado y no garantizan la notificación del derecho a guardar silencio. ¿Violentan por ello el derecho a la defensa y la presunción de inocencia reconocidos en los arts. 9 y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano?”.

Por otro lado, en su decisión del 6 de agosto de 2010, el Consejo Constitucional declaró que el art. 64 CPP se compece con la Constitución y

estimó que no le correspondía pronunciarse sobre los demás artículos, remitiéndose, a este respecto, a su decisión del 30 de julio de 2010, en la que había declarado contrarios a la Constitución los arts. 62, 63, 63-1 y 77 y los incisos 1º a 6º del art. 63-4 CPP, decisión que tendría efectos a partir del 1º de julio de 2011. Decidió también que no le correspondía pronunciarse sobre el art. 706-73 ni sobre el inciso 7º del art. 63-4 CPP.

En consecuencia, el agravio planteado ha devenido abstracto.

2.3. A fin de rechazar el pedido de anulación de los actos realizados durante el procedimiento seguido contra J... X..., la sentencia impugnada se limita a observar que la Convención carece de toda mención expresa relativa a la obligación de brindar una asistencia concreta y efectiva de un abogado a la persona que se encuentra en prisión preventiva desde el primer momento en que queda detenida o de notificarla de su derecho a guardar silencio, así como también destaca la falta de condena expresa a Francia por la Corte Europea por este motivo. Además, los jueces de alzada manifestaron que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea, la norma del derecho francés que prevé la intervención diferida del abogado cuando la prisión preventiva ha sido dictada por delitos de cierta gravedad, como el de tráfico de estupefacientes, no es contraria al art. 6.3 de la Convención.

Al pronunciarse de este modo, el tribunal de alzada ha desconocido el texto de la Convención, del cual resulta que, salvo excepciones justificadas por razones imperiosas vinculadas a las circunstancias particulares del caso y no solamente a la naturaleza del delito imputado, toda persona sospechosa de haber cometido un delito debe, desde el momento en que queda detenida, ser informada de sus derechos a guardar silencio y a beneficiarse, salvo renuncia inequívoca, de la asistencia de un abogado.

Sin embargo, la aplicación inmediata de esta regla a una medida de prisión preventiva dictada dentro el marco normativo que estaba vigente en el momento de su implementación vulneraría el principio de seguridad jurídica y la buena administración de justicia. Ella se hará efectiva cuando entre en vigencia la ley que, de conformidad con la decisión del Consejo Constitucional del 30 de julio de 2010, modifique el régimen jurídico de la prisión preventiva o, a más tardar, el 1º de julio de 2011.

Nota del Instituto: en el mismo sentido, ver Corte de Casación de Francia, sentencia N° 5701 del 9-10-2010, en <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/5701_19_17830.html>.

CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, sentencia N° 5699 del 19-10-2010, en <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/5699_19_17828.html>.



DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. PRUEBA. PRINCIPIO DE CONFRONTACIÓN. EXCEPCIONES FUNDADAS EN RAZONES DE SEGURIDAD NACIONAL (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: esta cuestión está planteada en forma preliminar y surgió en el contexto de ciertas demandas civiles de daños y perjuicios que Al Ravi y otros (en adelante Al Ravi) promovieron contra el *Security Service* y otros (en adelante, *Security Service*) tendientes a obtener una reparación de su alegada detención, entrega a las autoridades de otra jurisdicción y maltrato por parte de autoridades extranjeras en diversos lugares, incluyendo

en la Bahía de Guantánamo. Afirmaron que el *Security Service* fue cómplice de lo que alegaron que les había sucedido.

En este contexto, el *Security Service* afirmó tener material clasificado por razones de seguridad que quería que el tribunal considerara en su defensa, pero al que los accionantes no podían tener acceso. En consecuencia, solicitaron que este material fuera incluido en una defensa tramitada a puertas cerrada y que el proceso se desarrollara con audiencias y sentencias públicas y con otras a puertas cerradas.

En este contexto, se planteó la cuestión preliminar de si un tribunal tiene atribuciones para ordenar que una acción civil tendiente al recupero de daños y perjuicios tramite total o parcialmente como un “proceso relativo a material confidencial” (“*closed material procedure*”).

Al Ravi y los otros apelantes se opusieron y esta controversia constituye la base de esta cuestión preliminar que define “*closed material procedure*” como un tipo de proceso en el cual una de las partes puede no dar acceso a la contraria a ciertos documentos cuando ello resulte necesario por razones de interés público.

Los documentos en cuestión pueden ser consultados por los abogados designados por el Estado para atender una cuestión específica (*special advocates*) y que actúan en defensa de la parte excluida pero a quienes ésta no puede dar instrucciones, y por el tribunal.

En primera instancia, el juez Silber declaró que es lícito y adecuado que un tribunal ordene este tipo de trámite para las acciones civiles de daños y perjuicios.

La *Court of Appeal* no estuvo de acuerdo porque consideró que los tribunales carecían de estas atribuciones para autorizar este tipo de trámite, y revocó la sentencia.

Las partes llegaron a una conciliación antes de que se celebrara la audiencia ante la Suprema Corte. Sin embargo, Al Ravi y los otros actores mantuvieron su apelación, decisión que fue admitida por la Suprema Corte porque estimó que era necesario aclarar esta cuestión jurídica de importancia general.

2. Sentencia: por mayoría, se desestima la apelación.

2.1. El voto de la mayoría fue expuesto por Lord Dyson, con quien coinciden los Lords Hope, Brown y Kerr. Lord Phillips también estimó que debía desestimarse la apelación pero por otros fundamentos. Lord Mance, con quien Lady Hale coincidió, y Lord Clarke estuvieron en disidencia. Lord Rodger murió antes de que se dictara sentencia en este caso, pero había indicado que desestimaría la apelación.

La Corte unánimemente decide que conforme al *common law* no existe atribuciones para reemplazar el *public interest immunity* (“PII”), en virtud del cual un juez decide si, en aras del interés público, cierto material debe ser excluido en una audiencia y ser compulsado a través de un *closed material procedure*. Esta reforma sólo podría realizarla el Parlamento.

Un *closed material procedure* a diferencia de la inmunidad fundada en el interés público, constituye un apartamiento de los principios de justicia pública y natural que son características esenciales de un juicio del *common law*.

En ciertos casos específicos, el Parlamento ha aprobado normas que se apartan de los principios de justicia pública y natural al introducir una forma de *closed material procedure* y ha autorizado la intervención de abogados designados por el Estado para atender una cuestión específica (*special advocates*). Esta legislación responde a la creciente necesidad que ha surgido en los últimos años de hacer un balance del interés público en mantener un sistema equitativo de justicia con el interés público en proteger la seguridad nacional.

Los tribunales tienen atribuciones intrínsecas para regular los procedimientos en los que entienden. Al hacerlo, pueden introducir innovaciones en aras de la justicia. Sin embargo, no pueden ejercer este poder para regular los procesos en los que intervienen de una forma que deniegue a las partes el derecho que el *common law* les reconoce a tener un juicio justo. En el año 2008, en el análogo caso *R v Davis*, la Cámara de los Lores decidió que el derecho a confrontar a los acusadores es un elemento tan fundamental del derecho que el *common law* reconoce a un juicio justo y que un tribunal no puede dejarlo sin efecto al ejercer sus atribuciones inherentes. Sólo el Parlamento puede hacer esto.

Un *closed material procedure* excluye a una parte de la parte de la audiencia que se celebra a puerta cerradas (*closed*). Esto impide a esta conocer e impugnar la prueba y las presentaciones realizadas en dicha audiencia. También le impide la parte confidencial de la sentencia (*closed part of the judgment*). En este contexto, puede suceder que esa parte nunca conozca los fundamentos de la sentencia. La intervención de *special advocates* puede suavizar estos defectos pero no puede eliminarlos. En muchos casos, los *special advocates* encuentran dificultades al no poder recibir instrucciones de sus clientes en relación a lo que sucede en la audiencia que se celebra a puertas cerradas. En consecuencia, un *closed material procedure* no está bien descrito con un desarrollo que el *common law* ha realizado del PII. No hay ninguna línea clara de precedentes que brinde sustento a la pretensión de que un tribunal tiene atribuciones para ordenar la tramitación de un *closed material procedure* cuando no exista una norma estatutaria que lo autorice. Existen unas pocas categorías de casos –tales como los de guarda, en los cuales el interés del menor es superior-, o los de propiedad intelectual donde todo el objeto del proceso es proteger un interés comercial, y el apartamiento de la regla normal se justifica por razones especiales en interés de la justicia. Sin embargo, no se puede buscar sustento en esto para justificar la creación de una regla general aplicable a todos los procesos civiles. No corresponde a los tribunales extender algo tan polémico como el *closed material procedure* más allá de los límites que el Parlamento ha establecido para su uso. Si es que esto ha de decidirse, es mejor que lo haga el Parlamento. La cuestión de si los tribunales pueden

adoptar un *closed material procedure* si las partes prestan su consentimiento no requiere ser decidida en este caso y queda abierta. Lord Brown estima, sin embargo, que el consentimiento no puede justificar el recurso a un *closed material procedure*. Lord Phillips deja abierta la cuestión de si existe un poder fundado en el common law para autorizar el trámite de un *closed material procedure*.

Lord Mance, con quien coinciden Lady Hale y Lord Clarke hubieran resuelto que los tribunales tienen, en ciertas circunstancias, atribuciones para ordenar este tipo de trámites. Sin embargo, no coinciden en cuáles son esas “ciertas circunstancias”.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Al Rawi and others v The Security Service and others*, sentencia del 13-8-2011, en <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0107_Judgment.pdf>.



DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. ACCESO A LA JUSTICIA. **FILIACIÓN.** FILIACIÓN DECLARADA JUDICIALMENTE. **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA** (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: María Sol Pérez-Jiménez Chalbaud, Flor de María Pérez-Jiménez Chalbaud y Florángel Pérez-Jiménez Chalbaud interpusieron una demanda de impugnación de filiación contra Nelly Gladys Pérez Cava, quien figura como hija extramatrimonial del padre de ellas, Marcos Pérez Jiménez –ya fallecido al tiempo de promoverse la demanda–, a raíz de lo dispuesto en una sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de Lima en el año de 1970. Alegaron, en lo que aquí importa resolver, que la declaración judicial de paternidad se dictó en una época en la que no existían las actuales pruebas heredobiológicas que permiten acreditar fehacientemente el parentesco entre dos personas. Las recurrentes interpusieron la demanda invocando la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, del 13 de mayo, de reforma parcial del Código Civil (CC), que autoriza el ejercicio de una acción de impugnación filiatoria aun existiendo sentencia firme que declare el estado que se pretende cuestionar si la acción se funda precisamente en “pruebas o hechos solo previstos por la legislación nueva”. El juzgado desestimó la demanda con base en lo dispuesto por el art. 764.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que impide impugnar una filiación ya establecida por sentencia firme, sin hacer mención alguna de aquella disposición transitoria sexta.

La Sección competente de la Audiencia Provincial confirmó el rechazo *in limine* de la acción, empleando para ello dos razonamientos principales: a) el primero, indicando que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 no puede aplicarse porque en la acción concurre un elemento de extranjería –la nacionalidad y residencia de una de las codemandadas–, lo cual requiere atenderse antes a las normas de conflicto previstas en los arts. 9.1 y 9.4 CC; de esto resulta, según la Audiencia, que para admitir el trámite de la demanda las actoras tenían que probar *ab initio* que en el derecho californiano (lugar de residencia de la demandada) o bien en el ordenamiento de Perú (donde se dictó la sentencia aludida) existe un precepto similar

a aquella disposición transitoria sexta que permita impugnar la filiación establecida ya por sentencia firme, carga probatoria esta que las actoras no han cumplido; b) como consecuencia de no poder aplicar la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, la Audiencia afirma que “los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se registrarán únicamente por las normas procesales españolas”, aplicando entonces el art. 764.2 LEC, que impide la acción tendiente a desvirtuar una sentencia de filiación firme, lo que lleva a la desestimación del recurso y la confirmación de lo resuelto por el juzgado.

Entonces, las accionantes interpusieron un amparo ante el Tribunal Constitucional, formulando dos quejas: la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción, derivada de la inadmisión de su demanda de impugnación de paternidad, atribuyendo asimismo incongruencia *extra petitum*, defectuosa motivación e irrazonabilidad al auto de apelación; y la vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

2. Sentencia: se otorga el amparo solicitado por las recurrentes y, en consecuencia, se declara que se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); se ordena restablecerlas en la integridad de su derecho y, a tal fin, se declara la nulidad de los autos de los tribunales españoles inferiores, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento inmediato anterior a dictarse el auto del juzgado para que, en su lugar, se pronuncie una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Nuestro análisis constitucional ha de ceñirse por tanto al examen del concreto óbice de inadmisión a la demanda apreciado por las resoluciones impugnadas, sin que nos corresponda acometer un control general de los requisitos sustantivos y procesales de la acción de impugnación de filiación ejercitada por las recurrentes, juicio este de legalidad ordinaria que recae sobre los tribunales competentes, a los que no cabe por ello sustituir, máxime cuando nada al respecto se ha planteado por las partes del recurso.

2.1. En primer lugar, acerca del acceso a la jurisdicción, vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), este Tribunal ha recordado hace poco (STC 5/2009 del 12 de enero, con cita de su anterior STC 33/2008 del 25 de febrero) que el mismo “comprende el derecho a obtener ‘una resolución fundada en derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que sea también respetuosa con este derecho fundamental una resolución judicial de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el juez o tribunal en aplicación razonada de la misma (SSTC 71/2002 del 8 de abril, 59/2003 del 24 de marzo, 114/2004 del 12 de julio, 79/2005 del 4 de abril y 221/2005, entre otras muchas)’. Al regirse su interpretación y aplicación al caso concreto por el principio *pro actione*, nuestro canon de control no se limita a la verificación de si la resolución de inadmisión incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino que también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos,

juicio de proporcionalidad que ha de ponderar, de una parte, los fines que intenta preservar la resolución cuestionada y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican (últimamente, para el proceso civil, SSTC 6/2008 del 21 de enero y 110/2008 del 22 de septiembre)”.

Más en concreto, por lo que atañe a la decisión de inadmitir una demanda civil por adolecer esta de algún requisito legal, tenemos sentado que “la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los jueces y tribunales en el ejercicio de la función que les es propia *ex art.* 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los jueces y tribunales compete en la interpretación de las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no solo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo esta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria, infundada o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993 del 8 de noviembre, 48/1998 del 2 de marzo y 35/1999 del 22 de marzo, entre otras muchas)” [STC 144/2004 del 13 de septiembre. En el mismo sentido, STC 127/2008 del 27 de octubre].

Si lo que se cuestiona es la labor judicial de selección y aplicación de la norma aplicable, aun tratándose esta de una función atribuida a la jurisdicción ordinaria *ex art.* 117 CE (SSTC 203/1994 del 11 de julio, 99/2000 del 10 de abril y 82/2009 del 23 de marzo), la misma puede resultar como se sabe objeto de control desde la perspectiva de la lesión del derecho a una resolución fundada (tutela judicial efectiva), tanto por aplicarse normas derogadas (SSTC 99/2000 del 10 de abril, 144/2003 del 14 de julio, 290/2006 del 9 de octubre y 308/2006 del 23 de octubre) como por postular una interpretación extravagante de la norma que altera los criterios de selección. Pero también y en lo que aquí sobre todo importa considerar, cabe su control constitucional bajo el canon del principio *pro actione* y, con más intensidad todavía, en la medida en que se haya producido una hermenéutica de la norma en exceso rigorista, conducente a un sacrificio desproporcionado del citado derecho de acceso a la justicia (SSTC 154/2007 del 18 de junio y 40/2009 del 9 de febrero).

2.2. La doctrina que acaba de exponerse conduce a la estimación de esta primera queja de la demanda de amparo. Por lo que hace referencia al auto de inadmisión dictado por el juzgado de primera instancia, en este se adopta dicha decisión aplicando exclusivamente el art. 764.2 LEC, concediendo efectos de sentencia firme en España a la dictada por el tribunal de Lima en 1970 y que las

recurrentes aportaron junto con su demanda sin que se argumente sobre la validez, firmeza y ejecutividad en España de dicha sentencia extranjera. Pues bien, pese a lo señalado por el Ministerio Fiscal, no existe dato objetivo alguno que permita colegir, ni siquiera de modo tácito, que el juzgado tuvo en cuenta la posible aplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 que las actoras reclamaban. Así, ni el auto contiene argumentación alguna en relación con la aplicabilidad de este precepto legal, sea en sentido positivo como negativo, ni en sus antecedentes de hecho se da cuenta siquiera de la fundamentación de la demanda donde aquella disposición transitoria se invocaba. Bajo ese silencio absoluto, no podemos sino ceñirnos a la evidencia de lo que se lee, que no es otra cosa sino que el juzgado cita y aplica como única norma posible para resolver sobre la admisión a trámite de la demanda el citado art. 764.2 LEC, con el resultado ya conocido de impedir su tramitación.

A los efectos de nuestro control externo de constitucionalidad, se constata que una decisión judicial que ha de dirimir si aquella sentencia extranjera podía o no producir el efecto impeditivo de un nuevo proceso no puede pronunciarse prescindiendo de plano y sin motivación alguna de si puede o no aplicarse aquella disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, como si solo existiera el art. 764.2 LEC, cuando la parte actora la ha invocado aduciendo la concurrencia de los requisitos fácticos necesarios para su aplicación (inexistencia de la prueba de ADN cuando se dictó la sentencia impugnada, posibilidad de practicarla ahora, altísima fiabilidad concedida a la misma por los tribunales españoles) y dicho precepto no aparece derogado expresamente por la disposición derogatoria única 2.1 LEC 1/2000, la cual contiene un largo listado de normas del Código Civil del que, sin embargo, está ausente la disposición transitoria sexta referida. Exigía en definitiva una respuesta razonada sobre su aplicación o no y la razón de ser de ello, que al no ofrecerse aquí implica un vacío dialéctico en la labor de selección de la norma jurídica aplicable, sin tomar en cuenta el drástico efecto de inadmisión a trámite que acarrea tal decisión, a espaldas por tanto del principio *pro actione* que rige en esta primera fase jurisdiccional, con el resultado de la pérdida del derecho al proceso de las recurrentes, lo que comporta la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se denuncia.

Ha de tenerse presente, por lo demás, que este Tribunal ha declarado que las acciones impugnatorias de la filiación sirven también al fin de garantizar la efectividad del derecho a la investigación de la paternidad del art. 39.2 CE, sin que pueda impedirse su ejercicio sin razón o justificación alguna, o afectando el derecho de acceso a la jurisdicción (SSTC 138/2005 del 26 de mayo y 156/2005 del 9 de junio).

2.3. Con una construcción jurídica más compleja, la respuesta que ofrece en apelación el auto de la Audiencia Provincial a la solicitud de las actoras para la admisión a trámite de su demanda no supera tampoco el canon de razonabilidad exigible constitucionalmente. En principio, la apreciación judicial de que los hechos del caso presentan un elemento de extranjería, como es la nacionalidad y residencia de la codemandada Nelly Gladys Pérez Cava o el país donde se ha dictado la sentencia que se invoca, y que ello obliga a atender a las reglas de conflicto de los arts. 9.1 y 9.4 del Código Civil, constituye un juicio de legalidad ordinaria del que,

en principio y por ello mismo, no cabría hacer reproche en este proceso de amparo. Además, su aplicación *ex novo* por el auto de la Audiencia no puede reputarse como una injerencia judicial indebida en la configuración del objeto litigioso, causante por ello de incongruencia e indefensión: primero, porque la aplicación de esas reglas de conflicto, cuando proceden, devienen de carácter imperativo *ex arts.* 12.1 y 12.6 CC; segundo, y no menos relevante, porque como las propias recurrentes de amparo admiten, el art. 9.4 CC fue objeto de consideración en su escrito de demanda de primera instancia, lo que supuso que ellas mismas lo introdujeron al debate desactivando así cualquier atisbo de incongruencia.

Ahora bien, a partir de esa invocación de las reglas de conflicto, el auto de apelación deduce una consecuencia anudada no ya a una decisión de fondo de la controversia una vez sustanciado el proceso, sino a la inadmisión *in limine* de la demanda, al imponer a la parte actora la carga de la prueba de una norma extranjera similar a la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, carga de la prueba que si no se satisface *ab initio*, implica, según la Audiencia, la imposibilidad de aplicar aquella norma y sí el art. 764.2 LEC, lo que trae consigo la inadmisión de la demanda pues este último precepto prohíbe impugnar sin excepciones toda filiación ya declarada judicialmente. Es esta línea de razonamiento judicial empleada por el auto, precisamente, la que reincide en la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las recurrentes.

El auto de apelación recurrido empieza por sostener que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 deviene un precepto material, mientras que el art. 764.2 LEC lo es de naturaleza procesal. No aporta sin embargo las razones para poder discernir esta diferente calificación, siendo que ambos dispositivos se encargan de regular una misma cuestión jurídica de manera compatible entre sí, esto es, fijando el principio general y los supuestos de excepción para la inimpugnabilidad de un estado de filiación declarado judicialmente.

Esa diferencia se afirma sin más de manera apodíctica y, apoyándose en ella, el auto de apelación excluye la aplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 al no haberse acreditado una norma extranjera de similar tenor. Sin embargo, no hace lo propio con el art. 764.2 LEC, sobre el que no plantea la posible incidencia de reglas de conflicto internacional, dejando expedita su aplicación con el resultado de inadmitirse la demanda ahora por presunto óbice de cosa juzgada, en virtud de la sentencia peruana, óbice que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de haberse podido aplicar, habría desactivado.

Este tratamiento diferenciado entre normas sustancialmente de la misma índole distorsiona el sentido de la regla de la especialidad normativa con el resultado de impedir el derecho a una decisión de fondo de las pretensiones de la demanda (art. 24.1 CE).

2.4. Para que, además, la eficacia de una norma de derecho interno pueda quedar condicionada por la previa acreditación de otra norma extranjera de similar tenor, como postula el auto de apelación recurrido en amparo, tendría que preverse así en algún precepto legal, o que esa reciprocidad normativa derivase de su inclusión en algún convenio o tratado internacional suscrito por España, en concreto aquí

respecto de las sentencias de filiación dictadas por los tribunales de Perú o del estado norteamericano de California, lo que no es el caso, y desde luego tampoco el auto de la Audiencia identifica ningún instrumento jurídico que marque tal exigencia.

La consecuencia práctica de todo ello es que los tribunales españoles han dejado de conocer de un asunto que, en principio, resultaba de su jurisdicción, como es la acción de impugnación de filiación instada por las recurrentes (arts. 21 y 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 36 LEC), al levantarse un óbice de procedibilidad de la acción no contemplado para este ámbito concreto por nuestro ordenamiento, sin concesión alguna al principio *pro actione* que constitucionalmente ha de inspirar el acceso a la jurisdicción.

Como tenemos declarado en nuestra STC 61/2000 del 13 de marzo, “negar la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales españoles sobre el fondo de la pretensión suscitada, cualquiera que fuera el sentido de ese pronunciamiento, en virtud de reglas completamente extrañas a las que expresan el delicado equilibrio constitucionalmente exigible en la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, no es que resulte desproporcionado respecto a los fines que justifican la existencia de causas legales que impiden el examen del fondo, sino que supone descartar cualquier relevancia de aquellos fines, tanto como de las reglas concretas que a estos sirven. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal, es decir, en el art. 22 LOPJ, dejados de lado los diversos convenios internacionales, aquí inaplicables. En tales reglas, y solo en las mismas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues solo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto”.

2.5. Procede por tanto la estimación de este primer motivo de la demanda de amparo, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de las recurrentes, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, lo que hace innecesario adentrarse en el estudio de la segunda de las quejas, la relativa a la posible lesión de su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

Resta considerar tan solo el alcance anulatorio de la presente sentencia, *ex* art. 55.1 *a)* LOTC. A tal efecto, procede decretar la nulidad de ambas resoluciones judiciales impugnadas, así como la de la providencia que inadmitió el incidente de nulidad contra el auto dictado en apelación, debiendo acordarse la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la admisión a trámite de la demanda por el juzgado de primera instancia, de manera que este último provea de manera respetuosa con el derecho fundamental que les reconocemos a las recurrentes.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), STC 8/2011 del 28-2-2011, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=10067>>.



DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. **PROCESO PENAL.** PRUEBA. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. ALCANCES. **MENORES.** ABUSO SEXUAL (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la sentencia de primera instancia condenatoria de Lucas Jerónimo García Almodóvar afirma que este, en el año 2006, aprovechando la presencia en su domicilio de una menor de 9 años de edad, amiga de su propia hija, se sentó junto a ella en el sofá del salón de la casa con el pretexto de ver televisión para, al menos en cuatro ocasiones, meterle la mano por debajo de la ropa y tocarle sus genitales, al tiempo que, tomando la mano de la niña, le pedía que ella le tocara los suyos. El juzgado de primera instancia le impuso una pena de dos años y un día de prisión.

Al entender en el recurso interpuesto contra esta decisión, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente los agravios, agravó la pena impuesta a dos años y seis meses, le impuso una accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, así como el pago de las costas y de € 2.000 en concepto de indemnización a la víctima por daño moral como autor de un delito continuado de abusos sexuales.

García Almodóvar interpuso entonces un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la Constitución española (CE)), a un proceso con todas las garantías, al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). El núcleo de su agravio es que, habiendo sido acusado de cometer abusos sexuales sobre una menor de edad, no ha tenido ninguna oportunidad en fase policial, en fase sumarial ni durante el juicio oral de interrogar en forma alguna a la menor, cuyas manifestaciones son la única prueba de cargo que ha justificado su condena.

El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del amparo. Alegó que el demandante no había agotado la vía judicial previa, dado que no había solicitado en su recurso de apelación que se practicara en segunda instancia el interrogatorio de la menor. En cuanto al fondo de las quejas, consideró que las mismas carecían de contenido pues el recurrente había sido condenado en un juicio justo con base en pruebas de cargo.

La representación de quien ejerció la acusación particular en el proceso penal previo coincidió con el Ministerio Fiscal tanto en la existencia de una causa de inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial previa como en la inexistencia de las vulneraciones alegadas.

2. Sentencia: se otorga el amparo solicitado por Lucas Jerónimo García Almodóvar y, en consecuencia, se declara que se ha vulnerado su derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), se ordena restablecerlo en su derecho y, a tal fin, se anula la sentencia dictada en estos autos por la Audiencia Provincial de Madrid y por el juzgado criminal interviniente, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la convocatoria de juicio oral, a fin de que un tribunal imparcial, conforme a las previsiones legales, celebre el mismo

con pleno respeto de sus garantías procesales y se adopten las medidas de protección que se entiendan necesarias en favor de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos enjuiciados.

2.1. Conviene advertir que la circunstancia de que, en sentido constitucional (art. 12 CE), fuera menor de edad la víctima de los hechos enjuiciados en el proceso penal previo en el que se dictaron las resoluciones aquí recurridas explica que, de conformidad con el art. 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, del 29 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y los apellidos completos de la víctima menor de edad ni los de sus padres, al objeto de respetar su intimidad (STC 114/2006 del 5 de abril y STC 41/2009 del 9 de febrero).

2.2. En relación con la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa, en el asunto que nos ocupa el recurrente hizo uso formalmente de todos los recursos que le eran exigibles, mediante la interposición del de apelación contra la sentencia condenatoria del juzgado penal en el que, al analizar otras quejas, denunció no haber podido interrogar a la menor en el acto del juicio oral. Sin embargo, aun admitiendo que, tácitamente, en sus motivos de apelación planteó la supuesta vulneración que ahora analizamos, el recurrente, tal y como señalan los acusadores, no reiteró ante la Audiencia Provincial la solicitud de práctica de las pruebas admitidas y no practicadas en la instancia, como podía haberlo hecho de conformidad con lo prescrito por el art. 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que únicamente propuso otra prueba testifical distinta y solicitó, finalmente, que de ser atendidos sus alegatos, se anulara el juicio.

La falta de reiteración de la solicitud de la prueba admitida y no practicada adquiere relevancia, a los efectos del agotamiento de la vía judicial (art. 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTCC)), porque, tratándose de la posible infracción de una garantía procesal que causó indefensión a la parte, la Audiencia Provincial podría haberla corregido si se le hubiese dado la oportunidad de pronunciarse sobre una solicitud de práctica de dicha prueba, lo que no se hizo. De este modo, se privó a la Audiencia de la oportunidad de reparar tal supuesta infracción del art. 24.2 C.E., frustrándose así la finalidad perseguida legalmente con la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa. Tal frustración no se evitaba por el hecho de que se hubiera solicitado la nulidad del juicio, pues con ello propiciaba la parte una indebida dilación del proceso (art. 24.2 C.E.), visto que el art. 790.3 posibilitaba, según queda indicado, la reiteración de la solicitud de prueba para la segunda instancia (STC 85/1999 del 10 de mayo). Así pues, no puede atenderse esta pretensión de amparo basada en la alegada y supuesta vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes a la defensa.

2.3. Resuelto el óbice procesal planteado, pasamos ahora a analizar, desde las perspectivas que han sido alegadas, la solicitud de nulidad del juicio con orden

de retroacción para su repetición que el demandante fundamenta en la supuesta lesión de sus derechos a no padecer indefensión, a un proceso con todas las garantías y su derecho de defensa (art. 24 CE), lesiones que se habrían producido por no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo –ni en sede policial, ni en fase sumarial ni en el acto del juicio oral– de una sola posibilidad de interrogar a la menor, cuyas manifestaciones ante la policía han dado lugar a su condena por abusos sexuales.

La cuestión planteada tiene que ver con las eventuales limitaciones y modulaciones de las garantías procesales que, en beneficio de los menores que denuncian haber sido víctimas de abusos sexuales, pueden adoptarse cuando sea necesario para evitar que su interrogatorio público con plena contradicción en el acto del juicio oral –en cuanto testigos de cargo especialmente vulnerables– afecte negativamente a su desarrollo personal y su indemnidad moral y psíquica, que, según experiencias contrastadas, presentan especiales tasas de vulnerabilidad en estas situaciones (Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), N° 34209/96, *S.N. c. Suecia*, sentencia del 2 de julio de 2002).

No se trata de una cuestión nueva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni en la de la CEDH, pero sí lo es en la jurisprudencia de este Tribunal, que solo de forma tangencial se ha referido a la misma en la STC 41/2003 del 27 de febrero, que abrió camino al testimonio de referencia sustitutivo de la exploración personal de la víctima cuando, por su muy corta edad, pueda entenderse que carece de discernimiento. De ahí su especial trascendencia constitucional (STC 155/2009 del 25 de junio).

En efecto, en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones inculpativas que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral. Así lo recoge el art. 6.3 *d*) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) cuando dispone que es derecho mínimo de todo acusado el de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”. Este derecho es un aspecto específico de la idea de juicio justo. Las pruebas deben normalmente ser presentadas en una audiencia pública en presencia del acusado para poder tener, ante el juez, una discusión racional ordenada basada en el principio de contradicción (por todas, SSTC 195/2002 del 28 de octubre, 206/2003 del 1° de diciembre y 345/2006 del 11 de diciembre). No obstante, desde la STC 80/1986 del 17 de junio, nuestra doctrina ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción.

Dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales, es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido inculpativo de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente

el derecho de defensa del acusado (SSTC 303/1993 del 25 de octubre, 153/1997 del 29 de septiembre, 12/2002 del 28 de enero, 195/2002 del 28 de octubre, 187/2003 del 27 de octubre y 1/2006 del 16 de enero). En este sentido, la CEDH ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de investigación del delito no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 *d*) y 1 del art. 6 de la Convención siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (CEDH, N° 11454/85, *Kostovski*, 20-11-1989, § 41; *id.*, N° 12433/86, *Lüdi*, 15-6-1992, § 47; *id.*, Nros. 21363/93, 21364/93, 21427/93 y 22056/93, *Van Mechelen y otros*, 23-4-1997, § 51; *id.*, N° 54789/00, *Bocos-Cuesta*, 10-11-2005, § 68, y N° 4548/02, *Carta*, 20-4-2006, § 49). Por ello, de forma reiterada, la Corte Europea ha declarado en los pronunciamientos citados que “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 de la Convención cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario”.

En el caso del testimonio de los menores de edad que han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. En cualquiera de los numerosos pronunciamientos en los que la Corte Europea ha abordado la conformidad a la Convención de las medidas de protección de la víctima adoptadas durante el desarrollo de los procesos penales, ha reconocido que frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como “una auténtica ordalía”; no se trata solo de la obligación jurídica de rememorar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (CEDH, N° 33900/96, *P.S. c. Alemania*, 20-12-2001; *id.*, N° 34209/96, *S.N. c. Suecia*, cit., 2-7-2002; *id.*, N° 14151/02, *W. c. Finlandia*, 24-4-2007; *id.*, N° 46602/99, *A.H. c. Finlandia*, 10-5-2007; o, finalmente, la más reciente, *A.S. c. Finlandia*, 28-9-2010).

En definitiva, en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor e incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

2.4. Atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta no son ajenos a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 *bis*, 777.2 y 797.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a tal fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Dado que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (CEDH, *P.S. c. Alemania*, § 30; *W. c. Finlandia*, § 47; y *D. c. Finlandia*, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente sentencia de la Corte Europea del 28 de septiembre de 2010, *A.S. c. Finlandia*, § 56, en la que señala: "... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo, debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior". Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia de la CEDH, han de observarse.

En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos de la CEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y, en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del

experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

2.5. La aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto analizado conduce directamente a la estimación del amparo, al no haber dispuesto el acusado en el proceso penal previo de las mínimas oportunidades exigibles para contradecir el testimonio de la menor que ha dado lugar a su condena.

El análisis de las actuaciones pone de relieve que el mismo día en que la Guardia Civil tomó declaración a la madre de la menor (23 de mayo de 2006), tras prestar su consentimiento al efecto, la niña fue explorada sin su presencia por un teniente de la Guardia Civil, Doctor en Psicología, acompañado de otra agente policial. La entrevista, claramente incriminatoria, fue grabada en soporte audiovisual. A la misma tampoco asistió el Ministerio Fiscal ni, como es obvio, representante alguno del denunciado. Pocos días después, el 13 de junio siguiente, la juez de instrucción exploró de nuevo a la menor. Para esta segunda exploración, a la que sí asistió la madre de la menor, tampoco fueron convocados el Ministerio Fiscal ni el denunciado, pese a que ya había sido identificado policialmente y citado por el juzgado para ser oído en declaración diez días después. En la misma sesión, tras la exploración judicial, la menor fue entrevistada en sede judicial por el médico forense en presencia de sus padres. Durante la entrevista la menor reiteró su relato.

La investigación se dio por concluida un mes después, sin llegar a tomar nueva declaración a la menor. La decisión de conclusión fue recurrida por el demandante de amparo, quien solicitó la práctica de diligencias complementarias de investigación, entre ellas, la exploración judicial de la menor en presencia de un psicólogo infantil. Los recursos fueron desestimados.

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y el acusado propusieron como prueba el interrogatorio de la menor en el juicio oral. La acusación particular pidió que, en atención al interés de la menor, su declaración en el juicio oral fuera sustituida por la reproducción de la grabación de la entrevista policial o, en su caso, se practicara mediante videoconferencia. La defensa se opuso en su escrito de defensa a la sustitución del interrogatorio por la grabación audiovisual. Aun cuando la juez penal admitió, para su práctica en el juicio oral, la prueba de interrogatorio de la menor que había sido propuesta en los escritos de calificación provisional, en el acto del juicio accedió a la solicitud del fiscal de sustituir el interrogatorio de la menor por la reproducción de la grabación de la exploración policial, la cual fue considerada suficiente para formar convicción junto con el resto de pruebas que, sobre las manifestaciones incriminatorias, se practicaron en el juicio oral: el acusado negó los hechos; la madre narró el relato que su hija le hizo; la médica forense narró su exploración y formuló un juicio de credibilidad sobre su relato; la pediatra que atendía a la niña desde antes de ser denunciados los hechos explicó los síntomas apreciados en el comportamiento de la menor a partir de la denuncia y el agente de la Guardia Civil que protagonizó la exploración dio cuenta de su desarrollo emitiendo,

también, un juicio sobre la credibilidad que las imputaciones le merecían; por último, declaró otra psicóloga, que ratificó el informe que había realizado sobre la personalidad del acusado.

Lo expuesto lleva a concluir con evidencia que en el proceso penal previo en el que fue juzgado y condenado el demandante no se respetaron sus derechos mínimos de defensa, es decir, no gozó de un proceso con todas las garantías, por lo que, conforme a su solicitud, debe estimarse el amparo pretendido a fin de que por un tribunal imparcial se repita el juicio oral con pleno respeto de sus garantías procesales, sin perjuicio de la adopción de las medidas legales de protección que se consideren necesarias en beneficio de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos, de conformidad con lo expuesto en esta resolución.

La estimación de la queja y sus consecuencias justifica que no analicemos la pretensión de amparo que, denunciando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuestiona la credibilidad intrínseca de las manifestaciones policiales de la menor, pues el fondo de tal cuestión deberá ser analizado antes por la jurisdicción ordinaria, tras la celebración de un juicio justo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Segunda Sala), sentencia del 7-11-2011, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/resolucionesrecientes/Documents/2009-10202STC.pdf>>.



DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE. **PROCESO PENAL.** PRUEBA. ADMISIBILIDAD. PRUEBA DE CONFESIÓN. DECLARACIONES REALIZADAS DURANTE UNA DETENCIÓN POLICIAL. ADMISIBILIDAD. FACTORES A CONSIDERAR. EDAD DEL DETENIDO. **MENORES** (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la policía detuvo y cuestionó a J.D.B., de trece años de edad y alumno de séptimo grado, luego de verlo cerca del lugar donde habían ocurrido dos casos de robo con ingreso forzado a las viviendas. Cinco días después, en la escuela de J.D.B., se encontró una cámara digital similar a la que había sido robada y se vio a J.D.B. en posesión de ella. Entonces, el detective DiConstanzo se dirigió al establecimiento educativo. Un oficial de policía uniformado y asignado a la escuela sacó a J.D.B. de clase y lo llevó a una sala de reuniones donde, a puertas cerradas, la policía y las autoridades escolares lo interrogaron durante al menos media hora. Antes de comenzar el interrogatorio, no le leyeron a J.D.B. las advertencias *Miranda*, ni le dieron una oportunidad para llamar a su abuela –su tutora legal–, ni le dijeron que tenía derecho a marcharse. Al principio, J.D.B. negó su participación en los hechos que se le imputaban, pero posteriormente confesó cuando los policías lo presionaron para que dijera la verdad y le advirtieron sobre la posibilidad de que fuera enviado a un instituto de menores. Solo entonces, DiConstanzo le dijo que podía negarse a responder las preguntas y que tenía derecho a marcharse cuando quisiera. Cuando le preguntaron si había entendido lo que le decían, J.D.B. asintió y brindó más detalles, incluyendo el lugar donde se encontraban los artículos robados. Además, hizo una

declaración por escrito a pedido de DiConstanzo. Al finalizar la jornada escolar, le permitieron irse para que se tomara el ómnibus para volver a su casa.

La fiscalía promovió dos acciones contra J.D.B. ante un tribunal de menores acusándolo de ingresar y registrar ilegalmente un domicilio. El defensor público que se le asignó solicitó la exclusión de las declaraciones de J.D.B. y de las pruebas derivadas de las mismas, con base en que J.D.B. había sido interrogado en un contexto de detención sin que se le hubieran leído las advertencias *Miranda* y en que sus declaraciones habían sido involuntarias. El tribunal rechazó esta solicitud. Entonces, J.D.B. presentó una transcripción de su admisión de las imputaciones que se le hacían, pero insistió en su objeción al rechazo al pedido de exclusión antes formulado. El tribunal lo declaró culpable, y el tribunal de apelaciones de Carolina del Norte y la Corte Suprema estadual confirmaron esta decisión. Esta última consideró que la edad de J.D.B. no era relevante para determinar si estaba o no bajo detención policial mientras era interrogado.

Entonces, J.D.B. interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: Resulta apropiado considerar la edad del menor al revisar lo ocurrido durante una detención en términos de *Miranda*.

(a) Los interrogatorios realizados durante las detenciones policiales conllevan “implícitas presiones apremiantes” (*Miranda v. Arizona*, 384 US 436 -1966-) “que pueden ejercer coerción en un elevado porcentaje de personas para confesar delitos que nunca han cometido” (*Corley v. United States*, 2009). Estudios recientes sugieren que el riesgo es aún mayor cuando la persona que está siendo interrogada durante su detención es un delincuente juvenil.

La determinación de si un sospechoso está “detenido” (“*in custody*”) a los fines de *Miranda* es objetiva e incluye dos evaluaciones diferentes: “primero, cuáles eran las circunstancias en que se realizó el interrogatorio; y segundo, si en dicho contexto, una persona razonable se hubiera sentido en libertad para poner fin al interrogatorio y marcharse” (*Thompson v. Keohane*, 516 US 99 -1996-). La policía y los tribunales deben “examinar todas las circunstancias en que se realizó el interrogatorio” (*Stansbury v. California*, 511 US 318 -1994-), incluyendo aquellas que “podrían haber afectado la forma en que una persona razonable” que se encontrara en el lugar del sospechoso “percibiría su derecho a marcharse” (*id.*, p.325). Sin embargo, este análisis no toma en consideración el “estado de ánimo real” de un sospechoso específico (*Yarborough v. Alvarado*, 541 US 652 -2004-). Al circunscribir el análisis a la evaluación de circunstancias objetivas, se evita imponer a la policía la tarea de anticipar la idiosincrasia de cada sospechoso y de adivinar en qué forma dichos rasgos específicos afectan su estado mental (*Berkemer v. McCarty*, 468 US 420 -1984-).

(b) En algunas circunstancias, la edad “podría afectar la forma en que una persona razonable” que estuviera en el lugar del sospechoso “percibiría su derecho a irse” (*Stansbury, cit.*, p. 325). Los tribunales pueden considerar esta circunstancia

sin perjudicar en modo alguno la objetividad del análisis de la detención. La edad de un menor es “mucho más que un hecho cronológico” (*Eddings v. Oklahoma*, 455 US 104 -1982-): es una circunstancia que “conduce a conclusiones fundadas en el sentido común en relación con la conducta y la percepción” (*Alvarado, cit.*, p. 674) que se aplican ampliamente a los menores como clase. Los niños “son, en general, menos maduros y responsables que los adultos” (*Eddings, cit.*, p. 115), “suelen carecer de la experiencia, perspectiva y juicio para reconocer y evitar las elecciones que podrían perjudicarlos” (*Bellotti v. Baird*, 443 US 622 -1979-) y “son más vulnerables o susceptibles a presiones externas” que los adultos (*Roper v. Simmons*, 543 US 551 -2005-). En el contexto específico de los interrogatorios policiales, los hechos que “dejarían frío e impasible a un hombre pueden impresionar y abrumar” a un adolescente (*Haley v. Ohio*, 332 US 596 -1948-). Históricamente, el derecho ha reflejado la presunción de que los menores se caracterizan por carecer de la capacidad para hacer juicios maduros y por contar solamente con una capacidad limitada para comprender el mundo que los rodea. Las causales legales de incapacidad aplicables a los menores como clase –por ejemplo, las limitaciones en su capacidad para contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres– revelan la arraigada creencia de que las características diferenciales de los menores son universales.

Ante una historia “repleta de leyes y de reconocimientos judiciales” de que los menores no deben considerarse simplemente adultos en miniatura (*Eddings, cit.*, pp. 115-116), no hay motivo alguno para adoptar aquí un criterio diferente. En la medida en que el policía haya conocido la edad del menor en el momento del interrogatorio o esta resultara objetivamente evidente para un policía razonable, el incluir el factor edad en el análisis de los actos realizados durante una detención no exige que los policías deban considerar circunstancias que no tienen posibilidad de conocer (*Berkemer, cit.*, p. 430) ni “prever las debilidades o características personales del sospechoso específico que se está interrogando” (*Alvarado, cit.*, p. 662). Precisamente porque la niñez conduce a la adopción de conclusiones objetivas, la consideración de la edad en el análisis de los actos realizados durante una detención no incluye la determinación del modo en que este factor ha influido en el estado de ánimo de un menor determinado. De hecho, si el tribunal no pudiese tomar en cuenta la juventud de J.D.B, se vería forzado a evaluar los hechos de la causa desde la perspectiva de un adulto razonable pese a que algunas circunstancias objetivas del contexto en que se realizó el interrogatorio en la escuela son características de los menores. Estas conclusiones no quedan debilitadas por la observación que esta Corte hizo en *Alvarado* en el sentido de que la consideración de la edad del menor en el análisis de los actos realizados durante una detención en términos de *Miranda* “podría considerarse como la incorporación de un análisis subjetivo” (541 US, p. 668). Esta Corte necesita establecer si dicho criterio sería jurídicamente correcto o si simplemente debería aplicarse en virtud de lo dispuesto por la Ley de Antiterrorismo y Pena de Muerte Efectiva (*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*) de 1996. En la medida en que el policía haya conocido la edad del menor o esta haya sido objetivamente evidente para un policía razonable, la consideración de la edad en el análisis de los actos realizados durante una detención se compadece con la naturaleza objetiva de un análisis en términos de *Miranda*. Esto no significa que la edad de un

menor vaya a resultar un factor determinante o importante en todos los casos, pero es una realidad que los tribunales no pueden ignorar.

(c) Son poco convincentes los argumentos adicionales que el estado y sus *amici* formulan para excluir a la edad de la investigación de lo ocurrido durante la detención.

(d) Se devuelven las actuaciones a fin de que los tribunales estatales resuelvan si J.D.B estaba o no en situación de detención cuando fue interrogado, tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes del interrogatorio, incluyendo la edad que tenía en ese momento.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *J.D.B. v. North Carolina*, sentencia del 16-06-2011, en <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/9-11121.ZS.html>>.



DERECHO PENAL. LEY PENAL. FUENTES. IRRETROACTIVIDAD. DERECHO INTERNACIONAL. IUS COGENS. DERECHO PENAL HUMANITARIO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. TORTURAY OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. HOMICIDIO. HOMICIDIO CON COORDINACIÓN REPRESIVA. AMNISTÍA (URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: por sentencia definitiva N° 1, del 4 de febrero de 2010, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Segundo Turno confirmó la sentencia de primera instancia (N° 36, del 26 de marzo de 2009, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Decimonoveno Turno) que había condena[do] a José Nino Gavazzo Pereira y a José Ricardo Arab Fernández como autores responsables de veintiocho delitos de homicidio muy especialmente agravados, a la pena de veinticinco años de cárcel para cada uno de ellos, con descuento de las preventivas cumplidas, y de sus cargos las obligaciones que impone el literal e) del art. 105 del Código Penal (CP), disponiendo que si esta decisión no era recurrida, debía elevarse en apelación automática al Superior que por turno correspondiera.

1.1. José Nino Gavazzo Pereira interpuso recurso de casación, invocando la errónea interpretación y aplicación del derecho en cuanto a la existencia de una infracción de la ley penal en el fondo y en la forma. Fundando sus agravios, sostuvo en síntesis que el Tribunal había estimado erróneamente que la ley 15.848 no constituía una amnistía pese a que sí lo era más allá de meras expresiones semánticas, pues había cumplido con los requisitos formales y materiales exigidos, conformando conjuntamente con la ley 15.737 “un paquete” en donde se concedían las amnistías. En tal sentido, debía aplicarse como tal, inhibiendo el delito y haciendo cesar la pena pendiente. Asimismo, destacó que dicha ley fue sometida a dos referéndum con décadas de diferencia y en ambas oportunidades la ciudadanía se manifestó claramente a favor de preservar su vigencia.

Por otra parte, Gavazzo Pereira alegó que en la sentencia se había incurrido en error al rechazar su postura de que había operado de pleno derecho la prescripción de los eventuales delitos imputados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 CP. Agregó que en la sentencia N° 332, la Suprema Corte de Justicia expresó que la ley 15.848 consagró una indudable voluntad explícita y preceptiva del legislador de disponer la caducidad de la pretensión punitiva del Estado para los delitos que enumera, cometidos en el período de facto, es decir, que el poder-deber del Estado de juzgar determinados delitos se había extinguido, con efectos idénticos a una amnistía. En el caso de marras, era claro que la prescripción en debate era la concerniente al delito y no a la pena. En la medida que el Tribunal concluyó que el plazo de prescripción comenzó a computarse a partir del 1° de marzo de 1985, y como era dable concluir que habría de ser harto dificultoso suponer que en tiempos de quebranto institucional se pudieran proseguir causas penales contra militares en actividad, también se debía tener presente que Gavazzo se vio forzado a solicitar su retiro en agosto de 1978, por diferencia con la Comandancia del Ejército, quedando fuera de la actividad militar, no gozando de privilegio alguno. Como lo indicó la Sala, si no había razón para desestimar el tiempo transcurrido entre 1975 y 1985, tampoco había razón para desestimar el transcurso del tiempo de quien se retiró en 1978. Había operado la prescripción del delito de homicidio, aun considerando el comienzo del plazo en el 1° de marzo de 1985, pues ya habían transcurrido dos décadas.

Tampoco admitía la calidad de peligroso que le había atribuido el Tribunal por una supuesta actividad delictiva del tiempo de la dictadura y que, por tanto, ante esa peligrosidad, los eventuales delitos de homicidio no hubieran prescrito. Para arribar a tal conclusión, la Sala había esgrimido que la peligrosidad se había dado en el momento del delito y que el pasaje del tiempo no debía alterar esta valoración, cuando la peligrosidad en realidad era un pronóstico respecto de una persona que se estima que en el futuro pueda realizar una conducta penalmente transgresora. Manifestó tener 70 años de edad y varias afecciones importantes de salud, por lo que era impensable que, sin poder militar, con problemas graves de salud y septuagenario, pudiera connotar ni siquiera el más mínimo grado de peligrosidad. Si bien manifestó no haber perpetrado ninguna de las conductas que se le pretendían atribuir, Gavazzo sostuvo que aunque las hubiera perpetrado, no revestía ningún tipo de peligrosidad.

En cuanto a la valoración probatoria, invocó que existió error “*in procedendo*”, al advertir que existieron varias contradicciones en las declaraciones de los testigos y de los denunciados en los procesos, tanto en Uruguay como en el extranjero. Se dio por sentado que existió un segundo vuelo, sin que existiera prueba de ello y cuando por el contrario había quedado acreditado en autos que merced a la intervención de Gavazzo, se habían salvado más de veinte vidas de una casi segura muerte en Argentina. Igualmente se incurrió en un importante error en la interpretación del derecho al no haberse acreditado el nexo causal entre la muerte de las personas referidas en autos y la conducta del enjuiciado, por lo que no se le podía imputar el delito de homicidio, al no surgir del expediente que existían cadáveres, ni probar que su defendido diera muerte o haya sido partícipe del delito imputado.

En suma, entendió que el tipo penal de homicidio ni ningún otro podía serle imputado en virtud de que todo eventual delito había prescrito.

1.2. La Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de Segundo Turno interpuso recurso de casación, agravándose respecto a la calificación delictual realizada, indicando en lo medular que el Tribunal debía haber aplicado al caso la figura de la desaparición forzada consagrada en el art. 21 de la ley 18.026 y no la del homicidio muy especialmente agravado (art. 312 CP). Al rechazar la figura de la desaparición forzada, se había descartado la mayor profundidad en el debate teórico, en función de lo dicho por el Tribunal, de que “todos los desaparecidos han fallecido”, presunción que fue erróneamente manejada a los efectos de variar la tipificación. Sostuvo que era cierto que, en las actuales circunstancias, podía pensarse que la suerte corrida por las víctimas había sido la muerte, pero la afectación a diversos bienes jurídicos marca la disimilitud de situaciones. En definitiva, solicitó que se anulara la sentencia del Tribunal en cuanto atribuía a los imputados 28 delitos de homicidio muy especialmente agravados, en lugar de 28 delitos de desaparición forzada de personas y en tanto estimaba que los hechos delictivos perpetrados en autos no están sujetos a prescripción, porque se tratan de crímenes de lesa humanidad.

1.3. También interpuso recurso de casación José Ricardo Arab, sosteniendo que el Tribunal había incurrido en una errónea aplicación de los arts. 117, 119, 123, 310 y 312 del C. Penal, de los arts. 1 y 3 de la ley 15.848, y al fundar el recurso sostuvo en síntesis que se había hecho una errónea aplicación del art. 312 CP, dado que los hechos probados no refieren de forma alguna al acontecimiento “muerte”, sino al destino desconocido de las supuestas víctimas que también son desconocidas. Afirmó que en el proceso no se trató de la muerte de las supuestas víctimas, sino de la fatal noticia a su respecto y, por ende, la actividad procesal no se dirigió a producir prueba en ese sentido. Estimó que si bien era razonable la conclusión de que las personas desaparecidas estaban muertas, extremo que ha sido plasmado como “hecho notorio”, de tal conclusión no se podían extraer, en forma alguna, elementos que permitieran adjudicar responsabilidades. Manifestó que una cosa es que se arribara intelectualmente a la conclusión de la muerte como un hecho notorio y otra distinta era que la misma resultara probada y con las exigencias requeridas en un proceso penal y formal que permita imputar responsabilidad concreta. Agregó que la muerte de las personas señaladas no había formado parte de la plataforma fáctica que se tuvo por probada y, en ese sentido, no se había producido prueba hábil ante el juez, pues el tipo penal homicidio exigía al menos una víctima muerta e identificada. Manifestó que de ninguna de las conductas que se le atribuían surgía la acción típica de haber dado muerte, con intención de matar en determinadas circunstancias que la hacen más grave, extremo que ninguno de los magistrados ni la fiscal habían afirmado. En definitiva, alegó que en la especie no se había configurado ninguno de los extremos típicos constitutivos del delito de homicidio muy especialmente agravado por el que se lo había condenado, deviniendo su imputación única y claramente de una aplicación errónea del derecho.

Además, indicó que había existido una errónea aplicación del art. 123 e infracción a los arts. 117 y 119 CP, dado que los delitos que pudieron haberse cometido antes del año 1976 habían prescrito. Aun sosteniendo la tesis de la suspensión del plazo de prescripción durante la dictadura, el mismo había transcurrido largamente

desde el 1° de marzo de 1985 hasta la fecha de inicio de las actuaciones, que se verificó en el año 2006, es decir, a 21 años cumplidos.

Afirmó que tampoco resultaba de aplicación la extensión del plazo prevista en el art. 123 CP, por cuanto consideró que difícilmente se podía sostener que, pese a haber convivido en sociedad desde 1978 en su condición de civil sin representar peligro alguno para ningún conciudadano, sin causar mal alguno, desarrollando una vida normal y pacífica, se perfilara a los ojos de persona alguna como un individuo peligroso. Discrepó, por lo tanto, con la posición de peligrosidad sostenida por el Tribunal al respecto, estimando que la misma implicaba “congelar” la personalidad humana en sus múltiples manifestaciones a una de ellas, en un momento y circunstancias determinadas, obviando la consideración integral del individuo en todas sus expresiones naturales. En igual sentido, juzgó necesario señalar que la peligrosidad de un sujeto se evidenciaba a lo largo del tiempo y no derivaba únicamente de la comisión de injustos; por lo tanto, era atinado, y una interpretación integral del ordenamiento jurídico lo permite, considerarla durante todo el transcurso del lapso de prescripción, y no limitada a uno y otro momento, en forma independiente de la reincidencia.

Se agravó, igualmente, porque se desconoció que cualquier delito que pudiera haberse cometido en relación con los hechos que ocuparon el presente expediente había quedado extinguido por la amnistía consagrada en la ley 15.848. Alegó que las presentes actuaciones habían sido incluidas en la hipótesis de amparo de la ley con anterioridad a la tramitación de este expediente, amparo que no podía ser revisado y al que se le había reconocido “fuerza de cosa juzgada”. Agregó que cualquiera fuera el instituto jurídico que se quisiera encontrar en la ley 15.848, su efecto era la despenalización de los hechos de que se trata, efecto que para los hechos que ocupan la causa ocurrió hacía ya largo tiempo, por lo que la condena recaída devenía contraria a derecho.

2. Sentencia: por mayoría de sus integrantes, esta Corte desestima los recursos de casación interpuestos al no advertir infracción o errónea aplicación de la norma de derecho aplicable al caso que permita arribar a la conclusión casatoria que se pretende. Por el contrario, considera ajustado a derecho y comparte los claros y sólidos fundamentos desarrollados en la sentencia de segunda instancia, por lo que ratifica íntegramente la sentencia recurrida.

En tal sentido, es de señalar que en virtud de la coincidencia de la mayoría de las causales casatorias ejercitadas por las defensas y a los efectos de un mejor ordenamiento de sus fundamentos, se analizarán en forma conjunta.

2.1. La ley 15.848 no consagró una amnistía.

La figura de la amnistía, tal como lo señaló el Tribunal, es una facultad del Poder Legislativo, reviste carácter colectivo y hace desaparecer el delito y la condena. Con la amnistía, se extingue no solamente la acción penal, sino la potestad represiva misma, con respecto a un hecho determinado; de manera que aun impuesta la condena a un sujeto, esta debe cesar con todos sus efectos. Ahora bien, la acción penal es pública, es decir, debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado, y esta forma de acción constituye la regla. El principio de legalidad implica que el

órgano encargado del ejercicio de la acción no puede dejar de ejercerla, toda vez que concurren los presupuestos de la misma. Por consecuencia, con lo expuesto, se quiere poner de manifiesto que, en atención a los principios vistos, esta causa de extinción del delito (o la pena) debe interpretarse restrictivamente, porque la regla es la vigencia plena de los principios señalados, con el consiguiente poder-deber de los órganos competentes de investigar y juzgar las conductas delictivas. La ley 15.848 no dice literalmente ser una amnistía, sino que se trata de una caducidad de la pretensión punitiva del Estado, caducidad que no opera de pleno derecho.

En similar sentido, la Corte con su actual integración se ha pronunciado en sentencia No. 365/2009, en términos que resultan perfectamente trasladables al presente, por considerar que la ley 15.848 no concedió la amnistía invocada por las defensas.

Así, haciendo referencia a las históricas discordias de los Ministros Dres. Jacinta Balbela y Nelson García Otero emitidas en las sentencias de la Corte Nros. 184, 224, 226 y 232/1988, indicó que: "... [n]ingún acuerdo político ni la lógica de los hechos subsiguientes cuenta con previsión constitucional que autorice a desconocer lo que establecen los arts. 40 y 82 de la Constitución como principio fundamental de nuestra organización democrática".

"Ningún acuerdo político ni su consecuencia lógica puede investir la representación original o delegada de la soberanía y, por lo tanto, resulta absolutamente inidóneo para emitir norma jurídica válida, vigente o aceptable".

"Como enseña Jiménez de Aréchaga, la Asamblea General, en concurrencia con el Poder Ejecutivo, sigue siendo el único órgano de legislación, sin que la Nación retenga, en absoluto, una parte de ese poder. De esta forma, cuando el art. 1° de la ley 15.848 reconoce otra fuente de normativa jurídica, se aparta ostensiblemente de nuestra organización constitucional".

"Si bien es cierto que la Asamblea General puede conceder indultos y acordar amnistías en casos extraordinarios (art. 85 nral. 14 de la Constitución), a juicio de la Corte, esta Ley no es ni una cosa ni la otra".

Sostuvo más adelante que: "[d]esde otra óptica, si se entiende que la Ley impugnada, en lugar de otorgar una amnistía, declara la caducidad de las acciones penales respectivas, también es inconstitucional. En efecto, declarar la caducidad de las acciones penales, en cualquier supuesto, excede las facultades de los legisladores e invade el ámbito de una función constitucionalmente asignada a los jueces, por lo que, por los motivos que fueren, el legislador no podía atribuirse la facultad de resolver que había operado la caducidad de las acciones penales respecto de ciertos delitos".

Por las razones expuestas ampliamente en el referido pronunciamiento, la Corporación considera que la ley 15.848 no consagró una amnistía para los funcionarios policiales y militares durante el gobierno de facto, compartiendo los extensos y enjundiosos argumentos vertidos por el Tribunal.

2.2. Otro de los motivos de agravio se refirió a la prescripción, sosteniendo las defensas que había operado la prescripción de los delitos en tanto se debía computar en el término prescripcional el tiempo transcurrido durante el gobierno de facto.

El mismo es de franco rechazo, dado que tal como lo destacaron los magistrados y el Fiscal de Corte, si el titular de la acción penal, el Ministerio Público, estaba impedido de ejercer su poder-deber, no le pudo correr el plazo de prescripción.

En cuanto a los fundamentos que sustentan que si no se computó para la prescripción el lapso hasta marzo de 1985, tampoco corresponde aplicar a los enjuiciados a partir de esa fecha la adición del tercio previsto por el art. 123 CP, los mismos no podrán prosperar, en la medida que de acuerdo con el concepto de peligrosidad, esta refiere al estado de una persona que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, o que ha realizado una conducta que ha sido prevista expresamente en la ley penal –aunque sin ser delito– bajo el influjo de condiciones de cuyo estado es probable que recaiga en la actividad delictuosa, o la realice en el futuro.

Como lo señaló la Sala, “... los delitos castigados con penas más gravosas reflejan el daño producido y llevan ínsito un período de prescripción mayor; incluyéndose, también, en dicha categoría, a los delincuentes reincidentes, habituales y a los homicidas. En efecto, perpetraron homicidios múltiples (cuatro personas), cuyas víctimas, previamente, fueron privadas de libertad, con la finalidad de darles muerte, por motivaciones políticas, lo que materializó un hecho ‘...en sí mismo grave...’, y, por ello, comprendido en la norma indicada. Si un asunto, con estas características, no ingresa en la previsión legal, difícilmente, se podría pensar en algún otro”.

En suma, trasladando dichos conceptos a la causa, se advierte que de acuerdo con el material probatorio incorporado en estos obrados, ha quedado debidamente acreditada la intervención de los enjuiciados en la coordinación represiva, secuestro, tortura y veintiocho homicidios en calidad de muy especialmente agravados de ciudadanos uruguayos, hechos gravísimos que reflejan en definitiva el alto grado de peligrosidad de los mismos, por lo que se impone, como lo entendió el Tribunal, el incremento legal previsto en el art. 123 CP.

2.3. En cuanto al agravio fundado en errónea valoración probatoria, en virtud de la terminante prohibición contenida en el inc. 2° del art. 270 del Código Procesal Penal (C.P.P.), resulta de rechazo.

Cabe recordar que en forma constante la Corte ha sostenido que en el ámbito de casación no es posible volver a discutir los hechos dados por probados en la sentencia, según lo dispone el art. 270 C.P.P. En sentencia Nro. 135/05, se expresó que: “[e]l art. 174 del C.P.P. consagra a los efectos de la valoración de las probanzas el sistema de la sana crítica, otorgándosele al Magistrado la libertad de apreciar la eficacia persuasiva de la prueba, teniendo como único límite que el juicio sea razonable, adecuado a las Leyes de la lógica y debidamente explicitado, de forma de permitir el control de su logicidad” (Sent. Nro. 126/07).

No obstante la sinrazón del cuestionamiento, atendiendo a la valoración del cúmulo de probanzas a la luz de la sana crítica de conformidad con lo edictado por el art. 174 del C.P.P., la Corte coincide con el tratamiento que hizo la Sala de la participación de los encausados bajo el título de responsabilidad previsto en el art. 312 CP.

En otro orden, José Arab sostuvo que el fallo dictado en autos se basó en un sustrato fáctico diferente al tomado en cuenta por el Ministerio Público y Fiscal al deducir su acusación. En ese sentido, señaló que se evaluaron dos plataformas fácticas

diferentes, excluyentes entre sí, que se encuadran en hipótesis delictivas diversas, dado que mientras que en el homicidio se requería la prueba de la muerte, en la desaparición forzada se desconocía si la víctima estaba viva o muerta.

Sobre el punto, cabe recordar que si bien el juez no puede condenar por hechos no contenidos en la requisitoria fiscal, base del principio acusatorio (art. 22 de la Constitución), en el *sublite*, no se puede soslayar que al deducir acusación, la titular de la acción penal claramente manifestó que si se consideraba que los hechos investigados no encartaban en el delito de desaparición forzada, si podrían encartar en la figura del homicidio muy especialmente agravado.

Dicha circunstancia excluye la imputación de transgresión del principio acusatorio formulada por la citada defensa, en el bien entendido de que la figura del homicidio muy especialmente agravado estaba contenida en la acusación, no correspondiendo entonces considerar que se vulneró la facultad de controvertir y ofrecer prueba a fin de desvirtuar el fundamento de la pretensión.

Atento a lo expresado y teniendo en cuenta la prueba incorporada a la causa respecto de Gavazzo y Arab, que, como lo indicó la Sala, resulta “francamente agobiante en su capacidad incriminatoria”, el resultado muerte de las víctimas cuyo homicidio se imputó a los encausados es consecuencia ineludible de la acción desarrollada por estos, en el marco de la política adoptada al respecto, compartiendo la Corte íntegramente la valoración efectuada tanto por el Ministerio Público al acusar como por los magistrados al sentenciar.

2.4. Por último, en cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio Público, referido en lo sustancial al error padecido en la calificación delictual en que habría incurrido el Tribunal al tipificar los hechos punitivos como homicidio muy especialmente agravado cuando hubiera debido aplicar la figura de la desaparición forzada, no resulta recepcionable.

La Corte, coincidiendo con el Tribunal, entiende que la figura no resulta aplicable, en virtud de que el delito de desaparición forzada fue creado por el art. 21 de la ley 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15, inc. 1 CP y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el derecho penal.

Ello constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del art. 15, inc. 1 CP, que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es la ley nacional 15.737 y que literalmente expresa que: “[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

En doctrina se ha expresado que la irretroactividad de la ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el

art. 10, inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución.

En las especiales circunstancias del caso, la Corte disiente con la posición de la fiscal, que aduce que de acuerdo con lo previsto en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no existía conflicto alguno para aplicar en obrados el delito continuado de desaparición forzada, en la medida que el art. 28 de la Convención de Viena establece que: "... Las disposiciones de un tratado no obligan a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo". Y, en ese sentido, no existe en nuestro derecho norma alguna que consagre esa intención diferente de aplicar retroactivamente las mismas a las desapariciones no resueltas, en tanto las leyes 17.894 y 18.596 refieren, la primera, a la situación de las personas cuya desaparición forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del informe final de la Comisión para la Paz, a los solos efectos de la apertura legal de la sucesión del ausente (art. 1.037 C. Civil) y la segunda a la Actuación Ilegítima del Estado entre el 13 de junio de 1968 y el 28 de febrero de 1985, a los solos efectos reparatorios.

A su vez, tampoco se podría recurrir como también argumentó la representante del Ministerio Público a las normas del *jus cogens*, porque se coincide con el Fiscal de Corte que es recién a partir de la ratificación de la Convención Interamericana del año 1995 que se podía sostener su vigencia, siendo de aplicación para hechos acaecidos hacia el futuro.

En mérito a que la figura de desaparición forzada constituye un delito creado contemporáneamente, la figura deviene inaplicable en autos, pues, como lo señaló el Tribunal: "El principio de legalidad penal comprende una doble garantía: por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa, dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*); y, por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de ley".

La jerarquía constitucional del principio de legalidad formal significa que la única fuente de producción de la ley penal en el sistema patrio son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal es la ley formal de ellos emanada, conforme al procedimiento establecido por la propia Constitución. Esta solución no admite que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre nacional o internacional puedan habilitar el poder punitivo del Estado. El principio de legalidad es, pues, granítico: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale*: esta es la base del derecho penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado, como se ha visto, en el Código Penal".

SUPREMA CORTE DE URUGUAY, *Gavazzo Pereira, José N. y otro*, sentencia del 6-5-2011, en <<http://www.poderjudicial.gub.uy>>.



DERECHO PENAL. PENAS ACCESORIAS. CÓMPUTO DE LA PENA. INSANOS. INTERNACIÓN POR TIEMPO INDETERMINADO. ALCANCES (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: el 5 de abril de 2001, el Tribunal Correccional de Tongres condenó a L. F. a tres años de prisión con condena condicional de dos años, durante un período de prueba de cinco años. En 2002, el condenado fue internado en cumplimiento de una sentencia del Ministerio de Justicia. En 2008, la Comisión de Defensa Social (Comisión) estimó que el estado mental de L. F. no había mejorado suficientemente y la Comisión Superior de Defensa Social declaró infundado el recurso interpuesto contra esa decisión. L. F. entonces demandó al Estado belga ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. Este planteó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad del art. 21 de la ley de defensa social de los anormales, delincuentes habituales y autores de ciertos delitos sexuales del 9 de abril de 1930 (Ley), por considerarlo violatorio del art. 12 de la Constitución.

2. Sentencia: el art. 21 de la ley de defensa social de los anormales, delincuentes habituales y autores de ciertos delitos sexuales del 9 de abril de 1930 no viola el art. 12 de la Constitución.

2.1. Dicho artículo, tal como fue reemplazado por el art. 1º de la ley del 1º de julio de 1964 de defensa social de los anormales y delincuentes habituales, dispone lo siguiente: “Los condenados por crímenes y delitos que en el curso de su detención manifiestan un estado de demencia o de grave desequilibrio o debilidad mental a raíz del cual se tornan incapaces de controlar sus propias acciones pueden ser internados en virtud de una decisión del Ministro de Justicia pronunciada conforme a un dictamen previo de la Comisión. Esta designa el establecimiento en que la internación se desarrolla de conformidad con el art. 14, siendo también aplicables los arts. 15 a 17. Si antes del vencimiento previsto del plazo de duración de la pena, el estado mental del condenado ha mejorado suficientemente como para que la internación no siga siendo necesaria, circunstancia que constata la Comisión, el Ministro de Justicia ordena el regreso del condenado al centro penitenciario donde se encontraba detenido anteriormente. Con el fin de aplicar la ley sobre la libertad condicional, el tiempo de internación se asimila a la detención”.

En fecha fijada por el Rey o a más tardar el 1º de enero de 2012, esta disposición sería abrogada por el art. 153 de la ley del 21 de abril de 2007 relativa a la internación de las personas que padecen un trastorno mental. Como este artículo todavía no ha entrado en vigencia, aún resulta aplicable el art. 21 de la Ley.

2.2. El juez *a quo* consulta si la disposición impugnada se compadece con el art. 12 de la Constitución, que garantiza la libertad individual, en la interpretación según la cual, si el estado mental de un condenado internado en virtud de una decisión del Ministro de Justicia no ha mejorado suficientemente al momento del vencimiento de la duración prevista de la pena de manera que su internación sigue siendo necesaria, la medida debe ser mantenida.

Por otro lado, el art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) dispone que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con

arreglo al procedimiento establecido por la Ley: a) si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente [...] c) si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo [...]. 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”.

Dado que tanto el art. 12 de la Constitución como el art. 5 de la Convención garantizan el derecho a la libertad, al examinar la disposición constitucional en cuestión, esta Corte debe tomar en consideración dicha disposición convencional.

Originalmente, el art. 23 de la Ley disponía que los condenados internados en virtud de una decisión del Ministro de Justicia podían, al finalizar su pena y por solicitud del Ministerio Público, “permanecer en el establecimiento por decisión de la jurisdicción que pronunció la condena, de conformidad con los arts. 7, 19 y 22 y durante el tiempo que estos determinan, con la deducción eventual de la duración de la prisión o de la internación ya sufridas”.

Esta limitación temporal ya no figura en el art. 21 de la Ley, reemplazado por el art. 1º de la ley de 1964. En efecto, si el estado mental del condenado no ha mejorado suficientemente en el momento del vencimiento de la duración prevista de la pena de manera tal que su internación siga siendo necesaria, la medida seguirá en pie hasta que la Comisión ordene que el internado sea puesto en libertad.

Según la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para que la detención de un enfermo mental sea legal, deben cumplirse tres condiciones mínimas: es preciso demostrar, con base en una pericia médica objetiva, que existe un trastorno mental real y permanente; la naturaleza de este debe justificar la internación, la cual únicamente puede prolongarse mientras el trastorno continúe existiendo, de manera que el internado debe tener la posibilidad de ser liberado en el momento de recobrar su salud (*Winterwerp c. Pays-Bas*, 24-10-1979).

La internación no constituye una pena, sino una medida terapéutica cuya finalidad es curar al delincuente enfermo mental. En efecto, los riesgos que derivan de un estado psíquico peligroso continúan existiendo hasta que la Comisión no estime que el estado mental del internado ha mejorado suficientemente y que se cumplen las condiciones para su rehabilitación.

El internado debe tener la posibilidad de solicitar su libertad cuando estime que su estado mental ha mejorado suficientemente.

El art. 18 de la Ley, tal como ha sido reemplazado por el art. 1º de la ley de 1964 y modificado por el art. 2 de la ley del 10 de febrero de 1998 con el fin de conferir al abogado del internado el derecho de apelación contra las decisiones de la Comisión que rechazan una solicitud de puesta en libertad y por el art. 40 de la ley del 27 de diciembre de 2006, dispone lo siguiente: “Para mantenerse informada del estado del internado, la Comisión puede visitar el lugar de internación o enviar al tal efecto a uno de sus miembros. Asimismo, puede ordenar, tanto de oficio como por solicitud del procurador del Rey, del internado o de su abogado, la puesta en libertad definitiva o probatoria del internado cuando el estado mental de este haya mejorado suficientemente y se cumplan las condiciones para su rehabilitación social. Si la

solicitud del internado o de su abogado es rechazada, no puede ser renovada antes del vencimiento de un plazo de seis meses a partir de la fecha del rechazo definitivo. A estos efectos, la Comisión podrá, de oficio o respondiendo a la solicitud del internado o de su abogado, encargar a la sección de distrito del servicio de las *Maisons de Justice* del *Service Publique Fédéral Justice* del lugar de residencia del internado la redacción de un informe sucinto o la realización de una encuesta social. El Rey determina las modalidades relativas al informe o a la encuesta. Estos no pueden contener más que los elementos necesarios para conocer la autoridad que envió la solicitud al servicio de las *Maisons de Justice* sobre la oportunidad de la medida o de la pena prevista. Las disposiciones del art. 16 son aplicables. En caso de urgencia, el presidente de la Comisión puede ordenar provisoriamente la puesta en libertad del internado, informando inmediatamente al procurador del Rey. Su decisión queda sujeta a la Comisión que se pronunciará en su próxima sesión”.

En virtud de la disposición en examen, la internación se desarrolla en el establecimiento designado por la Comisión de conformidad con el art. 14 de la Ley, siendo también aplicables sus arts. 15 a 17. La Comisión es competente en la ejecución del fallo ministerial de internación.

En el marco de esta competencia, la Comisión puede verificar si el estado mental del condenado ha mejorado suficientemente y si su internación ya no es necesaria.

La disposición en cuestión no limita a la duración de la pena prevista para el condenado la competencia de la Comisión para verificar si el estado mental del condenado ha mejorado suficientemente. Por consiguiente, la Comisión puede igualmente verificar después del vencimiento de la duración de la pena si el estado mental del condenado ha mejorado suficientemente.

De lo dicho se desprende que el internado o su abogado pueden solicitar a la Comisión que el internado sea puesto en libertad definitiva o probatoria en razón de que su estado mental ha mejorado suficientemente y de que las condiciones de su rehabilitación se cumplirán. Dado que la Comisión, en tanto que jurisdicción, decide sobre las solicitudes de puesta en libertad de los internados y debe justificar y motivar su decisión conforme a derecho, se cumplen los requisitos formulados por el art. 5 de la Convención.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia N° 23/2011 del 10-2-2011, en <<http://www.const-court.be/>>.



DERECHOS SOCIALES. SEGURIDAD SOCIAL. SUJETOS ESPECIALES DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. ENFERMOS DE HIV. **SIDA.** DERECHO A UNA PENSIÓN. PENSIÓN POR INVALIDEZ. PRESUPUESTOS PARA SU OTORGAMIENTO. POSIBILIDAD DE RESTRINGIRLA. **DISCAPACIDAD.** COMPROBACIÓN. EVALUACIÓN PERIÓDICA POSTERIOR. CADUCIDAD DEL ESTATUS. ACTO ADMINISTRATIVO. FUNDAMENTACIÓN (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Jacinto Francisco Villacorta Guevara interpuso una demanda de amparo contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP)

con el objeto de que se decrete inaplicable la resolución que declara la caducidad de su pensión de invalidez definitiva y que, en consecuencia, se le restituya la que se le había otorgado mediante otra resolución administrativa. Asimismo, solicitó el pago de las pensiones devengadas y de los intereses correspondientes.

Sostuvo que la caducidad había sido declarada sin tener en cuenta el certificado médico emitido por el Hospital IV Víctor Lazarte Echegaray de EsSalud en el que se dictaminaba una discapacidad permanente total debido a una infección por virus de inmunodeficiencia adquirida, dolencia que por entonces se encontraba complicada con diabetes *mellitus* tipo II. Agregó que el informe médico que había servido de sustento para emitir la resolución impugnada había sido elaborado de manera parcializada, al estar a cargo de una comisión médica integrada por la propia demandada.

La ONP solicitó que la demanda se declarara infundada, expresando que la evaluación practicada por la Comisión Médica había determinado que el actor presentaba una enfermedad distinta a la que había generado el derecho a la pensión otorgada y que su grado de discapacidad no le impedía ganar un monto equivalente al que percibía como pensión, lo que daba lugar a la causal de caducidad de la pensión prevista en el art. 33 del Decreto-Ley 19.990. Agregó que la controversia no podía resolverse sin contar con la historia clínica y sin un debate pericial en el se que establecieran las razones que había tenido cada comisión para expedir su opinión.

El Sexto Juzgado Civil de Trujillo declaró improcedente la demanda por estimar que existía controversia sobre el real estado de salud del actor o, en todo caso, que se encontraba cuestionada su discapacidad dadas las evaluaciones médicas disímiles, lo que generaba que los medios probatorios aportados al proceso fueran insuficientes para amparar la pretensión, pues no se podía probar en forma fehaciente e inobjetable el grado de menoscabo de la capacidad del actor; consecuentemente, estimó necesario recurrir a la vía judicial ordinaria.

La Sala Superior competente confirmó la apelada por considerar que la pretensión del actor requería ser tramitada en un proceso que contara con estación probatoria para una cabal dilucidación y determinación de la pretensión.

Entonces, Villacorta Guevara interpuso un agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional de Perú.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la pensión y al debido proceso del accionante.

Se ordena a la ONP que restituya la pensión de invalidez, lo cual importa, en el caso concreto, que la prestación previsional que el actor continúa percibiendo de modo provisional derivada de una medida cautelar se convierta en una de carácter definitivo.

Se exhorta a la ONP a que, atendiendo al análisis que sobre el VIH/SIDA se desarrolla en la presente sentencia, limite las acciones de control posterior de las pensiones de invalidez.

2.1. Limitación al derecho fundamental a la pensión. La pensión de invalidez y la posibilidad de restringir su ejercicio. Reiteración de jurisprudencia

Este Tribunal ha señalado, a partir de la STC 06106-2007-PA/TC, que la pensión de invalidez protege el estado de necesidad originado en la carencia de ingresos producida por una situación de incapacidad laboral, circunstancia que constituye la contingencia que merece ser protegida. Dicha protección, en el marco del Decreto-Ley 19.990, se encuentra ligada a tres situaciones o presupuestos que deben configurarse a fin de lograr el acceso al ejercicio del derecho fundamental y que dan nacimiento a la mencionada protección: (i) debe tratarse de un asegurado considerado inválido (art. 24); (ii) que reúna los años de aportes y demás condiciones relativas al acaecimiento del riesgo (art. 25); y (iii) debe cumplir con la calificación del estado de invalidez (art. 26).

La pensión de invalidez en el régimen del Decreto-Ley 19.990, como cualquier tipo de pensión, se sujeta a determinadas condiciones y restricciones (conf. STC 10183-2005-PA/TC).

2.2. La línea jurisprudencial en materia de comprobación del estado de invalidez. La caducidad de la pensión de invalidez

Este Tribunal, al resolver controversias constitucionales en las que se pretende la restitución de la pensión de invalidez por haberse declarado en sede administrativa la caducidad de la misma ha sentado dos líneas jurisprudenciales.

En primer lugar, se declara la improcedencia de la demanda, aplicando el criterio recaído en la STC 02513-2007-PA/TC (fundamento 45.b), improcedencia que “obedece a que no se tiene certeza respecto a la enfermedad del actor y que sin un Certificado expedido por una Comisión Médica Evaluadora no es posible emitir juicio sobre la controversia”. De este criterio se deriva una sub-línea que se aplica en los casos en que el documento médico presentado por el actor para ratificar su incapacidad haya sido expedido por un centro médico privado, lo que genera que, en aplicación de la STC 02513-2007-PA/TC, también se declare improcedente la demanda bajo el argumento precitado.

La segunda línea jurisprudencial se orienta por desestimar la demanda debido a que la posterior evaluación médica practicada al pensionista a los efectos de la comprobación de la incapacidad determina que este se encuentra en el supuesto previsto en el inciso a) del art. 33 del Decreto-Ley 19.990, que declara caduca la pensión “[p]or haber recuperado el pensionista la capacidad física o mental o por haber alcanzado una capacidad, en ambos casos, en grado tal que le permita percibir una suma cuando menos equivalente al monto de la pensión que recibe” (STC 04038-2010-PA/TC).

Este Tribunal ha considerado que resulta constitucionalmente legítimo que se declare la caducidad, propiamente la extinción, de una pensión de invalidez, en aplicación del inciso a) del art. 33 del Decreto-Ley 19.990, en virtud de la actividad que realice la entidad previsional en cumplimiento de sus obligaciones, establecidas en el art. 3.14 de la Ley 28.532, y en mérito a la facultad de fiscalización posterior otorgada por el art. 32.1 de la Ley 27.444.

Este accionar de la Administración encuentra uno de sus límites en el derecho a la debida motivación. En efecto, en la STC 05523-2008-PA/TC se ha dejado sentado que “el derecho al debido proceso, y los derechos que contiene

son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el art. 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)”.

Bajo tal premisa, se concluye que el derecho fundamental al debido procedimiento comprende el deber de la Administración de motivar sus resoluciones de manera que el administrado pueda tener conocimiento de los criterios empleados para la toma de decisiones que se concretan en actos administrativos.

En el contexto desarrollado, no puede dejar de advertirse que las decisiones de la Administración, dentro del marco del derecho al debido proceso, también deben guardar adecuados términos de razonabilidad y proporcionalidad.

2.3. *El VIH/SIDA en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

La enfermedad que origina la incapacidad del demandante, a juicio de este Tribunal, obliga a revisar la jurisprudencia sobre VIH/SIDA. Así, en las SSTC 02945-2003-AA/TC (fundamento 22) y 02016-2004-AA/TC (fundamento 21) se ha dejado sentado que “es innegable que en el caso de las personas diagnosticadas con VIH/SIDA y que padecen de la enfermedad, se carece de realismo al reconocerles algún estado de libertad o autonomía personal cuando la falta de recursos económicos (...) no les permite costear su tratamiento y sobrellevar las implicancias de esta enfermedad con dignidad. Únicamente mediante un tratamiento adecuado y continuo pueden atenuarse las manifestaciones no solo físicas, sino psicológicas de la enfermedad, logrando que en muchos casos el normal desenvolvimiento de las actividades del paciente no se vea afectado en un lapso de tiempo mayor que en aquellos casos donde la asistencia médica es casi nula. Es en este último caso donde la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona se ven afectadas a consecuencia del deterioro de la salud y riesgo de vida del paciente, convirtiendo a estos individuos en una suerte de parias sociales, lo que de ninguna manera puede ser admitido desde el punto de vista constitucional”.

De lo anotado fluye que este Tribunal no ha tenido oportunidad de realizar un análisis sobre las repercusiones del VIH/SIDA en el derecho fundamental a la pensión. Y es que la imposibilidad de ejercer el mencionado derecho constitucional también puede afectar, al igual que en el caso de la falta de prestaciones médicas, la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona humana; esto, en atención a que el derecho a la pensión, por un lado, provee de recursos materiales para lograr una subsistencia digna en virtud de su componente esencial referido al derecho al mínimo vital y a que su privación arbitraria afecta el principio de dignidad pensionaria; y también porque en el instituto de la seguridad social, tal como se ha diseñado en el Perú, la condición de pensionista asegura el acceso a las prestaciones médicas, dentro de las que se incluye el suministro de medicamentos que el tratamiento integral contra el VIH/SIDA brinda para prolongar y mejorar la calidad de vida, lo que supone, en caso de que exista afectación del derecho a la

pensión, la posibilidad de un deterioro en la salud con el consecuente riesgo para la vida del pensionista.

2.4. Los sujetos de especial protección constitucional

El art. 4 de la Constitución establece que “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”. Bajo dicha premisa, se busca dotar de tutela especial y reforzada a estos grupos sociales que, por su particular condición, demandan de un tratamiento singular, más aún si se encuentran en situación de abandono, pues en tal supuesto el requerimiento tuitivo comporta, además, una acción urgente y apropiada.

2.5. La persona con VIH/SIDA como sujeto de especial protección constitucional

El tratamiento jurisprudencial que este Tribunal ha efectuado en torno al VIH/SIDA en las controversias relacionadas a la prestación de servicios de salud exige evaluar los alcances de la protección que se debe brindar a las personas que padecen de la indicada enfermedad. En efecto, como se precisa en la STC 02945-2003-AA/TC (fundamento 49), al referirse a la protección de los derechos sociales, se ha dejado indicado que “es necesario, entonces, recomendar acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas, (...) en la medida en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA”. Y es en esta línea que se cuenta en la actualidad con el Plan Estratégico 2007-2011 para la Prevención y Control de las ITS y el VIH/SIDA en el Perú, aprobado por el Decreto Supremo 005-2007-SA, el que posee carácter multisectorial y tiene por objeto guiar la implementación de programas y proyectos tanto en el ámbito gubernamental como en el sector no gubernamental, privado académico, de base confesional, de base comunitaria y de la cooperación internacional.

Para entender las políticas públicas que el Estado ha emprendido, es conveniente mencionar los datos que arroja el *Boletín Epidemiológico Mensual* sobre la situación del VIH/SIDA en el Perú del mes de abril de 2011 (en <http://www.dge.gob.pe/vigilancia/vih/Boletin_2011/abril.pdf>). Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha indicado que “según el modelo de estimaciones desarrollado por OMS y ONUSIDA, existen aproximadamente 76.000 personas viviendo con VIH/Sida en el Perú” (en <<http://www.onu.org.pe/Publico/infocus/luchacontrasida.aspx>>). El escenario descrito es verdaderamente alarmante, si se tiene en consideración el incremento de casos de personas con VIH/SIDA en el país en los últimos cinco años. 298 (89%) a la fecha ya recibe tratamiento antirretroviral de gran actividad (TARGA) (...).”

Como puede advertirse, el aumento de personas con VIH/SIDA constituye un indicador de que las medidas que se han adoptado a nivel estatal no han sido suficientes para amenguar o detener, como supuesto ideal, el avance de la enfermedad en el Perú. Esto se debe a factores tales como la falta de comprensión de la epidemia fuera de los alcances del sector salud, la negación o minimización de la epidemia, el pobre o nulo acceso a métodos de prevención, la pobre cultura de las intervenciones, las creencias o patrones culturales, y el pobre efecto de las campañas educativas, entre otros.

Para este Tribunal, la negación o minimización de la enfermedad es un elemento gravitante en el incremento de casos de VIH/SIDA, pues al olvidar el deterioro que ocasiona la epidemia en el estado de salud de las personas y las consecuencias en el riesgo de muerte, no se toman medidas preventivas adecuadas. Esta misma situación genera que la población desconozca las diferentes políticas sectoriales con las que cuenta para la protección de sus derechos fundamentales, que consideran a la infección por el VIH como enfermedad profesional sujetándola a las prestaciones económicas y de salud vigentes del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, o a la confidencialidad de los resultados al momento de la contratación de un trabajador, o a la exigencia de exhibir el resultado como requisito para continuar en el trabajo.

Frente a la complejidad que representa la epidemia del VIH/SIDA en el Perú, se requiere adoptar un tratamiento particular para este especial grupo de personas, pues no cabe duda de que se trata de una población vulnerable cuya vida, tanto en su aspecto material como en el que corresponde al desarrollo de su personalidad, depende de las acciones concretas que emprenda el Estado de la mano con la comunidad y el núcleo familiar, tanto en materia de salud como en lo que concierne al acceso al tratamiento antirretroviral de gran actividad, como en otros aspectos ligados a la prevención, a la atención integral de calidad, a la seguridad social y a la pensión. Estas acciones, que de por sí denotan que el Estado y los otros actores involucrados no permanecen indiferentes ante la grave enfermedad del VIH/SIDA, deben ser complementadas con otras medidas cuyo objeto sea lograr una adecuada protección de los derechos constitucionales de las personas infectadas con el VIH y de las que padecen de SIDA. De este modo, se busca evitar, dada su especial situación de vulnerabilidad, cualquier trato discriminatorio o cualquier accionar arbitrario por parte de la Administración o de particulares, sobre todo cuando la grave enfermedad no hace distinción de ningún tipo y afecta a hombres, mujeres, niños, adolescentes y ancianos, ya que la vía de transmisión puede ser sexual, por el uso compartido de jeringas o por las transfusiones de sangre infectada por el virus, estas últimas denominadas de transmisión parenteral o también de la madre al hijo (vertical).

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que el Estado ha puesto en marcha, tal como se sugirió en la STC 02945-2003-AA/TC, medidas concretas para la satisfacción de los derechos sociales en los pacientes de VIH/SIDA, este Tribunal considera que es oportuno hacer extensiva la especial protección consagrada en el art. 7 de la Constitución a las personas que padecen de una deficiencia física producto de la infección con VIH o el desarrollo del SIDA, pues es evidente que el estado de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentra este sector de la población necesita de una protección reforzada para que pueda ejercer sus derechos fundamentales a plenitud, sin que se vea sometido a medidas discriminatorias o a acciones arbitrarias por el solo hecho de padecer de la referida patología. Con esta afirmación se reitera, tal como lo señala el mencionado art. 7, que este gran sector de la población tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

La postura asumida por el Tribunal Constitucional coloca a las personas con VIH/SIDA en un nivel superlativo de protección respecto al resto del grupo

poblacional, lo que demandará del Estado y de la comunidad medidas tuitivas, sustentadas en el deber de solidaridad, con el objeto de que no se generen acciones peyorativas o arbitrarias en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

2.6. La pensión de invalidez en el caso de personas afectadas con VIH/SIDA

Entre las normas protectoras dictadas por el Estado para las personas que padecen de VIH/SIDA, se cuenta la Ley 28.243, que amplía y modifica la Ley 26.626 sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Infecciones de Transmisión Sexual, que establece en su art. 7.2, en lo que respecta a la atención integral de salud, que “[t]oda persona que se encuentra viviendo con HIV y SIDA tiene derecho a recibir atención integral de salud continua y permanente por parte del Estado, a través de todos los establecimientos de salud donde tenga administración, gestión o participación directa o indirecta, y a la prestación previsional que el caso requiera”. La precitada disposición establece las acciones concretas que el Estado ha previsto para efectuar una efectiva protección, entre las que se encuentra la de permitir el acceso de los afectados de VIH/SIDA a una prestación previsional.

Por otro lado, el art. 6 de la Ley 26.626 establece que “[l]as personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones”; y además que “[e]s nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”. En esa misma línea, la Resolución Ministerial 376-2008-TR, que establece las Medidas Nacionales frente al VIH y SIDA en el lugar del trabajo, dispone en su art. 9 que “[e]s nulo el despido basado en que el trabajador es una PVV, así como todo acto dentro de la relación laboral fundado en esta condición”. Ambos dispositivos parten de considerar, como premisa esencial, que las personas pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones, por lo que cualquier decisión de poner fin a la relación laboral por decisión unilateral del empleador debe sustentarse en una causa justa de despido y no en el hecho de padecer de VIH/SIDA, lo que constituiría un acto discriminatorio y, por ende, afectado de nulidad. Asimismo, en materia de seguridad social, el art. 7 señala que “[l]a infección por el VIH, en los casos que esta sea considerada como enfermedad profesional y haya sido adquirida como consecuencia de la actividad laboral de alto riesgo, está sujeta a las prestaciones económicas y de salud vigentes en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo”. Esta disposición guarda coherencia con la norma precitada, en cuanto se privilegia la aptitud para realizar las labores, pero dota de protección a los trabajadores que adquirieron el VIH como enfermedad profesional al reconocerles el acceso a prestaciones médicas y previsionales dentro del régimen de riesgos profesionales. Sin embargo, tal medida tuitiva no se replica para las pensiones de invalidez, como fluye del art. 11, que preceptúa que “[l]as personas que se encuentran en una actividad laboral bajo dependencia, que han desarrollado el SIDA, y que como consecuencia de dicha enfermedad, de conformidad con la normatividad vigente, califican para obtener una pensión de invalidez, llevan a cabo el trámite pertinente ya sea ante la ONP o ante la AFP respectiva”. De acuerdo con este dispositivo, la protección de la seguridad social solo alcanzaría a los trabajadores dependientes que hayan desarrollado el SIDA, lo cual no se condice con lo previsto en

el precitado art. 7, que sí incluye dentro de sus alcances a los trabajadores con el VIH, situación que no encuentra asidero desde el punto de vista de la contingencia que se busca proteger ni de la patología misma, pues tanto la infección con el VIH como el propio SIDA pueden generar una incapacidad para el trabajo por las particulares características que tiene esta dolencia.

El distinto tratamiento que se advierte en la normativa, a juicio de este Tribunal, debe ser evaluado a través de los alcances del art. 7.2 de la Ley 28.243, en el sentido de que la atención integral comprende también la protección que brinda la seguridad social en pensiones, y en tal medida se viabiliza el acceso a la prestación previsional de las personas que se encuentran infectadas con el VIH y de las que padecen de SIDA. Solo con una interpretación en este sentido se cumple el rol que el Estado asume frente a las personas con VIH/SIDA como sujetos de especial protección constitucional, haciéndolos, en principio, titulares de una pensión, pero siempre privilegiando el respeto al principio de continuidad propio del derecho al trabajo, que permite a un trabajador afectado de la patología seguir laborando hasta que se configure la extinción del vínculo laboral por invalidez. Bajo este supuesto, inclusive un trabajador afectado con VIH podría acceder a una pensión de invalidez sin que resulte imperioso que desarrolle el SIDA, bastando solo que se configure un detrimento en la facultad física para el desarrollo de las labores asignadas. De este modo, será suficiente que el VIH afecte al trabajador de modo tal que una evaluación del estado individual clínico, de su estado virológico y de su estado inmunológico permita advertir un deterioro en su salud para que se haga factible el acceso a una pensión.

Como puede evidenciarse, el Manual de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (MECGI) aplicable a las pensiones de invalidez del Sistema Privado de Pensiones (SPP) no brinda un tratamiento particular al VIH/SIDA como enfermedad infecciosa, sino tan solo se incluye al SIDA en el listado de dolencias que pueden ocasionar una incapacidad superior al 70% de menoscabo cuando la neoplasia en estadio III y IV sea resultado de aquella. Es más, se señala expresamente que los afiliados portadores, vale decir, quienes padezcan de VIH, no pueden ser calificados como inválidos cuando no hayan desarrollado la enfermedad. Esta circunstancia no hace sino ratificar la postura ya mencionada en los fundamentos que anteceden, en el sentido de que las medidas legislativas o administrativas adoptadas en materia de tutela a las personas afectadas con VIH/SIDA resultan actualmente insuficientes para brindar una adecuada protección en los ámbitos de su desarrollo personal, y cuya causa, aparentemente, se puede encontrar en el desconocimiento de los efectos que esta enfermedad ocasiona en una persona y, por ende, en la sociedad en su conjunto, pues no es posible en estos días concebir a la persona humana como ente independiente ajeno a una estructura social, donde el deber de solidaridad constituye fuente del Estado Social y Democrático de Derecho.

Sobre el particular, este Tribunal ha señalado en la STC 0048-2004-PI/TC (fundamento 37) que: “el principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía en el punto central de su *ethos* organizativo. Así, el Constituyente, al

establecer en el art. 1 de la Constitución que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. 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 la especie, así como también de las demás especies (...).”

2.7. *La posición del Estado frente al VIH/SIDA y su naturaleza de enfermedad infecciosa de carácter terminal*

En la STC 02945-2003-AA/TC (fundamento 50), este Tribunal señaló que el pronunciamiento a favor de la demandante se explica no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia, que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA mediante la promulgación de la Ley 28.243, que modifica la Ley 26.626. Con esta afirmación la decisión del Tribunal articula la protección constitucional del indicado derecho fundamental con el desarrollo legislativo en materia de VIH/SIDA. En efecto, tal como se hizo en aquella oportunidad, es lo grave de la enfermedad y lo complejo de su tratamiento lo que obliga al Estado a enfrentarla con medidas multisectoriales con el objeto de conceder a todas las personas afectadas el acceso a la prevención, al tratamiento antirretroviral y a la atención integral de calidad.

2.8. *La calificación de la invalidez en las personas afectadas de VIH/SIDA*

De las constancias de autos y análisis de la reglamentación aplicable, resulta evidente que en Perú aún no se cuenta con criterios de evaluación específicos para la valoración de la enfermedad infecciosa de VIH/SIDA, los que, dada la particularidad de la patología y la especial protección constitucional que recae en quienes la padecen, deberían incluirse en la legislación que se viene expidiendo dentro del Plan Nacional de Lucha contra el Virus del Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual, aprobado por Ley 26.626, modificada por la Ley 28.243.

2.9. *La regla de la inmutabilidad en la comprobación de los pensionistas de invalidez con VIH/SIDA*

El control o la verificación del estado de invalidez de una incapacidad temporal o una incapacidad permanente no está sujeta a la regla de la inmutabilidad. Al respecto, se ha señalado que el sustento de la revisión se encuentra en el desarrollo del estado de la invalidez, pues es factible que se produzca un agravamiento o una mejoría de esta, o también la posibilidad de un error en la declaración del estado de invalidez derivado de datos inexactos o falsos consignados en el certificado médico.

El Estado tiene el deber de supervisar el eficaz funcionamiento del sistema de seguridad social, lo que genera la responsabilidad en la entidad previsional de utilizar todos los mecanismos a su alcance para el reconocimiento del derecho, lo

que implica la realización de un control *ex ante* que evite situaciones arbitrarias por un uso desmedido de su facultad de control. Debe acotarse que esta obligación se irradia a todas las entidades que participan en el proceso pensionario, toda vez que comparten, como en el caso de la pensión de invalidez, la responsabilidad de hacer efectivo el goce del derecho fundamental.

La regla descrita adquiere mayor significación y relevancia en el caso de la enfermedad de VIH/SIDA por ser enfermedad terminal, que genera una incapacidad de naturaleza permanente. En este sentido, conviene reiterar que el VIH/SIDA constituye una enfermedad viral consistente en la ausencia de respuesta inmunitaria (en <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sida>) que se agrava con el transcurso del tiempo, pues el virus, al reducir las células T CD4, deja al organismo en completa desprotección generando en la persona un estado de inmunodeficiencia, lo que a la postre permite que pueda ser atacada por cualquier infección oportunista producida por bacterias, hongos u otros virus que una persona sana sí podría enfrentar, ocasionándole la muerte.

Conforme a ello, este Tribunal considera que la regla de la inmutabilidad debe relativizarse ante la patología del VIH/SIDA debido a su carácter de enfermedad infecciosa terminal. Tal situación no afecta el sustento de la comprobación de la pensión de invalidez, pues la posibilidad de que se genere una mejoría en un paciente afectado de VIH/SIDA, que bien puede originarse en la efectividad del tratamiento antirretroviral, no incidirá en el carácter terminal de la enfermedad. Asimismo, el riesgo de que se produzca un error en la declaración del estado de invalidez resulta bastante improbable en el caso de una persona que padece VIH/SIDA, en la medida que el informe del médico evaluador, requisito previo a la declaración, se basa en un examen especial que tiene en cuenta diversos elementos, como la carga vírica, el recuento de linfocitos y la información clínica del paciente. En ese sentido, es pertinente mencionar que la regla de inmutabilidad no es un concepto absoluto y que tampoco la facultad de fiscalización o control posterior se encuentra exenta de límites, como en los supuestos en que la entidad previsional haya afectado el derecho al debido proceso. Esta afectación también se configura cuando la decisión administrativa no respeta adecuados términos de razonabilidad y proporcionalidad.

2.10. Análisis del caso concreto

Las circunstancias descritas en el expediente, a juicio de este Tribunal, evidencian un accionar irrazonable de la institución médica, que no ha seguido las pautas básicas para la valoración de la enfermedad de VIH/SIDA ni para la composición del CMCI al momento de efectuar la reevaluación derivada de este proceso constitucional; así como de la entidad previsional, que a pesar de calificar la incapacidad como permanente, ordena una nueva evaluación y pese a ello declara la extinción de la pensión, lo que constituye una incongruencia que contraviene el debido proceso en su dimensión material aplicable también al procedimiento administrativo que se desarrolla en torno a la calificación o comprobación del estado de invalidez.

Debe añadirse que mediante la Resolución 19.820-2008-ONP/DPR.SC/DL 19.990, del 21 de julio de 2008, la demandada, en cumplimiento del mandato

judicial recaído en la resolución 2 del 26 de mayo de 2007, que concede la medida cautelar, suspende los efectos de la resolución impugnada y reactiva provisionalmente la pensión de invalidez del demandante. Tal situación tiene como correlato que el actor se adscriba al sistema de seguridad social en salud y pueda seguir recibiendo el TARGA por parte de EsSalud, medicación que le permite mantener su estado de normalidad funcional y orgánica y paliar los efectos que la enfermedad terminal ocasiona en las personas que la padecen. Convalidar la actuación de la entidad previsional en este caso significaría no solo brindar legitimidad a una privación arbitraria de la pensión, sino lesionar el derecho a la salud del accionante con la suspensión del tratamiento antirretroviral combinado que, tal como se ha explicado, permite prolongar y mejorar la calidad de vida de las personas afectadas de VIH/SIDA, evitando que vivan en condiciones de inferioridad.

De lo expuesto, queda demostrado que la actuación de la ONP, al efectuar la comprobación de una pensión de invalidez cuyo origen fue la enfermedad infecciosa de VIH/SIDA, constituye una arbitrariedad que lesiona el derecho fundamental a la pensión del accionante. Del mismo modo, se ha verificado que el proceso administrativo seguido para la comprobación del estado de invalidez ha afectado los adecuados términos de razonabilidad en los que deben sustentarse las actuaciones de la Administración Pública, que en este caso adquiere una dimensión dañosa relevante, pues ha puesto en grave riesgo la salud y la vida del demandante. Por tal motivo, este Tribunal Constitucional estima la demanda.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, exp. N° 04749-2009-PA/TC, sentencia del 9-8-2011, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04749-2009-AA.html>>.



DIVISIÓN DE PODERES. DELEGACIÓN LEGISLATIVA. VALIDEZ. ALCANCES. ESTADO DE DERECHO. CARACTERÍSTICAS. PERIODICIDAD DE LAS FUNCIONES. **PODER JUDICIAL.** INDEPENDENCIA (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: el período para el cual había sido electo el actual Presidente de la Corte Constitucional concluía el 14 de agosto de 2011. El art. 176(1) de la Constitución de Sudáfrica dispone que los jueces de dicho tribunal ocupan su cargo durante un plazo no renovable de 12 años o hasta tanto alcancen la edad de 70 años, lo que suceda antes, a menos que una ley del Parlamento amplíe el plazo para el cual han sido electos. El art. 8(a) de la Ley de Remuneración y Condiciones de Empleo de los Jueces (Ley) autoriza al Presidente de la Nación a solicitar al Presidente de la Corte que esté a punto de retirarse que continúe ocupando el cargo durante el tiempo adicional que establezca.

En tres casos, los peticionantes solicitaron a la Corte Constitucional que declarara que el art. 8 de la Ley violenta el art. 176(1) de la Constitución. Todos ellos alegan que la mencionada cláusula constitucional autoriza a una “ley del Parlamento” a ampliar el plazo durante el cual se ocupa el cargo de Presidente de la Corte Constitucional. En consecuencia, en la medida en que el art. 8(a) otorga

esta atribución al Presidente de la Nación, hace una delegación ilegal de facultades legislativas. FUL y JASA invocaron un segundo fundamento. Alegaron que la frase “un juez de la Corte Constitucional” incluida en la segunda mitad del art. 176(1) autoriza al Parlamento a ampliar el plazo durante el cual cualquiera de los integrantes de la Corte Constitucional permanece en el cargo, no exclusivamente el Presidente de dicho tribunal. Afirmaron que la Ley contradice la Constitución porque permite que solamente el cargo de Presidente de la Corte Constitucional pueda ocuparse durante un período más prolongado, sin dejar abierta esta posibilidad al resto de los jueces de dicho tribunal.

El Presidente de Sudáfrica y el Ministro de Justicia y Desarrollo Constitucional alegaron que el Parlamento no ha delegado sus atribuciones, sino que, de hecho, ha extendido el plazo durante el cual el Presidente de la Corte Constitucional ocupa su cargo al autorizar al Presidente de la Nación a hacerlo pidiéndole a dicho juez que permanezca en servicio activo. El Presidente sudafricano y el Ministro, con el respaldo de CALS y CASAC, alegaron que el art. 176(1) no permite la ampliación del período en que permanece en el cargo una categoría de juez de la Corte Constitucional como es el Presidente de la misma.

NADEL y la BLA alegaron, en su calidad de *amici curiae*, que si declaraba la inconstitucionalidad de la norma atacada, la Corte debía dejar en suspenso la orden de invalidez para dar al Parlamento una oportunidad de remediar el defecto. El legislador Mario Orini-Ambrosini, también admitido como *amicus*, brindó a la Corte cierta información y le solicitó que diera pautas al Parlamento con relación a lo que resultaba necesario para subsanar el defecto. La presentación del *Democratic Governance and Rights Unit* en el sentido de que el Parlamento puede ampliar el plazo durante el cual un determinado juez ocupa su cargo fue considerada por la Corte pese a que la *Unit* no pudo ser admitida como *amicus* antes de la celebración de la audiencia.

Al final de los alegatos, las partes coincidieron en que se debía conceder el acceso directo a la Corte Constitucional y en que el caso debía ser resuelto con urgencia a fin de que el Parlamento tuviera tiempo, en caso de que fuera necesario, para subsanar el defecto antes del 14 de agosto de 2011, fecha en que concluía el período para el cual había sido designado el Presidente de la Corte.

El Presidente de la Corte no intervino en la resolución de estos casos, excepto para decir que se somete a la decisión de la Corte Constitucional.

2. Sentencia: se concede el acceso directo a esta Corte Constitucional. Se declara la inconstitucionalidad del art. 8(a) y de todos los actos realizados conforme a dicha norma. La ampliación del mandato del Presidente de la Corte no tiene fuerza legal. Se imponen las costas a los apelados.

Por unanimidad se declara que el art. 176(1) debe interpretarse en el marco de los imperativos constitucionales del Estado de derecho, separación de poderes e independencia del Poder Judicial, de los cuales la imposibilidad de desempeñarse durante otro período en un cargo es una característica importante.

En este contexto, esta Corte determina que el art. 8(a) permitía al Presidente de la Nación ampliar el período durante el cual el Presidente de la Corte Constitucional ocupa su cargo. De ese modo, se usurpaban atribuciones del Parlamento. Solo el

Parlamento tiene facultades para extender el período en que un juez de la Corte Constitucional permanece en su cargo. Por lo tanto, la norma atacada instrumentaba una delegación ilícita de atribuciones legislativas.

En segundo lugar, adecuadamente interpretada, la expresión “juez de la Corte Constitucional” incluida en la segunda mitad del art. 176(1) no permite brindar un tratamiento singular a ninguno de los jueces de la Corte Constitucional a los fines de la ampliación de los períodos durante los cuales ocupan sus cargos.

Tres miembros de esta Corte consideran que el art. 176(1) permitiría brindar un tratamiento diferenciado al Presidente de la Corte Constitucional si este se instrumentara a través de una ley del Parlamento de aplicación general, racionalmente vinculada a un objetivo legítimo del gobierno y a la promoción de la independencia del Poder Judicial. Sin embargo, estimaron que estas exigencias no se encuentran satisfechas en este caso.

No resulta justo ni equitativo ordenar una suspensión de esta orden de invalidez por dos razones: en primer lugar, la información brindada a esta Corte para justificar dicha petición resulta insuficiente; en segundo lugar, no resulta apropiado suspender una declaración de invalidez de una norma que aún no se ha aplicado en los hechos, en circunstancias en las cuales no pueden surgir trastornos serios.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, casos acumulados CCT 53/11, CCT 54/11 y CCT 62/11, *Justice Alliance of South Africa v. President of the Republic of South Africa and Others*, *Freedom Under Law v. President of the Republic of South Africa and Others* y *Centre for Applied Legal Studies and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, respectivamente, sentencia del 29-7-2011, en <<http://41.208.61.234/uhtbin/cgiisirs/20111007213144/SIRSI/0/520/J-CCT53-11A>>.



FAMILIA. FILIACIÓN. FILIACIÓN LEGÍTIMA. CARACTERES. POSESIÓN DE ESTADO. PRESUPUESTOS. **MATERNIDAD SUBROGADA.** VALIDEZ DEL CONTRATO. INSCRIPCIÓN REGISTRAL. REQUISITOS. **ORDEN PÚBLICO** (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: en el año 2001, en el estado de Minnesota, Estados Unidos, la señora B dio a luz a la niña Y, nacida de la unión de los gametos del señor X y del óvulo de una donante anónima, tras haber suscripto un contrato de gestación por cuenta ajena con el señor y la señora X, de nacionalidad francesa. Un juez local comprobó que el padre biológico de Y era el señor X, que a este se le había confiado la tenencia de la niña, y que la señora B y su esposo habían renunciado a los derechos derivados de la patria potestad sobre ella. De la partida de nacimiento de Y, librada por el estado de Minnesota, surge que los padres son los señores X.

Al regresar a Francia, el juez que entendía en la tenencia otorgó a los señores X un acta de notoriedad que constataba que Y poseía el estado de hija legítima de los señores X.

Entonces, el Sr. y la Sra. X promovieron una acción tendiente a lograr la transcripción del acta de notoriedad en el registro civil francés y, subsidiariamente, a

obtener la filiación paternal de Y por la posesión de estado. El Ministerio Público se opuso. El Tribunal de Apelaciones de Douai anuló la transcripción alegando que el orden público internacional francés es contrario a tal acto.

Los señores X interpusieron un recurso ante la Corte de Casación contra de la sentencia del Tribunal de Apelaciones.

2. Sentencia: se rechaza el recurso.

La posibilidad de que un contrato de gestación por cuenta ajena, nulo de nulidad absoluta por violentar el orden público conforme a lo dispuesto por los arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil, produzca efectos resulta contrario al principio esencial del derecho francés de indisponibilidad del estado de las personas. En Francia, dicho principio impide que la posesión de estado sea invocada para establecer la filiación con base en dicho contrato, aunque este se haya celebrado válidamente en el extranjero, porque resulta contrario al orden público internacional francés.

Por consiguiente, el Tribunal de Apelaciones, con buen criterio, ha rechazado la demanda de los señores X, señalando que, de acuerdo con el contrato de gestación por cuenta ajena celebrado en los Estados Unidos, la posesión de estado de Y no puede producir ningún efecto en relación con el establecimiento de su filiación; que dicha situación –que no priva a la niña de la filiación maternal y paternal que el derecho del estado de Minnesota le reconoció ni le impide vivir con los señores X en Francia– no vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar del niño en el sentido del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni su interés superior, garantizado por el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, sentencia N° 371 del 6-4-2011, en <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/371_6_19627.html>.



FAMILIA. FILIACIÓN. FILIACIÓN LEGÍTIMA. POSESIÓN DE ESTADO. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD. LEGITIMACIÓN ACTIVA (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: cuando el señor X, padre legal de su hija de diez años, comprobó mediante un análisis de ADN que no era su padre biológico, impugnó su paternidad ante el tribunal de primera instancia de Louvain, Bélgica (el Tribunal). Este comprobó que la niña tenía la posesión de estado del padre y que, por ello, en virtud de lo dispuesto por el art. 318.1 del Código Civil (CC), la demanda no podía ser acogida. Según el demandante, el derecho al respeto por la vida privada y familiar garantizado por el art. 22 de la Constitución y por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) incluye el derecho de cada uno de los interesados –padres o hijos– a promover una acción judicial que puede tener repercusiones en su vida privada o familiar o a intervenir en dicho procedimiento. Asimismo, el demandante alegó que la noción de “posesión de estado” a la que se refiere el art. 331 *nonies* CC y, en particular, la exigencia del carácter continuo de esta no han variado a pesar de la reforma del régimen de filiación y de la introducción del

régimen del art. 318.1 CC mediante la ley del 1º de junio de 2006. Asimismo, alegó que la norma es discriminatoria, ya que instaura una diferencia de trato inaceptable entre los cónyuges en cuanto titulares de la acción de impugnación de la paternidad en términos del momento en que hayan tenido o podido tener conocimiento de que no eran los padres biológicos. Argumentó también que ni la protección de la estabilidad del vínculo de filiación ni el interés del niño en manera alguna justifican esta tan importante restricción a la legitimación activa para promover esta acción, que resulta desproporcionada.

Dicho Tribunal anotó que el derecho fundamental consagrado en el art. 8 de la Convención también se encuentra garantizado por el art. 22 de la Constitución. Por ello, con base en el art. 26.4 de la Ley Especial del 6 de enero de 1989 sobre la Corte Constitucional, el tribunal de primera instancia planteó a esta si el art. 318.1 CC se compadece con el art. 22 de la Constitución en conjunción con el art. 8 de la Convención, en cuanto la impugnación de paternidad no puede ser acogida si el menor tiene la posesión de estado del marido de la madre.

2. Sentencia: el art. 318.1 del CC viola el art. 22 de la Constitución en conjunción con el art. 8 de la Convención en la medida en que no permite acoger una demanda de impugnación de paternidad cuando el menor tiene la posesión de estado del marido de la madre.

El art. 318.1 CC dispone: “A menos que el niño tenga la posesión de estado del marido de la madre, la presunción de paternidad puede ser impugnada por la madre, por el hombre respecto del cual se establece la filiación y por la persona que reivindica la paternidad del menor”.

Asimismo, el art. 331 *nonies* CC dispone: “La posesión de estado debe ser continua”. Esta se establece con base en hechos que indican la relación de filiación tales como cuando el niño siempre ha llevado el apellido de quien se dice su padre o madre, o este o esta siempre lo han tratado como hijo suyo o han proveído a su manutención y educación en calidad de padre o de madre, o el niño es reconocido como hijo suyo por la familia y por la sociedad, o la autoridad pública lo considera como tal.

En un principio, no existía unanimidad respecto a si la posesión de estado debía impedir toda impugnación de la filiación legítima, entre otros factores porque esta noción no coincide necesariamente con la del interés superior del menor y porque el concepto de paz familiar que intenta proteger ha evolucionado rápidamente. El legislador tuvo la intención de amparar el vínculo de filiación, por un lado manteniendo la posesión de estado y, por el otro, evitando la acción de terceros, como los abuelos.

Por otra parte, el art. 22 de la Constitución reza: “Todos tienen derecho al respeto de su vida privada y familiar, salvo en los casos y condiciones establecidos por la ley. La ley, el decreto o la regla contemplada en el art. 134 garantizan la protección de este derecho”. El art. 8 de la Convención reza: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad

pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El constituyente intentó buscar la mayor concordancia posible con el art. 8 de la Convención a fin de evitar toda impugnación del contenido de este y del artículo de la Constitución.

El régimen jurídico de la relación del padre y el hijo nacido del vínculo matrimonial concierne a la vida privada del padre. En efecto, la expresión “toda persona” incluida en el art. 8 de la Convención alude tanto al hijo como al presunto padre. Además, el derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en las normas precitadas tiene por objeto proteger a las personas de las injerencias en su vida privada y familiar. Ni el art. 22.1 de la Constitución ni el art. 8 de la Convención excluyen la injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho, sino que exigen que ella esté prevista en una norma jurídica suficientemente precisa que esté vinculada a una necesidad social imperiosa y que sea proporcionada al objetivo legítimo que persigue. Estas normas determinan la obligación positiva que tienen las autoridades públicas de adoptar medidas que aseguren el efectivo respeto de la vida privada y familiar, incluso en la esfera de las relaciones entre individuos.

El margen de apreciación del legislador no es ilimitado: para evaluar si una norma legal se compeadece con el derecho al respeto de la vida privada, es preciso verificar si el legislador encontró un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses en pugna. Para ello, no es suficiente que haya hecho un balance de los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto, sino que debe igualmente velar por el equilibrio entre los intereses contrapuestos de los interesados, a riesgo de tomar una medida que no sea proporcional a los objetivos legítimos perseguidos. Tal equilibrio de intereses debe conducir a que la realidad biológica y social prevalezca sobre una presunción legal que choca con los hechos establecidos y los deseos de las personas involucradas, sin realmente beneficiar a nadie.

El interés potencial del hijo de beneficiarse de la posesión de estado de hijo del marido de su madre no puede prevalecer sobre el derecho legítimo de este último a tener al menos una oportunidad de cuestionar la paternidad de un niño que, según los estudios científicos, no es suyo. Una situación en la que una presunción legal puede prevalecer por sobre la realidad biológica no debería ser compatible con la obligación de garantizar el respeto efectivo de la vida privada y familiar, incluso tomando en consideración el margen de apreciación que tiene el legislador.

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, la circunstancia de que una persona nunca haya sido autorizada a impugnar su paternidad no es proporcional a los objetivos legítimos perseguidos, porque de esta manera no se ha buscado un justo equilibrio entre el interés general en proteger la seguridad jurídica de los vínculos familiares y el derecho del interesado a obtener una revisión de la presunción legal de paternidad a la luz de los exámenes biológicos.

La paz de las familias y la seguridad jurídica de los vínculos familiares, por una parte, y el interés del niño, por la otra, constituyen objetivos legítimos que el legislador puede tener en cuenta para impedir que la impugnación de paternidad pueda

ser ejercida sin límite. En relación con esto, resulta pertinente no hacer prevalecer *a priori* la realidad biológica sobre la realidad socio-afectiva de la paternidad.

Al marido de la madre que de buena fe asumió la paternidad socio-afectiva se le niega de manera absoluta la posibilidad de impugnar la paternidad porque su actitud de buena fe precisamente ha contribuido a la realización de los hechos constitutivos de la posesión de estado. En consecuencia, no existe ninguna posibilidad de que el juez tenga en cuenta los hechos establecidos y los intereses de todas las partes involucradas.

Una medida semejante no es proporcional a los objetivos legítimos perseguidos por el legislador y por ello no se compece con el art. 22 de la Constitución en conjunción con el art. 8 de la Convención.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia N° 20/2011 del 3-2-2011, en <<http://www.const-court.be/>>.



HÁBEAS CORPUS. DERECHO A LA LIBERTAD. RESTRICCIONES. CONSTITUCIONALIDAD. **PRISIÓN PREVENTIVA.** FUNDAMENTACIÓN. **SENTENCIAS.** FUNDAMENTACIÓN (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el recurrente interpuso demanda de hábeas corpus contra un juez penal y contra los vocales de una Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, Perú, solicitando que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales a través de las cuales se había desestimado su pedido de variación del mandato de detención. Alegó la afectación de sus derechos a la libertad individual y a la motivación de las resoluciones judiciales. Al respecto, afirmó que solicitó la variación de la medida coercitiva de la libertad sobre la base de una transacción extrajudicial realizada con su coprocesado, los certificados médicos de los agraviados y su declaración instructiva, pero que los emplazados no realizaron pronunciamiento alguno en cuanto a estos puntos. Señaló que la declaración de los agraviados demuestra que su conducta ha variado. Manifestó que en la transacción extrajudicial se indicaba que no había existido robo alguno, sino una gresca que se había suscitado en forma circunstancial, y que no se habían precisado argumentos objetivos que determinen el peligro procesal. Precisó que suscribía la demanda porque los emplazados se habían negado a variar el mandato de detención por el de comparecencia. Por su parte, el vocal superior señaló que la resolución confirmatoria de la improcedencia del pedido de variación se encontraba debidamente fundamentada, por lo que la demanda debía ser desestimada.

El Primer Juzgado Penal de la Provincia de Huancayo declaró infundada la demanda por considerar, principalmente, que el proceso penal tramitaba en forma regular, y que de ello resultaba que el actor estaba intentando que la justicia constitucional se avocara al conocimiento de cuestiones que son de competencia exclusiva de la ordinaria, como lo es el valorar la prueba incorporada al proceso.

La Sala Superior revisora confirmó la sentencia apelada por considerar que la aludida transacción judicial no formaba un nuevo acto de investigación, ya que

fue incorporada al proceso en un momento anterior a la emisión del mandato de detención. Agregó que los jueces emplazados se habían pronunciado en cuanto al peligro procesal, por lo que no era cierto el argumento del recurrente.

Entonces, el recurrente apeló ante el Tribunal Constitucional de Perú.

2. Sentencia: se declara infundada la demanda al no haberse acreditado la vulneración al derecho a la libertad individual del actor.

El derecho a la libertad personal no es absoluto, pues conforme a lo señalado en el art. 2, inc. 24 *a)* y *b)* de la Constitución, está sujeto a regulación de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física pero no por ello es *per se* inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, tanto más si legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado, lo que debe ser apreciado en cada caso en concreto.

En efecto, la detención judicial preventiva debe ser una medida provisoria, es decir que su mantenimiento solo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado, pues las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que significa que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, la misma sea variada, criterio que guarda concordancia con la previsión legal establecida en el último párrafo del art. 135 del Código Procesal Penal, que señala que “el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

Este Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el caso *Vicente Ignacio Silva Checa* que la justicia constitucional no es competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva, lo cual es tarea que compete a la justicia penal ordinaria; sin embargo, sí es su atribución verificar si estos presupuestos concurren de manera simultánea y que su imposición se haya adoptado acorde a los fines y al carácter subsidiario y proporcional de dicha institución. En dicho sentido, resulta válido que la citada medida se mantenga en tanto persistan los presupuestos que dieron lugar a su dictado. Asimismo, esta medida deberá ser variada en caso de que desaparezca uno de los presupuestos que la sustentaron. Cabe señalar, además, que las resoluciones que se pronuncian respecto al pedido de variación de la medida cautelar de la libertad deben cumplir con la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

El art. 139, inc. 3 de la Constitución establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. En consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional administra justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites al ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la

necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas (art. 139, inc. 5 de la Constitución) es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, se garantiza, por un lado, que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (art. 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

Al respecto, se debe indicar que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

En el presente caso, este Tribunal aprecia que los órganos judiciales emplazados mediante las resoluciones judiciales cuestionadas han expuesto suficientes argumentos a efectos de declarar y confirmar la improcedencia de la variación del mandato de detención. A criterio de este Tribunal, la referida fundamentación cumple con la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, adecuada a las condiciones legales de la materia, ya que expresa una suficiente justificación que en los términos de la Constitución resulta razonable a efectos de desestimar la pretendida variación del mandato de detención.

En este sentido, se advierte que la improcedencia de la variación del mandato de detención que se cuestiona no reviste arbitrariedad en tanto se encuentra suficientemente motivada, lo que se expresa en los fundamentos de las resoluciones cuestionadas.

En consecuencia, la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado la vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en conexidad con el derecho a la libertad individual del recurrente.

Nota del Instituto: la sentencia recaída en el caso *Vicente Ignacio Silva Checa*, Expediente N.º 1091-2002-HC/TC, puede consultarse en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01091-2002-HC.html>>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, expediente N° 02408-2011-PHC/TC, sentencia del 5-9-2011, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02408-2011-HC.html>>.



INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. INMUNIDAD SOBERANA. ALCANCES. **DEUDA PÚBLICA.** PROCEDIMIENTO VINCULADO A UNA TRANSACCIÓN COMERCIAL. OPERACIONES REALIZADAS POR EL BANCO CENTRAL. EMISIÓN DE BONOS DE DEUDA PÚBLICA (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: esta apelación se vincula con los bonos emitidos por la República Argentina en relación con los cuales, al igual que en relación con el resto de su deuda, Argentina declaró una moratoria en diciembre de 2001.

La apelante NML Capital Limited (NML) es una filial de un fondo de Nueva York que compró los bonos a poco más de la mitad de su valor nominal entre junio de 2001 y septiembre de 2003, y posteriormente demandó a la Argentina ante los tribunales de Nueva York.

El 11 de mayo de 2006, NML logró que un tribunal federal de Nueva York dictara una sentencia de puro derecho (*summary judgment*) en relación con los bonos por más de USD 284 millones. Posteriormente, intentó hacer valer la sentencia ejecutando los activos que Argentina tiene en Inglaterra, promoviendo en Londres una acción fundada en el *common law* relacionada con dicha sentencia.

NML solicitó autorización para dar traslado a Argentina de la demanda fuera de la jurisdicción, invocando inicialmente dos razones en virtud de las cuales Argentina carecía de inmunidad soberana: la primera era que Argentina había renunciado a la inmunidad en una de las cláusulas de su acuerdo con el *Bankers Trust* para emitir los bonos; y la segunda, que la pretensión constituía un “procedimiento vinculado a una transacción comercial” (“*proceedings relating to a commercial transaction*”) y, por lo tanto, caía dentro de la excepción prevista en el art. 3(1)(a) de la *State Immunity Act* de 1978 (Ley de 1978). Se hizo lugar a lo peticionado y se hizo el traslado de la demanda. Entonces, Argentina pidió que se dejara sin efecto la orden de dar este traslado.

NML se opuso a esta pretensión con dos fundamentos: lo dispuesto por el art. 31 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act* de 1982 (Ley de 1982) y los términos relativos a la renuncia y a la jurisdicción de los propios bonos.

La *High Court* desestimó la solicitud formulada por Argentina, pero la *Court of Appeal* revocó esta decisión porque consideró que Argentina gozaba de inmunidad soberana.

Entonces, NML interpuso una apelación ante la Suprema Corte del Reino Unido.

2. Sentencia: por unanimidad, se hace lugar a la apelación interpuesta. Lord Phillips y Lord Clarke encontraron que la pretensión cae dentro del ámbito del art. 3(1)(a) de la Ley de 1978. Por su parte, Lord Mance, Lord Collins y Lord Walker estuvieron en desacuerdo a este respecto, pero todos los jueces resolvieron que se debía hacer lugar a la apelación en razón de lo dispuesto por el art. 31 de la Ley de 1982, el sometimiento a otra jurisdicción y la renuncia a la inmunidad que Argentina había hecho en los bonos.

2.1. El alcance del art. 3(1)(a) de la Ley de 1978

Los arts. 1 a 11 de la Ley de 1978 establecen cuál es el alcance de la inmunidad soberana en el derecho británico.

Durante el siglo XX, hubo un creciente reconocimiento a nivel mundial de la “doctrina restrictiva” de la inmunidad soberana, conforme a la cual gozan de inmunidad los actos gubernamentales realizados en ejercicio de la autoridad soberana, pero no las actividades comerciales realizadas por el Estado.

El art. 3(1)(a) deja en claro que el Reino Unido adopta esta doctrina restrictiva. El contexto en el que debemos interpretar la expresión “procedimiento vinculado a una transacción comercial” en este caso es el pedido de ejecución de una

sentencia a la cual, de no existir inmunidad soberana, se debería hacer lugar en virtud de lo dispuesto por la Regla 6.20(9) de Procedimiento Civil.

Lord Phillips y Lord Clarke consideraron que las palabras “vinculado a” (“*relating to*”) deben interpretarse amplia y no restrictivamente. El proceso se vincula a la sentencia extranjera y a la transacción material de dicha sentencia.

Si bien es improbable que el Parlamento haya pensado que la Ley de 1978 se debía aplicar a las sentencias extranjeras en una época en que no había un mecanismo procesal para notificar al demandado fuera de la jurisdicción, lo cierto es que al art. 3(1)(a) se le debe dar un significado actualizado que se compadezca con el fin perseguido por la Ley.

Lord Mance consideró que no se justificaba tratar la forma en que las palabras con que está redactado el art. 3(1)(a) se aplican a una sentencia extranjera dictada contra un Estado extranjero, materia que desde hace tiempo ha sido considerada un área especial del derecho internacional privado.

El art. 31 de la Ley de 1982 fue el instrumento a través del cual el Parlamento logró, por primera vez, dar un tratamiento integral a la cuestión de la inmunidad soberana en relación con las sentencias extranjeras.

Lord Collins (voto al que adhirió Lord Walker) señaló que en los acuerdos de empréstitos internacionales y de emisión de bonos, a partir de la década de 1970, casi invariablemente se incluyen cláusulas que establecen el sometimiento a la jurisdicción nacional y la renuncia a la inmunidad. Se mostró partidario, entonces, de una interpretación restrictiva del art. 3(1)(a). Estimó que no había ninguna razón, en términos políticos, para atribuirle un significado más amplio, a la luz del art. 31 de la Ley de 1982 y del difundido uso de las renunciaciones expresas.

2.2. Efecto del art. 31 de la Ley de 1982

El art. 31 de la Ley de 1982 reflejó y en parte reemplazó las causales de exención de inmunidad soberana establecidas en la Ley de 1978 en lo que concierne a las sentencias extranjeras. Fue un esquema alternativo y no un obstáculo adicional. La inmunidad soberana no podía invocarse para oponerse al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera si, de acuerdo con los principios del derecho internacional reconocidos en esta jurisdicción, el Estado contra el cual se había dictado la sentencia no gozaba de inmunidad soberana respecto a la pretensión formulada en esa demanda.

2.3. ¿Incluyen los bonos un sometimiento a la jurisdicción de los tribunales británicos?

La *High Court* decidió correctamente que el compromiso incluido en los bonos, más que una mera renuncia, equivalía a un sometimiento a la jurisdicción. Este fue el único significado que esa disposición razonablemente pudo tener.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *NML Capital Limited v. Republic of Argentina*, sentencia del 6-7-2011, en <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0065_Judgment.pdf>.



JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. ACTOS ILÍCITOS. ASOCIACIÓN ILÍCITA. DETENCIÓN ILEGAL. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN. **TERRORISMO** (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el 2 de octubre de 2009, cuando el atunero de bandera española Alakrana se encontraba faenando en alta mar, fue abordado por unas doce personas con armas de fuego que se acercaron a la embarcación en dos esquifes, con la intención de secuestrar a la tripulación, como medio de obtener un rescate por su liberación. Controlada la embarcación y sus tripulantes, Felipe y el resto de los asaltantes conminaron con sus armas al capitán y al patrón a entregarles cuantos objetos de valor y dinero hubiera en la caja fuerte del barco, y se apropiaron de los 50.000 euros que, aproximadamente, había en su interior. Del mismo modo, conminaron a la tripulación a entregarles sus pertenencias. Posteriormente, obligaron a la tripulación a subir los dos esquifes a bordo utilizando las grúas del pesquero, operación en la que resultó dañado uno de sus motores. Entonces, los asaltantes obligaron, rifle en mano, al patrón y al capitán a dirigir el pesquero hasta el lugar donde se encontraba un esquife de mayor tamaño, provisto con grandes cantidades de combustible y en el que se encontraban los acusados Raagegsey Hassan Adji y Cabdullahi Cabduwily, mayores de edad y sin antecedentes penales, quienes, una vez en el pesquero con sus correspondientes armas, ordenaron remolcar su embarcación, realizando con los demás labores de vigilancia de la tripulación en el comedor o en la cocina, durante el tiempo que permanecieron a bordo.

Una noche, los citados acusados abandonaron el pesquero y regresaron a su embarcación a la que trasladaron varios de los efectos y dinero sustraídos por sus compañeros.

Conocido el secuestro del pesquero por los servicios de vigilancia del Centro de Operaciones, Vigilancia y Acción Marítima (COVAM), del que formaba parte la fragata Canarias, esta detectó, a través del radar, que uno de los esquifes se alejaba del pesquero, lo que determinó su localización a través del helicóptero de la fragata, y el posterior desembarco de algunos marineros en dos lanchas cuyos tripulantes abordaron finalmente el esquife y procedieron al traslado de los criminales a la fragata, donde ambos permanecieron custodiados hasta su desembarco y posterior traslado a la Base Aérea de Torrejón de Ardoz.

Mientras tanto, en el atunero, los tripulantes fueron obligados a permanecer en sus camarotes. Los secuestradores conocieron a través de la BBC de la radio del barco –que emitía dos horas diarias en somalí– la noticia de la detención de sus dos compañeros y su posterior traslado a España, con lo que aumentaron las formas de intimidación hacia la tripulación, que en esas fechas ignoraban que el esquife de los acusados había sido aprehendido y sus ocupantes, detenidos. Entre estas, los obligaron a abandonar sus camarotes y a reunirse en el puente, donde debían tumbarse boca abajo y, en tal situación, estando todos ellos apelotonados y tratando inútilmente de protegerse, los secuestradores empezaron a disparar por encima de sus cabezas ráfagas con rifles, metrallas montadas en sus trípodes y bazokas, burlándose y haciendo mofa del pánico que mostraban sus rostros, y de la propia descomposición que experimentaban sus organismos, mientras los amenazaban diciéndoles que si los

acusados no venían, no serían soltados –*no come, no go*–, añadiendo que algunos de ellos serían entregados a las familias de los acusados para que hicieran lo que quisieran con ellos en tanto no fueran liberados.

Con esa misma intención de aumentar el miedo y el desasosiego a la tripulación, los conminaron a llamar a sus familias no solo para informarles, de viva voz, de la desesperada situación en la que se encontraban, sino para hacerles saber que si los acusados no eran entregados o no se cumplían las condiciones que los secuestradores exigían, serían entregados a las familias de los acusados para que hicieran de ellos lo que quisieran.

Cuando le llegó el turno al patrón, en vez de comunicarse con su familia, llamó, en un descuido de sus captores, a la fragata Canarias para preguntarles si la noticia de la detención de los dos acusados había salido publicada, y tras recibir una respuesta afirmativa, lamentó profundamente y con enojo la difusión de la noticia pensando que no saldrían con vida.

Para dar más verosimilitud al peligro de perder sus vidas, los secuestradores, tal como ya habían amenazado, escogieron a tres miembros de la tripulación con la intención de llevarlos a tierra para entregarlos a las familias de los acusados e hicieron con ellos lo que quisieran y los embarcaron a tal efecto en uno de sus esquifes con el que se dirigieron hacia la costa, tras lo cual regresaron subrepticamente al pesquero con el objeto de que su presencia no fuera advertida por el resto de la tripulación y ocultándolos hasta la finalización del secuestro en un camarote.

En estas condiciones, Felipe ordenó poner rumbo hacia las costas de Somalía hasta llegar a un fondeadero situado a una o dos millas de la costa y en el que se encontraban unos 20 barcos secuestrados, entre ellos, el Ariadna, al que los asaltantes obligaron a dar combustible y cuya tripulación, entre la que se encontraban dos mujeres y un bebé, presentaba evidentes síntomas de desnutrición y agotamiento, haciéndoles entrega, además del combustible, de comida, agua y medicinas.

Durante el tiempo que duró el secuestro del Alakrana, acudía con frecuencia al pesquero un tal Yama –llamado por la tripulación el “negociador”– que, por una parte, y con anuencia de Felipe, transmitía a la tripulación las oportunas órdenes a través del capitán Moises, hablando entre ambos en inglés; por otra, daba órdenes a los secuestradores poniendo un poco de orden, y por otra, mantenía frecuentes contactos telefónicos con el representante legal de la empresa armadora, Aurelio, para negociar las condiciones del rescate y al que le exigió, para la devolución del pesquero y de la tripulación, USD 10 millones y la entrega de los dos detenidos. Posteriormente, el curso de las negociaciones con el tal “Yama” continuó con un tal “Pepe”, quien, como su antecesor, le hizo ver la imposibilidad de entrega de los acusados al estar detenidos a disposición de la justicia española; de modo que las negociaciones se centraron en el aspecto económico.

Llegados a un acuerdo sobre la cantidad inicialmente exigida por “Yama”, el 17 de noviembre de 2009 acudieron al pesquero, que seguía en el fondeadero a escasa distancia de la costa, unos 30 o 40 secuestradores además de los 20 que solían estar en la embarcación diariamente, a la espera de la recepción de la cantidad negociada, que fue arrojada, desde una avioneta, en el interior de dos cilindros que cayeron al mar

junto al pesquero y que inmediatamente fueron recogidos por los asaltantes, quienes, acto seguido, empezaron a abandonar el pesquero.

A partir de entonces, se acercaron al pesquero, con intención de protegerlo y evitar un nuevo apresamiento, dos helicópteros de la fragata Canarias y esta última hasta las proximidades de las islas Seychelles.

Como consecuencia de los cuarenta y siete días en que los 36 miembros de la tripulación estuvieron secuestrados, todos ellos padecieron, en mayor o menor medida, una situación de stress que les ha afectado el sueño durante lapsos diversos de tiempo, según la propia reacción de cada uno, lo que ha ido desapareciendo paulatinamente en la mayoría de los casos; además, y como ya se ha indicado, han sido privados de las cantidades de dinero que cada uno de ellos guardaba y de pertenencias tales como ordenadores, radios y ropa.

2. Sentencia: se condena a Cabdiweli Cabdullahi y a Raagegese Hassan Ají como autores criminalmente responsables de los delitos que a continuación se exponen, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas siguientes:

Por el delito de asociación ilícita, al que el CP señala una pena de entre uno y tres años de prisión y multa de entre 12 y 24 meses, se impone a cada uno de los acusados la pena de dos años de prisión y multa de doce meses a razón de □ 6 diarios.

Por los 36 delitos de detención ilegal, previstos en el art. 163.3 en relación con el art. 164 CP, en los que se prevé una pena de entre 8 y 12 años, se impone a cada uno de los acusados 36 penas de 11 años de prisión.

Por el delito de robo con violencia, previsto y penado en el art. 242, inc.2 CP, con una pena de entre 5 y 7 años y medio, la pena de 5 años de prisión, que constituye el máximo de las pedidas por dos de las acusaciones.

Por los 36 delitos contra la integridad moral del art. 173 CP, castigado con una pena de entre 6 meses y dos años, 36 penas de un año de prisión, que constituye el tope de pena solicitado por una de las acusaciones particulares.

En materia de costas, se impone a los acusados el pago por mitad de las causadas, incluyendo expresamente las de las dos acusaciones particulares.

Igualmente, se absuelve a los citados acusados de los siguientes delitos imputados por las acusaciones particulares:

- 36 delitos de terrorismo;
- un delito de pertenencia a banda armada;
- un delito de lesiones;
- un delito de torturas.

En materia de responsabilidad civil, se condena conjunta y solidariamente a los acusados al abono, a cada tripulante, de las cantidades siguientes: por el dinero y efectos apropiados, □ 2.500, y por los daños morales, □ 100.000.

Será de abono a los acusados el tiempo que han estado privados de libertad.

2.1. La jurisdicción española sobre los hechos viene determinada por la dicción del párrafo 1º del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas

cometidos bien en territorio español o bien a bordo de buques o aeronaves españoles, dejando a salvo lo que dispongan los tratados internacionales de los que España sea parte.

Pues bien, son precisamente los tratados en vigor suscritos por España los que ratifican la jurisdicción española: así, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima del 10 de marzo de 1988 (arts. 3, 6 y 7); la Convención sobre el Derecho del Mar (art. 105); y la Acción Común 2008/851 PESC del Consejo del 10 de noviembre de 2008, relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada frente a las costas de Somalía, adoptada en apoyo y bajo cobertura de las resoluciones 1814, 1816 y 1838 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (art. 12).

Por su parte, la competencia de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional está atribuida en el art. 65 e) de la referida LOPJ .

2.2. Los acusados impugnaron la inadmisión de la prueba relativa a la desclasificación por parte del Gobierno de determinadas actuaciones atinentes al pago del rescate, en la medida en que tal prueba perjudica su derecho de defensa.

La prueba practicada en el acto del juicio ha demostrado, sin duda alguna, que no ha sido la empresa armadora, sino organismos públicos vinculados al Gobierno español quienes han satisfecho la cantidad que se ha abonado por la liberación de los tripulantes y del propio pesquero, haciendo innecesaria la solicitud de desclasificación documental solicitada por la defensa; sin que, por lo demás, la inadmisión de tal medio de prueba pueda acarrear perjuicio alguno para la calificación del tipo penal, que no exige el cumplimiento de la condición, sino su mera existencia.

2.3. Los hechos así relatados constituyen, a juicio del Tribunal, para los acusados los siguientes delitos: un delito de asociación ilícita del art. 515 CP; 36 delitos de detención ilegal, previstos en el art. 163.3 en relación con el 164, inc. 2; 36 delitos contra la integridad moral, previstos en el art. 173.1 CP; y un delito de robo con violencia e intimidación del art. 242, incs. 1 y 2 CP, en los que ha resultado debidamente acreditada la participación de los acusados.

Por el contrario, la calificación penal de los hechos no es encuadrable en otras figuras delictivas solicitadas por una u otra de las acusaciones particulares; singularmente, los relativos al terrorismo o pertenencia a banda armada, daños en la embarcación o torturas.

En relación con el delito de terrorismo, la sentencia del TS nº 50/2007, ante la ausencia de definición legal de terrorismo, enumeraba una serie de disposiciones que tanto a nivel internacional como europeo contribuyen a definir tal concepto: así, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1997 (art. 2); la Decisión Marco del 13 de junio de 2002 (art.2); el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (art. 3); y la Convención sobre el Derecho del Mar (art. 105 y concordantes).

En efecto, por lo que se refiere a nuestro derecho penal, la idea de terrorismo barajada por la jurisprudencia, entre otras, en las STS 33/93, del 25 de enero; 2/97, del 29 de noviembre, o 556/06 del 31 de mayo, ha girado en torno a la redacción del anterior art. 571 del Código Penal, determinada por dos requisitos: la existencia de un grupo organizado de personas y su finalidad, que no es otra que la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, finalidad que ha sido interpretada por la jurisprudencia del TS en el sentido de no solo alterar, sino tratar de hacer desaparecer un orden o forma de vida político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a atemorizar a la población.

En la actualidad, la Ley Orgánica 5/2010 ha variado formalmente la estructura legal existente, lo que produjo una importante reordenación y claridad en el tratamiento penal de las conductas terroristas que, por vez primera, se separan y son objeto de tratamiento, en su conjunto, en un capítulo diferente en el que se engloban las propias organizaciones o los grupos, incluyendo entre ellas la formación, integración, financiación y otras innovaciones derivadas del cumplimiento de obligaciones establecidas en la Decisión Marco 2008/919/JAI.

En primer término, la casuística había puesto de manifiesto la insuficiencia del delito de asociación ilícita (art. 515) para regular supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales; en segundo lugar, la inclusión de organizaciones terroristas dentro del citado artículo había generado problemas a nivel internacional derivados del cumplimiento del principio de doble incriminación, precisamente por haber englobado a la organización terrorista como una modalidad de asociación ilícita; de ahí que la nueva regulación, tras introducir un capítulo dedicado a regular y definir las organizaciones y grupos criminales que engloba las diversas modalidades del art. 570, que define y distingue ambos conceptos, haya introducido otro capítulo dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo (arts. 571 a 580), equiparando, en estos casos, el tratamiento penal de las organizaciones y de los grupos terroristas, tal como ya venía haciendo la jurisprudencia, exigiendo en ambas una finalidad no solo común, sino idéntica hasta la ahora vigente, en el sentido de que su finalidad u objeto lo constituya la alteración de la paz pública o la subversión del orden constitucional.

Pues bien, habida cuenta de la redacción de los hechos declarados probados, nunca podrá deducirse que la finalidad pretendida por los piratas fuera atacar el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, sino otra muy distinta y guiada por un espíritu abiertamente económico, la obtención del mayor lucro posible reteniendo, mientras tanto, y como baza de incuestionable valor, los 36 miembros de la tripulación de un pesquero. De ahí que los citados hechos encajen, con mayor precisión, en uno de los tipos penales solicitados por la acusación pública, el de detención ilegal por tiempo superior a los 15 días con la modalidad agravada de condición, previsto en el art. 163.3 en relación con el art. 164 CP.

En cualquier caso, siendo el bien jurídico protegido del delito de terrorismo la salvaguarda de la paz social, y no la vida de los afectados, en este caso tripulantes, no podría calificarse el hecho como constitutivo de 36 delitos de terrorismo, sino, en todo caso, de uno solo.

Tampoco concurren los requisitos de la comisión de un delito de integración en banda armada previsto en el art. 515.2 en relación con el 516.2 CP en la redacción vigente en la fecha de los hechos, tal como solicita una de las acusaciones particulares, o la comisión de un delito del art. 572.2, vigente en aquel entonces, tal como lo califica la otra acusación particular.

Como anteriormente se ha indicado, las citadas calificaciones parten de un supuesto ya tratado y descartado, la naturaleza terrorista del hecho, entendido como aquel en el que lo que se pretende es la subversión del orden político y social en un sistema democrático.

Tampoco es posible asumir la calificación de 36 delitos de terrorismo del art. 572.2 que realiza la segunda acusación particular, y ello porque el referido precepto no tipifica ni castiga el delito de terrorismo que anteriormente ya ha sido descartado, sino a los que colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Tampoco les resulta imputables penalmente a los acusados 36 delitos de lesiones, 36 delitos de tortura o los daños causados al pesquero.

En relación con los delitos de lesiones, se descarta, no porque los secuestradores no hayan propinado algún golpe (culatazo con un arma) a alguno de los miembros de la tripulación, y así se ha declarado probado, sino porque su entidad no reviste los caracteres de delito; del mismo modo, y en todo caso, no serían 36 delitos, porque la tripulación no ha declarado ser lesionada, sino ser maltratada; por lo tanto, y en rigor, la calificación penal procedente sería, en el caso de existir relevancia penal en las lesiones, únicamente con respecto a aquel miembro de la tripulación que realmente lo haya sido.

Por lo que se refiere a la calificación de 36 delitos de tortura, los hechos probados y la calificación realizada anteriormente con respecto de los mismos han permitido encuadrar aquellos comportamientos de la totalidad de los piratas ya descritos que han supuesto un trato degradante como constitutivos de un delito contra la integridad moral de la tripulación, previsto en el art. 173.1 CP, y no el pretendido por una de las acusaciones particulares, cuya tipificación penal, prevista en los arts. 174 y siguientes, exige que el sujeto activo del delito sea una autoridad o funcionario público.

2.4. No concurren en el presente supuesto circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que la pena debe imponerse, según establece el *párrafo 6 del art 66 del CP*, atendiendo a la gravedad de los hechos y a las circunstancias personales de los autores.

AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA, Sala de lo Penal, Recurso 93/2009, sentencia del 3-5-2011.



LEY. VALIDEZ. IMPUGNACIÓN VÍA REFERÉNDUM. ALCANCES. **DERECHO A LA INFORMACIÓN.** ACCESO. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** EXPRESIONES POLÍTICAS. PROTECCIÓN. ALCANCE (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la Constitución del estado de Washington autoriza a los ciudadanos a impugnar, a través de un referéndum, la validez de casi todas las leyes estatales. A esos efectos, deben presentar al Secretario de Estado una solicitud que contenga firmas válidas de personas inscritas en el padrón electoral de Washington en un número que sea igual o superior al 4 % de los votos emitidos en la última elección para cubrir el cargo de gobernador. La petición debe contener, además de las firmas, también el domicilio y el condado en donde están empadronados los firmantes.

En mayo de 2009, la gobernadora de Washington promulgó una norma que ampliaba los derechos y obligaciones de los miembros de las uniones de hecho inscritas en dicho estado, aplicable también a las integradas por personas del mismo sexo.

Ese mismo mes, la asociación *Protect Marriage Washington* se organizó como “comité político estadual” con el objeto de recolectar las firmas necesarias para formular una solicitud de referéndum tendiente a lograr la declaración de invalidez de dicha norma. A esos efectos, presentó ante el Secretario de Estado una petición de referéndum que contenía más de 137.000 firmas. Después de verificar el cumplimiento de los presupuestos impuestos por la ley estadual, dicho funcionario determinó que el pedido contenía un número suficiente de firmas.

Los terceros aquí apelados invocaron la *Public Records Act* (PRA) estadual para obtener copias de esa petición, la cual contenía los nombres y los domicilios de sus suscriptores.

Los promotores del pedido de referéndum y algunos de sus firmantes promovieron una demanda ante un tribunal federal de distrito solicitando a este que impidiera la difusión pública de la petición, la cual violaría los derechos que les acuerda la I Enmienda a la Constitución. Asimismo, sostuvieron que la PRA es inconstitucional si se aplica a las peticiones de referéndum (Pretensión I) y que también lo es si se aplica a la petición de este referéndum, porque existe una probabilidad razonable de que los firmantes sufran amenazas, hostigamientos y represalias (Pretensión II). El tribunal determinó que la PRA impone restricciones a la esencia del discurso político y dictó una orden preliminar que prohibía la difusión de los datos de los firmantes.

Una cámara federal de apelaciones revocó esta sentencia porque juzgó poco probable que los apelantes logaran que la PRA fuera declarada inconstitucional en la forma en que se aplica a las peticiones de referéndum en general.

2. Sentencia: la difusión pública de las peticiones de referéndum no viola, en general, la I Enmienda.

(a) Dado que la Pretensión I de los apelantes y la reparación que a este respecto solicitan –el dictado de una orden que prohíba al Secretario de Estado

autorizar la difusión pública de las peticiones de referéndum— tienen un alcance que excede las circunstancias específicas de los apelantes, estos deben satisfacer los estándares que esta Corte ha establecido para impugnar, con esa extensión, el texto de una ley (ver *United States v. Stevens* -2010-).

(b) El acceso forzado a los datos de los suscriptores de las peticiones de referéndum está sujeto al control de su constitucionalidad en términos de la I Enmienda. En la mayoría de los casos, cuando una persona firma estos documentos, expresa su opinión de que la ley a que se refiere la petición debe ser revocada. Aun cuando el firmante desconozca la sustancia de dicha ley, su firma expone el criterio político de que la cuestión debe ser considerada “por todo el electorado” (ver *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414, p. 421 -1988-). En ambos casos, estas manifestaciones de puntos de vista políticos gozan de la protección de la I Enmienda.

La firma de una petición conserva su naturaleza expresiva aun cuando produzca efectos jurídicos en el proceso electoral. Pero ello no significa que el contexto electoral resulte irrelevante a los fines del tipo de revisión de que es posible en términos de la I Enmienda. Los estados tienen una amplia flexibilidad para implementar sus propios sistemas electorales. En la medida en que una norma reglamentaria se vincule a los efectos jurídicos de una actividad determinada del proceso electoral, el Gobierno tiene amplias atribuciones para hacerla aplicar. También resulta pertinente destacar que la PRA no prohíbe ninguna expresión, sino que impone obligaciones de dar acceso a la información que pueden imponer cargas a “la capacidad de expresarse, pero que [no] impide[n] a nadie expresarse” (ver *Citizens United v. Federal Election Comm’n* -2010-). Esta Corte ha aplicado a las impugnaciones constitucionales fundadas en la I Enmienda de las obligaciones de dar acceso a la información en el contexto electoral un estándar riguroso de revisión que requiere la existencia de una “relación sustancial” entre esas exigencias y un “interés suficientemente importante” del Gobierno (id.). Para sobrevivir a este criterio de revisión, “la importancia del interés invocado por el Gobierno debe reflejar la gravedad de las restricciones realmente impuestas a los derechos protegidos por la I Enmienda” (ver *Davis v. Federal Election Comm’n* -2010).

El interés en preservar la integridad del proceso electoral invocado por el Estado basta para derrotar el argumento de que la PRA es inconstitucional en la forma en que se aplica a las peticiones de referéndum en general. Tal interés es particularmente significativo en el marco de los esfuerzos que se hacen por erradicar el fraude. Sin embargo, el Estado no solo tiene interés en combatir el fraude, sino también en descubrir las firmas inválidas incluidas por errores simples (por ejemplo, las duplicadas o las de personas no pertenecientes al padrón electoral del estado). Por otra parte, su interés es más general, puesto que busca favorecer la transparencia y la responsabilidad en el proceso electoral.

Los apelantes sostienen que la difusión de esta información no está suficientemente vinculada con el interés en proteger la integridad del proceso electoral como para sobrevivir a una revisión constitucional en términos de la I Enmienda. Asimismo, argumentan que el acceso a esa información no resulta necesario porque como el Secretario de Estado ya está a cargo de la verificación y del escrutinio

de los nombres incluidos en una petición, cualquier ciudadano puede impugnar judicialmente el accionar de dicho funcionario; y porque las sanciones penales reducen el peligro de fraude en el proceso de petición. Lo cierto es que la verificación y el escrutinio realizados por el Secretario de Estado no identifican todas las firmas inválidas. La difusión también ayuda a prevenir los fraudes difíciles de detectar, como la falsificación simple y llana, y el fraude “*bait and switch*”. Además, la posibilidad de acceso a esta información promueve la transparencia y la responsabilidad en el proceso electoral de una forma que otras medidas no pueden hacerlo.

La objeción principal articulada por los apelantes es que “la importancia del interés invocado por el Gobierno” no “refleja la gravedad de las restricciones realmente impuestas a los derechos protegidos por la I Enmienda” (*Davis, supra*). Los apelantes afirman que quienes piden acceder a la información no buscan prevenir el fraude, sino identificar públicamente a los suscriptores de la petición y difundir las opiniones políticas que ellos tienen en relación con el objeto de la petición. Alegan, por ejemplo, que varios grupos se disponen a difundir los petitorios en Internet y luego a alentar a otros ciudadanos a que busquen a los suscriptores de este pedido de referéndum. Todo ello –según los apelantes– expondría a los firmantes a amenazas, hostigamiento y represalias.

Los apelantes fundan su pretensión casi exclusivamente en los daños que generaría la difusión de la información relativa a esta específica petición de referéndum. Pero la cuestión que, en este estadio, esta Corte tiene que resolver es si la difusión de los pedidos de referéndum, en general, viola la I Enmienda. Frente a la pretensión no controvertida del Estado de que la difusión de la información de una típica petición de referéndum solo impone restricciones poco importantes, corresponde rechazar la amplia impugnación que los apelantes formulan contra la PRA. Sin embargo, esta confirmación de la validez constitucional de la PRA no impide que la pretensión de los apelantes pueda ser reconocida en el marco de la impugnación más circunscripta que actualmente tramita ante el tribunal de distrito (ver *Buckley v Valeo*, 424 U.S. 1, pp. 10/13 -1976-).

Notas del Instituto: 1) v. *States v. Stevens* -2010- en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-769.pdf>>; *Meyer v. Grant* (486 U.S. 414, p. 421 -1988-), en <<http://laws.findlaw.com/us/486/414.html>>; *Citizens United v. Federal Election Comm'n* (2010), en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf>>; *Davis v. Federal Election Comm'n* (2010), en <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-320.ZS.html>>, y *Buckley v. Valeo* (424 U.S. 1, pp. 10/13 -1976-), en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0424_0001_ZS.html>; 2) el fraude “*bait and switch*” es una modalidad de fraude conforme a la cual un individuo firma una petición fundándose en la información tergiversada que se le ha brindado sobre la cuestión de fondo.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Doe et al. v. Reed, Washington Secretary of State et al.*, sentencia del 24-6-2010, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/09-559.pdf>>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD IDEOLÓGICA. ALCANCES. DECLARACIONES RELATIVAS A CUESTIONES DE HECHO. JUICIOS DE VALOR. **CALUMNIAS E INJURIAS.** CRÍTICA A INSTITUCIONES DEL ESTADO. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.** **TERRORISMO.** APOLOGÍA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el 21 de febrero de 2003, la sede del periódico vasco *Euskaldunon Egunkaria* (*Egunkaria*) fue allanada y clausurada por orden de un juez de instrucción de la Audiencia Nacional de España por sus presuntos vínculos con la organización terrorista ETA. El redactor en jefe y varios miembros del consejo de administración fueron arrestados y, tras cinco días de permanecer incomunicados, denunciaron haber sido sometidos a malos tratos.

Algunos días después, el rey de España visitó el País Vasco para asistir a la inauguración de una central eléctrica. El mismo día, durante una conferencia de prensa, Arnaldo Otegi Mondragón, legislador vocero del grupo parlamentario vasco de izquierda independiente *Sozialista Abertzaleak*, sostuvo que la visita del rey resultaba patética y una verdadera vergüenza política, y, en relación con la situación de *Egunkaria*, agregó que el rey, jefe supremo del ejército español, debía responder por quienes habían torturado a los detenidos y por haber protegido la tortura.

Dos meses después, el Ministerio Público promovió una acción penal contra Otegi Mondragón por injuria grave contra el rey en términos del art. 490.3 del Código Penal (CP), fundada en el art. 208 del mismo código. El legislador alegó que no había tenido intención de atentar contra la dignidad y el honor del rey de España al afirmar que este era el jefe supremo de la guardia civil porque ello era una realidad en el Estado español, donde el comandante supremo de las fuerzas armadas es el rey. Además, agregó que un político como él dispone de un amplio margen de maniobra cuando se trata de informar a la sociedad sobre cuestiones de interés público.

En marzo de 2005, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Tribunal Superior) declaró a Otegi Mondragón no culpable de los hechos que se le imputaban.

El Ministerio Público, entonces, interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo señalando que la ley protege el honor del rey en tanto persona física concreta, titular de su dignidad personal y objeto del delito de injuria. Además, agregó que el objetivo de la ley es asegurar el respeto por el contenido simbólico de la institución de la Corona tal como establece la Constitución española. Asimismo, sostuvo que la inviolabilidad de la persona del rey, proclamada por el art. 56.3 de la Carta Magna, demuestra la posición excepcional que ella tiene en el sistema de la Constitución española de 1978, la cual pone de manifiesto el carácter desproporcionado de las expresiones vejatorias e insultantes proferidas por Otegi Mondragón. Por todo ello, lo condenó a un año de prisión, a la suspensión del derecho al sufragio pasivo durante la duración de la pena, y al pago de costos y gastos en tanto autor penalmente responsable de un delito de injuria grave contra el rey. Asimismo, sostuvo que las declaraciones del parlamentario expresaban menosprecio por el rey y por la institución que representa, afectando de esa manera el núcleo de su dignidad, dado que las mismas le atribuían una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de derecho. Además, observó

que el contexto en el que las declaraciones habían sido formuladas no modificó en nada su carácter intolerante.

Otegi Mondragón, entonces, interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación de su derecho a la libertad de expresión y a la libertad ideológica, contemplados respectivamente en los arts. 20.1 y 16 de la Constitución. Según el legislador, el Tribunal Supremo no había hecho un balance de los derechos en conflicto. Las frases controvertidas no contenían expresiones injuriosas o vejatorias, ni estaban dirigidas principalmente contra el rey de España, sino contra el presidente de la Comunidad Autónoma vasca y, en todo caso, se correspondían con la realidad y no se referían a la vida privada ni a la actitud del rey. Además, no eran desproporcionadas en el contexto en el que habían sido formuladas, a saber, la cordial acogida que el gobierno vasco le había reservado al rey después del cierre del periódico *Egunkaria* y la tortura de los detenidos. El Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso por defecto manifiesto de contenido constitucional. Observó que el derecho a la libertad de expresión no incluye el derecho al insulto y que la Constitución no prohíbe el empleo de expresiones hirientes, pero que la libertad de expresión no protege las expresiones vejatorias que, sin perjuicio de su veracidad, sean ofensivas, ignominiosas y no pertinentes para transmitir opiniones o información. En consecuencia, entendió que estaban protegidas como forma de ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

En mayo de 2006, el Tribunal Supremo suspendió la pena impuesta a Otegi Mondragón por el plazo de tres años. En julio de 2009, dicha pena le fue condonada.

En junio de 2007, cuando el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional que había impuesto al legislador una pena de quince meses de prisión por el delito de apología del terrorismo, Otegi Mondragón fue encarcelado. Actualmente, cumple una prisión preventiva dispuesta en el marco de otros procesos.

Otegi Mondragón entonces presentó un recurso contra España ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), alegando la violación de los arts. 10 y 14 en conjunción con el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia: se declara por unanimidad que hubo violación del art. 10 de la Convención. Además, se dispone que el Estado demandado debe pagar al recurrente la suma de €20.000 en concepto de indemnización por el daño moral y de €3.000 por los costos y gastos.

El recurrente alega que la decisión del Tribunal Supremo que lo declaró culpable de injurias graves contra el rey restringe indebidamente su derecho a la libertad de expresión garantizada en el art. 10 de la Convención.

En primer lugar, es dable observar que, sin lugar a dudas, Otegi Mondragón se expresó en su carácter de vocero de un grupo parlamentario, de modo que sus declaraciones fueron una expresión política. Por otra parte, eran de interés público en el País Vasco, ya que se referían a la acogida que el jefe de gobierno vasco había dado al rey de España en ocasión de su visita oficial, en el contexto del cierre del periódico *Egunkaria* y de la detención de sus responsables y su denuncia de malos tratos. El margen de apreciación del que disponían las autoridades para juzgar la

necesidad de la sanción impuesta al recurrente era, en consecuencia, particularmente restringido.

En cuanto a los términos empleados por Otegui Mondragón, esta Corte recuerda que es preciso distinguir entre afirmaciones relativas a hechos y juicios de valor. Mientras que los hechos pueden probarse, los segundos no requieren acreditación de su exactitud. Exigir la demostración de la veracidad de los juicios de valor no es factible y vulnera la libertad de opinión, elemento fundamental del derecho garantizado en el art. 10. El Tribunal Supremo afirmó en su fallo que las declaraciones de Otegi Mondragón eran juicios de valor y no afirmaciones relativas a hechos. Sin embargo, el contexto en el que fueron formuladas no puede justificar su gravedad, teniendo en cuenta que las denuncias de presuntas torturas formuladas por los responsables del periódico *Egunkaria* habían sido posteriormente archivadas por falta de pruebas. Esta Corte observa que las palabras del recurrente tenían un vínculo suficiente con las denuncias de malos tratos que el redactor en jefe de *Egunkaria* había difundido después de su liberación y podían inscribirse en el marco de un debate público más amplio sobre la eventual responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado en los casos de malos tratos.

Es posible admitir que el lenguaje utilizado por el recurrente pudo considerarse provocador. Sin embargo, si bien todas las personas que participan en un debate público de interés general no deben sobrepasar ciertos límites en lo que hace a la reputación y a los derechos de los demás, también es cierto que pueden recurrir a cierta dosis de exageración, o bien de provocación, es decir, a cierta falta de moderación en sus manifestaciones. Si bien algunas palabras utilizadas en el discurso del Otegui Mondragón ofrecen un cuadro negativo del rey en tanto institución y otorgan una connotación hostil a sus expresiones, lo cierto es que no incitan al uso de la violencia ni son expresiones de odio.

Por otro lado, estas afirmaciones verbales fueron pronunciadas en el marco de una conferencia de prensa, circunstancia que privó al recurrente de la posibilidad de reformularlas, de perfeccionarlas o de retirarlas antes de ser publicadas.

Además, esta Corte observa que los tribunales nacionales condenaron al recurrente con base en el art. 490.3 CP. Esta norma confiere al Jefe de Estado un nivel de protección más elevado que a otras personas (protegidas por el régimen común de la injuria) o instituciones (tales como el Gobierno o el Parlamento) en relación con la divulgación de información o de opiniones que les conciernen y prevé sanciones más graves para los autores de declaraciones injuriosas. Con respecto a ello, esta Corte ha declarado en otra oportunidad que una mayor protección brindada por una ley especial frente a las injurias no se compadece, en principio, con la Convención.

El hecho de que el rey ocupe una posición neutral en el debate político, una posición de árbitro y de símbolo de la unidad del Estado no lo exime de la crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o –como en este caso– en tanto representante del Estado, sobre todo por parte de quienes impugnan legítimamente las estructuras constitucionales de ese Estado e inclusive de su régimen monárquico. Con respecto a esto, el Tribunal Supremo, al liberar al recurrente en primera instancia, recordó que la crítica a una institución constitucional está comprendida en el derecho a la libertad de expresión.

En efecto, las denuncias de Otegui Mondragón no pusieron en tela de juicio la vida privada del rey. Para el Tribunal Supremo, las declaraciones del recurrente fueron formuladas en un contexto público y político. Por otra parte, tampoco cuestionaron la forma en que el rey había cumplido con sus funciones oficiales en un ámbito específico ni le atribuyeron responsabilidad individual en la comisión de un delito penal determinado. Las palabras del recurrente se referían únicamente a la responsabilidad institucional del rey en tanto jefe y símbolo del aparato estatal y de las fuerzas que, según el dicente, habían torturado a los responsables del periódico *Egunkaria*.

Esta Corte ha considerado anteriormente que si bien la fijación de las penas es, en principio, competencia de los tribunales nacionales, una pena de prisión impuesta por un delito cometido en el marco del discurso político solo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 de la Convención en circunstancias excepcionales, particularmente cuando otros derechos fundamentales han sido gravemente vulnerados, como sucede en los supuestos de la difusión de un discurso del odio o de la incitación a la violencia.

Las expresiones del recurrente fueron hechas en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público legítimo, por lo que nada podía justificar una condena a una pena de prisión como la impuesta. Por su misma naturaleza, una sanción semejante produce indefectiblemente un efecto disuasivo, a pesar de que su ejecución posteriormente se suspendió. Si bien dicha suspensión pudo aliviar la situación del recurrente, lo cierto es que no borra su condena ni las consecuencias de la inscripción en el registro de antecedentes penales.

Aun suponiendo que las razones invocadas por los tribunales nacionales puedan ser pertinentes, no bastan para demostrar que la injerencia denunciada fue necesaria en una sociedad democrática. No obstante el margen de apreciación de las autoridades nacionales, esta Corte considera que la condena del recurrente es desproporcionada al objetivo perseguido. Por ello, ha habido una violación del art. 10 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Otegi Mondragón c. España*, sentencia del 15-03-2011, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=affaire%20%20otegi%20%20mondragon%20%20c.%20%20espagne&sessionId=73630086&skin=hudoc-en>>.



LIBERTAD DE PRENSA. CONFIDENCIALIDAD DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN. **PROCESO CIVIL.** PRUEBA. **DERECHO A LA INFORMACIÓN.** ACCESO. SECRETO PROFESIONAL. ÓRDENES MORDAZA. PERIODISTA QUE RECIBE INFORMACIÓN DE UNA FUENTE GUBERNAMENTAL NO AUTORIZADA VINCULADA A UN CONTRATISTA DEL ESTADO (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: este caso se vincula con un litigio que surgió por lo que se conoce como el “*Sponsorship Scandal*”. En marzo de 2005, el Procurador General de Canadá promovió una demanda ante el Tribunal Superior de Quebec

tendiente al recupero del dinero que el gobierno federal había pagado conforme al *Sponsorship Program*. La acción se articuló contra varias empresas y personas del programa y comprometidas en el escándalo, entre las cuales estaba el Grupo Polygone.

El Grupo Polygone opuso una excepción de prescripción fundada en las disposiciones del Código Civil de Quebec. El proceso siguió su trámite y, sustentando su excepción de prescripción, el Grupo Polygone logró que se dictaran órdenes judiciales que exigían que ciertas personas, entre las cuales estaban varios empleados del gobierno federal, respondieran preguntas tendientes a identificar la fuente de la información del periodista L., del periódico *Globe and Mail*, que había escrito una serie de artículos sobre el *Sponsorship Program* del gobierno federal, en los cuales alegaba el uso ilícito y la malversación de fondos públicos, basándose primariamente en información recibida de una fuente no autorizada del gobierno.

El *Globe and Mail* solicitó la revocación de las órdenes dictadas por el Tribunal Superior, alegando que darían lugar a la violación del derecho del periodista a la confidencialidad de las fuentes de información.

L. prestó declaración en el proceso tendiente a resolver ese pedido y respondió a las preguntas que le formuló el abogado del Grupo Polygone. El abogado del *Globe and Mail* objetó varias de las preguntas que se hicieron a L., con base en que las mismas resultaban irrelevantes o en que la respuesta a las mismas daría lugar a una violación al derecho a la confidencialidad de las fuentes. El juez se negó a reconocer la existencia de un derecho a la confidencialidad de las fuentes (*journalist-source privilege*) y desestimó esas objeciones. La cámara de apelaciones no abrió el recurso interpuesto a este respecto (apelación del privilegio).

Entonces, en lugar de hacer que su periodista contestara las preguntas, el *Globe and Mail* intentó poner fin al proceso de revocación que había iniciado, pero el juez se negó a autorizarlo y la Cámara de Apelaciones de Quebec desestimó la apelación (apelación de la terminación).

Mientras tanto, durante la audiencia celebrada en el proceso tendiente a autorizar o no la terminación, el Grupo Polygone denunció fugas de información relativa al contenido de negociaciones confidenciales que estaba realizando con el Procurador General, cuyos detalles habían sido informados por L. y publicados por el *Globe and Mail*.

Entonces, el Tribunal Superior dictó, de oficio, una orden que prohibía a L. continuar informando y publicando el estado de las negociaciones.

Mientras el *Globe and Mail* objetó lo que insistía en reputar una prohibición de publicar, dictada sin dar a ninguna de las partes derecho a una audiencia, el juez siguió sosteniendo que la orden no era una prohibición de publicar, sin dar ningún fundamento escrito u oral adicional de su decisión. La Cámara de Apelaciones de Quebec nuevamente se negó a abrir el recurso interpuesto por el *Globe and Mail* (apelación de la prohibición de publicar).

Entonces, el *Globe and Mail* llevó su apelación del privilegio ante la Suprema Corte de Canadá, alegando que el derecho de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes estaba acordado a una clase de personas y tenía sus raíces en la Carta Canadiense y en la Carta de Quebec. En forma subsidiaria, sostuvo que la doctrina Wigmore del *Common Law* acordaba este privilegio con un

criterio caso por caso, pero que al ser modificado para tomar en cuenta la tradición del *Common Law*, resultaba aplicable.

El *Globe and Mail* también apeló la orden que prohibía la publicación de información vinculada a las negociaciones, así como la orden que rechazaba la pretensión de discontinuar un proceso.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación del privilegio, y la cuestión se remite al Tribunal Superior de Quebec para que la considere conforme a los fundamentos de la sentencia. Se hace lugar a la apelación de la prohibición de publicar y se revoca la orden que prohíbe la publicación de información relativa a las negociaciones. Se desestima la apelación de la terminación, puesto que la cuestión ha devenido abstracta.

Ni la Carta Canadiense ni la de Quebec brindan fundamento alguno para reconocer un privilegio constitucional o cuasi-constitucional, basado en una clase, a los periodistas para que mantengan la confidencialidad de sus fuentes de información. Por las razones expuestas en *R. v. National Post* y particularmente por la dificultad que plantea definir a un grupo de escritores y expositores (*speakers*) tan heterogéneo y mal definido con el grado necesario de certeza, la libertad de expresión garantizada por las Cartas Canadiense y de Quebec no puede constituir la base para reconocer este privilegio.

En forma similar, el art. 44 de la Carta de Quebec, que protege el acceso a la información, no acuerda un derecho que tenga un alcance más amplio que el que la misma norma define. Si bien dicho derecho puede informar la protección de la relación confidencial que existe entre los periodistas y sus fuentes, no puede constituir la base para reconocer el privilegio.

Finalmente, como los periodistas no están legalmente sujetos a guardar secreto profesional, el art. 9 de la Carta de Quebec, que protege el secreto profesional, no puede fundar un derecho cuasi-constitucional a la protección de las fuentes periodísticas.

Sin embargo, en el régimen jurídico de Quebec existe una base para el privilegio de los periodistas a mantener la confidencialidad de sus fuentes o para una excepción a la obligación general de prestar testimonio en los casos civiles. Si bien tiene su origen en el *Common Law*, el uso de un marco similar al Wigmore para reconocer, caso por caso, la existencia de un privilegio en el ámbito criminal es igualmente relevante en las cuestiones planteadas en los procesos civiles regidos por las leyes de Quebec. Su reconocimiento generaría coherencia en el país y preservaría el marco jurídico característico que establece el Código Civil de Quebec. Este criterio caso por caso se compadece con los principios jurídicos generales formulados en dicho Código y en las Cartas Canadiense y de Quebec; y se ajusta a las reglas probatorias de Quebec insertas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, es suficientemente flexible como para tomar en cuenta la diversidad de intereses que pueden surgir en cualquier caso específico.

Por lo tanto, conforme al estándar que aquí se propone, para exigir a un periodista que responda preguntas en un proceso judicial que puede revelar la identidad de una fuente confidencial, el peticionante debe primero demostrar que

las preguntas resultan relevantes. Si lo son, el tribunal debe entonces considerar los cuatro factores identificados en Wigmore: (1) la relación debe provenir de una confianza en que la identidad de la fuente no se revelará; (2) el anonimato debe ser esencial para la relación en la cual surgió la comunicación; (3) la relación debe ser tal que debería ser diligentemente fomentada en aras del interés público; y (4) el interés público protegido por la protección acordada a la identidad del informante debe tener mayor gravitación que el interés público en descubrir la verdad. Al evaluar este crucial factor, el tribunal debe hacer un balance entre la importancia que tiene para la administración de justicia la difusión y el interés público en mantener la confidencialidad de las fuentes periodísticas. Este balance debe realizarse de una forma específica para el contexto, teniendo en cuenta la particular necesidad que en ese caso existe de revelar esta información. Entre las consideraciones que resultan relevantes en la cuarta etapa de Wigmore, se encuentran: el estadio en que se encuentra el proceso cuando se invoca el privilegio; si la cuestión resulta central en términos de la controversia; si el periodista es parte en el proceso o simplemente un testigo; si los hechos, la información o el testimonio pueden obtenerse por algún otro medio; el grado de importancia que la historia del periodista tiene para el público; y si la historia ya se ha publicado y, por lo tanto, ya es de dominio público. En este caso, el Tribunal Superior incurrió en error al llegar a la conclusión de que era preferible exigir que L. respondiera a las preguntas.

L. tenía derecho a que se analizara la relevancia de las preguntas que se le formulaban y a que su pretensión de gozar del privilegio fuera rigurosamente analizada en términos de los criterios formulados en Wigmore. En particular, si el juez llegaba a la conclusión de que los primeros tres factores favorecían la revelación, entonces debía hacer un balance para determinar si el interés público en mantener la confidencialidad de las fuentes periodísticas prevalecía sobre la importancia que tiene para la administración de justicia el acceso a esta información. Aquí, el interés público está en gran parte basado en si las preguntas tenderían a revelar la identidad de la fuente confidencial de L. En definitiva, el juez es quien tiene que determinar estas cuestiones, pero en este caso nunca fueron consideradas porque ninguna de las partes fue autorizada a plantear sus pretensiones ni a ofrecer pruebas a este respecto.

Con respecto a la apelación de la prohibición de publicar, la orden del Tribunal Superior debe ser evaluada conforme a lo que es: una prohibición judicial de publicación cuyo efecto es limitar la libertad de expresión de L., garantizada por el art. 2(b) de la Carta Canadiense de Derechos. El juez del Tribunal Superior incurrió en error al no aplicar el criterio *Dagenais/Mentuck*. La orden se dictó sin previo aviso, sin haber sido solicitada y sin contar con el beneficio de que alguna de las partes expusiera sus pretensiones. Al proceder de esta forma, en un caso en que no había ninguna sugerencia de urgencia o de que la recepción de las presentaciones fuera a generar una demora que perjudicara a alguna de las partes, el Tribunal Superior violó una de las reglas fundamentales del proceso contradictorio: negó a las partes la oportunidad de ser oídas antes de decidir una cuestión que afectaba sus derechos. Esto, por sí solo, basta para hacer lugar a la apelación.

Considerando sustancialmente la prohibición de publicar, la confidencialidad de las negociaciones de un acuerdo es un objetivo público de la mayor importancia.

Sin embargo, los compromisos de confidencialidad solo vinculan a las partes y a sus agentes. Ni L. ni el *Globe and Mail* fueron parte en la negociación del acuerdo. El error fue cometido por la fuente gubernamental que dio la información a L. Ninguna de las constancias del expediente sugiere que fuera más que un beneficiario del deseo de la fuente de violar la confidencialidad. L. no estaba obligado a asegurar que la información se le había brindado sin que su fuente hubiera violado ninguna de sus obligaciones, y tampoco tenía la obligación de brindarle asesoramiento jurídico. En cualquier caso, Polygone no ofreció ninguna prueba tangible de que su capacidad para realizar negociaciones con el Gobierno tendientes a la suscripción de un acuerdo se haya visto irreparablemente perjudicada ni ha ofrecido ninguna prueba de la existencia de un riesgo serio para la administración de justicia. Cuando el artículo de L. se publicó, ya era público y notorio que las partes estaban realizando negociaciones tendientes a la suscripción de un acuerdo. Aun en el caso de que la prohibición fuera necesaria para evitar un serio riesgo a la administración de justicia, lo cierto es que sus efectos beneficiosos no tienen mayor gravitación que los perjudiciales, que son graves. La confirmación de la validez de la orden impediría que la historia saliera a la luz, sofocando el ejercicio del rol que la Constitución asigna a los medios de informar las historias de interés público, tales como una en que el gobierno federal está intentando recuperar una cantidad considerable de fondos públicos en razón de un fraude supuestamente cometido en un programa gubernamental.

Dado el resultado de las apelaciones relativas a la confidencialidad de las fuentes de información y a la prohibición de publicar, la relativa a discontinuidad ha devenido abstracta.

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, *Globe and Mail, a division of CTVglobemedia Publishing Inc. v. Attorney General of Canada and Groupe Polygone Éditeurs inc. et al.*, sentencia del 22-10-2010, en <<http://scc.lexum.org/en/2010/2010scc41/2010scc41.pdf>>.



MENORES. MENORES INFRACTORES. **DERECHO PENAL.** SANCIONES. CADENA PERPETUA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el apelante Graham tenía 16 años de edad cuando cometió dos delitos, uno de ellos, el de robo a mano armada. Conforme a los términos de un acuerdo arribado con el fiscal (*plea agreement*), el tribunal de primera instancia de Florida le concedió la libertad condicional y dejó en suspenso la adjudicación de su culpabilidad. Posteriormente, Graham volvió a cometer otros delitos y el tribunal estimó que con ello había violado los términos de su libertad condicional, por lo que le adjudicó la culpabilidad de los delitos anteriores, revocó su libertad condicional y lo condenó a cadena perpetua por robo. Dado que el estado de Florida abolió el sistema de libertad condicional, la única posibilidad de liberación con la que cuenta Graham es el indulto. Por ello, en virtud de lo dispuesto por la Cláusula de Castigos Cruels e Inusuales de la Octava Enmienda (Cláusula), objetó su condena. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de Florida confirmó la sentencia de primera

instancia. Entonces, interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la Cláusula no permite que un delincuente menor de edad sea condenado a cadena perpetua sin la posibilidad de poder aspirar a la libertad condicional por un delito que no sea el de homicidio. Se revoca la sentencia y se devuelven las actuaciones.

(a) La prohibición de castigos crueles e inusuales consagra el “precepto... de que el castigo de un delito debe ser gradual y proporcional a [la] ofensa” (*Weems v. United States*, 217 U.S. 349, p. 367 -1910-). Los casos en que la Corte aplicó el principio de proporcionalidad se encuadran dentro de dos clasificaciones generales.

En los casos del primer tipo, la Corte tomó en consideración todas las circunstancias para determinar si una condena a estar una cierta cantidad de años en prisión es inconstitucionalmente excesiva para un crimen cometido por una determinada persona.

La segunda clasificación incluye los casos en los que la Corte aplicó ciertas normas fundadas en categorías, contrarias a la pena de muerte. En una subcategoría de estos casos que toma en consideración la naturaleza del delito, la Corte llegó a la conclusión de que solo se puede condenar a muerte por homicidio (ver, por ejemplo, *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 408 -2008-). En un segundo subgrupo –el de aquellos casos que dependen de las características del delincuente–, la Corte prohibió la condena a muerte de los acusados que habían cometido los delitos antes de cumplir los 18 años (*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 -2005-) o cuyas facultades intelectuales están disminuidas (*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 -2002-).

En los casos en que aplicamos reglas basadas en categorías, la Corte primero toma en consideración “los indicios objetivos de los estándares sociales, tal como se encuentran expresados en las leyes y en la práctica estadual”, a fin de determinar si existe un consenso nacional contrario a esta práctica de determinación de la pena (*Roper, cit.*, p. 563). Luego, observando los “estándares elaborados por los precedentes aplicables, y por la propia comprensión e interpretación de la Corte del texto, antecedentes, significado y objetivo de la VIII Enmienda” (*Kennedy, cit.*), la Corte determina, en ejercicio de su juicio independiente, si el castigo en cuestión viola la Constitución (*Roper, cit.*, p. 564).

Dado que el presente caso se vincula a un tipo particular de condena porque se aplica a toda una clase de delincuentes que han cometido una serie de delitos, corresponde aplicar el análisis basado en categorías usado en *Atkins*, *Roper* y *Kennedy*.

(b) La aplicación del mencionado criterio lleva a la Corte al convencimiento de que la práctica de determinación de la pena en cuestión es inconstitucional.

(1) Seis jurisdicciones no permiten condenar a cadena perpetua sin libertad condicional a ningún delincuente juvenil. Siete jurisdicciones permiten imponer estas condenas, pero solo a quienes han cometido homicidio. Treinta y siete estados,

el Distrito de Columbia y el gobierno federal permiten imponerles esta condena en algunos casos.

El estado de Florida se basa en estos datos para sostener que no existe un consenso nacional contrario a esta práctica de determinación de la pena. Sin embargo, un examen de las prácticas reales de determinación de la pena de aquellas jurisdicciones que permiten condenar a cadena perpetua sin libertad condicional a los delincuentes juveniles que no han cometido homicidio revela un consenso contrario a esta condena. En todo el país, hay solo 129 menores de edad cumpliendo condena a cadena perpetua sin libertad condicional por delitos diferentes al de homicidio. Dado que 77 de ellos están cumpliendo condenas impuestas en el estado de Florida y los restantes 52 están encarcelados en solo 10 estados y en el sistema penitenciario federal, resulta que, a nivel nacional, solo 12 jurisdicciones realmente condenan a cadena perpetua sin libertad condicional a delincuentes menores de edad por delitos que no son los de homicidio, mientras que 26 estados y el Distrito de Columbia no la imponen a pesar de estar legalmente autorizadas para ello.

Dado que las estadísticas reflejan que los casos de casi todos los delincuentes menores de edad que no han cometido homicidio han sido condenados a cadena perpetua sin libertad condicional hace muchos años, resulta evidente que estas condenas son muy raras, inclusive en los estados que a veces las imponen. Si bien este tipo de condena es más común en términos de números absolutos que las prácticas de determinación de la pena consideradas, por ejemplo, en *Atkins and Enmund v. Florida* (458 U.S. 782 -1982-), lo cierto es que el tipo de condena aquí cuestionado es, en realidad, tan raro como aquellas otras prácticas de determinación de la pena cuando se lo considera en proporción a las oportunidades para imponerla. La circunstancia de que muchas jurisdicciones no prohíben expresamente esta práctica de determinación de la pena no resulta determinante, ya que de ello no se deriva necesariamente que las legislaturas de esas jurisdicciones hayan deliberadamente llegado a la conclusión de que tales condenas serían las adecuadas (ver *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, p. 826, n. 24, y p. 850 -1988-).

(2) La insuficiencia de la criminología para justificar la condenas a cadena perpetua sin libertad condicional a los delincuentes menores de edad que no han cometido homicidio, la limitada responsabilidad de estos y la severidad de tales condenas llevan a esta Corte a concluir que la práctica de determinación de la pena en cuestión es cruel e inusual.

Ningún dato reciente brinda motivos para reconsiderar el *holding* de *Roper*, confome al cual los menores de edad poseen una culpabilidad disminuida y, por lo tanto, son menos merecedores de las formas más graves de la pena (*cit.*, p. 551). Es más, los acusados que no matan, no intentan matar o prevén que se eliminará una vida son, como categoría, menos merecedores de tales castigos que los asesinos (ver, por ejemplo, *Kennedy, cit.*). Los delitos graves fuera del homicidio “pueden producir daños devastadores... pero ‘en términos de la depravación moral y del perjuicio a la persona y al público’... no pueden compararse con el homicidio por su ‘severidad e irrevocabilidad’” (*idem*). Por ello, cuando se compara a un asesino adulto con un delincuente menor de edad que no mató ni tuvo la intención de

hacerlo, este tiene una culpabilidad moral doblemente disminuida. Tanto la edad como la naturaleza del delito influyen en el análisis. En cuanto al castigo, la cadena perpetua sin libertad condicional es el “segundo castigo más severo permitido por la ley”, (*Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, p. 1001 -1991-) y resulta especialmente duro para un delincuente menor de edad, el cual, en promedio, deberá cumplir más años y un mayor porcentaje de su vida en prisión que un delincuente adulto (ver, por ejemplo, *Roper, cit.*, p. 572). Además, ninguno de los legítimos objetivos de las sanciones penales –retribución, disuasión, incapacitación y rehabilitación (ver *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, p. 25 -2003-)– resulta adecuado para justificar la cadena perpetua sin libertad condicional para delincuentes menores de edad que no han cometido homicidio (ver, por ejemplo, *Roper, cit.*, pp. 571 y 573). Dado que “la edad de 18 años es el momento en que la sociedad traza la línea separadora entre la niñez y la adultez para muchos propósitos”, es también la edad por debajo de la cual un acusado no puede ser condenado a cadena perpetua sin libertad condicional por un delito que no es el de homicidio (*id.*, p. 574). No se exige que los estados garanticen una eventual libertad a semejante delincuente, pero sí que le impongan una condena que le brinde una oportunidad cierta de liberación basada en la demostración de su madurez y rehabilitación. Corresponde al estado, en primer lugar, explorar los medios y los mecanismos para dar cumplimiento a esta decisión.

(3) Dada la insuficiencia de los dos criterios alternativos para resolver los problemas constitucionales planteados, se hace necesario aplicar una norma basada en una categoría. En primer lugar, a pesar de que el estado de Florida y otros estados han hecho esfuerzos considerables para promulgar normas generales que regulen el tratamiento de los delincuentes juveniles, tales leyes permiten la imposición de condenas como la que aquí se trata, basada exclusivamente en el juicio discrecional y subjetivo de un juez o de un jurado, según el cual un delincuente menor de edad es irrecuperablemente depravado, y, por lo tanto, resultan insuficientes para impedir que el delincuente reciba tal condena a pesar de carecer de culpabilidad moral. En segundo lugar, un criterio casuístico, que exija que se haga un balance entre la edad del delincuente específico y la gravedad del delito, como forma de analizar una grave desproporcionalidad, no permitiría a los tribunales identificar con suficiente precisión a los pocos delincuentes juveniles que tienen una madurez psicológica suficiente y una depravación como para merecer una condena a cadena perpetua sin libertad condicional de los muchos que tienen capacidad para el cambio (cf. *Roper, cit.*, pp. 572/573). Ese enfoque tampoco toma en consideración las dificultades especiales con las que se enfrenta el abogado defensor de los delincuentes juveniles, habida cuenta de la impulsividad de los jóvenes, de su dificultad para pensar en términos de beneficios a largo plazo y su renuencia a creer en los adultos. Un estándar basado en una categoría evita el riesgo de que, por estas dificultades, un tribunal o un jurado llegue erróneamente a la conclusión de que un determinado joven es suficientemente culpable para merecer la condena a cadena perpetua sin libertad condicional por un delito que no sea el de homicidio. Asimismo, otorga al delincuente juvenil la oportunidad de demostrar que ha alcanzado la madurez y se ha reformado.

(4) La conclusión a la que ha llegado esta Corte también se sustenta en el hecho de que la práctica de determinación de la pena en cuestión ha sido rechazada en todo el mundo: en efecto, los Estados Unidos son la única nación que impone este tipo de pena. A pesar de que las resoluciones judiciales de otras naciones y la comunidad internacional no son determinantes en cuanto al significado de la VIII Enmienda, esta Corte ha mirado al extranjero para dar sustento a la conclusión a la que llegó en forma independiente de que un determinado castigo es cruel e inusual (ver *Roper*, cit., pp. 575/578).

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Graham v. Florida*, sentencia del 17-5-2010, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412.pdf>>.



PODER LEGISLATIVO. COMISIONES INVESTIGADORAS. ATRIBUCIONES. MEDIDAS DE APREMIO. SECRETO BANCARIO. LEVANTAMIENTO (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Manuel Burga Seoane, presidente de la Federación Peruana de Fútbol (FPF), interpuso una demanda de amparo contra el Congreso de la República para que “se abstenga de involucrarlo de manera personal” como objeto de investigación y de ejecutar el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. Burga denunció la vulneración de sus derechos fundamentales y que la FPF es un ente privado que no maneja recursos de Estado.

2. Sentencia: se declara improcedente la demanda de amparo interpuesta.

Conforme a la Constitución Política del Perú, el Congreso de la República puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, siendo obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. Para el cumplimiento de sus fines, dichas comisiones pueden acceder a cualquier información, la cual puede implicar el levantamiento del secreto bancario y el de reserva tributaria, excepto la información que afecte la intimidad personal.

La conformación de la cuestionada comisión investigadora, independientemente de las acciones que haya dispuesto en ejercicio de las atribuciones conferidas por la Norma Fundamental, no puede suponer, de modo alguno, violación ni amenaza de violación de ninguno de los derechos invocados por el demandante.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, expediente N° 2404-2011-PA/TC, resolución del 20-7-2011, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02404-2011-AA%20Resolucion.html>>.



PODER LEGISLATIVO. FACULTADES ENUMERADAS Y NO ENUMERADAS. ALCANCES. LEYES QUE IMPONEN SANCIONES PENALES ACCESORIAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. **FEDERALISMO.** ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS DEL GOBIERNO FEDERAL. INTERESES DE LOS ESTADOS. **DERECHO PENAL. PENAS ACCESORIAS. DELITOS SEXUALES.** DETENCIÓN POR TIEMPO INDETERMINADO LUEGO DE CUMPLIDA LA CONDENA. **INSANOS** (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la ley federal permite que un tribunal de distrito ordene la reclusión en una institución no carcelaria de un preso enfermo mental y sexualmente peligroso, después de la fecha en que debe ser puesto en libertad (§ 4248 del Título 18 del Código de los Estados Unidos). De conformidad con esta norma, el Gobierno promovió una acción de internación civil contra los apelados, pero cada uno de ellos solicitó la desestimación de la acción fundándose en que, al aprobar la norma, el Congreso se había excedido en el ejercicio de sus atribuciones, en términos de lo dispuesto por la Cláusula de lo Necesario y Apropiado (Cláusula) (Art. I, cl. 18 de la Constitución norteamericana). El tribunal federal de distrito desestimó la acción y la cámara federal de apelaciones confirmó esta sentencia con base en el fundamento del ejercicio de las atribuciones legislativas. Entonces, el Gobierno interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la Cláusula otorga al Congreso autoridad suficiente para promulgar la norma § 4248. Son cinco las consideraciones con base en las cuales se llega a esta conclusión.

2.1. La Cláusula otorga al Congreso una amplia autoridad para aprobar leyes en ejercicio de sus facultades que la Constitución le confiere en forma enumerada. Resulta claro que las atribuciones específicas de facultades legislativas federales van acompañadas de un amplio poder para aprobar leyes “convenientes o útiles” o “conducentes” para el “ejercicio beneficioso” de las facultades enumeradas (ver, por ejemplo, *McCullock v. Maryland*, 4 *Wheat*. 316, pp. 413 y 418) y que el Congreso puede “legislar en ejercicio de esa inmensa cantidad de facultades accesorias que deben estar comprometidas en la Constitución” (*id.*, p. 421). Para determinar si la Cláusula autoriza el dictado de una norma federal en particular, debe haber “racionalidad entre los medios y los fines” de la norma aprobada y de la fuente de atribuciones federales (*Sabri v. United States*, 541 *U.S.* 600, p. 605). La Constitución “asigna” la “elección de los medios” “primariamente... al criterio del Congreso. Si es posible observar que los medios utilizados están realmente calculados para lograr el objetivo, el grado de su necesidad, la medida en que conducen hacia el objetivo y la estrechez de la relación entre los medios utilizados y el fin que se quiere alcanzar son todas cuestiones que solamente el Congreso debe determinar” (*Burroughs v. United States*, 290 *U.S.* 534, pp. 547/548). Por lo tanto, si bien la Constitución en ningún lugar otorga expresamente al Congreso la facultad para crear otros delitos federales que los específicamente enumerados, para castigar a quienes los violen, para encarcelar a los transgresores, para adoptar las medidas necesarias para quienes están en la cárcel o para mantener la seguridad de aquellos que no están en prisión pero que pueden verse afectados por la pena que otros cumplen en una prisión federal, el Congreso posee amplias atribuciones para abordar cada una de estas cuestiones en virtud de lo dispuesto por la Cláusula.

2.2. Desde hace mucho tiempo el Congreso participa en la atención psiquiátrica a los prisioneros federales y su reclusión en instituciones no carcelarias (ver, por ejemplo, *Act of Mar. 3, 1855*, 10 *Stat.* 682; *Insanity Defense Reform Act* de 1984, 18 *U.S.C.* §§ 4241/4247). La larga tradición de accionar federal no demuestra la constitucionalidad de una norma (ver, por ejemplo, *Walz v. Tax Comm'n of City of New York*, 397 *U.S.* 664, p. 678), pero puede ser útil “para revisar la sustancia de un sistema de leyes aprobadas por el Congreso” (*Gonzales v. Raich*, 545 *U.S.* 1, p. 21) o, en particular, la razonabilidad de la relación entre la nueva ley y los intereses federales preexistentes. La disposición § 4248 difiere de las normas anteriores porque se centra directamente en aquellas personas que, en razón de la enfermedad mental que padecen, son sexualmente peligrosas. Sin embargo, es probable que muchas de ellas ya hayan estado sujetas a internación civil en virtud de lo dispuesto por la norma § 4246. Esta norma, a partir de 1949, ha autorizado la detención accesoria de presos federales que sufren de enfermedades mentales y que por ello son peligrosos (sexualmente o de otra forma). Las similitudes entre las disposiciones §§ 4246 y 4248 demuestran que esta última es una modesta ampliación del tradicional régimen jurídico federal.

2.3. Existen razones de peso para la promulgación de la norma § 4248. El gobierno federal, en tanto custodio de sus prisioneros, tiene la facultad constitucional de actuar para proteger a las comunidades vecinas (y a otras) del peligro que tales presos pueden suponer. Es más, la disposición § 4248 se “adapta razonablemente” a la facultad que el Congreso tiene para actuar como custodio federal responsable (*United States v. Darby*, 312 *U.S.* 100, p. 121). El Congreso bien pudo haber llegado a la conclusión de que los presos federales que sufren de enfermedades mentales que les generan “una gran dificultad para abstenerse de tener conductas sexuales violentas” (§ 4247 (a) (6)) generarían un riesgo particularmente alto para la población en caso de ser puestos en libertad. Asimismo, también pudo razonablemente haber llegado a la conclusión de que, en caso de ser liberadas por el gobierno federal, una cantidad razonable de esas personas probablemente no serían detenidas por los estados. El deseo del Congreso de abordar estos problemas específicos en forma conjunta con el rol que tiene como custodio federal brindan sustento a la conclusión de que la norma § 4248 satisface el estándar de revisión de la racionalidad entre medios y fines (*Sabri, supra*, p. 605).

2.4. Se rechaza la pretensión de los apelantes de que la disposición § 4248 viola la X Enmienda porque invade el ámbito de la soberanía estadual en una zona típicamente dejada al control de cada estado. Dicha Enmienda no “reserva a los estados” las facultades “delegadas a los Estados Unidos a través de la Constitución”, incluyendo las delegadas por la Cláusula de lo Necesario y Apropiado (ver, por ejemplo, *New York v. United States*, 505 *U.S.* 144, p. 159). Además, la norma § 4248 no “invade” la soberanía estadual: antes bien, requiere la acomodación de los intereses estaduales; entre otras cosas, ordena al Procurador General informar a los estados dónde el prisionero federal “tiene su domicilio o se juzgó” su detención (§ 4248(d)), y le otorga a cualquiera de los estados derecho a invocar su autoridad sobre

esa persona, lo cual da lugar al inmediato traslado a custodia estadual (4248 (d) (1)). En *Greenwood v. United States* (350 U.S. 366, pp. 375/376), esta Corte rechazó una impugnación similar a la predecesora de la norma § 4248, esto es, a la ley de 1949 descripta anteriormente. Dado que la versión de la ley cuestionada en *Greenwood* era menos protectora de los intereses estaduales que la disposición § 4248, *a fortiori*, la norma actual no invade los intereses de los estados.

2.5. La disposición § 4248 tiene un ámbito de aplicación limitado. Esta Corte rechaza la pretensión de los apelantes de que, al legislar en términos de la Cláusula de lo Necesario y Apropiado, las atribuciones del Congreso no pueden estar más que a un paso de algunas de las facultades que específicamente se le han dado en forma enumerada (ver, por ejemplo, *McCulloch*, *supra*, p. 417). La decisión que hoy toma esta Corte tampoco conferirá al Congreso un “poder general de policía, que los Fundadores denegaron al gobierno nacional y depositaron en los estados” (*United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, p. 618). La norma § 4248 ha sido aplicada solamente a una pequeña proporción de prisioneros federales y su alcance está limitado a aquellos individuos que ya están “bajo custodia” del gobierno federal (§ 4248 (a)). Por lo tanto, lejos de ser un “poder general de policía”, la disposición § 4248 es un medio razonablemente adaptado y estrechamente diseñado para perseguir el legítimo interés que el Gobierno tiene como custodio federal de la administración responsable de su sistema carcelario (ver *New York*, *supra*, p. 157).

Esta Corte no trata ni decide ninguna pretensión de que la norma o su aplicación violen el derecho a la igualdad, el debido proceso procesal o sustantivo, o cualquier otro derecho constitucional. Cuando se devuelvan las actuaciones, los apelantes tienen libertad de plantear esas u otras pretensiones que hayan preservado.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States v. Comstock et al.*, sentencia del 17-5-2010, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1224.pdf>>.



PROCESO CIVIL. PRUEBA PERICIAL. PERITOS. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. LÍMITES. INMUNIDAD (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en marzo de 2001, Jones esperaba para doblar en una bocacalle con su moto cuando fue atropellado por un automóvil conducido por Bennett, quien se encontraba en estado de ebriedad. Jones quedó con secuelas físicas y psiquiátricas y decidió promover una demanda por daños y perjuicios. Sus abogados solicitaron a Kaney, una psicóloga clínica, la preparación de un informe de las secuelas psiquiátricas de Jones para presentarlo en el proceso. En él, Kaney dejó asentado que Jones sufría de un trastorno de estrés postraumático.

En septiembre de 2003, los abogados interpusieron una demanda contra Bennett y la compañía aseguradora. Esta admitió la responsabilidad y solo quedó pendiente de resolución el monto de la indemnización. Cumpliendo con instrucciones de los abogados, Kaney examinó nuevamente a Jones en diciembre de 2004 y redactó

otro informe según el cual el accidentado ya no presentaba todos los síntomas de un trastorno de estrés postraumático, pero tenía depresión. Posteriormente, Jones fue evaluado por un psiquiatra consultor de la compañía de seguros, quien señaló que el accionante exageraba sus síntomas físicos. El juez de distrito ordenó a ambos peritos la discusión del asunto y la redacción de una declaración conjunta. La discusión se desarrolló telefónicamente y el perito de la compañía aseguradora preparó un proyecto de declaración conjunta que Kaney firmó sin agregar ningún comentario o enmienda. La declaración conjunta resultó perjudicial para las pretensiones de Jones, ya que en ella se asentó que no sufría de un desorden depresivo por trastorno de estrés postraumático y que él había mentado en el informe. Los abogados, entonces, pidieron autorización para sustituir al perito psiquiatra, que fue denegada por el juez. Jones sostiene que los abogados se vieron obligados a reclamar una indemnización mucho menor a la que hubieran podido obtener si Kaney no hubiera firmado la declaración conjunta. Jones, entonces, promovió una acción de daños y perjuicios por negligencia contra Kaney. Esta solicitó la desestimación de la acción. El juez de la *High Court* invocó el precedente *Stanton v. Callaghan* de la *Court of Appeal* para resolver que Kaney, en su calidad de perito, gozaba de inmunidad en la acción interpuesta por su responsabilidad por la declaración conjunta y desestimó la demanda. Jones apeló esta decisión y el recurso fue directamente elevado a la Suprema Corte dada su relevancia pública.

2. Sentencia: la inmunidad que han tenido los peritos frente a las acciones fundadas en su responsabilidad contractual o extracontractual debe ser abolida.

2.1. La inmunidad de los peritos data de hace cuatrocientos años, es decir, desde mucho antes de que se desarrollaran las actuales normas relativas a la responsabilidad extracontractual y de que los peritos forenses ofrecieran sus servicios a los litigantes a cambio de una remuneración. Originalmente, consistió en una prerrogativa absoluta frente a las demandas por difamación, pero luego se extendió a todo tipo de demandas. Se superpuso con la amplia inmunidad que los defensores gozaban ante las demandas por negligencia interpuestas por sus propios clientes, antes de que la misma fuera abolida, en 2001, por la Cámara de los Lorens.

Todo perjuicio debe ser enmendado. Cualquier excepción a esta norma debe estar justificada en términos del interés público y evaluada. Es así que el fundamento principal de la inmunidad es la preocupación de que un perito pueda mostrarse reticente a aportar una prueba contraria al interés de su cliente cuando existe un riesgo de que este lo demande, incumpliendo así su deber para con el tribunal. Sin embargo, al igual que sucedía con los defensores, no existe conflicto entre el deber del perito de brindar un servicio razonable a sus clientes y su deber para con los tribunales.

Por otra parte, nada indica que la inmunidad sea necesaria para asegurar el aporte de los peritos. La supresión de la inmunidad a los defensores no ha disminuido su disposición para cumplir con su deber, ni ha causado una proliferación de reclamos irritantes ni una multiplicidad de acciones judiciales.

Por estos motivos, la mayoría de esta Corte estima que no se ha demostrado justificación alguna para continuar sosteniendo la inmunidad de los peritos en

las acciones por incumplimiento de sus obligaciones vinculadas con las pruebas presentadas en los juicios o con los puntos de vista manifestados ante los tribunales. La decisión no afecta la subsistencia del privilegio absoluto de los peritos en las demandas por difamación ni la tradicional inmunidad de otros testigos en los litigios.

2.2. En su voto en disidencia, Lord Hope y Lady Hale se declararon en desacuerdo con la decisión de la mayoría de la Corte de revisar el fundamento de la inmunidad. En su opinión, la norma data de hace mucho tiempo y su aplicación en las acciones distintas a las de difamación en relación con las pruebas aportadas por cualquier perito fue confirmada por la Cámara de los Lores en *Watson v. M'Ewen*.

Estos jueces disidentes expresaron su preocupación por el posible efecto que la decisión de la mayoría pueda tener sobre litigantes defraudados, capaces de iniciar acciones largas e inútiles contra sus peritos. La falta de un fundamento sólido y regido por principios para suprimir la inmunidad, de una clara línea divisoria entre aquello que podría verse afectado por la supresión y aquello que no, y de una prueba confiable indicadora de cuáles pueden llegar a ser los efectos de esta medida, les sugiere que, de ser necesario, lo más sensato es que la reforma sea llevada a cabo por el Parlamento.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Jones v. Kaney*, sentencia del 30-3-2011, en <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0034_Judgment.pdf>.



PROCESO PENAL. PRUEBA. PRUEBA TESTIMONIAL. ADMISIBILIDAD. ALCANCE. EVALUACIÓN. SITUACIONES DE EMERGENCIA. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: ciertos oficiales de la policía estadual de Michigan enviados a la playa de estacionamiento de una estación de servicio encontraron a Anthony Covington mortalmente herido. Este les dijo que el imputado Bryant le había disparado cuando estaba fuera de su casa y que posteriormente había conducido hasta el estacionamiento. Durante el juicio, que tramitó antes de que se resolvieran los casos *Crawford v. Washington* (541 US 36 -2004-) y *Davis v. Washington* (547 US 813 -2006-), los policías expusieron lo que Covington les había dicho. Bryant fue condenado por homicidio doloso calificado por el uso de un arma de fuego.

Posteriormente, la Corte Suprema estadual de Michigan revocó esta decisión porque entendió que la Cláusula de la Confrontación de la VI Enmienda, tal como había sido explicada en los casos *Crawford* y *Davis*, tornaba inadmisibles las declaraciones de Covington, ya que eran una prueba de oídas. Entonces, el estado de Michigan interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la identificación y descripción que proporcionó Covington de la persona que le había disparado y del lugar del hecho no revisten el carácter de una

declaración testimonial porque tienen por “objeto principal permitir que la policía resuelva una situación de emergencia en curso” (v. *Davis, cit.*, p. 822). Por lo tanto, su admisión en el juicio de Bryant no violó la Cláusula de la Confrontación.

(a) En el caso *Crawford*, esta Corte sostuvo que para que la prueba testimonial resulte admisible en términos de la VI Enmienda, “el acusado previamente tiene que haber tenido la oportunidad de repreguntar al testigo” (*cit.*, p. 68). En *Crawford* no se estableció una definición integral de las declaraciones testimoniales, sino que se advirtió que este tipo de prueba incluye, entre otros aspectos, los interrogatorios policiales (*ibid.*). Por lo tanto, las declaraciones de Sylvia Crawford durante el interrogatorio al que fue sometida en la comisaría en relación con la puñalada fueron de naturaleza testimonial. La admisión de esta prueba en el juicio violó la VI Enmienda porque su marido, el demandado, no había tenido oportunidad de formularle repreguntas en razón de la vigencia del *spousal privilege*.

En los casos de violencia doméstica *Davis* y *Hammon*, esta Corte explicó que las declaraciones carecen de naturaleza testimonial cuando se realizan durante un interrogatorio policial en circunstancias que objetivamente indican que su “objeto principal” es “permitir que la policía resuelva una situación de emergencia en curso” y que, en cambio, “son de naturaleza testimonial cuando las circunstancias objetivamente indican que no existe ninguna situación de emergencia en curso, y que el ‘objeto principal’ del interrogatorio es establecer o probar hechos pasados potencialmente relevantes para un posterior procesamiento penal” (*cit.*, p. 822). Por lo tanto, en *Davis*, la grabación de un llamado al 911 que describía un conflicto doméstico en curso no tuvo carácter testimonial, porque las declaraciones obtenidas de la víctima eran necesarias para poder resolver la emergencia en curso y, además, no eran formales (*id.*, p. 827). Sin embargo, en *Hammon* las declaraciones tuvieron carácter testimonial, porque la víctima fue interrogada luego del hecho, en una habitación separada de donde se encontraba su esposo, y porque deliberadamente “relató los hechos ocurridos para responder a las preguntas formuladas por la policía” (*id.*, p. 830).

En el presente caso, el conflicto no es doméstico y la situación de emergencia en curso tiene un alcance que excede a la víctima inicial, amenazando potencialmente a la policía interviniente y al público. Este contexto exige aclarar la afirmación que esta Corte hizo en *Davis*, a saber, que el “objeto principal del interrogatorio consiste en permitir que la policía resuelva una situación de emergencia en curso” (*id.*, p. 822).

(b) Para determinar cuál es el “objeto principal”, esta Corte debe evaluar objetivamente las circunstancias en las que la persona se encontró con la policía y las declaraciones y acciones de las partes.

(i) La determinación del objeto principal es de naturaleza objetiva. Las circunstancias en las que se realizó el interrogatorio –en o cerca de la escena del crimen y no en una comisaría, durante una situación de emergencia en curso o al finalizar esta– son clara y objetivamente cuestiones de hecho. Asimismo, en relación

con las declaraciones y acciones de las partes, no resulta relevante el objeto subjetivo o real de estas personas específicas, sino el que podrían haber tenido personas razonables, establecido en términos de las declaraciones y acciones de las partes y de las circunstancias en las que se realizó el interrogatorio.

(ii) La existencia de una “situación de emergencia en curso” en el momento en que se realizó el interrogatorio es una de las circunstancias más importantes para establecer cuál fue el objeto principal del mismo (v., p. ej., *Davis, cit.*, pp. 828/830). Una situación de emergencia no lleva a los intervinientes a “probar hechos pasados que sean potencialmente relevantes para un posterior procesamiento penal” (*id.*, p. 822), sino a “poner fin a la situación amenazante” (*id.*, p. 832). La Corte Suprema estadual no apreció que la determinación de si una situación de emergencia existe y está en curso depende en gran medida del contexto. La determinación de si está en curso una situación de emergencia no puede centrarse solamente en establecer si la amenaza a la primera víctima ha sido neutralizada, puesto que puede subsistir el riesgo para los que prestaron los primeros auxilios y para el público. La Corte Suprema estadual tampoco consideró que la duración y el alcance de la situación de emergencia pudiese en parte depender del tipo de arma utilizada, y consideró que los precedentes *Davis* y *Hammon* resultaban determinantes para establecer el alcance de una emergencia en que se usaba un arma. El estado de salud de una víctima es importante para determinar cuál es su objeto principal en la medida en que aclara qué capacidad tenía para responder a las preguntas formuladas por la policía, y en su caso la posibilidad de que estas tuvieran carácter testimonial. Asimismo, brinda a los primeros socorristas información de contexto que les resulta útil para evaluar la existencia e importancia de una amenaza continua para la víctima, para ellos mismos y para el público. Esto no significa que una emergencia se prolongue durante todo el tiempo en que el atacante está libre, sino que los tribunales de primera instancia pueden determinar cuándo un interrogatorio se transforma de no testimonial a testimonial.

Por último, la determinación de que existe una emergencia en curso es solo un factor de la evaluación definitiva del “objeto principal” del interrogatorio.

Otro factor a considerar es la *informalidad* con que se realizó el interrogatorio. La formalidad sugiere la inexistencia de una situación de emergencia, pero la informalidad no indica necesariamente que existe una emergencia o que no haya intención de declarar. En esta causa, el interrogatorio se realizó en un espacio público al aire libre, antes de que llegara la ambulancia y de forma desorganizada. Esto lo distingue del caso *Crawford*, en el cual el interrogatorio fue formal y se realizó en la comisaría.

(iii) Las declaraciones y acciones del declarante y de las personas que lo interrogaron también constituyen pruebas objetivas de la principal finalidad del interrogatorio. El análisis del contenido de las preguntas y de las respuestas reduce los problemas que podrían surgir si se evaluara solamente a uno de los intervinientes, ya que quienes realizaron el interrogatorio y los declarantes pueden haber tenido motivos de diversa naturaleza.

Los policías tenían una doble responsabilidad al haber respondido al pedido de auxilio y al ser los investigadores penales. Esto pudo llevarlos a actuar con motivos de diversa naturaleza, simultánea o sucesivamente. En una situación de emergencia, las víctimas pueden querer que dicha situación termine, pero pueden no prever un procesamiento. Por su parte, una víctima gravemente herida puede no perseguir ningún objetivo al responder a las preguntas. La consideración de dichas heridas no torna subjetiva a la determinación, ya que esta sigue centrada en la comprensión y objetivo que tendría una víctima razonable si se encontrara en las circunstancias de esta víctima, incluyendo, particularmente, su estado físico. Determinar en forma objetiva la finalidad principal del interrogatorio a través del análisis de las declaraciones y acciones de todos los intervinientes se compadece también con las decisiones anteriores de esta Corte (*Davis, cit.*, pp. 822/823, nota 1).

(*iv*) En este caso, las circunstancias en las que se realizó el interrogatorio, así como las declaraciones y acciones de Covington y de la policía objetivamente indican que el “objeto principal” del interrogatorio era “permitir a la policía resolver una situación de emergencia en curso” (*cit.*, p. 822). El interrogatorio se realizó en circunstancias en las que se desconocían los motivos que tuvo el atacante para disparar, así como el lugar donde se encontraba luego de haber herido mortalmente a Covington a unas pocas cuadras y unos minutos antes de que la policía lo encontrara. A diferencia de las situaciones de emergencia en *Davis* y *Hammon*, el alcance potencial de la emergencia controvertida generaba una amenaza potencial para la policía y para el público. Dado que este caso comprendía el uso de un arma de fuego, la separación física que bastó para poner fin a la situación de emergencia en el caso *Hammon* aquí resultó insuficiente.

Conociendo las circunstancias de la emergencia que estaba en curso, esta Corte pasa entonces a determinar el “objeto principal del interrogatorio” en base a las declaraciones y acciones de Covington y de la policía. Las circunstancias en las que se realizó el interrogatorio resultan significativas para comprender las declaraciones que Covington hizo a la policía. Este respondió a las preguntas mientras yacía en el suelo de la playa de estacionamiento de una estación de servicio, luego de haber recibido un disparo mortal, y sus respuestas estaban intercaladas con preguntas relativas al tiempo que demoraría en llegar la ambulancia. Por lo tanto, esta Corte no puede afirmar que una persona en ese estado haya tenido el “objeto principal” “de establecer o probar hechos pasados potencialmente relevantes para un posterior procesamiento penal” (*ibid.*).

Por su parte, la policía respondió a un llamado que denunciaba que un hombre había recibido un disparo. Desconocía el motivo, el lugar o el momento en que había ocurrido, dónde se encontraba el atacante ni otra información del delito. Los policías hicieron el tipo de preguntas necesarias para “resolver una situación de emergencia en curso” (*ibid.*). Las respuestas de Covington no sugirieron a la policía que no existiera una situación de emergencia ni que dicha emergencia hubiera terminado. Esta situación se asemeja más a la planteada por el urgente e informal llamado al 911 de *Davis* que al estructurado interrogatorio realizado en la comisaría de *Crawford*. Todos los policías llegaron en distintos momentos. Al hacerlo, preguntaron

qué había sucedido y, en general, no realizaron un interrogatorio estructurado. La informalidad sugiere que su objeto principal fue resolver lo que consideraron una situación de emergencia en curso, y las circunstancias no tuvieron la formalidad que pudiera alertar a Covington o hacerlo consciente de que sus declaraciones podrían ser potencialmente usadas para un futuro procesamiento.

Nota del Instituto: el *spousal privilege* es una norma procesal conforme a la cual el cónyuge del demandado no puede prestar declaración testimonial.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Michigan v. Bryant*, sentencia del 28-2-2011, en <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/09-150.ZO.html>>.



PROCESO PENAL. QUERRELLA. FACULTADES DEL QUERRELLANTE ANTE LA INACCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO (CHILE).

1. Antecedentes del caso: el señor Low Álvarez se comprometió a construir para Aureliano Ojeda Garai y para Lidia Neira Sepúlveda, en un plazo no superior a diez días, una plataforma para la siembra de mitílidos. Con ese objeto, los comitentes compraron materiales y le entregaron ciertos cheques, pero Low Álvarez no cumplió con el encargo, y se quedó con los materiales y con parte del dinero que había cobrado a través de terceras personas. Entonces, Ojeda Garai y Nérida Sepúlveda lo denunciaron por los delitos de apropiación indebida y estafa, presentándose como querellantes. Sin embargo, el Fiscal decidió no perseverar en el procedimiento antes de que se hubiera realizado la investigación. Ante ello, los querellantes solicitaron al juez que ordenara reabrir la investigación para que el Ministerio Público la formalizara aun cuando no instara por llevarla a cabo, a fin de poder forzar la acusación a tenor de lo establecido en los arts. 257 y 258 del Código Procesal Penal (Cód. Proc. Penal). El juez estimó, en principio, que esto era improcedente pero resolvió suspender el procedimiento y solicitar al Tribunal Constitucional de Chile que se pronunciara respecto a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 259, inciso final, del Código mencionado.

2. Sentencia: se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

El juez requirente plantea que la aplicación al *sub lite* del inciso final del art. 259 Cód. Proc. Penal podría entrañar una vulneración de la garantía de trato igualitario por la ley consagrada en el numeral 2º del art. 19 constitucional, en cuanto daría por resultado dejar al querellante en una posición desmedrada respecto del Ministerio Público de cara a la promoción de la persecución penal, posibilidad que tanto la Constitución como el propio Código Procesal Penal reconocen a uno y otro.

En consecuencia, la cuestión a decidir en este caso reside en determinar si, efectivamente, es la aplicación de la disposición cuestionada por el juez requirente la que impide al querellante particular el ejercicio de la facultad de acusar por sí mismo

que le concede el art. 258 Cód. Proc. Penal, en congruencia con lo dispuesto en el art. 83 inc. 2 de la Carta Fundamental, que reconoce el derecho a ejercer también la acción penal al ofendido por el delito y a las demás personas que determine la ley.

El proceso legal impugnado por el requirente (inciso final del art. 259 del actual Código de Enjuiciamiento Criminal) dispone que “[l]a acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”, y tiene por objeto consagrar un principio nodal del sistema de procedimiento penal chileno, cual es el denominado de congruencia, en cuya virtud el imputado solo podrá ser acusado por los hechos que se le hubieren atribuido en la previa formalización de la investigación, con lo cual se satisface una medular garantía de enjuiciamiento para el imputado, toda vez que se evita, de ese modo, que este pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar pruebas de descargo ni ejercer cabalmente sus posibilidades de defensa.

Esto nos conduce a la conclusión de que, en el sistema procesal penal vigente en Chile, la acusación, en cualquiera de sus manifestaciones (es decir, incluso la que sea sostenida por el querellante ante la pasividad o determinación contraria del Ministerio Público), debe necesariamente ser precedida por la pertinente formalización y referirse a hechos y personas incluidos en ella, que es precisamente lo que se señala en la norma impugnada. En consecuencia, debemos entender que esta no incurre en la discriminación arbitraria de tratamiento entre el Ministerio Público y el querellante que pretende ver el requirente, por lo cual la impugnación planteada debe ser desestimada.

La conclusión antedicha no significa que, por el hecho de que el fiscal a cargo del caso no haya formalizado la investigación, los querellantes queden en la indefensión al verse impedidos de llevar adelante la persecución penal contra el querrellado. En efecto, si bien la formalización es un trámite esencial del nuevo proceso penal y su ejercicio responde a una facultad discrecional del Ministerio Público, esta no puede ser concebida en una dimensión omnimoda que solo el fiscal pueda decidir si la materializa o no, ya que el propio Código Procesal Penal ha consagrado la posibilidad de que el querellante induzca dicha formalización cuando posee antecedentes suficientes que la justifiquen, solicitando al juez de garantía que ordene al fiscal informar sobre los hechos que fueron objeto de la investigación y, por el mérito de la misma, incluso fijar un plazo para que la formalice (art. 186 del citado cuerpo legal).

Así las cosas, la interpretación concordada del inciso final del art. 259 Cód. Proc. Penal con el art. 186 del mismo cuerpo legal permite concluir que la primera de dichas disposiciones (impugnada en autos) no resulta contraria a la Constitución Política de la República.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 1542, sentencia del 31-8-2010, en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1506>>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. ASILO. EXPULSIÓN. TRATAMIENTO DEGRADANTE. **DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – BÉLGICA – GRECIA).

1. Antecedentes del caso: el ciudadano afgano M.S.S. abandonó su país a comienzos del año 2008. Después de pasar por Irán y Turquía, entró en la Unión Europea a través de Grecia, donde se tomaron sus huellas digitales, estuvo detenido durante una semana y luego fue liberado con la orden de dejar el país. En febrero de 2009, M.S.S. llegó a Bélgica y se presentó en la Oficina de Extranjería (Oficina) sin documentos de identidad, solicitando asilo. Allí se comprobó que sus huellas digitales habían sido registradas en Grecia y fue ubicado en un centro de recepción de solicitantes de asilo en Lanaken.

Un mes más tarde, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 10.1 del Reglamento nº 343/2003/CE (Reglamento de Dublín; en adelante, Reglamento), la Oficina pidió a las autoridades griegas que evaluaran la solicitud de asilo, pero estas no respondieron dentro del término de dos meses previsto en el art. 18.1 del Reglamento, silencio que la Oficina interpretó como una aceptación a su solicitud. Durante una entrevista, M.S.S. dijo que se había escapado de Afganistán con la ayuda de un contrabandista, quien había retenido su documento de identidad y al que le había pagado 12.000 dólares. Relató que había decidido pedir asilo en Bélgica después de encontrarse con unos soldados belgas de la OTAN que habían sido muy amables con él.

En el mes de abril, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) envió una misiva al Ministro de Migraciones y Políticas de Asilo de Bélgica con copia a la Oficina de Extranjería, puntualizando las deficiencias en el procedimiento de asilo y en las condiciones de recepción de los solicitantes de asilo en Grecia, y recomendando la suspensión de los traslados a ese país.

En el mes de mayo, la Oficina decidió no permitir a M.S.S. permanecer en Bélgica y, conforme a lo dispuesto en el Reglamento, le ordenó abandonar el territorio belga manifestando que correspondía a Grecia y no a Bélgica responsabilizarse de la solicitud de asilo. M.S.S. fue detenido y ubicado en un centro de extranjeros ilegales en Steenokkerzeel. Se pusieron en conocimiento del Comité Belga de Ayuda a los Refugiados los datos de contacto del abogado asignado al solicitante. Este presentó, con base en el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), un recurso ante la Junta de Apelaciones de Extranjería tendiente a lograr que se desestimara la orden de dejar el país, fundado en el riesgo de detención arbitraria y de malos tratos que podía sufrir en Grecia. La apelación fue rechazada porque el abogado no se presentó a la audiencia. El 29 de mayo, M.S.S. se negó a abordar el avión que lo trasladaría a Grecia y fue nuevamente arrestado conforme a lo dispuesto por el art. 27.1 de la Ley de Extranjería, decisión que fue confirmada por la *Chambre du Conseil* del tribunal de primera instancia de Bruselas.

En el mes de junio, las autoridades griegas enviaron un documento confirmando que, conforme a los arts. 18.7 y 10.1 del Reglamento, eran responsables de examinar la solicitud de asilo de M.S.S.

Tras ser notificado de que su traslado a Grecia se realizaría el 15 de junio, M.S.S. presentó una nueva solicitud ante la Junta de Apelaciones de Extranjería de

que se dejara sin efecto la orden de dejar el país. A esos efectos, invocó los riesgos que podría correr en Afganistán y si se lo trasladaba a Grecia, dadas las escasas posibilidades de que allí su solicitud de asilo fuera adecuadamente examinada y las deplorables condiciones de detención y recepción a que estaban expuestos los solicitantes de asilo.

Asimismo, a través de su abogado, solicitó a la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) la suspensión de ese traslado. A los riesgos que correría en ese país, agregó que había abandonado Afganistán al lograr sobrevivir a una tentativa de homicidio de los talibanes, en represalia porque había trabajado como intérprete para las tropas internacionales destacadas en Kabul.

La Corte se negó a aplicar la Regla 39 de su Reglamento, pero informó al gobierno griego que su decisión se fundaba en su confianza en que dicho Estado honraría las obligaciones que había asumido en la Convención y en que cumpliría con la reglamentación comunitaria del asilo.

El 15 de junio, M.S.S. fue trasladado a Grecia. Cuatro días más tarde, su abogado recibió un primer mensaje de texto (*sms*) informándole el solicitante que había quedado inmediatamente detenido en un edificio cercano al aeropuerto junto con otras veinte personas, sin poder salir al aire libre, sin tener libre acceso a los baños, con alimentación muy escasa y viéndose obligado a dormir en un colchón sucio o directamente en el piso.

Al ser liberado el 18 de junio, M.S.S. recibió una tarjeta de solicitante de asilo (“tarjeta rosa”) y se le notificó que debía presentarse dentro de los dos días en la Dirección de Extranjería del Departamento de Asilo de la Policía de Ática para denunciar su domicilio en Grecia, a fin de que se le informara el progreso de su solicitud de asilo. El solicitante no se presentó y fue a vivir a un parque en el centro de Atenas donde se habían reunido otros ciudadanos afganos solicitantes de asilo.

El 2 de julio, considerando la creciente inseguridad existente en Afganistán y la falta de comunicación por parte de las autoridades griegas, la Corte decidió aplicar la Regla 39 e indicó al gobierno griego que no deportara a M.S.S. porque el proceso ante la Corte aún estaba en trámite.

Algunos días después, el gobierno griego, respondiendo a una misiva de la Corte, informó que M.S.S. había solicitado asilo al llegar al aeropuerto de Atenas y que el procedimiento de asilo se había puesto en marcha. Agregó que el solicitante no se había presentado a la Policía de Ática dentro de los dos días requeridos para llenar el formulario de solicitud y para comunicar su dirección.

El 1º de agosto, M.S.S. fue arrestado en el aeropuerto cuando intentaba abandonar el país con un documento de identidad búlgaro falso y quedó detenido durante siete días en el mismo edificio cercano al aeropuerto donde había estado anteriormente. En un mensaje de texto enviado a su abogado, relató que durante su detención había sido golpeado por un agente de policía y que deseaba salir de Grecia a cualquier costo para no tener que vivir en condiciones tan hostiles.

Dos días después, el juzgado en lo criminal de Atenas lo condenó a dos meses de prisión en suspenso por intentar salir del país con documentos falsos.

Posteriormente, M.S.S. se dirigió al departamento de policía de Ática, donde fue renovada su tarjeta rosa por seis meses.

En junio de 2010, el abogado de M.S.S. recibió un mensaje de texto en el que este le informaba que había intentado nuevamente abandonar Grecia para ir a Italia, donde las condiciones de recepción eran más decentes y no tendría que vivir en la calle. Pero fue detenido por la policía en Patras, llevado a Salónica y luego a la frontera turca para ser expulsado. Finalmente, según M.S.S., Grecia decidió no expulsarlo debido a la presencia de la policía turca.

M.S.S. presentó un recurso ante la Corte Europea contra Bélgica y Grecia. Alegó que las autoridades belgas habían violado los arts. 2 y 3 de la Convención y las griegas, el art. 3. También adujo, en virtud del art. 13, la falta de un recurso que le permitiera acceder a una evaluación de sus reclamos.

2. Sentencia: se declara:

- por unanimidad, que Grecia violó el art. 3 de la Convención en razón de las condiciones de detención a las que sujetó al recurrente;
- por 16 votos contra 1, que Grecia violó el art. 3 de la Convención en razón de las condiciones en que el recurrente tuvo que vivir en ese país;
- por unanimidad, que Grecia violó el art. 13 en conjunción con el art. 3 de la Convención en razón de las deficiencias del procedimiento de asilo, y del riesgo de expulsión a Afganistán a que se enfrentó el recurrente por la falta de un examen serio de las condiciones de su solicitud de asilo y por la falta de acceso a un recurso efectivo;
- por unanimidad, que no es necesario examinar el reclamo del recurrente fundado en el art. 13 en conjunción con el art. 2 de la Convención;
- por 16 votos contra 1, que Bélgica violó el art. 3 de la Convención porque las autoridades belgas expusieron a M.S.S. a una detención y a condiciones de vida en ese país que contradicen las garantías de dicho artículo;
- por unanimidad, que Bélgica violó el art. 13 en conjunción con el art. 3 de la Convención;
- por unanimidad, que no es necesario examinar el reclamo que el recurrente funda en el art. 13 en conjunción con el art. 3 de la Convención;
- por unanimidad, que Grecia debe pagar al recurrente la cantidad de €1.000 en concepto de daño moral y de € 4.725 por las costas;
- por 15 votos contra 2, que Bélgica debe pagar al recurrente € 24.900 en concepto de daño moral y, por 16 votos contra 1, € 7.350 por las costas.

Presunta violación del art. 3 de la Convención por parte de Grecia en razón de las condiciones de detención del recurrente

El recurrente alega que las condiciones de su detención en Grecia eran deplorables y que equivalían a un trato inhumano y degradante.

El confinamiento de extranjeros solo es aceptable como medida de prevención de la inmigración ilegal. Los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales, en particular con la Convención de Ginebra de 1951 y con la Convención Europea de Derechos Humanos. Su legítima preocupación por frustrar los intentos cada vez más frecuentes de eludir las restricciones inmigratorias no debe

privar a los solicitantes de asilo de la protección brindada por tales convenciones. Los Estados deben tomar en consideración el art. 3 de la Convención, que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas al prohibir absolutamente la tortura y los tratos degradantes e inhumanos cualesquiera sean las circunstancias y la conducta de la víctima.

El recurrente no tenía el perfil de un “inmigrante ilegal” y las autoridades griegas conocían su identidad. Pese a ello, lo detuvieron inmediatamente sin darle explicación alguna, circunstancia que, según los informes de entidades internacionales y organizaciones no gubernamentales, es una práctica corriente en Grecia.

Si bien las alegaciones del recurrente con respecto al trato brutal y a los insultos que la policía le propinó durante su segunda detención no se han acreditado en forma documental, esta Corte se ve obligada, una vez más, a señalar que las mismas se compadecen con numerosos informes en idéntico sentido de organizaciones internacionales como el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. Por otro lado, las denuncias del recurrente relativas a las condiciones de vida en el centro de recepción se sustentan en opiniones similares de la ACNUR, *Amnesty International* y *Médecins sans Frontières*. Además, en *S.D. c. Grecia*, esta Corte consideró que dichas condiciones —que pueden encontrarse en otros centros de detención de Grecia— equivalían a un trato degradante en términos del art. 3 de la Convención, tratándose de solicitantes de asilo.

Asimismo, el argumento del gobierno griego de que las detenciones del recurrente fueron breves no puede ser tomado en consideración. Como solicitante de asilo, el recurrente se encontraba en una situación particularmente vulnerable debido a lo que había padecido durante la migración y a sus experiencias traumáticas previas.

Por ello, esta Corte sostiene que las condiciones de detención del recurrente eran inaceptables. Los sentimientos de arbitrariedad, de inferioridad y de ansiedad, así como el profundo efecto que indudablemente tales condiciones producen en la dignidad de una persona, constituyen un tratamiento degradante, contrario al art. 3 de la Convención.

Presunta violación del art. 3 de la Convención por parte de Grecia en razón de las condiciones de vida del recurrente

El recurrente alega que las autoridades griegas no le suministraron información alguna sobre alojamiento ni le proveyeron medio alguno de subsistencia. Por ello, al igual que otros ciudadanos afganos solicitantes de asilo, se vio obligado a vivir en un parque en el centro de Atenas durante varios meses, pasando sus días en busca de comida, recibiendo ocasionalmente ayuda material de la gente y de la iglesia, sin acceso a instalaciones sanitarias y temiendo ser atacado y asaltado por las noches. En opinión del recurrente, su situación de vulnerabilidad y de privación material y psicológica equivalía a un trato contrario al art. 3, por lo que no tenía otra opción que abandonar Grecia y buscar refugio en otro lado.

Si bien esta Corte no puede comprobar la exactitud de la alegación del recurrente según la cual antes de diciembre de 2009 habría informado varias veces

a las autoridades griegas que no tenía alojamiento, la información brindada por los organismos internacionales respecto de las condiciones existentes en los centros de recepción en Grecia reduce considerablemente el peso del argumento del gobierno griego según el cual la inacción del recurrente era la causante de su situación. De todas formas, dadas las condiciones de inseguridad y vulnerabilidad en que viven los solicitantes de asilo en Grecia, esta Corte considera que las autoridades de ese país no debieron esperar que el recurrente tomara la iniciativa de dirigirse al departamento de policía para atender a sus necesidades básicas. Por ello, el gobierno griego debe ser considerado responsable de la situación en la que el recurrente se encontró durante varios meses. Este ha sido víctima de un trato humillante que muestra una falta de respeto por su dignidad. Tales condiciones de vida, sumadas a la prolongada incertidumbre en la que ha quedado y la falta total de una perspectiva de mejoramiento de su situación, han alcanzado el nivel de severidad requerido para encuadrarse en el art. 3 de la Convención.

Presunta violación del art. 13 en conjunción con los arts. 2 y 3 de la Convención por parte de Grecia en razón de las fallas en el procedimiento de asilo

El recurrente alega que no contó con un recurso efectivo contemplado en el derecho griego mediante el cual reclamar la violación de los arts. 2 y 3 en conjunción con el art. 13 de la Convención. En efecto, en su opinión, las deficiencias en el procedimiento de asilo en Grecia lo pusieron ante el riesgo de repatriación a su país de origen sin contar con un verdadero examen de los fundamentos de su solicitud de asilo.

En su recurso ante esta Corte, al hacer referencia a sus temores por la situación existente en Afganistán, M.S.S. presentó copias de certificados que demostraban que había trabajado en ese país como intérprete. Por otra parte, la Corte cuenta con información general sobre la situación en ese país y con la publicación actualizada del ACNUR sobre las directrices para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Afganistán.

También es preciso observar que durante varios años, tanto el ACNUR como el Consejo del Comisionado Europeo de Derechos Humanos y muchas otras organizaciones internacionales no gubernamentales han señalado en repetidas ocasiones que, en la práctica, la legislación griega no es aplicada y que el procedimiento de asilo tiene tantas deficiencias que los solicitantes cuentan con muy pocas probabilidades de que sus solicitudes y demandas fundadas en la Convención sean evaluadas por las autoridades griegas y que, ante la falta de un recurso efectivo, aquellos quedan desprotegidos ante la decisión de un traslado arbitrario a sus países de origen.

Asimismo, es preciso destacar la información insuficiente sobre el procedimiento a seguir con la que cuentan los solicitantes, las dificultades para acceder al departamento de policía de Ática, la falta de un sistema confiable de comunicación entre las autoridades y los solicitantes de asilo, la falta de intérpretes y de personal capacitado para conducir las entrevistas, la falta de asistencia letrada que priva a los solicitantes de asilo del acceso a un abogado y los excesivos retrasos en la toma de decisiones.

En relación con esto, a pesar de que las autoridades griegas afirman que existían folletos informativos en el aeropuerto, el recurrente alega no haber recibido información alguna sobre el procedimiento a seguir.

En la práctica, la accesibilidad a un recurso es decisiva cuando se trata de evaluar su efectividad. Las autoridades griegas no han tomado medidas para asegurar la comunicación entre las autoridades competentes y el solicitante. Esa circunstancia, sumada al mal funcionamiento del procedimiento de notificación a las “personas de domicilio desconocido” informado por el Consejo del Comisionado Europeo de Derechos Humanos y por el ACNUR, no asegura que el solicitante pueda conocer el resultado de su solicitud de asilo a tiempo como para accionar en el plazo prescrito.

Por otra parte, si bien es evidente que el recurrente carece de los medios necesarios para pagar un abogado, no ha recibido información alguna sobre el acceso a organizaciones que ofrecen asesoramiento jurídico.

Por último, esta Corte no puede considerar, como lo ha sugerido el gobierno griego, que la duración de los procedimientos ante la Suprema Corte Administrativa resulte irrelevante en términos del art. 13. En efecto, se ha destacado la importancia de una rápida acción en los casos concernientes a malos tratos perpetrados por agentes del Estado. Las acciones rápidas son aún más necesarias cuando, como en este caso, quien ha presentado un reclamo en términos del art. 3 en un caso de deportación no cuenta con la garantía procesal de que el mismo será tomado seriamente en consideración en primera instancia y estadísticamente no tiene ninguna oportunidad de que se le ofrezca forma de protección alguna, por lo que vive en un estado de precariedad contrario al art. 3. Asimismo, la información brindada por el Consejo Europeo del Comisionado de Derechos Humanos concerniente a la duración de los procedimientos es prueba de que una apelación ante la Suprema Corte Administrativa no compensa la falta de garantías relativas a las solicitudes de asilo.

Presunta violación de los arts. 2 y 3 de la Convención por parte de Bélgica por exponer al recurrente a riesgos debidos a las deficiencias en el procedimiento de asilo en Grecia

El recurrente alega que las autoridades belgas estaban al tanto de las deficiencias del procedimiento de asilo griego y que no evaluaron los riesgos que él correría si se lo trasladaba a dicho país, por lo que no cumplieron con sus obligaciones previstas en los arts. 2 y 3 de la Convención.

Esta Corte no suscribe el argumento esgrimido por las autoridades belgas según el cual la Oficina no había tomado en cuenta los temores del recurrente de ser trasladado a Grecia en el momento en que se dictó la orden para que abandonara el país porque no los había manifestado en la entrevista. Numerosos informes basados en estudios de campo coinciden en señalar las dificultades prácticas existentes en la aplicación del sistema de Dublín en Grecia, las deficiencias de los procedimientos de asilo y la práctica de la deportación directa o indirecta, individual o grupal.

También resulta de suma importancia la misiva enviada por el ACNUR en abril de 2009 al Ministro de Migraciones belga que contenía un firme alegato a favor de la suspensión de los traslados a Grecia.

Presunta violación del art. 3 de la Convención por parte de Bélgica en razón de la exposición del recurrente a condiciones de detención y de vida contrarias al art. 3

El recurrente alega que las autoridades belgas, al trasladarlo a Grecia con base en lo dispuesto en el Reglamento, lo expusieron a un tratamiento contrario al art. 3 de la Convención.

En opinión de esta Corte, antes de dicho traslado, ya eran conocidas las condiciones degradantes de detención y de vida de los solicitantes de asilo en ese país. Por otra parte, no puede imputarse al recurrente no haber informado a las autoridades administrativas belgas las razones por las que no deseaba ser transferido a Grecia. En efecto, el procedimiento ante la Oficina no contemplaba tales explicaciones y las autoridades belgas aplican sistemáticamente el Reglamento. Por ello, al trasladar al recurrente a Grecia, lo expusieron a sabiendas a condiciones de detención y de vida degradantes.

Presunta violación del art. 13 en conjunción con los arts. 2 y 3 de la Convención por parte de Bélgica en razón de la falta de un recurso efectivo contra la orden de expulsión

El recurrente alega que no existía ningún recurso en el derecho belga mediante el cual habría podido reclamar las presuntas violaciones de los arts. 2 y 3 de la Convención.

Esta Corte ha establecido que toda denuncia basada en que la expulsión a otro país puede exponer a una persona a un trato contrario al art. 3 de la Convención requiere de una evaluación rigurosa y que, sujeta a un cierto margen de apreciación librado a los Estados, la satisfacción de las exigencias del art. 13 requiere que el organismo competente esté en condiciones de examinar el fondo de la denuncia y sufragar la debida reparación.

En efecto, la evaluación de las denuncias que la Junta de Apelación de Extranjería hizo en términos del art. 3 en el momento de la expulsión del recurrente no fue exhaustiva. En consecuencia, el procedimiento para solicitar la suspensión de la ejecución en casos urgentes no satisface las exigencias del art. 13 de la Convención.

Por otra parte, es cierto que el recurrente tuvo que enfrentar varios obstáculos. Su solicitud de suspensión de la ejecución en el procedimiento urgente fue rechazada por motivos procesales, en particular porque él no se presentó. Pero este hecho no puede ser considerado como una falta de diligencia por parte del recurrente. Por ello, no puede decirse que el recurrente no haya agotado los recursos internos.

Nota del Instituto: puede verse la sentencia en el caso *S.D. c. Grecia*, n° 53541/05, del 11-6-2009, en <<http://www.epa.gov/espanol/leyesreglamentos.htm>>.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, petición n° 30696/09, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sentencia del 21-01-2011, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?id=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Affaire%20%20haas%20%20c.%20%20suisse&sessionid=75213053&skin=hudoc-en>>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS. **DERECHO A LA VIDA.** MUERTE DE CIVILES DURANTE OCUPACIÓN MILITAR EXTRANJERA. **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** DEBER DE LLEVAR A CABO UNA INVESTIGACIÓN EFICAZ. **TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el 20 de marzo de 2003, las fuerzas armadas de los Estados Unidos, del Reino Unido y de otros Estados miembros de la coalición ingresaron a Irak con el objeto de desplazar al régimen Baath que por entonces estaba al poder. El 1º de mayo de 2003 se produjeron importantes combates, y los Estados Unidos y el Reino Unido pasaron a ser fuerzas de ocupación y crearon la Autoridad Provisional de la Coalición (APO) “para ejercer en forma transitoria los poderes de gobierno”. Uno de estos consistía en garantizar la seguridad en Irak. Esta función asumida por las fuerzas de ocupación fue reconocida en la Resolución 1483 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 22 de mayo de 2003, que instaba a dichas fuerzas a “promover el bienestar de los iraquíes mediante una administración eficaz del territorio” y particularmente a trabajar para restaurar las condiciones de seguridad y estabilidad. La ocupación finalizó el 28 de junio de 2004, cuando la APO traspasó el mando al gobierno provisional iraquí y dejó de existir.

Durante el tiempo de ocupación, el Reino Unido estuvo al mando de la división militar –División Multilateral Sudeste–, dentro de la cual estaba la provincia de Al-Basrah, donde murieron los familiares de los aquí peticionantes. El 1º de mayo de 2003, estas fuerzas británicas se hicieron cargo de mantener la seguridad y de apoyar la administración civil. A esos efectos, el Reino Unido hizo patrullajes, arrestos, operaciones antiterroristas, controles policiales de las protestas, y protegía las instalaciones e infraestructura esenciales, y las comisarías.

1.1. *Casos individuales*

Los peticionantes son cinco ciudadanos iraquíes: Mazin Jum’Aa Gatteh Al-Skeini, Fattema Zabun Dahesh, Hameed Abdul Rida Awaid Kareem, Fadil Fayay Muzban y Jabbar Kareem Ali, y el Coronel Daoud Mousa.

1.1.1. Mazin Jum’Aa Gatteh Al-Skeini es el hermano de Hazim Jum’Aa Gatteh Al-Skeini (Hazim Al-Skeini), quien tenía 23 años cuando murió en el área de Al-Majidiyah, en Basrah, minutos antes de la medianoche del 4 de agosto de 2003, al recibir un disparo del soldado que estaba al mando de una patrulla británica. En su declaración testimonial, Al-Skeini explicó que, el día de los hechos, algunos de sus parientes habían asistido a un funeral en el pueblo de Al-Majidiyah y que en Irak se acostumbra a disparar armas en dichas ceremonias. Explicó que vio a un soldado disparar y matar a su hermano y a otro hombre, ambos desarmados y parados aproximadamente a diez metros de los soldados, sin razón aparente.

El ejército británico afirma que su patrulla avanzaba a pie durante una noche muy oscura, cuando escuchó fuertes disparos en Al-Majidiyah. En un determinado momento, la patrulla vio a dos hombres iraquíes en una calle. Uno de ellos estaba

aproximadamente a cinco metros del sargento “A”, que comandaba la patrulla. Este advirtió que uno de ellos lo apuntaba con un arma. En la oscuridad, la patrulla no pudo ver la posición del segundo iraquí. Creyendo que su vida y la de los soldados bajo su mando corrían peligro inminente, el sargento “A” disparó a los dos hombres sin dar ninguna advertencia verbal.

El *British Army Goodwill Payment Committee* pagó USD 2.500 a la tribu a la que pertenecían las víctimas, y le entregó una carta que explicaba las circunstancias en que se habían producido sus muertes y donde se le aseguraba no haber tenido intención de atacar a nadie.

Los comandantes británicos resolvieron que el incidente se regía por las normas de intervención militar (*Rules of Engagement*) y, en consecuencia, que no requería ulterior investigación.

1.1.2. Fattema Zabun Dahesh tiene tres hijos pequeños y una suegra anciana a su cargo. Es la viuda de Muhammad Salim, quien, minutos antes de la medianoche del 6 de noviembre de 2003, fue herido mortalmente por un disparo de un soldado británico.

Basando sus pruebas en relatos de testigos presenciales, Fattema explicó que el 5 de noviembre de 2003, durante Ramadán, Salim fue a visitar a su cuñado en Basrah. Alrededor de las 11:30 p.m., ciertos soldados británicos allanaron esa casa derribando la puerta principal. Uno de ellos se encontró cara a cara con Salim en el living de la casa y le disparó en el estómago. Los soldados británicos llevaron a Salim al hospital militar checo, donde murió dos días después.

El ejército británico afirma que su patrulla había recibido, a través de uno de sus intérpretes, información vinculada a un grupo de hombres fuertemente armados que habían entrado a dicha casa. Entonces, ordenó una operación de rápido allanamiento y arresto. Luego de golpear la puerta dos veces para que los dejaran pasar y al no recibir respuesta, los soldados la derribaron. El sargento “C” oyó el disparo de un arma automática en el interior de la casa; dos hombres con armas de cañón largo bajaron corriendo por las escaleras hacia donde él se encontraba y no tuvo tiempo de dar una advertencia verbal. El sargento creyó que su vida corría peligro inminente y por lo tanto disparó una vez al hombre que estaba al frente, Salim, y lo hirió en el estómago.

Posteriormente, la familia del peticionante informó a la patrulla que eran abogados y que estaban en conflicto con otra familia de abogados en relación con la propiedad de unos locales de oficinas, razón por la cual habían sufrido dos ataques armados, uno de ellos treinta minutos antes de que la patrulla británica entrara por la fuerza. El comandante británico elaboró un informe que estableció que la patrulla había recibido información deliberadamente falsa de los miembros de la otra familia en conflicto.

Fattema recibió USD 2.000 del *British Army Goodwill Payment Committee* y una carta que describía las circunstancias de la muerte.

Se decidió que el incidente se regía por las normas de intervención militar y, en consecuencia, que no requería ulterior investigación.

1.1.3. Hameed Abdul Rida Awaid Kareem es el viudo de Hannan Mahaibas Sadde Shmailawi, quien recibió un disparo mortal el 10 de noviembre de 2003 en el Instituto de Educación del área Al-Maaqal en Basrah, donde trabajaba como portero nocturno y donde vivía con su esposa y familia.

En su declaración testimonial, Kareem manifestó que alrededor de las 8 p.m. del 10 de noviembre de 2003, estaba sentado con su familia a la mesa cuando repentinamente oyó numerosos disparos de ametralladora provenientes del exterior del edificio. Las balas hirieron a su esposa en la cabeza y en los tobillos, y a uno de sus hijos en el brazo. Ambos fueron llevados al hospital, donde su hijo se recuperó y su esposa falleció.

El ejército británico afirma que Hannan Shmailawi resultó herida como consecuencia de un tiroteo cruzado entre una patrulla británica y un grupo de hombres armados desconocidos. Al iluminar el área con bengalas, la patrulla había advertido la presencia de al menos tres hombres que portaban armas de cañón largo, dos de los cuales disparaban en dirección a ella.

Se decidió que el incidente se regía por las normas de intervención militar y, en consecuencia, que no requería ulterior investigación.

1.1.4. Fadil Fayay Muzban es hermano de Waleed Fayay Muzban, quien tenía 43 años de edad cuando recibió un disparo mortal de un soldado británico la noche del 24 de agosto de 2003 en el área de Al-Maaqal de Basrah.

Basando sus pruebas en las declaraciones de testigos presenciales, Muzban explicó que alrededor de las 8:30 p.m. del 24 de agosto de 2003, su hermano conducía un minibús cuando un fuerte tiroteo dirigido a su vehículo le produjo heridas mortales en el pecho y en el estómago.

El cabo británico "S" explicó que había ordenado detenerse al conductor de un minibús de aspecto sospechoso que tenía cerradas las cortinas de las ventanas y que se dirigía lentamente hacia la patrulla con las luces bajas encendidas. Entonces, el conductor Muzban lo golpeó en el pecho, trató de quitarle el arma y, antes de acelerar para marcharse, giró en dirección de los miembros de la patrulla. El cabo disparó a las llantas del vehículo, que se detuvo a 100 metros de la patrulla. Muzban pareció estar buscando un arma. El cabo creyó que iba a atacar a su equipo y, entonces, disparó varias veces. Muzban salió del auto y se le ordenó acostarse en el suelo. La patrulla revisó el minibús para ver si había alguna otra persona armada, pero comprobó que estaba vacío. Muzban tenía tres heridas de bala en la espalda y en la cadera, recibió primeros auxilios y fue trasladado al hospital militar checo, donde murió.

El Área de Investigación Especial de la Real Policía Militar (SIB, por sus siglas en inglés) inició una investigación el 29 de agosto de 2003. Recolectó material de la escena del tiroteo y tomó declaraciones a los soldados que habían estado presentes, excepto al cabo "S", que había disparado a Muzban. Los comandantes decidieron que el caso se regía por las normas de intervención militar y solicitaron con éxito dar por concluida la investigación del SIB. La familia del difunto recibió USD 1.400 del *British Army Goodwill Payment Committee* y una indemnización adicional de USD 3.000 por los daños ocasionados al minibús.

El hermano de Muzban solicitó la revisión judicial de esta decisión. Entonces, nueve meses después, se reabrió la investigación y se realizaron exámenes forenses. Los fiscales tomaron declaración a los soldados, incluyendo al cabo “S”. La investigación se completó el 3 de diciembre de 2004. Un destacado abogado independiente sugirió que no existía posibilidad real alguna de demostrar que el cabo “S” no había disparado en defensa propia. El informe fue enviado al Ministro de Justicia, quien decidió no ejercer sus atribuciones para procesarlo criminalmente.

1.1.5. Jabbar Kareem Ali es el padre de Ahmed Jabbar Kareem Ali, quien murió el 8 de mayo de 2003 a los 15 años de edad.

De acuerdo con las declaraciones formuladas ante los tribunales británicos, Jabbar Ali comenzó a buscar a su hijo el 8 de mayo de 2003 cuando este no regresó a su casa a la hora debida. Testigos presenciales le dijeron que ciertos soldados británicos habían arrestado a su hijo y a otros tres jóvenes iraquíes esa mañana durante una operación antisaqueo. Agregaron que los habían golpeado y obligado a meterse en el río Shatt Al-Arab. El 10 de mayo encontraron el cuerpo de su hijo, que no sabía nadar.

El SIB inició una investigación y cuatro soldados británicos fueron procesados por homicidio culposo ante una corte marcial entre septiembre de 2005 y mayo de 2006, pero, por entonces, otros tres soldados sospechosos de haber participado en los sucesos estaban ausentes sin permiso. La fiscalía afirmó que los soldados habían llevado a los cuatro jóvenes al río y los habían obligado a entrar en él a punta de pistola “para enseñarles una lección”, ya que eran sospechosos de haber participado en los saqueos. Los soldados fueron absueltos cuando el testigo clave de la fiscalía, uno de los jóvenes iraquíes forzados a entrar al río junto con Ahmed, no pudo identificarlos.

Entonces, Jabbar Ali promovió una demanda de daños y perjuicios contra el Ministerio de Defensa por la muerte de su hijo. El 15 de diciembre de 2008, recibió £115.000 y una disculpa formal del ejército británico.

1.1.6. El Coronel Daoud Mousa era coronel en la fuerza policial de Basrah. Su hijo, Baha Mousa, tenía 26 años de edad cuando murió el 14 de septiembre de 2003, tres días después de haber sido detenido por el ejército británico.

El Coronel Mousa sostuvo que, en la mañana del 14 de septiembre de 2003, había ido a buscar a su hijo a su lugar de trabajo en el Hotel Ibn Al-Haitham de Basrah. Al llegar, lo vio, junto a otros seis empleados del hotel, acostado en el suelo y con las manos detrás de la cabeza. Se le informó que se estaba realizando una investigación de rutina que terminaría en un par de horas. Al tercer día de detención de su hijo, ciertos miembros de la Real Policía Militar le informaron que su hijo había muerto en una base militar británica en Basrah y le solicitaron que identificara el cadáver. El rostro y el cuerpo de Baha Mousa estaban cubiertos de sangre y hematomas, tenía la nariz fracturada y le faltaba piel en algunas partes del rostro.

Un empleado del hotel, arrestado el mismo día que el hijo del peticionante, declaró que los habían encapuchado, los habían forzado a permanecer en posiciones incómodas, les habían negado alimentación y agua, los habían pateado y golpeado durante la detención y que habían llevado a Baha Mousa a otra habitación, donde lo había escuchado gritar y quejarse de dolor.

Se convocó de inmediato al SIB para que investigara la muerte de Baha Mousa, quien tenía noventa y tres heridas identificables en el cuerpo y había muerto de asfixia.

El Coronel Mousa accionó civilmente contra el Ministerio de Defensa británico, proceso que concluyó en julio de 2008 con una admisión formal y pública de responsabilidad y con una condena al pago de una indemnización de £575.000.

El 14 de marzo de 2004, el Secretario de Estado de Defensa anunció mediante una declaración escrita remitida al Parlamento que se llevaría a cabo una investigación pública sobre la muerte de Baha Mousa. Aún no se han dado a conocer las conclusiones.

1.2. En relación con las muertes de los familiares de los seis peticionantes (entre otros), el 26 de marzo de 2004, el Ministro de Defensa británico decidió no realizar ninguna investigación independiente, no aceptar la responsabilidad por estos hechos ni pagar una indemnización satisfactoria. Entonces, los peticionantes solicitaron la revisión judicial de esta decisión.

El 14 de diciembre de ese año, la *Divisional Court* admitió solo la demanda del Coronel Mousa y desestimó las de los primeros cuatro peticionantes, quedando el trámite de la quinta suspendido. Este tribunal resolvió que, si bien en general el Estado solo está obligado a aplicar la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) dentro de su propio territorio, existen algunas excepciones a dicha regla, y la circunstancia de que Baha Mousa hubiera muerto en una base militar británica hacía que el caso cayera dentro del ámbito de una excepción. Sin embargo, estimó que el Reino Unido no estaba obligado a aplicar la Convención a los familiares de los otros peticionantes. Asimismo, determinó que no se había cumplido el deber de investigar en términos de los arts. 2 y 3 de la Convención el homicidio de Baha Mousa, ya que diez meses después de su muerte los resultados de la investigación seguían sin conocerse.

El 21 de diciembre de 2005, se desestimaron todas las apelaciones articuladas ante la *Court of Appeal* porque esta juzgó que ninguna de las muertes, a excepción de la de Baha Mousa, caía dentro de la jurisdicción británica. Sin embargo, este tribunal advirtió que, para cumplir con los estándares internacionales, la Real Policía Militar, incluyendo el SIB, debía contar con absoluta independencia operativa de la cadena de mando militar cuando investigaba las supuestas muertes de civiles en manos de las fuerzas británicas.

El 13 de junio de 2007, la mayoría de los miembros de la Cámara de los Lores resolvió que el Reino Unido no tenía jurisdicción para entender en las muertes de las víctimas, salvo en el caso de Baha Mousa. El Secretario de Estado ya había aceptado que la muerte de este último caía dentro de la jurisdicción del Reino Unido a los fines de la Convención.

El 25 de enero de 2008, el Ministerio de Defensa publicó el Informe Aitken, relativo a seis casos de supuesto abuso y matanza deliberados de civiles iraquíes, que incluía las muertes de los hijos del quinto y del sexto peticionantes. El informe criticaba la inexistencia de un sistema más inmediato y más eficaz para remitir información importante a aquellas personas con capacidad de analizarla, y las demoras que se habían producido para resolver algunos de los casos.

1.3. Entonces, los peticionantes ocurrieron ante la Corte Europea de Derechos Humanos alegando que sus parientes estaban dentro de la jurisdicción del Reino Unido a los fines del art. 1 (obligación de respetar los derechos humanos) de la Convención cuando habían sido asesinados por las fuerzas armadas británicas. También denunciaron la violación del art. 2 (derecho a la vida) y, en el caso del sexto peticionante, del art. 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) por la omisión de realizar una investigación completa e independiente de las circunstancias en que se produjo cada muerte.

2. Sentencia:

Artículo 1

La cuestión principal en esta causa reside en determinar si la Convención Europea de Derechos Humanos resulta aplicable a las muertes de civiles iraquíes en Irak en manos de soldados británicos, ocurridas entre mayo y noviembre de 2003. Este Tribunal debe decidir si los familiares de los peticionantes se encuentran dentro de la jurisdicción del Reino Unido a los fines del art. 1 de la Convención.

Conforme a la jurisprudencia precedente de esta Corte, en general, un Estado solo está obligado a aplicar la Convención dentro de su propio territorio. Un acto extraterritorial cae dentro de la jurisdicción del Estado en términos de la Convención solo en circunstancias excepcionales. Una excepción establecida por la jurisprudencia de este Tribunal resulta aplicable cuando un Estado suscriptor de la Convención ha ejercido atribuciones públicas en el territorio de otro Estado.

Desde la destitución del régimen Baath y hasta el ascenso del gobierno provisional iraquí, el Reino Unido (junto con Estados Unidos) asumió el ejercicio de algunas atribuciones públicas propias de los gobiernos soberanos. En especial, asumió la autoridad y la responsabilidad de mantener la seguridad en el sudeste de Irak. En esas circunstancias excepcionales, existía un vínculo jurisdiccional entre el Reino Unido y las personas que murieron en el curso de las operaciones de seguridad llevadas a cabo por soldados británicos durante el período comprendido entre mayo de 2003 y junio de 2004.

Dado que los familiares de los peticionantes murieron durante el transcurso de las operaciones de seguridad llevadas a cabo por el Reino Unido durante ese período, el Reino Unido estaba obligado a llevar adelante una investigación de sus muertes.

Artículo 2

Los peticionantes denunciaron que el gobierno británico no había realizado una investigación eficaz de las muertes de sus familiares.

Conforme a la jurisprudencia precedente de esta Corte, la obligación de proteger la vida exige una investigación oficial eficaz cuando hay muertes provocadas por el uso de la fuerza por parte de agentes gubernamentales.

Las autoridades investigadoras se enfrentaron a problemas prácticos porque el Reino Unido era una fuerza de ocupación en una región extranjera y hostil, como consecuencia inmediata de la invasión y de la guerra. Entre dichos problemas prácticos

estaban el colapso de la infraestructura civil, que provocó la escasez de patólogos locales y de instalaciones para realizar autopsias; el alcance de los malentendidos lingüísticos y culturales entre los ocupantes y la población local; y el peligro inherente a cualquier actividad que se realizara en Irak en ese momento. En esas circunstancias, el deber procesal impuesto por el art. 2 debe determinarse en forma realista, es decir, considerando los problemas específicos a los que se enfrentaron los investigadores.

Sin embargo, la circunstancia de que el Reino Unido fuera una fuerza de ocupación también implica que, a los fines de una investigación eficaz de hechos supuestamente cometidos por soldados británicos, era esencial que la autoridad investigadora fuera considerada independiente en términos operativos de la cadena de mando militar.

En los casos del primero, segundo y cuarto peticionantes, los familiares habían recibido un disparo de soldados británicos identificados. La cuestión reside, en cada caso, en establecer si dichos soldados dispararon sin violar las normas de intervención militar. Con respecto al tercer peticionante, el art. 2 requería realizar una investigación para determinar las circunstancias en que se había realizado el disparo y si se habían tomado medidas adecuadas para proteger a los civiles de la zona. Con respecto al hijo del quinto peticionante, era necesario determinar si los soldados británicos habían –como se denunció– golpeado y obligado al joven a entrar al río. En cada caso, las declaraciones de los testigos presenciales resultan fundamentales. Por lo tanto, hubiera sido esencial que, con la mayor celeridad posible después de lo sucedido, los testigos militares y, en particular, los supuestos autores del hecho hubiesen sido interrogados por un investigador experto e independiente. Asimismo, deberían haberse tomado todas las medidas posibles para identificar a los testigos presenciales iraquíes y para convencerlos de que no correrían ningún peligro si comparecían y brindaban información, de que sus declaraciones testimoniales serían consideradas seriamente, y de que se actuaría de inmediato conforme a esa información.

Resulta claro que las investigaciones de las muertes de los familiares del primero, segundo y tercer peticionantes no cumplieron con las exigencias del art. 2, ya que, tal como lo consideró la *Court of Appeal* durante el período que aquí resulta pertinente, el SIB no era operativamente independiente de la cadena de mando militar.

En cambio, una investigación pública completa de las circunstancias de la muerte de Baha Mousa está próxima a concluir. A la luz de sus conclusiones, el sexto peticionante ya no es víctima de ningún incumplimiento de la obligación procesal dispuesta en el art. 2.

Cabe decidir, entonces, que hubo una violación al art. 2, dada la inexistencia de una investigación eficaz de las muertes de los familiares del primero, segundo, tercero, cuarto y quinto peticionantes.

Artículo 41

Conforme a lo dispuesto en el art. 41 (indemnización satisfactoria), el Reino Unido debe pagar a cada uno de los primeros cinco peticionantes □17.000 en concepto de daños y perjuicios no pecuniarios, y □50.000 a los cinco en su conjunto, en concepto de costas.

Nota del Instituto: 1) las *Rules of Engagement* o normas de intervención militar son normas que establecen, entre otras cuestiones, que las armas de fuego pueden utilizarse solamente como último recurso para proteger la vida humana y que se debe dar una advertencia verbal antes de disparar, salvo que esta aumente el riesgo de muerte o lesión de aquellos que están bajo amenaza; 2) en relación con la obligación de los Estados de hacer una investigación efectiva, v. CHEVALIER-WATTS, Juliet, “Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, en *European Journal of International Law*, 2010, vol. 21, n° 3, pp. 701/722.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, petición n° 55721/07, *Al-Skeini and others c. Reino Unido*, sentencia del 7-7-2011, en <http://www.publicinterestlawyers.co.uk/news_details.php?id=104>.



SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA. ESTADO LAICO. LIBERTAD DE CULTO. PODER JUDICIAL. JURISDICCIÓN. PRESUPUESTOS. LEGITIMACIÓN ACTIVA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en 1934, algunos miembros de la organización Veteranos de Guerras Extranjeras (VFW) pusieron una cruz en unas tierras federales de la Reserva Nacional de Mojave (Reserva) para honrar a los soldados norteamericanos que murieron en la Primera Guerra Mundial. El Sr. Buono, que es un habitual visitante de la Reserva, alegó haberse sentido ofendido por la presencia de un símbolo religioso en un inmueble federal y promovió una acción denunciando la violación a la Cláusula del Establecimiento consagrada en la I Enmienda a la Constitución norteamericana y tendiente a obtener el dictado de una orden judicial que exigiera al Gobierno sacar la cruz.

En la primera etapa de este litigio (*Buono I*), el tribunal de distrito encontró que Buono tenía legitimación para promover esta acción y llegó a la conclusión de que la existencia de la cruz en un inmueble federal transmitía la impresión de que el Gobierno respaldaba la religión (v. *Lemon v. Kurtzman* (403 US 602, pp. 612/613 -1971-)). En consecuencia, hizo lugar a la pretensión articulada por Buono (orden de 2002). No consideró, a esos efectos, si las acciones del Gobierno vinculadas a la cruz perseguían un objetivo laico o si daban lugar a un entremezclamiento con la religión.

Mientras tramitaba el recurso que el Gobierno interpuso contra esta decisión, el Congreso aprobó la *Department of Defense Appropriations Act* de 2004, cuya disposición §8121(a) ordena al Ministro del Interior transferir la cruz y la tierra en la cual esta se encontraba al VFW a cambio de ciertas tierras privadas ubicadas en otro lugar de la Reserva (ley de transferencia de tierras).

La Cámara Federal de Apelaciones confirmó esta sentencia tanto en lo que hace a la legitimación activa como al fondo de la cuestión planteada, y rehusó tratar el efecto que la nueva ley tenía en el proceso promovido por Buono, así como la constitucionalidad de dicha norma (*Buono II*). Dado que el Gobierno no apeló a la Suprema Corte, la sentencia de cámara es una sentencia definitiva.

Entonces, Buono volvió a presentarse al tribunal de distrito pidiendo una reparación por la transferencia de tierras, mediante la aplicación o la modificación de la orden de 2002. En el año 2005, ese tribunal rechazó la pretensión del Gobierno de que la transferencia había constituido un intento de buena fe de cumplir con la orden judicial y decidió que, en realidad, era un intento inválido de mantener la cruz en exhibición. El tribunal accedió al pedido formulado por Buono de ejecutar la orden judicial de 2002. Consideró que su pedido de modificar dicha orden era abstracto y, por ende, lo desestimó; y prohibió en forma permanente al Gobierno la implementación de la ley de transferencia de tierras (*Buono III*). La Cámara de Apelaciones nuevamente confirmó la decisión del inferior, siguiendo en general el razonamiento del tribunal de distrito.

En este estado, el Ministro del Interior interpuso 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 Kennedy* coincidió plenamente con el *Chief Justice Roberts* y parcialmente con el *Justice Alito*. Llegó a estas conclusiones:

2.1.1. Buono tiene legitimación activa para promover esta acción. Cualquiera sea la validez de la pretensión del Gobierno de que el perjuicio invocado por Buono –ofensa por la presencia de un símbolo religioso en un terreno federal– no es personal y, por lo tanto, no puede constituir el fundamento para reconocer a Buono legitimación activa en términos del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, lo cierto es que ese argumento no es esgrimible en este estadio del proceso. El tribunal de distrito rechazó esta pretensión en *Buono I*, decisión que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones en *Buono II* y quedó firme al vencimiento del plazo de 90 días para presentar un pedido de *certiorari* (§2101(c) del Título 28 del Código de los Estados Unidos). Por otra parte, Buono tenía legitimación en *Buono III* para pedir la ejecución de la orden judicial que prohibía la aplicación de la ley de transferencia de tierras. Quien obtiene una sentencia que acoge favorablemente su pretensión adquiere un interés jurídico en asegurar la ejecución de esa sentencia (v. *Allen v. Wright* (468 US 737 -1984-)). Dado que el derecho que Buono tenía a que se dictara la orden pretendida había quedado establecido en *Buono I* y *II*, en *Buono III* intentó impedir que el Gobierno frustrara o eludiera el cumplimiento de dicha orden judicial. El interés que tenía en esto era suficientemente personal y concreto como para fundar su legitimación activa, teniendo en cuenta los derechos que se le habían reconocido en una sentencia anterior, en un proceso promovido contra la misma contraparte y en relación con la misma cruz y con la misma tierra. La pretensión del Gobierno de que Buono no intentaba aplicar sino ampliar la orden judicial de 2002 no constituye un argumento vinculado a la legitimación activa, sino al mérito de la orden dictada por el tribunal de distrito.

2.1.2. El tribunal de distrito erróneamente prohibió al Gobierno aplicar la ley de transferencia de tierras, porque consideró que eso era necesario para proteger los derechos que la orden judicial de 2002 había reconocido a Buono.

(a) Un tribunal solo puede dictar una orden habiendo tomado en cuenta todas las circunstancias que gravitan en la necesidad de acordar una eventual reparación (v., por ejemplo, *United States v. Swift & Co.* (286 US 106, p. 114 -1932-)). En este caso, el tribunal de distrito no hizo el análisis adecuado. La aprobación de la ley de transferencia de tierras modificó sustancialmente las circunstancias que gravitaban en el carácter adecuado de la reparación solicitada. Al desestimar los fundamentos que el Congreso había tenido para aprobarla, por considerarlos ilícitos, el tribunal de distrito no dio suficiente gravitación al contexto en el cual se había aprobado esta ley y a los motivos que se habían tenido en cuenta a esos fines. La ubicación de la cruz en tierras federales por parte de particulares no constituyó un intento de poner el *imprimatur* del Estado en un determinado credo. Antes bien, la intención simplemente fue la de honrar a los soldados caídos. Por otra parte, la cruz estuvo allí durante casi setenta años antes de que la ley se aprobara. Para entonces, tanto la cruz como la causa que ella conmemoraba habían pasado a estar entrelazados en la conciencia pública. Por lo tanto, la orden judicial de 2002 puso al Gobierno en un dilema. No podía conservar la cruz sin violar la orden judicial ni podía sacarla sin transmitir una falta de respeto a aquellas personas a las que la cruz estaba honrando. Considerando que ninguna de estas alternativas era satisfactoria, el Congreso aprobó la ley de transferencia de tierras. La ley expresa la decisión del Poder Legislativo de que es mejor resolver esta controversia en el marco de una política de compromiso. Esta ley no debería haber sido desestimada alegando que era una evasión, dado que dio lugar a una modificación del derecho aplicable y constituye una manifestación política del Congreso que resulta aplicable al caso.

(b) Cuando el accionar del Poder Legislativo socava el fundamento que previamente existía para acordar una reparación, la cuestión relevante consiste en determinar si la autoridad que un tribunal está ejerciendo en términos del régimen del *equity* se funda en la previa acreditación de ilegalidad, frente a la pretensión de que la variación de las circunstancias torna inapropiado acordar la eventual reparación. El tribunal de distrito dictó la orden de 2002 basándose solamente en su conclusión de que la presencia de la cruz en tierras del gobierno federal transmitía una impresión de que este estaba mostrando preferencia por la religión, y la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia por los mismos fundamentos. Ninguno de estos tribunales consideró si el Gobierno había actuado en aras de un objetivo inadecuado. Dado que el único fundamento era la percepción, cualquier otra reparación ulterior fundada en la orden debería haber tenido la misma *ratio*. Pero el tribunal de distrito usó una orden fundada en una razón (la percepción de una preferencia del Gobierno) como base para prohibir una conducta que se alegaba censurable por un motivo diferente (un objetivo gubernamental indeseable). Fue inapropiado acordar una reparación en esas circunstancias. El tribunal omitió considerar si la modificación del derecho y de las circunstancias producidas por la aprobación de la ley que ordenaba la transferencia de las tierras había dado lugar a que la aplicación del estándar del “observador razonable” resultara inapropiada para resolver la controversia. Tampoco intentó el tribunal reevaluar las conclusiones de *Buono I* a la luz de la política de acomodación adoptada por el Congreso. Antes bien,

se concentró exclusivamente en los aspectos religiosos de la cruz, divorciándolos de sus antecedentes y contexto.

(c) El mismo respeto que tenemos por otro Poder del Gobierno que nos impide declarar la invalidez de una ley del Congreso a menos que exista una clara prueba de su inconstitucionalidad (véase, por ejemplo, *United States v. Morrison*, 529 US 598, p. 607 -2000-) exige aplicar una orden del Congreso a menos que la misma carezca de fundamento jurídico. Incluso si, contrariamente a lo que juzgó el Congreso, se considera que la transferencia de las tierras resulta insuficiente en términos de compromiso a la luz de la conclusión anterior relativa a la preferencia, correspondía al tribunal de distrito considerar alternativas de reparación menos drásticas que la declaración de invalidez de toda la ley (véase, por ejemplo, *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New Eng.* (546 US 320, p. 329 -2006-)). Cuando se le devuelvan las actuaciones, ese tribunal debe analizar adecuadamente si, a la luz de la nueva ley, subsiste la necesidad de dictar la orden judicial solicitada.

2.2. El *Justice* Alito llegó a la conclusión de que estas actuaciones no deberían devolverse a los tribunales inferiores para que decidan si la transferencia de tierras violaría la orden del tribunal de distrito o la Cláusula del Establecimiento. Antes bien, dado que el trámite judicial se ha desarrollado de una forma que permite resolver estas cuestiones, consideró que habría que decidir las y establecer que la ley debía ser aplicada. Las singulares circunstancias de este caso plantearon al Congreso un problema delicado. Su solución fue adoptar un criterio que eliminara toda percepción de preferencia religiosa que pudiera emanar de la ubicación de la cruz en tierras del gobierno federal y, al mismo tiempo, evitar el simbolismo perturbador que algunos podrían asociar a la destrucción de este monumento histórico. El mecanismo que el Congreso eligió es bastante común en el Oeste, un “intercambio de tierras, mediante el cual el dominio de las propiedades donde estaba ubicada la cruz se transferiría a la VFW a cambio de otra parcela cercana de igual valor. La transferencia de tierras no violaría la orden del tribunal de distrito, cuyo obvio significado es que el Gobierno no puede permitir que la cruz permanezca en tierras federales. La implementación de la ley tampoco constituiría la preferencia por una religión en violación de lo dispuesto por la Cláusula del Establecimiento. El llamado “test de la preferencia” (“*endorsement test*”) analiza una exposición religiosa impugnada a través de los ojos de un hipotético observador razonable consciente de la historia y de otras circunstancias pertinentes vinculadas con dicha exposición. En este caso, el observador estaría familiarizado con el origen e historia del monumento y, por lo tanto, apreciaría que la transferencia constituye un intento del Congreso de hacer frente a esta singular situación y de encontrar una solución que acomode de la mejor forma posible los intereses en conflicto. Finalmente, la ley no fue aprobada con el objetivo ilícito de adherir al mensaje religioso del monumento, sino para conmemorar a las personas de esta Nación que murieron en la guerra y para evitar el simbolismo perturbador que tendría la destrucción del monumento.

2.3. El *Justice* Scalia, con la adhesión del *Justice* Thomas, llegaron a la conclusión de que esta Corte no necesita –de hecho, no puede– decidir el fondo de

la cuestión planteada en este caso, porque Buono carece de legitimación procesal en términos del art. III de la Constitución para solicitar la reparación pretendida, esto es, la ampliación de la orden judicial original (no la implementación de la misma). Al prohibir al Gobierno aplicar la ley en cuestión, la orden de 2005 dictada por el tribunal de distrito fue bastante más allá del alcance de la prohibición de exponer la cruz en tierras públicas dispuesta en la orden judicial original.

Dado que Buono busca una nueva reparación, debe demostrar que está legitimado para pedirla, acreditando que el bloqueo de la transferencia de tierras va a “reparar o prevenir un perjuicio actual o inminente a su persona, causado por la violación a la ley por parte de un funcionario o de un particular” (*Summers v. Earth Island Institute* (2009)). Sin embargo, no ha invocado ningún perjuicio como ese. Aun asumiendo que estar ofendido por una exhibición religiosa constituya un agravio jurídicamente reconocible, resulta meramente especulativo que la cruz vaya a seguir en el lugar y, en cualquier caso, Buono no se ofendería, tal como ha dejado en claro al admitir que no tiene objeciones en relación con la instalación de símbolos religiosos en inmuebles privados. Ni la discrecionalidad que tienen los tribunales de distrito para ampliar las órdenes que han dictado ni la caracterización que el tribunal de distrito aquí interviniente hizo de su orden de 2005 como simple implementación de la orden anterior alteran estas conclusiones. Si, en los hechos, un tribunal acuerda una nueva reparación, debe tener, a esos fines, jurisdicción en términos del art. III de la Constitución.

Nota del Instituto: el *equity* es un sistema de derecho o rama de la justicia reparadora administrado por tribunales distintos de los que aplican las normas del sistema del *common law*, facultados para decretar “equidad” en el sentido de justicia equitativa o imparcial, y originariamente creados para mitigar la rigidez del *common law*.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Salazar et al. v. Buono*, sentencia del 28-4-2010, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-472.pdf>>.



TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. CÁRCELES. FUERZA FÍSICA EXCESIVA EJERCIDA CONTRA LOS INTERNOS (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en marzo de 2008, Jamey Wilkins, que está detenido en una cárcel estadual de Carolina del Norte, promovió una acción ante un tribunal de distrito fundada en lo dispuesto por el art. §1983 del Título 42 del Código de los Estados Unidos. En la demanda alegó que el 13 de junio del año anterior había sido agredido “maliciosa y sádicamente”, “sin ninguna provocación de su parte”, por el agente penitenciario Gaddy. Afirmó que este, manifiestamente enfurecido porque le había pedido un formulario de quejas, lo había levantado y arrojado al piso de concreto, y luego procedió a golpearlo, patearlo, darle rodillazos y a estrangularlo hasta que otro funcionario lo alejó físicamente. Wilkins también sostuvo que, como resultado de la fuerza excesiva que empleó Gaddy, sufrió muchas

lesiones físicas –esto es, hematomas en el talón, dolor de espalda, aumento de la presión arterial, dolores de cabeza y mareos, trauma psicológico y angustia– que dieron lugar a que padeciera depresión, ataques de pánico y pesadillas de agresiones.

El tribunal de distrito, de oficio y sin haber recibido una respuesta de Gaddy, desestimó la demanda porque entendió que la misma no contenía una pretensión. Con cita de precedentes de la cámara de apelaciones, afirmó que a los fines de formular una denuncia de uso de fuerza excesiva fundada en la VIII Enmienda, el accionante debe demostrar haber recibido una lesión que no sea *de minimis*. El tribunal estimó que las supuestas lesiones de Wilkins no superaban el grado *de minimis* a que hacían referencia dichos precedentes. De hecho –destacó el tribunal–, el accionante no había manifestado que sus lesiones requirieran atención médica.

Wilkins pidió la reconsideración de esa decisión, afirmando haber desconocido que la omisión de mencionar los tratamientos médicos pudiera perjudicar la admisibilidad de su demanda. Agregó que se le habían prescrito y seguía recibiendo medicamentos para sus dolores de cabeza y de espalda, así como para su depresión. Y acompañó constancias médicas a fin de demostrar sus lesiones y los tratamientos a que había estado sometido.

Describiendo la reconsideración como un “remedio extraordinario”, el tribunal de distrito se negó a revisar su decisión anterior. Las constancias médicas –observó el tribunal– indicaban que algunas de las lesiones alegadas por Wilkins “eran preexistentes”. Wilkins había pedido recibir tratamiento para su presión alta y problemas de salud mental incluso antes de la agresión. El tribunal reconoció que a Wilkins le habían realizado radiografías luego del incidente para examinar el hematoma de su talón, pero advirtió que los hematomas generalmente son considerados una lesión *de minimis*. En forma similar, dio esta misma jerarquía a los dolores de espalda y de cabeza denunciados por Wilkins y denegó a este la autorización para modificar su demanda.

En una sentencia de puro derecho, la cámara de apelaciones confirmó esta decisión “por las razones enunciadas por el tribunal de distrito”.

Entonces, Wilkins interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: dado que la decisión del tribunal de distrito, confirmada por la alzada, contradice el criterio establecido en *Hudson v. Mc Millian* (503 US 1, p. 4 -1992-), conforme al cual las denuncias de uso de fuerza excesiva deben resolverse con base en la naturaleza de la fuerza y no en la gravedad de las lesiones, se hace lugar al pedido de *certiorari* y se revoca la sentencia impugnada.

Devuélvase las actuaciones al inferior a fin de que continúe el trámite conforme a la decisión aquí adoptada.

2.1. Al exigir el equivalente a la acreditación de una lesión significativa para poder formular una denuncia de uso de fuerza excesiva, la cámara de apelaciones se ha apartado del claro *holding* que esta Corte adoptó en *Hudson*. Al igual que Wilkins, el prisionero del caso *Hudson* promovió una acción fundada en el art. §1983, alegando que los agentes del servicio penitenciario habían usado una fuerza

excesiva en violación a lo dispuesto por la VIII Enmienda. La prueba mostraba que los agentes habían golpeado injustificadamente a Hudson en la boca, los ojos, el pecho y el estómago, generándole pequeños hematomas e hinchazón en el rostro, boca y labios, así como la pérdida de un diente y la fractura de una placa dental parcial. Un magistrado dictó sentencia a favor de Hudson, pero la cámara de apelaciones revocó esta decisión porque entendió que el prisionero debía demostrar una lesión significativa para poder formular una denuncia de uso de fuerza excesiva. Asimismo, estimó que las lesiones sufridas por Hudson eran “menores” como para justificar una reparación.

Al revocar la sentencia de cámara, esta Corte rechazó la exigencia de acreditar una “lesión significativa” como umbral para formular una denuncia de uso de fuerza excesiva. El “análisis central que debe hacer el Poder Judicial” no consiste en determinar si se produjo una cierta cantidad de lesiones, sino “si la fuerza fue utilizada de buena fe para intentar mantener o restablecer la disciplina, o maliciosa y sádicamente para causar un daño” (*cit.*, p. 7; ver también *Whitley v. Albers*, 475 US 312, pp. 319/321 -1986-). “Cuando los agentes del servicio penitenciario maliciosa y sádicamente usan la fuerza para causar un daño”, reconoció la Corte, “siempre violan los estándares contemporáneos de decencia, produzcan o no lesiones evidentes. De lo contrario, la VIII Enmienda permitiría infringir cualquier castigo físico por diabólico o inhumano que sea en la medida en que produzca una cantidad de lesiones menor a la arbitrariamente establecida” (*Hudson, cit.*, p. 9; ver también *id.*, pp. 13/14, voto concurrente con la parte dispositiva del *Justice Blackmun*) (“[h]oy la Corte deja de lado el muy erróneo criterio de que el sufrimiento generado por el uso de fuerza excesiva da derecho a accionar con base en la VIII Enmienda solamente cuando se acumula a una ‘lesión significativa’, por ejemplo, una lesión que requiere atención médica o deja secuelas permanentes”).

Esto no significa que la “inexistencia de una lesión significativa” resulte irrelevante a los fines de un control de constitucionalidad en términos de la VIII Enmienda (*id.*, p. 7). “La magnitud de la lesión sufrida por el prisionero constituye un factor que puede sugerir si el uso de la fuerza fue verosíblemente necesario “en una situación específica” (*ibid.*, con cita de *Whitley, cit.*, p. 321). La magnitud de las lesiones también puede dar alguna pauta de la cantidad de fuerza aplicada. Tal como se declaró en *Hudson*, no “todo toque malévolo de un agente penitenciario da derecho a accionar ante un tribunal federal” (*cit.*, p. 9). “La prohibición de la VIII Enmienda de infligir castigos ‘cruels e inusuales’ necesariamente excluye del reconocimiento constitucional a los usos *de minimis* de fuerza física, en la medida en que el uso de fuerza no sea de una naturaleza repugnante a la conciencia del género humano” (*ibid.*). Un prisionero que se queja de un “empujón” que no causa ningún daño identificable casi con certeza no está formulando una denuncia válida de uso de fuerza excesiva (*ibid.*).

Las lesiones y la fuerza, sin embargo, están solo imperfectamente correlacionadas, y la última es la que en definitiva importa. Un prisionero que es gratuitamente golpeado por los guardias no pierde su capacidad para promover una acción por el uso de fuerza excesiva simplemente por haber tenido la buena fortuna de terminar sin lesiones serias. En consecuencia, la Corte llegó a la conclusión, en

Hudson, de que las lesiones de naturaleza supuestamente “menor” “no justifican la desestimación de la acción que Hudson fundó en el art. §1983” porque “los golpes que recibió, que le causaron hematomas, hinchazón, pérdida de dientes y resquebrajamiento de la placa dental, no son *de minimis* a los fines de la VIII Enmienda” (*cit.*, p. 10).

2.2. Los alegatos que Wilkins hace en este caso son bastante similares a los formulados en el caso *Hudson*, y el análisis del tribunal de distrito se parece mucho al criterio que *Hudson* desautorizó. Wilkins afirmó que lo habían golpeado, pateado, que había recibido rodillazos, que habían intentado estrangularlo y que lo habían arrojado con fuerza contra el suelo “maliciosa y sádicamente”, sin “ninguna provocación”. Al desestimar de oficio la pretensión de Wilkins, el tribunal de distrito no sostuvo que la agresión alegada –que supuestamente dejó a Wilkins con un hematoma en el talón, dolor de espalda y otras lesiones que requerían cuidado médico– hubiera sido realizada con una fuerza *de minimis*. Antes bien, llegó a la conclusión de que correspondía desestimar la acción de Wilkins porque “simplemente no había alegado haber sufrido nada más que una lesión *de minimis*”. Para otorgar una gravitación determinante a la naturaleza supuestamente *de minimis* de las lesiones de Wilkins, el tribunal de distrito buscó sustento en dos casos de la Cámara Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito (*Riley v. Dorton*, 115 F. 3d, 1159 pp. 1166/1168; *Taylor v. McDuffie*, 155 F. 3d, pp. 483/485). Esos casos, a su vez, se basaron en la decisión que previamente había adoptado la cámara para el Cuarto Circuito en el caso (*Norman v. Taylor*, 25 F. 3d 479 1259 (en pleno)), que aprobó la práctica de usar las lesiones como un indicador de la fuerza utilizada. Conforme a la Cámara para el Cuarto Circuito, *Hudson* “no excluye, sino que en verdad cumple con el criterio (...) de que, fuera de las circunstancias más extraordinarias, un demandante no puede lograr el reconocimiento de su pretensión fundada en la VIII Enmienda de que ha sido víctima de un uso de fuerza excesiva si sus lesiones son *de minimis*” (*cit.*, p. 1263).

La forzada interpretación que la Cámara para el Cuarto Circuito hace de *Hudson* no es defendible. A diferencia de lo que consideró dicha cámara, la decisión de esta Corte no sirvió simplemente para bajar el umbral de la lesión invocada en las denuncias de uso de fuerza excesiva, de “significativa” a “no *de minimis*”, cualquiera sea el significado que se atribuya a estas expresiones mal definidas. Antes bien, esta Corte quiso trasladar el “análisis central que debe hacer el Poder Judicial” de la magnitud de la lesión a la naturaleza de la fuerza ejercida, específicamente a la determinación de si esta no era trivial y si “fue aplicada (...) maliciosa y sádicamente para causar daño” (*cit.*, p. 7). Llegar a la conclusión, como hizo en este caso el tribunal de distrito, de que la inexistencia de “cierta cantidad arbitrariamente establecida de lesiones” exige la desestimación automática de una pretensión de haber sido víctima de uso de fuerza excesiva pasa por alto inadecuadamente este análisis central (*id.*, p. 9).

Al resolver que el tribunal de distrito erróneamente desestimó la demanda de Wilkins con base en la naturaleza supuestamente *de minimis* de sus lesiones, no se emite aquí ninguna opinión sobre el mérito de su pretensión vinculada al uso de fuerza excesiva. Para lograr el reconocimiento de su demanda, Wilkins, en definitiva,

va a tener que demostrar no solo que la agresión realmente ocurrió, sino también que se realizó “maliciosa y sádicamente” y no como parte de un intento de buena fe de “mantener o restablecer la disciplina” (*ibid*). Además, aun si Wilkins resulta victorioso, la naturaleza relativamente modesta de sus supuestas lesiones indudablemente va a limitar el monto de los daños y perjuicios que puede recuperar.

Nota del Instituto: v. *Hudson v. McMillian* en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0503_0001_ZS.html>.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Jamey L. Wilkins v. Officer Gaddy*, sentencia del 22-2-2010, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-10914.pdf>>.



VIOLENCIA DOMÉSTICA. MEDIDAS DE SEGURIDAD. ÓRDENES DE PROTECCIÓN. **DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DERECHO A UNA PROTECCIÓN ESPECIAL. **MUJERES. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO** (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso: Jessica Lenahan, víctima de violencia doméstica junto con sus hijas Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, de 7, 8 y 11 años de edad, obtuvo de los tribunales del estado de Colorado una orden de protección contra su ex cónyuge y padre de las tres niñas el 21 de mayo de 1999. Durante la noche del 22 y la madrugada del 23 de junio de 1999, al desconocer el paradero de sus hijas, Jessica Lenahan tuvo ocho contactos con el Departamento de Policía de Castle Rock, en los que solicitó la intervención de la policía, informando que poseía una orden de protección contra Gonzales. La respuesta policial fue pasiva, fragmentada, descoordinada y desprevenida, y no respetó los términos de la orden de protección otorgada. Esa madrugada, Simon Gonzales llegó en su camioneta al Departamento de Policía de Castle Rock e inició un intercambio de disparos con los agentes de la estación, en el curso del cual resultó herido de muerte. En la camioneta se encontraron los cuerpos sin vida de las tres niñas.

Jessica Lenahan inició una acción ante el Tribunal Federal de Distrito para el Distrito de Colorado alegando que el Municipio de Castle Rock y varios funcionarios policiales habían violado los derechos consagrados en la Cláusula del Debido Proceso de la XIV Enmienda, con base en aspectos sustantivos y adjetivos del debido proceso. En cuanto al debido proceso sustantivo, afirmó que ella y sus hijas tenían derecho a la protección policial contra los daños causados por su marido. En el ámbito de procedimiento, alegó que era titular de un derecho adquirido respecto de la implementación de las disposiciones de su orden de protección y que la negativa arbitraria de los agentes de policía de Castle Rock de reconocerlo, sin el debido proceso, era violatoria de sus derechos. También denunció que el municipio no había capacitado debidamente a sus funcionarios policiales en relación con la ejecución de las órdenes de protección y que había

aplicado una política arbitraria de ignorar el derecho a la protección policial creado por estas órdenes. El tribunal de distrito desestimó el caso y, en apelación, un panel de jueces de la Cámara Federal de Apelaciones para el Tercer Circuito confirmó parte del fallo y revirtió otra. Esta decisión fue luego confirmada por el plenario de jueces de dicho tribunal.

Entonces, Lenahan interpuso un recurso ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. Al resolver este caso (*Castle Rock v. Gonzales*, 545 US 748 -2005-), la Corte rechazó sus pretensiones, sosteniendo que el derecho de Lenahan al debido proceso no había sido violado. Decidió que, pese a la ley de arresto obligatorio de Colorado y a los términos expresos y obligatorios de su orden de protección, Lenahan carecía de un derecho individual a que la policía implementara la orden de protección bajo la cláusula del debido proceso.

El 27 de diciembre de 2005, los abogados de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) presentaron en nombre de Lenahan y de sus hijas fallecidas ante la Comisión Interamericana una petición contra los Estados Unidos por la violación de lo dispuesto en los artículos I, II, V, VI, VII, IX, XVIII y XXIV de la Declaración Americana.

Estados Unidos afirmó que la respuesta de sus autoridades había sido conforme a derecho y que los hechos alegados por los peticionarios no estaban respaldados por las pruebas existentes ni por la información a disposición del Departamento de Policía de Castle Rock al momento de los hechos. Además, afirmó que los peticionarios no habían citado ninguna disposición de la Declaración Americana que imponga a los Estados Unidos una obligación afirmativa, como el ejercicio de la debida diligencia, para prevenir la comisión de delitos individuales por actores particulares, como los trágicos y criminales asesinatos de las hijas de Jessica Lenahan.

En el Informe N° 52/07 del 24 de julio de 2007, la Comisión admitió los reclamos de los peticionarios bajo los artículos I, II, V, VI, VII, XVIII y XXIV de la Declaración Americana y procedió a considerar el fondo de la petición.

2. Informe sobre el fondo

Derecho a la igualdad ante la ley y obligación de no discriminar (art. II), derecho a la vida (art. I) y derecho a una protección especial (art. VII), establecidos en la Declaración Americana

La comunidad internacional ha aplicado de forma reiterada el estándar de la debida diligencia como manera de comprender qué significan en la práctica las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos cuando se trata de violencia cometida contra las mujeres de distintas edades y en distintos contextos, incluyendo la violencia doméstica. Este principio también ha sido crucial para definir las circunstancias en que el Estado puede estar obligado a prevenir actos u omisiones de particulares y a responder por ellos. Este deber comprende la organización de toda la estructura estatal—incluyendo el marco legislativo, las políticas públicas, los órganos encargados de implementar la ley, como la policía y el sistema judicial— para prevenir y responder de forma adecuada y efectiva a estos problemas. Tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han invocado este principio para pronunciarse en casos y

situaciones de violencia contra la mujer perpetrada por particulares, incluyendo casos relacionados a los niños.

Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos también han aplicado este principio a casos individuales de violencia doméstica. La Comisión, por su parte, en el caso *Maria Da Penha Maia Fernandes*, estableció que la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia necesaria para investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos se aplica a este tipo de casos. Interpretó el alcance del deber de actuar con la debida diligencia frente a la violencia doméstica en un sentido amplio, comprendiendo no solo la pronta investigación, procesamiento y sanción de dichos actos, sino también la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”. Asimismo, verificó la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial hacia casos de violencia doméstica que promovió su repetición y reafirmó el vínculo estrecho entre el problema de la violencia contra las mujeres y la discriminación en el contexto doméstico (CIDH, Informe N° 54/01, caso 12.051, *Maria Da Penha Maia Fernandes* (Brasil), *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 2001*, párr. 55).

En el ámbito de la prevención, la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea o CEDH) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité de la CEDAW) han emitido una serie de sentencias y pronunciamientos encontrando a Estados responsables por fallas en proteger a víctimas de actos inminentes de violencia doméstica, cuando consideraron que las autoridades conocían una situación de riesgo real e inminente para la cónyuge, sus hijos y/u otros familiares, pero no adoptaron medidas razonables para proteger a estas personas del daño. Al pronunciarse sobre el aspecto del “conocimiento”, un hilo conductor de estos pronunciamientos es que las autoridades estatales ya habían reconocido la existencia de un riesgo para la víctima y/o sus familiares, pero no actuaron de forma diligente para protegerlos. El reconocimiento del riesgo involucrado estuvo reflejado en el otorgamiento de órdenes de protección (Comité de la CEDAW, Opinión sobre la Comunicación N° 5/2005, *Sahide Goeke c. Austria*, del 21-7-2004; Comité de la CEDAW, Opinión sobre la Comunicación N° 6/2005, *Fatma Yildirim c. Austria*, del 21-7-2004), la detención del agresor (CEDH, *Branko Tomasic y Otros c. Croacia*, petición N° 46598/06, del 15-1-2009), la asistencia a la víctima y/o a sus familiares en la presentación de denuncias (CEDH, *Kontrová c. Eslovaquia*, petición N° 7510/04) y el impulso por parte de las autoridades de procesos penales (CEDH, *Opuz c. Turquía*, petición N° 33401/02, del 9-6-2009), en respuesta a los contactos reiterados de la víctima y/o sus familiares con las autoridades. Este razonamiento también ha sido aplicado por la Corte Europea en casos en donde los servicios sociales del Estado ya habían reconocido un riesgo de daño para niños y niñas abusados en el contexto familiar, y no adoptaron medidas positivas para prevenir otros abusos (CEDH, *E. y otros c. Reino Unido*, petición N° 33218/96; *Z y otros c. Reino Unido* [GC], petición N° 29392/95).

En varios de estos casos, los Estados han sido hallados responsables de la violación del derecho a la vida cuando sus autoridades no adoptaron medidas razonables para proteger a niños de la violencia doméstica, teniendo como resultado su muerte, pese a que las autoridades sabían o debían haber sabido del riesgo existente

(CEDH, *Kontrová c. Slovakia*, cit.; *id.*, *Branko Tomasic y otros c. Croacia*, cit.; CIDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 16-11-2009). En algunos casos, por ejemplo, los niños fueron asesinados en una situación de violencia doméstica después de que las autoridades estuvieran al tanto de la situación de riesgo tras la presentación de una denuncia sobre violencia doméstica por parte de uno de los progenitores (CEDH, *Kontrová*, cit.; *id.*, *Branko Tomasic y otros c. Croacia*, cit.).

En el análisis de los casos referidos, la Corte Europea ha sentado principios importantes en relación con el alcance y el contenido de la obligación del Estado de prevenir actos de violencia doméstica. En ese sentido, ha considerado que la obligación de protección es de medios y no de resultados, incurriendo el Estado en responsabilidad cuando no adopta medidas razonables que tengan un potencial real de alterar el resultado o de atenuar el daño (CEDH, *Opuz c. Turquía*, cit., párr. 136; *id.*, *E. y otros c. Reino Unido*, cit., párr. 99). La Corte ha establecido que al adoptar dichas medidas de protección, las autoridades deben considerar la incidencia de la violencia doméstica, su carácter oculto y las víctimas frecuentes de este fenómeno, una obligación que puede ser aplicable aun en casos en que las víctimas han retirado sus denuncias. Dada la naturaleza de la violencia doméstica, en ciertas circunstancias, las autoridades pueden tener razones para saber que el desistimiento de una denuncia puede reflejar una situación de amenaza de parte del agresor o, como mínimo, puede ser necesario que el Estado investigue esa posibilidad. Por último, ha establecido que cuando un Estado no protege a las mujeres de la violencia doméstica, esto viola su derecho a la igual protección ante la ley, y que esta falla no requiere ser intencional (CEDH, *Opuz c. Turquía*, cit., párr. 191).

El otorgamiento de esta orden de protección refleja un reconocimiento por parte del Estado del riesgo enfrentado por sus beneficiarios de daño a causa de actos de violencia doméstica que pueden ser cometidos por la parte restringida y de la necesidad de protección estatal. Este reconocimiento es frecuentemente producto de una determinación de una autoridad judicial de que un beneficiario —una mujer, sus hijos y/u otros familiares— sufrirá daño sin la protección de la policía. El propio Estado reconoce en sus escritos que ha adoptado una serie de medidas a nivel federal y estatal para garantizar que las órdenes de protección sean efectivamente implementadas por la policía, ya que representan una valoración del riesgo involucrado y una forma de protección estatal.

Por lo tanto, esta Comisión considera que el reconocimiento por el Estado del riesgo involucrado en esta situación de violencia doméstica mediante el otorgamiento de una orden de protección —y los términos de dicha orden— es un elemento relevante para evaluar las implicaciones de derechos humanos de la acción o inacción del Estado para responder a los hechos presentados por este caso y constituye un componente clave para determinar si las autoridades estatales debieron haber sabido que las víctimas se encontraban en una situación de riesgo inminente a la violencia doméstica si se violaban los términos de la orden. Es también un indicio de las medidas que se podían razonablemente esperar de las autoridades.

Con respecto a la cuestión de las medidas que cabía razonablemente esperar, el sistema judicial utilizó en la orden un lenguaje que indicaba que los términos de

su ejecución eran estrictos y que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley eran responsables de implementar esta orden cuando fuera necesario. Al emplear expresiones imperativas como “arrestará” o “procurará una orden de arresto”, la orden obligaba a la policía a actuar de forma diligente para arrestar o para obtener una orden de arresto del agresor ante la información relativa a una causa probable de violación.

A la luz de este reconocimiento judicial de riesgo y de la correspondiente necesidad de protección, el Estado estaba obligado a asegurar que su estructura respondiera efectivamente y en forma coordinada para hacer cumplir los términos de esta orden a fin de proteger de daño a las víctimas. Ello requería que las autoridades a las que se confió la ejecución de la orden de protección conocieran de su existencia y sus términos; que entendieran que una orden de protección representa una determinación judicial de riesgo y cuáles eran sus responsabilidades a partir de esta determinación; que entendieran las características del problema de la violencia doméstica; y que estuvieran capacitados para responder a informes de posibles violaciones. Una respuesta adecuada hubiera requerido la existencia de protocolos o directivas, y de capacitación sobre cómo implementar las órdenes de protección y sobre cómo responder a llamadas como las realizadas por Lenahan.

Por lo tanto, en este caso, el Departamento de Policía fue puesto en conocimiento de que existía la orden de protección y, por lo tanto, cabía razonablemente esperar que examinara detenidamente sus términos para comprender el riesgo involucrado y sus obligaciones frente a ese riesgo. De acuerdo con los requisitos de la propia orden, el Departamento de Policía debió haber investigado de inmediato si se habían violado sus términos y, si mediaba causa probable de una violación, debería haber arrestado o haber procurado una orden para arrestar a Simon Gonzales, como se indicaba en la propia orden. Ello hubiera formado parte de una respuesta coordinada de protección de parte del Estado, integrando las acciones de sus autoridades judiciales con las de aquellas encargadas de hacer cumplir la ley, como la policía.

Las partes han aportado ante esta Comisión una serie de directrices nacionales sobre la ejecución de la ley relacionadas con la ejecución de las órdenes de protección que son instructivas sobre las medidas mínimas que las autoridades debieron haber adoptado para determinar si la orden examinada había sido violada. Las directrices de la Asociación Internacional de Jefes de Policía presentadas disponen que el funcionario policial debe leer la orden en su totalidad para determinar su posible violación; cuando una víctima no dispone de una copia de la orden, los funcionarios policiales deben tratar de comprobar su existencia y cuando no se sabe su paradero, deben tratar de localizar y arrestar al abusador e incautar las armas de fuego sujetas a prohibiciones del Estado, territoriales, locales o tribales. Existen algunos factores que los funcionarios policiales pueden evaluar para determinar el posible riesgo a la violación de una orden de protección, incluyendo las amenazas de suicidio del agresor, antecedentes de violencia doméstica y de conducta delictiva violenta; la separación de las partes, depresión y otras enfermedades mentales; apego obsesivo a la víctima; y la posesión de armas de fuego o acceso a las mismas, entre otros. En los casos en que el abusador haya huido de la escena del crimen, las instrucciones encomiendan

a los funcionarios policiales que determinen si las acciones del abusador justifican su arresto y que sigan el procedimiento del departamento para lidiar con un sospechoso de naturaleza criminal que ha huido del lugar de los hechos.

El Manual de Capacitación para los Agentes del Orden (*Law Enforcement Training Manual*) publicado por la Coalición contra la Violencia Doméstica de Colorado, mencionado por el Estado, ofrece directrices similares para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuando responden a posibles violaciones de las órdenes de protección, en cumplimiento de la Ley de Arresto Obligatorio de Colorado. Este Manual señala como vital que la policía esté entrenada en la compleja dinámica del problema de la violencia doméstica para responder adecuadamente a los llamados de las víctimas. Por ejemplo, las tácticas de los agresores para controlar a la víctima pueden incluir el abuso de sus hijos, dado que a menudo son lo más importante para la víctima. El Manual destaca factores que cuando están presentes pueden apuntar a un mayor riesgo y probabilidad de violencia que resulte en muerte para la víctima y sus familiares, como: la separación o el divorcio de las partes; la posesión obsesiva de parte del agresor; amenazas de cometer suicidio; el otorgamiento de órdenes de protección o restricción; depresión del agresor; antecedentes anteriores de conducta delictiva de parte del abusador; incidentes relacionados con acoso; y acceso del agresor a armas de fuego. Asimismo, indica que los funcionarios policiales no deben basar su evaluación del posible carácter letal en el tono o conducta de la víctima, ya que puede no corresponder a la gravedad de la situación y ser producto de las relaciones de poder desiguales intrínsecas de la violencia doméstica.

En base a un examen exhaustivo del expediente, esta Comisión considera que el Departamento de Policía de Castle Rock no adoptó las medidas mencionadas de investigación con la diligencia requerida y sin demora. Su respuesta puede caracterizarse como fragmentada, descoordinada y desprevenida, consistiendo en medidas que no produjeron una determinación comprensiva de si los términos de la orden de protección examinada habían sido violados.

Sobre la base de estas consideraciones, la Comisión concluye que, aunque el Estado reconoció la necesidad de proteger a Jessica Lenahan y Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales de la violencia doméstica, no cumplió con su deber de actuar con la debida diligencia. El aparato del Estado no estaba debidamente organizado, coordinado y listo para proteger a estas víctimas de violencia doméstica mediante la implementación adecuada y efectiva de la orden de protección en cuestión, fallas en la protección que constituyeron una forma de discriminación violatoria del artículo II de la Declaración Americana.

Estas fallas sistémicas son particularmente graves al producirse en un contexto en donde ha existido un problema histórico en la ejecución de las órdenes de protección, situación que ha afectado desproporcionadamente a las mujeres – especialmente a las que pertenecen a minorías étnicas y raciales, y a grupos de bajos ingresos–, ya que constituyen la mayoría de los sujetos titulares de las órdenes de protección. Dentro de este contexto, existe también una gran correlación entre el problema de la violencia doméstica y el abuso de niños, agravado durante la ruptura de un matrimonio o relación de pareja. Aunque la Comisión reconoce los esfuerzos legislativos y programáticos de los Estados Unidos para abordar el problema de la

violencia doméstica, estas medidas no fueron suficientemente puestas en práctica en el presente caso (CIDH, Informe de Fondo, *Maria Da Penha Maia Fernandes* (Brasil), cit., párr. 57).

Todos los Estados tienen una obligación legal de proteger a las mujeres de la violencia doméstica, problema ampliamente reconocido por la comunidad internacional como una grave violación de los derechos humanos y una forma extrema de discriminación. Esto es parte de su obligación legal de respetar y garantizar el derecho a la no discriminación y a la igual protección ante la ley. En principio, esta obligación de ejercer la debida diligencia se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los deberes de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las víctimas de violencia doméstica deben también implementarse en la práctica. Como lo ha establecido la Comisión en el pasado, en el cumplimiento de sus deberes, los Estados deben tener en cuenta que la violencia doméstica es un problema que afecta desproporcionadamente a las mujeres, al constituir la mayoría de las víctimas (CIDH, Informe de Fondo, No. 54/01, *Maria Da Penha Maia Fernandes* (Brasil), cit., párr. 479). Los niños también son con frecuencia testigos, víctimas y ampliamente perjudicados por el fenómeno. Las órdenes de protección son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica. A menudo son el único recurso del cual disponen las mujeres víctimas y sus hijos para protegerse de un daño inminente. Sin embargo, solo son efectivas si son implementadas con diligencia.

En el caso de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, la inacción de los Estados Unidos al no organizar adecuadamente su estructura estatal para protegerlas de la violencia doméstica no solo fue discriminatoria, sino que también constituyó una violación de su derecho a la vida, consagrado en el art. I, y de su derecho a una protección especial como niñas, establecido en el art. VII de la Declaración Americana. Como ocurre con otras obligaciones contenidas en la Declaración Americana, los Estados no solo deben garantizar que una persona no sea privada arbitrariamente de su vida, sino que también tienen la obligación positiva de proteger y prevenir violaciones de este derecho mediante la creación de las condiciones necesarias para su garantía. En el caso de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, el Estado tenía un deber reforzado de actuar con la debida diligencia para protegerlas de daño y de privaciones de su vida por su edad y su sexo, con medidas especiales de cuidado, prevención y garantía. El reconocimiento por el Estado del riesgo de daño y de la necesidad de protección –mediante el otorgamiento de una orden de protección que las incluía como beneficiarias– tornaba aún más crítica la implementación adecuada de esta medida de protección.

El deber del Estado de aplicar la debida diligencia para actuar en forma expedita a fin de proteger a las niñas de la violación de su derecho a la vida requiere que las autoridades encargadas de recibir las denuncias de personas desaparecidas tengan la capacidad de entender la gravedad del fenómeno de la violencia perpetrada contra ellas y de actuar de inmediato. En este caso, la policía parece haber asumido que las hijas de Jessica Lenahan y su amiga estarían en una situación segura con Simon Gonzales por ser el padre de Leslie, Katheryn y Rebecca. Existe un amplio reconocimiento internacional del vínculo estrecho entre la violencia doméstica

y la violencia fatal contra los niños perpetrada por los padres, y los funcionarios del Departamento de Policía de Castle Rock debieron haber sido capacitados en relación con este vínculo. Los funcionarios policiales también debieron haber sido conscientes de que las niñas estaban expuestas a un riesgo aún mayor de violencia en razón de que sus padres estaban separados, de los esfuerzos de Simon Gonzales por mantener contacto con Jessica Lenahan y de sus antecedentes penales. Además, esta Comisión no conoce de protocolos y/o directrices que existieran al momento de los hechos para orientar a los funcionarios encargados sobre el modo de responder a denuncias de niños desaparecidos en el contexto de la violencia doméstica y de órdenes de protección. La respuesta de los funcionarios policiales a lo largo de la noche fue descoordinada y no conducente a determinar si Simon Gonzales había violado los términos de la orden de protección.

Como parte de sus conclusiones, esta Comisión observa que, cuando un Estado otorga una orden de protección, ello tiene implicaciones de seguridad para la mujer que solicitó dicha orden, para sus hijos e hijas, y sus familiares. Las órdenes de protección pueden agravar el problema de la violencia derivada de la separación, dando lugar a represalias del agresor contra la mujer y sus hijos, problema que incrementa la necesidad de que las víctimas reciban protección legal del Estado luego de que se imparte una orden de este tipo. Jessica Lenahan declaró ante la Comisión cómo desistió de adoptar otras medidas para localizar a sus hijas esa noche pensando que el Estado haría más para protegerlas, dado que tenía una orden de protección.

Esta Comisión observa con particular preocupación la insensibilidad demostrada hacia Jessica Lenahan en algunos de los comentarios de la policía a sus llamadas durante la noche del 22 de junio y la madrugada del 23 de junio, considerando que en sus contactos ella demostraba preocupación por el bienestar de sus hijas. Por ejemplo, y como se señaló antes, cuando Jessica Lenahan llamó al Departamento de Policía por tercera vez, a las 9:57 p.m., para denunciar que sus hijas todavía no habían regresado a su casa, la funcionaria que atendió la llamada le dijo que esperaba que ella y Simon Gonzales hubieran hecho algún arreglo, porque “es un poco ridículo asustarnos y hacernos pensar que las niñas desaparecieron”. Sus súplicas a la policía de adoptar acciones de búsqueda se tornaron más angustiantes a medida que avanzaba la noche. La Comisión destaca que esta forma de maltrato incrementa la desconfianza de las mujeres y de sus familiares en que la estructura del Estado puede realmente protegerlas de daño, lo que reproduce la intolerancia social frente a estos actos (v. CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, del 20-1-2007, párrs. 172/180). Esta Comisión también subraya el principio internacionalmente reconocido de que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley “respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas en el cumplimiento de sus funciones” (CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, cit., párr. 134).

Esta Comisión reitera que la inacción del Estado ante casos de violencia contra las mujeres fomenta un ambiente de impunidad y promueve la repetición de la violencia, “dado que la sociedad no ve pruebas de la voluntad del Estado, como

representante de la sociedad, de adoptar medidas efectivas para sancionar tales actos” (CIDH, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), cit., párr. 56).

Además, observa que las obligaciones del Estado de proteger a Jessica Lenahan y a sus hijas de la violencia doméstica no concluyeron esa noche, sino que comprenden el ofrecer a Jessica Lenahan un recurso para cuestionar estas fallas e investigar las circunstancias de la muerte de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales.

En base a estas consideraciones, esta Comisión sostiene que la falla sistemática de los Estados Unidos de ofrecer una respuesta coordinada y efectiva para proteger a Jessica Lenahan y a Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales de la violencia doméstica constituyó un acto de discriminación, en menoscabo de su obligación de no discriminar y una violación de su derecho de garantizar la igualdad ante la ley bajo el art. II de la Declaración Americana. La no adopción por parte del Estado de medidas razonables para proteger la vida de las tres niñas constituyó además una violación de su derecho a la vida, consagrado en el art. I de la Declaración Americana, en relación con su derecho a una protección especial, contenido en el art. VII del mismo instrumento.

Derecho a la protección judicial dispuesto en el artículo XVIII

Sobre la base de las consideraciones de hecho y de derecho presentadas, y habiendo examinado las pruebas y los argumentos presentados por las partes en el curso del trámite del presente caso, esta Comisión concluye que el Estado no actuó con la debida diligencia para proteger a las tres niñas de la violencia doméstica, en menoscabo de su obligación de no discriminar y de garantizar la igual protección ante la ley, conforme al art. II de la Declaración Americana. El Estado tampoco adoptó medidas razonables para prevenir sus muertes, en violación de su derecho a la vida, consagrado en el art. I de la Declaración Americana, conjuntamente con su derecho a una protección especial como niñas, consagrado en el art. VII de la Declaración Americana. Por último, cabe destacar que el Estado violó el derecho a la protección judicial de Jessica Lenahan y de sus familiares, establecido en el art. XVIII de la Declaración Americana.

Esta Comisión carece de información suficiente para concluir que se violaron los arts. V y VI. En cuanto a los arts. XXIV y IV de la Declaración Americana, considera que los reclamos relacionados con estas disposiciones fueron abordados en el contexto del art. XVIII de la Declaración Americana.

Recomendaciones

Sobre la base del análisis y las conclusiones respecto del presente caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda a los Estados Unidos:

1. Empezar una investigación seria, imparcial y exhaustiva con el objetivo de determinar la causa, hora y lugar de las muertes de Leslie, Katheryn y Rebecca Gonzales, e informar debidamente a sus familiares del curso de la investigación.
2. Realizar una investigación seria, imparcial y exhaustiva de las fallas sistémicas que ocurrieron en relación con la ejecución de la orden de protección de Jessica Lenahan como garantía de no repetición, incluyendo una investigación para determinar las responsabilidades de los funcionarios públicos por violar la legislación estadual y/o federal, y sancionar a los responsables.

3. Ofrecer una plena reparación a Jessica Lenahan y a sus familiares, considerando su perspectiva y necesidades específicas.

4. Adoptar una legislación con medidas integrales a nivel federal y estadual, o reformar la legislación vigente, para reforzar el carácter obligatorio de las órdenes de protección y otras medidas de seguridad para proteger a las mujeres de actos de violencia inminentes y crear mecanismos de implementación efectivos. Estas medidas deben ir acompañadas de suficientes recursos destinados a fomentar su implementación, de una reglamentación adecuada para garantizar su aplicación, de programas de capacitación para los funcionarios policiales y judiciales involucrados, y del diseño de protocolos y directivas modelo que los departamentos de policía de todo el país puedan usar como guía.

5. Adoptar una legislación con medidas integrales a nivel federal y estadual, o reformar la legislación vigente, a efectos de incluir medidas de protección de los niños en el contexto de la violencia doméstica. Estas medidas deben ir acompañadas de suficientes recursos destinados a fomentar su implementación, de una reglamentación adecuada para garantizar su implementación, de programas de capacitación para los funcionarios policiales y judiciales involucrados, y del diseño de protocolos y directivas modelo que los departamentos de policía de todo el país puedan usar como guía.

6. Continuar adoptando políticas públicas y programas institucionales encaminados a reestructurar los estereotipos de las víctimas de la violencia doméstica y a promover la erradicación de los patrones socioculturales discriminatorios que impiden que las mujeres y los niños cuenten con una plena protección frente a actos de violencia doméstica, incluyendo programas para capacitar a los funcionarios públicos de todas las ramas de la administración de justicia y de la policía, y programas comprensivos de prevención.

7. Diseñar protocolos, a nivel federal y estadual, en los que se especifiquen los componentes adecuados de la investigación que debe realizar la policía en respuesta a un informe de niños desaparecidos en el contexto de una denuncia de violación de una orden de protección.

Notas del Instituto: 1) el Informe de Admisibilidad, del 24-7-2007, puede verse en <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/EEUU1490.05sp.htm>>; 2) se puede acceder en <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-278.ZS.html>> a la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Castle Rock c. Gonzalez*; 3) en relación con la responsabilidad estatal en el contexto de la violencia contra las mujeres, véase la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claudia Ivette Gonzales y Otras ("Campo Algodonero") v. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 16-11-2009, serie C, No. 205, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe de Fondo del caso 12.626, 24-7-2007, en <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2011/USPU12626ES.doc>>.



TEXTOS ESCOGIDOS

investigaciones

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. GENOCIDIO. DEFINICIÓN. NECESIDAD DE INCLUSIÓN DE GRUPOS POLÍTICOS. **DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.** CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (INTERNACIONAL).

1. *Introducción*

En 1948, al redactarse la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención), la comunidad internacional formuló el convenio de tal manera que solo incluía cuatro grupos protegidos: “nacional, étnico, racial o religioso”. Sin embargo, desde la época de su entrada en vigencia, el mundo ha sido testigo de terribles atrocidades que jurídicamente no se encuadran dentro de la definición de genocidio, entre ellas, las desapariciones forzadas que tuvieron lugar en la Argentina entre 1976 y 1983, porque los grupos políticos –como los que fueron objeto de persecución en la Argentina– están específicamente excluidos en los términos de la Convención.

Las normas internacionales comparten en su mayor parte esa definición de genocidio, que excluye a los grupos políticos. Sin embargo, en España, Argentina y Guatemala tramitaron procesos judiciales en los que se realizó una interpretación diferente de la definición de genocidio. Si bien en los casos de España y Argentina no se siguieron los estándares internacionales actuales, ellos ilustran los distintos problemas que plantea la actual definición.

2. *Antecedentes*

Una revisión de cómo se desarrolló el concepto de genocidio demuestra que la actual comprensión del término no prevé la protección de grupos políticos.

2.1. *Historia de la Convención y sus implicaciones en torno a la inclusión de grupos políticos en la definición de genocidio*

La Convención expone la definición del delito de genocidio en su art. 2. La cláusula clave enumera “grupo[s] nacional[es], étnico[s], racial[es] o religioso[s]” como aquellos que la Convención protege. Por lo tanto, la primera medida que debe tomar un tribunal cuando ha de decidir si se cometió este delito es determinar si una persona procuró eliminar a uno de los cuatro grupos enumerados. Si el grupo identificado no se encuadra en ninguna de estas cuatro categorías, el tribunal debe llegar a la conclusión de que no hubo genocidio. Sin embargo, esta enumeración está cargada de ambigüedad, lo que se refleja en el hecho de que la identificación de qué grupos están protegidos se ha convertido en un tema de gran controversia en los juicios internacionales en materia penal.

La historia de la Convención contribuye en alguna medida a dilucidar el significado subyacente de la mencionada enumeración de grupos protegidos. La Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, precursora de la Convención, traza una analogía entre el genocidio y el delito de homicidio tipificado en el derecho interno. De la misma manera en que el elemento clave del homicidio es tomar la vida de otro ser humano, independientemente de quién sea ese ser humano, la Resolución sostiene que el elemento clave del genocidio es tomar la vida de un grupo humano, sin importar los rasgos característicos que unen a ese grupo. De

esta forma, la identificación del grupo víctima de genocidio no es relevante para determinar si hubo genocidio en virtud de esta definición.

La Resolución 96 (I) a continuación enumera algunos grupos contra los cuales se cometió genocidio en el pasado. Este listado incluye tanto grupos políticos como “otros” grupos, donde el término “otros”, según algunos autores, secunda en forma inequívoca la idea de que la identificación del grupo víctima de genocidio no constituye una cuestión vital al momento de determinar si tuvo lugar el fenómeno de genocidio o no. Por ende, considerando las implicaciones de la comparación entre homicidio y genocidio, así como la inclusión de grupos políticos y “otros”, esta definición de genocidio anterior a la actual resulta bastante amplia.

Los trabajos preparatorios de la Convención revelan que varias cuestiones fueron materia de debate al momento de definir el genocidio. Quizás la exclusión más notable haya sido la de los grupos políticos, en vista de que desde 1948 varios comentaristas han criticado incansablemente la ausencia de esta categoría. Los países que se opusieron a la inclusión de este sector fundaron su negativa en que los grupos políticos no eran lo suficientemente estables como para justificar la protección de la Convención, dado que la afiliación a tales grupos era voluntaria y sujeta a cambios. Algunos sostuvieron que la noción de grupos políticos podría abarcar un concepto demasiado impreciso. Pero en última instancia, los que redactaron la Convención no los excluyeron debido a la fuerza lógica de tales argumentos, sino, más bien, en aras de un compromiso político para aplacar a países tales como la Unión Soviética. Según algunos autores, muchos gobiernos podrían haberse visto amenazados ante la posibilidad de ser acusados de cometer genocidio si los grupos políticos hubiesen sido incluidos en la definición de este delito. Así, la exclusión explícita de esta categoría constituye una prueba convincente de que los padres fundadores de la Convención no tuvieron la intención de que el instrumento protegiera a los grupos políticos, aunque hayan contemplado su inclusión.

2.2. La jurisprudencia y su argumento de la estabilidad como factor característico de los grupos protegidos por la Convención

Desde su establecimiento, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (ICTR) y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) han interpretado la definición de genocidio en múltiples oportunidades y han sostenido que no puede leerse la Convención siguiendo una interpretación que proteja a los grupos políticos. Una conclusión clave a la que han arribado estos tribunales consiste en que para que la Convención proteja a un grupo en particular, este debe ser típicamente estable e invariable.

Una de las sentencias en las que el ICTR llegó a esta conclusión fue *Prosecutor v. Akayesu* (caso Nro. ICTR-96-4-T del 2-9-1998). En ese caso, el tribunal reconoció que podían existir otros grupos protegidos más allá de los cuatro enumerados en la Convención y consideró que tal enumeración no pretendía ser taxativa, sino, más bien, ejemplificativa. El tribunal se centró en las similitudes entre los cuatro grupos enumerados, sosteniendo que un grupo protegido debía ser “estable y permanente” para justificar la protección de la Convención.

Un año después de *Akayesu*, en otros dos casos se sostuvo nuevamente que la Convención no protege a los grupos políticos. Tanto el ICTR en *Prosecutor v.*

Rutaganda (caso Nro. ICTR-96-3-T del 6-12-1999) como el ICTY en *Prosecutor v. Jelisic* (caso Nro. ICTY-95-10-T del 14-12-1999) confirmaron la tesis de que la protección de la Convención solo se extiende a grupos estables y permanentes.

El caso *Jelisic* resulta asimismo relevante por la evaluación que el tribunal hace en relación con la cuestión de si un grupo protegido debe existir objetivamente o si es suficiente con que exista a nivel subjetivo, en la mente del perpetrador. El tribunal adoptó en este punto un enfoque puramente subjetivo, al sostener que los tribunales deben juzgar la existencia de un grupo nacional o étnico desde la perspectiva de los actores penales, porque solo aquellos que diferencian al grupo objetivo del resto de la comunidad son los que definen al grupo víctima. Así, aun cuando un determinado grupo nacional no exista en la realidad objetiva, si existe en la mente del perpetrador, la Convención protegerá a ese grupo.

2.3. Casos de Argentina y Guatemala. Contexto histórico

Entre 1976 y 1983, la Argentina vivió bajo un gobierno presidido por una junta militar que trabajó activamente para eliminar a sus denominados enemigos. Muchos se refieren con frecuencia a este período como la Guerra Sucia, que trajo como consecuencia la desaparición de entre 10.000 y 30.000 personas aproximadamente.

Al término de la Guerra Sucia en 1983, el nuevo presidente electo Raúl Alfonsín contribuyó a facilitar el enjuiciamiento de los jefes de las Juntas. En la causa 13/84, la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal condenó a varios de ellos; sin embargo, poco después de la sentencia, el temor a un levantamiento militar condujo al dictado de las leyes de amnistía y a la concesión de indultos que otorgaron a casi la totalidad de los jefes militares inmunidad frente a las acciones penales. Ante la insistencia de activistas defensores de los derechos humanos, el Congreso anuló las leyes de amnistía en 2003, lo que permitió la reapertura de las causas contra los participantes de la Guerra Sucia.

Entre 1960 y 1996, Guatemala fue el escenario de una guerra civil dirigida contra la población indígena maya. Funcionarios estatales asesinaron aproximadamente a 200.000 personas, mientras que otras 40.000 fueron víctimas de desapariciones forzadas. La mayor parte de las víctimas eran miembros de la población indígena maya y fueron perseguidos porque funcionarios del Estado creían que los mayas constituían la base de un movimiento guerrillero antimilitar.

3. Análisis

Tres casos clave se desarrollaron a partir de los conflictos en estos dos países. En la Argentina, se acusó de genocidio a los demandados en las causas *Scilingo* (Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, 4-11-1998) y *Etchecolatz* (Tribunal Oral Federal de La Plata, 19-9-2006), y en Guatemala, Rigoberta Menchú inició una demanda contra funcionarios de ese país con el mismo cargo (Audiencia Nacional, 2-12-1999). A pesar del hecho de que aquellos que redactaron la Convención excluyeron específicamente a los grupos políticos, tanto los tribunales que intervinieron en los casos de Argentina como Menchú en su querrela encontraron la forma de interpretar la Convención de manera que incluyese este tipo de atrocidades.

Sin embargo, pese a su enfoque novedoso y creativo, los argumentos en *Scilingo* y *Etchecolatz* y en la querrela de Menchú ofrecen un análisis jurídico poco

convinciente. Sus demandas van en contra de lo establecido por la mayor parte de la jurisprudencia internacional. No obstante, estos casos revelan un sentimiento de frustración hacia la definición actualmente aceptada de genocidio.

3.1. *Consideraciones de la Audiencia Nacional española en Scilingo*

De los dos casos que involucraban a demandados argentinos, la Audiencia Nacional de España (Audiencia) dictó sentencia en uno de ellos en 1998. En el caso *Scilingo*, la demanda había sido promovida contra Adolfo Scilingo, un ex oficial naval acusado de cometer crímenes de lesa humanidad y genocidio. Si bien la Audiencia no lo encontró finalmente culpable de genocidio, sostuvo en un auto interlocutorio que hubo efectivamente genocidio en la Argentina, con base en la interpretación que hizo de la expresión “grupo nacional” de la Convención, argumentando que ella debería incluir grupos insertos en una nación en particular perseguidos en virtud de determinadas características peculiares de ese grupo. En el caso de la Argentina, el grupo nacional perseguido era el de aquellos a los que el Estado consideraba contrarios a sus propios objetivos.

El tribunal justificó esta interpretación invocando el espíritu de la Convención, estimando que no se puede interpretar restrictivamente la categoría de grupo nacional de forma que solo denote un “grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación”, sino más bien de modo que simplemente aluda a “un grupo humano nacional, un grupo humano distintivo, caracterizado por algo, integrado en una comunidad más extensa”. Por lo tanto, aun cuando los individuos objeto de persecución no fueron todos los argentinos en el sentido de ciudadanos argentinos, lo cierto es que todos ellos pertenecían a una población nacional que residía dentro de las fronteras de la Argentina, y el Estado los individualizó porque creía que se oponían a los objetivos del gobierno. Al haber objetivizado el Estado a este grupo –que el tribunal consideró un grupo nacional– la Audiencia afirmó que se cometió genocidio en la Argentina.

3.2. *Interpretación de genocidio: la Audiencia en Scilingo vs. el ICTR en Akayesu*

Si bien resulta novedosa e interesante la interpretación que se hizo del genocidio en *Scilingo*, el fallo presenta varias cuestiones problemáticas. Aunque sea cierto que el régimen imputó opiniones políticas a algunas de sus víctimas, el Estado las identificó por lo que estimó que eran sus inclinaciones políticas. Por lo tanto, no parece sincero eludir el hecho de que el grupo objeto de persecución era un grupo político, y que si la Convención no extiende su protección a esos grupos, no se deberían considerar como un acto de genocidio a los crímenes cometidos durante la Guerra Sucia.

En el momento en que los tribunales españoles dictaron sentencia en *Scilingo*, el único caso relevante de genocidio decidido por los Tribunales Penales Internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia era *Akayesu*. El ICTR había sostenido que era probable que existieran otros grupos protegidos diferentes de los cuatro enumerados por la Convención. Sin embargo, ellos debían tener las características de ser estables y permanentes.

El Estado no identificó al grupo objeto de persecución durante la Guerra Sucia en términos de rasgos estables que nunca se pudieran modificar. Si bien en esa

época el Estado imputó a las víctimas una determinada ideología política, esas ideas no constituían una parte inherente al grupo que se pudiera considerar estable en el sentido debatido en *Akayesu*. En consecuencia, el razonamiento del tribunal español es cuestionable a la luz de este precedente.

La concepción generalmente aceptada de grupo nacional formulada en *Akayesu* supone “un vínculo de carácter legal basado en una ciudadanía común, unida a una cierta reciprocidad de derechos y deberes”. Esta definición resalta la noción de que cualquier país con el cual el grupo víctima tenga sus mayores vínculos define al grupo nacional.

Esta interpretación no se aplica al caso de la Argentina porque el grupo objeto de persecución por el Estado incluía miembros que tenían estrechos lazos con muchas naciones diferentes. Si bien en esa época todas las víctimas residían en la Argentina, había varios inmigrantes que formaban parte del grupo que tenían vínculos más estrechos con sus países de origen. De esta forma, el nexo común entre los individuos perseguidos no era un “vínculo de carácter legal” basado en “una ciudadanía común”, sino las opiniones políticas reales o aparentes de los miembros del grupo. Así, siguiendo el criterio trazado en *Akayesu*, aquellos perseguidos por el gobierno argentino no constituían un grupo nacional.

Se podría sostener que es irrelevante que la interpretación que hizo el tribunal en *Scilingo* no armonice con el criterio de *Akayesu*, pues la jurisprudencia internacional no resulta vinculante para los tribunales nacionales. Sin embargo, aun cuando la Audiencia no estuviera obligada a seguir los lineamientos de *Akayesu*, su interpretación del genocidio sigue careciendo de argumentos convincentes: en lugar de enfocarse en los reales términos que utiliza la Convención y en los trabajos preparatorios, remite al concepto amorfo del espíritu de la Convención, que no está fundado en realidad textual alguna; y en lugar de abocarse a un razonamiento jurídico analítico, se conforma con vagas referencias a un imperativo moral a fin de clasificar como genocidio los sucesos ocurridos en la Argentina. Si bien tales argumentos pueden resultar convincentes desde un punto de vista filosófico, no lo son como razonamiento jurídico.

Teniendo en cuenta que en *Scilingo* no se hace referencia alguna al caso *Akayesu*, como tampoco un análisis jurídico en general, la decisión del tribunal español podría considerarse como un intento de introducir una nueva interpretación de la Convención, pues revela un sentimiento de frustración hacia la estrecha definición que ella ofrece así como hacia las interpretaciones de su texto que destacan la característica de estabilidad del grupo. Si bien ni el ICTR ni el ICTY siguieron la interpretación de la Audiencia en ninguno de sus casos posteriores, *Scilingo* resultó un precedente significativo en el caso *Etchecolatz*.

3.3. Consideraciones del tribunal argentino en *Etchecolatz*

El caso de Miguel Etchecolatz fue el primer enjuiciamiento penal de un participante de la Guerra Sucia en la Argentina tras la anulación de las leyes de amnistía. Etchecolatz, funcionario de alto rango de la Policía de la Provincia de Buenos Aires durante el gobierno de las Juntas, fue acusado de crímenes de lesa humanidad por la comisión de asesinato, secuestro y tortura. En el año 2006, el Tribunal Oral Federal de La Plata lo encontró culpable de crímenes contra la

humanidad. Si bien el tribunal no lo culpó por genocidio, sostuvo *in dicta* que había cometido los delitos en un “contexto de genocidio”, concluyendo así que se había dado tal fenómeno en la Argentina. Esta sentencia fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal y por la Corte Suprema de Justicia, pero en ninguno de estos fallos se abordó el tema de genocidio. En consecuencia, si bien el tratamiento de la cuestión por parte del Tribunal Oral Federal no era relevante a los fines de la *ratio decidendi*, considerando que los tribunales superiores no han analizado el tema, las consideraciones del Tribunal Oral Federal sienta las bases para un futuro análisis por parte de los tribunales argentinos del delito de genocidio en el contexto de la Guerra Sucia.

En el análisis que hizo el Tribunal Oral Federal sobre genocidio, vuelve sobre la Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconociendo que si bien ella incluye a los grupos políticos entre los grupos protegidos, los encargados de redactar la Convención excluyeron deliberadamente esa categoría. No obstante, resta importancia a dicha exclusión, atribuyéndola únicamente al clima político de la época.

El tribunal también aludió a las causas anteriormente resueltas en relación con la Guerra Sucia, haciendo referencia en primer lugar a la causa 13/84, en la que se describieron las operaciones sistemáticas generalizadas de la Junta que ocasionaron muerte, tortura y persecución a gran escala en la población. A continuación, citó extractos de la sentencia que la Audiencia Nacional dictó en *Scilingo* a fin de ilustrar con mayor detalle el plan sistemático de la Junta Militar. En esta parte del fallo, se caracterizó al grupo víctima de la misma manera en que lo hizo la Audiencia en *Scilingo*: como subversivos políticos aparentes.

Finalmente, el tribunal concluyó su análisis sobre genocidio identificando el “grupo nacional” protegido con el conjunto de los argentinos, sobre la base de que “dado que la Convención incluye los términos ‘total o parcialmente’, resulta evidente que el grupo nacional argentino fue eliminado ‘parcialmente’, en una porción suficientemente sustancial como para alterar las relaciones sociales en toda la nación”. Como resultado, el tribunal arribó a la conclusión de que se cometió genocidio en la Argentina durante la Guerra Sucia.

3.4. Interpretación de grupo nacional: Etchecolatz vs. jurisprudencia y doctrina internacionales

A la luz de la jurisprudencia y doctrina internacionales en torno al genocidio que existía en la época en que se falló *Etchecolatz*, los fundamentos de esta sentencia resultan deficientes.

El tribunal en esta causa sostuvo que el fenómeno de genocidio se dio en la Argentina en términos que parecen oscilar en su concepción de grupo nacional. Cuando el tribunal cita el caso *Scilingo*, conceptualiza el grupo nacional como formado únicamente por disidentes políticos. Sin embargo, hacia la parte final de su análisis sobre el genocidio, lo identifica como la población argentina en su integridad. Ya sea que se interprete la descripción del tribunal de los grupos protegidos en su acepción más restringida –que comprende aparentes disidentes políticos– o en su acepción más amplia –como el conjunto de todos los argentinos–, el análisis es erróneo a la luz de la jurisprudencia internacional.

La primera idea de grupo nacional sobre la que discute el tribunal es la misma que la formulada en el caso *Scilingo*. La concepción de grupo nacional en esta parte de la sentencia responde a la noción de aquellos percibidos por la Junta Militar como una amenaza hacia los objetivos del Estado. Esta concepción de grupo protegido no solo no coincide con el criterio sentado en *Akayesu*, sino que también contradice los lineamientos de *Rutaganda* y *Jelusic*, anteriores a *Etchecolatz*.

Los tres casos del ICTY y del ICTR sostuvieron que los grupos protegidos en los términos de la Convención deben caracterizarse por ser estables y permanentes. En *Akayesu* se advirtió asimismo que los encargados de redactar la Convención excluyeron a los grupos políticos por su carácter mutable y cambiante. Sin embargo, el grupo de subversivos políticos a los que se aludió en *Etchecolatz* no era en absoluto estable ni inmutable: las personas podían cambiar de tendencia política si así lo deseaban. Así, de la misma manera en que la interpretación que hizo la Audiencia en *Scilingo* era equivocada a la luz de la jurisprudencia internacional del momento, también lo es la interpretación del tribunal que resolvió *Etchecolatz*.

Nuevamente, se podría argumentar que tales casos internacionales no son vinculantes para los tribunales argentinos. Sin embargo, los razonamientos allí elaborados no dejan de ser persuasivos en virtud de las múltiples sentencias de estos tribunales internacionales que analizan la definición de grupo protegido. Resulta más comprensible la omisión del tribunal en *Scilingo* de seguir los lineamientos de la jurisprudencia internacional, dado que *Akayesu* era el único caso en ese momento que contenía un análisis en torno a las características de estabilidad y permanencia. No obstante, cuando el Tribunal Oral Federal falló en *Etchecolatz*, el ICTR ya había dictado sentencia en *Akayesu* y *Rutaganda*, y el ICTY, en *Jelusic*. En consecuencia, si bien estos casos internacionales no eran vinculantes para el tribunal argentino, tiene sentido analizar *Etchecolatz* a la luz de tal jurisprudencia.

La doctrina reciente ha sugerido una concepción alternativa de grupo nacional, estimando que si un grupo particular goza del derecho a la autodeterminación, los tribunales deben considerarlo como un grupo nacional. Sin embargo, no puede caracterizarse al grupo víctima en *Etchecolatz* como un grupo considerado jurídicamente como titular del derecho a la autodeterminación, ya que no estaba ejerciendo ninguna clase de reclamo legal de su propia independencia como país. Por lo tanto, ni siquiera esta noción alternativa de grupo nacional centrada en el derecho a la autodeterminación respalda la interpretación del tribunal en *Etchecolatz*.

La forma en la que este tribunal concibe un grupo nacional también alude a la idea de que el Estado mismo define el grupo protegido. Dado que el grupo nacional estaba integrado por aquellos que el Estado consideraba opositores a los intereses del país, fue el Estado mismo el que determinó quién formaría parte del grupo objeto de persecución. En otras palabras, el Estado definió subjetivamente al grupo, en contraposición a la identificación de un grupo con características fundadas en la realidad objetiva.

Un sector de la doctrina afirma que la existencia de un grupo protegido debe determinarse sobre la base de la definición del grupo desde la perspectiva subjetiva del actor. Algunos de estos autores no solo apoyan lo decidido en *Etchecolatz*, sino que dan un paso más adelante, llegando a considerar indeseable cualquier restricción

a los grupos protegidos. Este punto de vista se centra íntegramente en la perspectiva del perpetrador, en el sentido de que cualquier clase de grupo que el actor elija como objetivo es suficiente para que se configure el genocidio, siempre que la intención del perpetrador sea la eliminación del grupo en todo o en parte.

La *ratio decidendi* del fallo del ICTY en *Jelisić* en torno a la determinación de qué grupos son protegidos parece a primera vista respaldar el enfoque subjetivo promovido por estos doctrinarios. El ICTY sostuvo en esa sentencia que los tribunales deberían determinar si existen grupos protegidos fundándose en el punto de vista subjetivo del actor. Sin embargo, esta interpretación solo se aplica si en su mente el perpetrador tiene la intención de destruir a uno de los grupos que la Convención protege. La gran diferencia entre la *ratio decidendi* en *Jelisić* y la opinión doctrinaria es que la doctrina no restringe el enfoque subjetivo a los grupos enumerados. De esta manera, *Jelisić* no parece respaldar de manera significativa a la perspectiva aportada por estos autores.

Jelisić tampoco sirve de apoyo a la sentencia en el caso *Etchecolatz*, ya que aun cuando uno se centrara únicamente en la identificación subjetiva del Estado sobre el grupo que victimiza, no puede llegarse a la conclusión de que el Estado procuraba eliminar a un grupo protegido jurídicamente reconocido, pues el grupo así considerado era un grupo de aparentes enemigos políticos. Por otra parte, la Convención no extiende su protección a un grupo de subversivos políticos aparentes determinado a través de una visión subjetiva como tampoco a uno de disidentes políticos reales identificado con una perspectiva objetiva. En vista de que el grupo víctima desde el punto de vista del gobierno argentino era ciertamente un grupo político, el fallo en *Jelisić* resulta ineficaz para respaldar la afirmación de que la Convención protege al grupo objeto de persecución en *Etchecolatz*.

SHNEIDER, Howard, “Political Genocide in Latin America: The Need for Reconsidering the Current Internationally Accepted Definition of Genocide in Light of Spanish and Latin American Jurisprudence”, en *American University International Law Review*, Washington, D.C., American University, Washington College of Law, 2010, vol. 25, N° 2, pp. 313/341.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD.
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ALCANCES. CRITERIOS (JAPÓN).

1. Introducción

Al menos desde la época de Aristóteles, las reflexiones acerca de la justicia han versado sobre el concepto de igualdad. A partir del siglo XVII, este ha sido objeto de importantes debates de filósofos, estudiosos sobre teoría política y juristas, y luego se incorporó a la moderna noción de democracia. Dicho concepto, además, constituye el fundamento de uno de los derechos más elementales, el derecho a ser tratado como igual y a no ser discriminado, consagrado en la mayoría de las constituciones democráticas modernas y en las convenciones internacionales sobre la protección de los derechos humanos. Sin embargo, el contenido del derecho a la

igualdad, su alcance y la medida en que ha sido protegido por los tribunales han variado considerablemente en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En Japón, el derecho a la igualdad ha tenido una historia aciaga. Como es bien sabido, los tribunales no han protegido ni aplicado suficientemente la Constitución japonesa. A lo largo de más de sesenta años, la Suprema Corte de Japón (Corte) solo en diez sentencias declaró la inconstitucionalidad de una ley o de una política gubernamental. Por otra parte, tanto el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como organizaciones internacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y especialistas en derecho interno han documentado graves violaciones de los derechos en Japón.

Cabe, entonces, investigar la manera en que los tribunales japoneses y, en particular, la Corte han analizado los casos vinculados al derecho a la igualdad y examinar, desde una perspectiva comparatista, el desarrollo de la doctrina de la Corte a través del estudio de algunos de los fallos más importantes relacionados con tal derecho.

Hasta hace muy poco tiempo, la Corte no había desarrollado un marco analítico para resolver los casos fundados en la violación al derecho a la igualdad que fuera riguroso y fiel a la teoría de los derechos y de los valores consagrados en la Constitución. En efecto, hasta el año 2008, el Alto Tribunal aplicó casi exclusivamente un elemental estándar de racionalidad para dilucidar si la discriminación denunciada estaba “injustificada”, haciendo un balance de la norma atacada con los criterios internos de la política o de la ley en cuestión. No obstante, un reciente fallo de la Corte ofrece indicios de esperanza, porque plantea la posibilidad de adopción de un criterio que aprecie en forma más acabada el alcance del derecho a la igualdad y de un modelo analítico más riguroso. Además, a partir del fallo sobre la Ley de Nacionalidad de 2008, la Corte parece haber comenzado a implementar el nuevo enfoque.

2. Derecho a la igualdad en Japón: reglamentación

El art. 14(1) de la Constitución japonesa constituye la principal norma que consagra el derecho a la igualdad, en los siguientes términos: “Todas las personas son iguales ante la ley. No habrá discriminación en las relaciones políticas, económicas ni sociales por motivos raciales, de credo, sexuales, de estatus social o familiares”.

En el marco de este artículo, se ha interpretado que la expresión “[t]odas las personas” incluye a los extranjeros. La Corte ha sostenido que la nacionalidad extranjera es una causal por la que no se puede brindar un diferente tratamiento porque se encuentra comprendida dentro del “estatus social”, incluso en los casos en que esa diferencia de tratamiento sea considerada razonable.

Si bien el derecho a la igualdad previsto en el art. 14 de la Constitución solo se aplica estrictamente a las relaciones entre el Estado y el individuo, la Corte ha confirmado la práctica de los tribunales inferiores de aplicar los valores constitucionales consagrados en dicha disposición para informar y dar sustancia a la legislación reglamentaria de las relaciones entre particulares.

Por otro lado, se ha argumentado que también el art. 13 de la Constitución contribuye a la comprensión de la importancia del individuo y a poner de manifiesto

el carácter esencial que la dignidad tiene en el goce de los demás derechos reconocidos en la Constitución. Dicho artículo dispone lo siguiente: “Todas las personas serán respetadas como individuos. Sus derechos a la vida, a la libertad y a la persecución de la felicidad gozarán de la más alta consideración en la legislación y demás asuntos gubernamentales siempre y cuando no interfieran con el bienestar público”.

En un importante fallo vinculado a los derechos aborígenes de los Ainu de Hokkaido, el tribunal de distrito de Sapporo señaló que la norma en cuestión impone un deber al gobierno, afirmando que el art. 13 exige el máximo respeto por el individuo en su relación con el Estado. Expresa los principios que denominamos individualismo y democracia como reconocimiento al valor especial de todos los ciudadanos, quienes en conjunto constituyen el Estado.

Fuera de las disposiciones constitucionales, en Japón no existen otras garantías generales contra la discriminación en las relaciones entre particulares. En materia laboral, la Ley de Normas Laborales dispone que: “[u]n empleador no podrá dispensar un trato discriminatorio a los trabajadores por razones de nacionalidad, credo o estatus social, en relación con el sueldo, la jornada laboral y otras condiciones laborales”. Si bien “otras condiciones laborales” es una expresión abierta a la interpretación, no incluye la contratación ni la rescisión de la relación laboral. Por otro lado, la cuestión de género está completamente ausente aquí, razón por la cual los primeros casos relativos a la discriminación sexual en el ámbito laboral fueron resueltos con base en el Código Civil.

Cabe mencionar que la Ley de Promoción de Medidas para la Protección de los Derechos Humanos de 1996 fue derogada en 2002. En algunos casos, los gobiernos locales aprobaron normas sobre derechos humanos u ordenanzas contra la discriminación, pero estas autoridades gozan de un poder limitado en Japón y han sido objeto de ataques por parte de grupos conservadores.

A pesar de que tratados internacionales –como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer– de los que Japón es Estado parte han sido incorporados al derecho japonés, los tribunales se muestran renuentes a aplicar sus disposiciones.

3. Derecho a la igualdad y discriminación: enfoques comparativos

El derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado, consagrado en varias constituciones modernas e instrumentos internacionales de derechos humanos, significa que todas las personas tienen el mismo derecho a ser tratadas con igual respeto y preocupación por el Estado. Tal derecho se fundamenta en el concepto kantiano de dignidad humana, en el sentido objetivo de valor intrínseco de todo ser humano y en la conciencia de que tratar a una persona como si tuviera un valor intrínsecamente menor que otra perjudica su dignidad humana.

La discriminación, en su acepción más amplia, significa tratar a algunas personas de manera diferente, negándoles beneficios e imponiéndoles cargas de una manera injusta.

En las constituciones de Japón, Canadá y Sudáfrica, por ejemplo, así como en la Convención Europea de Derechos Humanos y en las principales convenciones internacionales de derechos humanos, los motivos prohibidos de discriminación (o categorías sospechosas, según la terminología norteamericana) incluyen características tales como el sexo, la raza, el credo, la nacionalidad, la religión, la edad y el estatus social. Ello refleja la teoría según la cual el trato diferente a personas según sus características personales inmutables, o por lo menos aquellas profundamente arraigadas y extremadamente difíciles de alterar, vinculadas con la identidad y la propia dignidad (como la religión y la nacionalidad), a menudo se basa en un prejuicio o en un estereotipo, y es pasible de ocasionar un perjuicio a la dignidad del individuo.

3.1. *Estándares constitucionales modernos: el ejemplo canadiense*

El art. 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta) dispone lo siguiente: “(1) Todos son iguales ante la ley y esta se aplica igualmente a todos, y todos tienen derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley, independiente de toda discriminación, especialmente de discriminación fundada en raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o deficiencias mentales o físicas. (2) El párrafo (1) no precluye ninguna ley, programa o actividad destinada a mejorar la situación de individuos o de grupos menos favorecidos, especialmente en razón de su raza, origen nacional o étnico, de su color, de su religión, de su sexo, de su edad o de sus deficiencias mentales o físicas”. Los antecedentes legislativos de la Carta reflejan claramente que la referida formulación fue adoptada deliberadamente a fin de garantizar que no fuera interpretada como una mera protección procesal.

La evaluación de un acto o una norma a fin de resolver una denuncia de su carácter discriminatorio en términos de la Carta consta de dos etapas: en primer lugar, se investiga si el derecho o libertad fundamental ha sido violado por una acción del gobierno y, en caso afirmativo, se pasa a la segunda etapa, en la cual se evalúa la posible justificación de este diferente tratamiento con base en lo dispuesto por el art. 1 de la Carta y en el marco analítico desarrollado a partir del mismo. Dicho artículo dispone lo siguiente: “La Carta Canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma, sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática”.

La Suprema Corte de Canadá estableció por primera vez el alcance del derecho a la igualdad y el marco para su análisis en *Andrews v. Law Society of B.C.* (1989), caso en el cual un abogado extranjero había denunciado la constitucionalidad de una ley provincial de la Columbia Británica que solo permitía a los ciudadanos canadienses el ejercicio de la abogacía. La Corte determinó que esta norma violentaba el derecho a la igualdad.

La justificación de la diferencia de tratamiento, por su parte, fue examinada en *R. v. Oakes* (1986), relativo a la presunción de inocencia, en donde se formuló el estándar conocido como el *Oakes test*. La Corte investigó si en las circunstancias del caso la ley impugnada imponía esas “restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática”. Se trata de una formulación que tiene su contrapartida en la jurisprudencia europea

y que guarda similitudes con el estándar del escrutinio estricto de revisión de la jurisprudencia norteamericana.

Este criterio consta de tres pasos. En primer lugar, se establece si la acción o política gubernamental impugnada está prescrita por ley o reglamento. Si la conclusión es negativa, el análisis termina, ya que solamente una ley o una política debidamente promulgadas pueden justificadamente limitar un derecho. Este paso, si bien parece superfluo, resulta esencial para prevenir acciones gubernamentales arbitrarias realizadas sin tener atribuciones legales. A continuación, se exige al gobierno demostrar que la ley impugnada persigue la satisfacción de un objetivo apremiante y fundamental, coherente con los principios y los valores de una sociedad democrática. Finalmente, se analiza la relación existente entre los medios adoptados y el fin perseguido, es decir, se hace un control de la proporcionalidad de la restricción impuesta por la ley.

3.2. Estándares constitucionales modernos: el ejemplo norteamericano

La Cláusula de Igual Protección de la XIV Enmienda a la Constitución norteamericana dispone simplemente que: “[t]oda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción será ciudadana de los Estados Unidos y del estado en el que resida. Ningún estado aprobará o hará cumplir ley alguna que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal; ni negará a nadie, dentro de su jurisdicción, la protección de las leyes en un plano de igualdad”.

A lo largo de los años, el alcance de esta cláusula se ha ido ampliando, pero la jurisprudencia sigue reflejando la tensión existente entre las diferentes concepciones filosóficas que subyacen en ella y las diversas opiniones divergentes en cuanto a los estándares que deberían aplicar los tribunales. Sin embargo, a fines del siglo XX, la jurisprudencia ordinariamente aplicó tres estándares o niveles de control de constitucionalidad, a saber: 1) el escrutinio mínimo o test de racionalidad (*minimum scrutiny o rationality test*), que solo exige la existencia de un vínculo racional entre el objetivo legítimo perseguido por la norma y los medios que esta emplea para alcanzarlo. Refleja la presunción de constitucionalidad y la deferencia, por defecto, al proceso legislativo. La legislación casi siempre sobrevive a la aplicación de este test; 2) el escrutinio estricto (*strict scrutiny test*), algo más complejo y en cierto sentido similar a la fase de la justificación del análisis del modelo canadiense (*Oakes test*), que requiere que el gobierno acredite que la ley atacada persigue un objetivo de jerarquía superior (*compelling*) y que la diferencia de tratamiento que establece resulte necesaria para alcanzarlo, no existiendo ningún otro medio menos restrictivo a esos efectos; y 3) el escrutinio intermedio, que requiere que el gobierno demuestre que la ley persigue un objetivo importante y que los medios adoptados estén sustancialmente vinculados con dicha finalidad.

En suma, el alcance del derecho a la igual protección es considerablemente más limitado que el del derecho a la igualdad de la Carta canadiense. Las leyes que establecen diferencias de tratamiento con base en la discapacidad física y mental, en la edad, en la orientación sexual, en la legitimidad y en el género han sido declaradas inválidas en Canadá con base en que establecen una discriminación injustificada. Sin

embargo, dichos motivos de discriminación no constituyen una categoría sospechosa, por lo que no dan lugar a la aplicación del escrutinio estricto en los Estados Unidos y, de todos ellos, solo las diferencias fundadas en el género y la ilegitimidad dan lugar a un escrutinio intermedio de su validez constitucional.

4. La prueba de “discriminación injustificada” en Japón

Muchos estudiosos de derecho constitucional japonés han señalado la necesidad de desarrollar criterios para interpretar el art. 14 de la Constitución que reconozcan la dignidad del ser humano y sean compatibles con los valores de una sociedad libre y democrática. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos en repetidas ocasiones se ha mostrado crítico del modelo analítico utilizado por los tribunales japoneses para evaluar los casos de discriminación, considerándolo incompatible con la obligación que tiene Japón de aplicar el derecho a la igualdad de conformidad con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En particular, ha manifestado preocupación por la vaguedad del concepto de “discriminación razonable”, incompatible con el art. 26 del Pacto.

4.1. El caso de parricidio

En los primeros fallos relativos al derecho a la igualdad, la Corte estableció que la Constitución solo prohibía la discriminación “injustificada” o carente de “racionalidad”, sin elaborar criterios para hacer esta determinación. Sin embargo, su jurisprudencia posterior revela que la razonabilidad debe ser evaluada con referencia a los objetivos y medios de la ley o de la política en cuestión.

El fallo más conocido en este sentido, y uno de los pocos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley, es el caso de parricidio de 1973 (conocido como *Patricide Case*), relativo al art. 200 del Código Penal, que establece una pena más severa por el homicidio de un ascendiente que por el de otra persona tipificado en el art. 199 del mismo código. Las penas máximas establecidas por ambas disposiciones eran las mismas, pero las mínimas, diferentes: tres años de prisión previstos por el art. 200, en comparación con la libertad condicional, contemplada en el art. 199. En el caso en cuestión, la acusada había sido víctima de una violenta relación incestuosa con su padre desde los 14 años de edad y lo había asesinado después de tener cinco hijos con él.

La mayoría de la Corte sostuvo que el art. 200 era inconstitucional en razón de la excesiva desproporción entre las sanciones previstas para el mencionado homicidio agravado y para el simple, y porque la rigurosidad del castigo previsto para el parricidio no guardaba relación con el objetivo perseguido por la legislatura, dando lugar a una discriminación “injustificada” *per se*. Al intentar identificar el propósito legislativo, la Corte observó la presencia de un trasfondo ideológico basado en valores del confucianismo concernientes a la piedad filial y al sistema de familia extendida, que había sido abolido inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial. Entonces, la Corte estableció que el propósito de la legislatura era mantener y proteger el respeto y la gratitud a los ascendientes, y que si bien no era injustificado imponer a los homicidas de ascendientes una pena diferente, lo cierto es que la gravedad del castigo previsto para este delito en comparación con la establecida para otros tipos de homicidio resultaba desproporcionada y, por

ende, injustificada. El juez Tanaka, en su voto concurrente, no estimó que el trato diferencial era *per se* inconstitucional.

Este caso únicamente puede ser comprendido en términos del objeto de la ley, conforme al cual dentro de la organización familiar, los ascendientes merecen mayor respeto y atención que los descendientes. En efecto, la ley sugería que en cualquier relación familiar, la vida de un padre era de mayor valía que la de los hijos o nietos. Ello era coherente con la concepción de familia del sistema *Ie* establecido en el Japón imperial y con los valores del confucianismo de los cuales había surgido dicho sistema. En relación con esto, el juez Tanaka estimó que el otorgamiento de una protección especial a los ascendientes se “basa en un especie de moralidad de estatus” probablemente “contradictoria con la idea fundamental de democracia basada en la dignidad y en la igualdad de los individuos”.

La discriminación, por ende, no se fundó en este caso en la diferencia de trato a un acusado fundada en la relación de este con su víctima, sino más bien en la menor protección que la ley brinda a los descendientes que a los ascendientes, la cual afectaba a la dignidad de los primeros tanto en el sentido objetivo como subjetivo de la palabra. La decisión de la Corte se fundó en que la discriminación era injustificada, y en la falta de proporcionalidad entre el objetivo de la legislación y la rigurosidad de los medios adoptados.

La debilidad fundamental de este modelo jurídico radica en la inexistencia de criterios claramente definidos para distinguir qué elementos determinan que un acto de discriminación esté “justificado” y, en particular, la imposibilidad de entender tanto el impacto de la diferencia de tratamiento como la legitimidad del objetivo perseguido por la norma en términos de los valores constitucionales fundamentales. Por otra parte, equipara dos aspectos del balance de los derechos: el primero de ellos consiste en determinar la naturaleza de la distinción trazada, es decir, si esta es injusta y si provoca un perjuicio de suficiente magnitud como para constituir discriminación; el segundo requiere evaluar si dicha discriminación está justificada. Al comenzar analizando la posible justificación de la diferencia de tratamiento sin haber analizado previamente la naturaleza de la discriminación y el alcance con el que puede violar el derecho a la igualdad, este estándar no puede aplicarse con precisión.

5. *Aplicación de la doctrina*

Hasta el año 2008, la Corte no volvió a declarar inconstitucional una ley por considerarla discriminatoria en términos del art. 14 de la Constitución.

La gran mayoría de los tribunales inferiores han seguido el modelo de la Corte en los casos suscitados en el ámbito privado, aplicando los valores fundamentales del art. 14 como base para el análisis, y declarando discriminatorios actos de corporaciones o de otras entidades con base en que resultaban irrazonables en términos de las circunstancias y de los objetivos de la política de la entidad en cuestión.

5.1. *El caso del gobierno municipal de Tokio*

En enero de 2005, una ciudadana coreana nacida en Japón de madre japonesa, empleada municipal de Tokio, que al igual que la mayoría de los coreanos de segunda y tercera generación residentes en Japón poseía un estatus especial de residente

permanente, intentó inscribirse en un concurso para acceder a un cargo directivo como profesional de la salud. Su pretensión fue rechazada en dos oportunidades con base en que solo los ciudadanos japoneses tenían derecho a participar en dicho proceso de selección. La empleada entonces demandó a la municipalidad por violación, *inter alia*, del art. 3 de la Ley de Normas Laborales y del art. 14 de la Constitución.

La *High Court* de Tokio hizo lugar a su pretensión porque consideró que los extranjeros gozan del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14, que la política municipal era discriminatoria y no constituía el medio menos restrictivo para alcanzar sus objetivos. El gobierno apeló.

La Suprema Corte de Japón hizo lugar a la apelación y anuló la decisión de la *High Court*. De las razones esgrimidas por la Corte se deduce que el gobierno de Tokio argumentó la necesidad de aplicar una política discriminatoria porque había desarrollado un “sistema integrado de nombramientos para la administración” por el cual todos los empleados ascendidos a un cierto rango gerencial podían ser elegibles para cargos directivos en el aparato gubernamental, algunos de los cuales implicaban el ejercicio de “autoridad pública”. La Corte estimó que el objetivo de la política atacada era desarrollar un “sistema integrado de nombramientos para la administración” conforme al cual, una vez aprobados los exámenes, la solicitante podría ser elegible para ocupar un cargo dotado de “autoridad pública”, aunque su intención fuera desarrollar su trabajo en un área relacionada con la salud donde no se ejercía “autoridad pública”. Esta expresión surge del art. 15 de la Constitución, que prevé los derechos de soberanía y sufragio. Por otro lado, la Corte confirmó las interpretaciones anteriores de esta disposición en el sentido de que solo los ciudadanos japoneses podían ser empleados locales con “autoridad pública”. Por ello, sostuvo que la política del gobierno de Tokio era razonable.

El razonamiento de la Corte refleja la gran debilidad de la prueba de discriminación injustificada como medio para hacer efectivo el derecho a la igualdad. De hecho, la mayoría sostuvo que no había habido violación del art. 3 de la Ley de Normas Laborales ni del art. 14.1 de la Constitución. Sin embargo, el Alto Tribunal no evaluó de ninguna forma si la política municipal de limitar los ascensos a los ciudadanos japoneses y la circunstancia de que todos los administradores pudieran optar por cargos con autoridad pública estaban racionalmente vinculadas con los objetivos perseguidos. Tampoco analizó si estos eran legítimos o coherentes con los valores de una sociedad democrática o si podían lograrse a través de medios menos restrictivos del derecho a la igualdad.

Por cierto, la Corte no cuestionó los efectos de la política, la naturaleza de la discriminación ni el perjuicio que esta podía ocasionar. Tampoco examinó los posibles estereotipos subyacentes en la política de exclusión de extranjeros, los desequilibrios de poder que esta podía suponer ni el grado en que podía perjudicar la dignidad tanto objetiva como subjetiva de todos los extranjeros residentes en Japón. Una vez más, al igual que en el referido caso de parricidio, las cuestiones de discriminación y de violación del derecho a la igualdad sufragaron y se desvanecieron en aras de la justificación de la diferencia de tratamiento.

Por otra parte, el examen de los votos concurrentes de algunos jueces pone en evidencia que la Corte no abordó la cuestión que se le había planteado, a saber, si una

política pública que niega a los extranjeros la posibilidad de un ascenso en el ámbito del gobierno municipal resulta discriminatoria por razones de la nacionalidad y viola injustificadamente el derecho a la igualdad ante la ley.

Desde una perspectiva comparatista, cabe observar que el modelo canadiense hubiera comenzado examinando la naturaleza de la discriminación y evaluando una posible violación del derecho a la igualdad. Habría analizado el modo en que operó la distinción trazada por la política del gobierno municipal a fin de determinar si instituía un acto de discriminación injustificado. En este caso, la distinción se basaba en la nacionalidad, un motivo prohibido de diferenciación tanto en términos de la Carta canadiense como de la Constitución japonesa, ya que, conforme a lo dispuesto por el art. 14 de esta última, la distinción constituía un acto discriminatorio con base en las “relaciones económicas”.

La discriminación se basaba en una característica personal íntimamente vinculada con la identidad, compartida por una pequeña minoría con un limitado acceso a los recursos del poder político. Por otro lado, semejante política discriminatoria transmitía a la sociedad en su conjunto que los extranjeros, incluso los residentes permanentes nacidos en Japón como la demandante, son, de alguna manera, merecedores de menos confianza, respeto y atención que los ciudadanos japoneses. Por ello, el perjuicio ocasionado por la discriminación era significativo y menoscababa directamente la dignidad de la demandante y la de todos los extranjeros residentes en Japón.

El siguiente paso habría consistido en examinar si la violación del derecho a la igualdad podía justificarse de manera coherente con los valores democráticos consagrados en la Constitución. La política atacada no habría podido sobrevivir al primer paso del *Oakes test*, es decir, a la determinación de si había sido establecida por ley. La siguiente etapa del análisis habría consistido en determinar si el objetivo era suficientemente importante en términos de los valores de una sociedad libre y democrática. En caso afirmativo, la política implementada no habría sobrevivido al análisis de proporcionalidad ni al de racionalidad.

La política del gobierno municipal de Tokio tampoco habría sobrevivido al control de constitucionalidad norteamericano, de acuerdo con el cual la nacionalidad es una categoría casi sospechosa para establecer diferenciaciones que a menudo ha dado lugar a un control estricto de la constitucionalidad de la norma que la establece. Incluso en los casos en que se plantea la excepción de la “función política”, los tribunales norteamericanos examinan cuidadosamente la legitimidad de la demanda y la medida en que la exclusión se ha implementado. Por ejemplo, en *Bernal v. Fainter* (467 U.S. 216, 221 –1984–), la Suprema Corte, expresándose a través del juez Marshall, declaró inválida una ley del estado de Texas que prohibía que los extranjeros fueran escribanos públicos. Allí, el Alto Tribunal entendió que la función de los escribanos no era tan preeminente en el proceso político como para estar sujeta a la excepción de la “función política” y, aplicando el criterio estricto de control de constitucionalidad, llegó a la conclusión de que la norma atacada tenía, simultáneamente, un alcance excesivamente limitado (*underinclusive*), porque existían otros profesionales que desempeñaban funciones semejantes pero a quienes no se les exigía la condición de ser ciudadanos norteamericanos; y excesivamente amplio (*overinclusive*), porque

al intentar brindar protección de algunos escribanos extranjeros que puedan estar insuficientemente familiarizados con la ley de Texas, excluía a todos los extranjeros residentes, muchos de los cuales sí estaban suficientemente familiarizados con el derecho estadual. De acuerdo con este razonamiento, la política del gobierno municipal no podría quedar incluida en ninguna excepción de la “función política” por tener un alcance excesivo (*overly inclusive*), dado que se aplicaba a personas que, como la demandante, estaban intentando acceder a cargos especializados que nada tenían que ver con la “autoridad pública” y, por ello, probablemente, no habría sobrevivido a un escrutinio estricto por los mismos fundamentos en que hubiera sido declarada inválida en términos del *Oakes test*.

5.2. *El caso Cemento Sumitomo*

En el ámbito privado, este criterio tampoco brinda una protección real frente a la discriminación. En efecto, los tribunales han buscado sustento en los valores fundamentales del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución para resolver las cuestiones relativas a ese derecho en los litigios privados, sobre todo los que se suscitan en el ámbito laboral en relación con el derecho de las mujeres a no ser discriminadas en lo que hace a la rescisión de la relación laboral y a la jubilación.

En el caso *Cemento Sumitomo* de 1966, la empresa argumentó que era totalmente razonable exigir que las mujeres se jubilaran antes que los hombres (más precisamente luego de contraer matrimonio), porque en el marco del sistema por entonces vigente de remuneración basado en el empleo vitalicio y en la antigüedad, a medida que pasaba el tiempo, las mujeres eran progresivamente menos eficientes en términos de la proporción entre el valor de su trabajo y el del costo que implicaban para la compañía. Obviamente, ello ocurría porque las mujeres eran empleadas en tareas de secretaría o administrativas sin perspectivas de ascenso, mientras que los hombres ocupaban cargos de movilidad social ascendente. Las mujeres, entonces, eran más costosas que el valor agregado de su carrera laboral limitada y, por ello, la jubilación obligatoria luego de contraer matrimonio era un medio “racional” para mantener bajos los costos laborales que ellas generaban.

En este fallo, la Corte reiteró que solo el tratamiento diferente injustificado estaba prohibido y simplemente invirtió el argumento de razonabilidad formulado por la empresa. A diferencia de lo que había resuelto en casos como el recién comentado del gobierno municipal de Tokio, examinó la importancia de los objetivos de la política adoptada y la legitimidad de los fundamentos de dichos objetivos. Sumamente significativo resulta que el estándar de “discriminación injustificada” que la Corte formuló para los casos vinculados con el art. 14 de la Constitución ha sido aplicado a los casos de discriminación en el sector privado fundados en los valores de dicho artículo.

6. *Significado y evolución de la doctrina*

6.1. *Importancia*

Mucho se ha escrito acerca de la razón por la cual la Corte se ha mostrado tan conservadora en el ejercicio de su poder de control de constitucionalidad. Las explicaciones que se aducen aluden a la falta de una real independencia judicial, al profundo conservadurismo del Poder Judicial, a la debilidad política, al temor de

que las decisiones de la Corte sean ignoradas por otros poderes del gobierno, y a cuestiones generales de carácter sociológico y cultural.

Los jueces japoneses son sumamente profesionales y honestos, comparten una visión conservadora del mundo y están más controlados por la administración burocrática que sus colegas de la mayoría de los tribunales del *Common Law*. En efecto, si bien están menos preocupados por “aplicar la ley” que los de los sistemas anglo-americanos, están dedicados y auténticamente interesados en cumplir su función de intérpretes y ejecutores de la ley.

Por otra parte, la prueba de “discriminación injustificada” puede llegar a ser cada vez más inapropiada, incluso para aquellos jueces que tienden a desestimar las demandas por discriminación, dado que dicho estándar no puede dar una respuesta satisfactoria en un contexto basado en los derechos. Los jueces, además, pueden sentirse incómodos por la exposición que les genera aplicar un criterio que, en términos relativos, es simplista. Este argumento se condice con el hecho fundamental de que los jueces, particularmente en los sistemas del *Common Law*, están obligados a fundar detalladamente por escrito sus decisiones.

Varias características del sistema japonés hacen más creíble el argumento favorable a la relevancia de la doctrina.

Una de ellas es la condición jurídica del precedente. Los tribunales tienden a seguir los precedentes jurídicos de los tribunales superiores y, a su vez, se ven influenciados por las decisiones de otros tribunales de su misma instancia.

Por otro lado, el precedente no es vinculante como en los sistemas de *Common Law*, razón por la cual los tribunales inferiores pueden apartarse de los mismos y formular nuevos estándares.

Además, la influencia académica en el desarrollo del derecho en general y de la doctrina en particular también es aquí más fuerte. En efecto, si bien la crítica académica al conservadurismo jurídico japonés no ha surtido un marcado efecto en la liberalización de la Corte en particular, a partir de algunos proyectos académicos los tribunales han desarrollado nuevos criterios y han adoptado nuevos principios. Por ejemplo, la obra de Eiichi Makino, profesor de derecho de la Universidad de Tokio, fue de primordial importancia en la introducción de los principios del “abuso de derecho” y de la buena fe en el derecho japonés.

En suma, la inexistencia de un estándar sólido y complejo se traduce en una débil protección del derecho a la igualdad, pero desde un punto de vista normativo, algunas características del sistema jurídico japonés están dando lugar a que se esté desarrollando una nueva doctrina, tal como dejan en evidencia algunas importantes disidencias en las decisiones de la Corte, y el voto mayoritario en el fallo sobre el caso de la Ley de Nacionalidad del año pasado.

6.2. Surgimiento de una nueva doctrina

Volviendo al caso del gobierno municipal de Tokio, la *High Court* de esa ciudad sostuvo que había habido discriminación y evaluó si la política atacada constituía “la alternativa menos restrictiva” del derecho a la igualdad para alcanzar los objetivos buscados. Los mismos argumentos fueron esgrimidos en los votos disidentes de los jueces de la Corte Takii e Izumi. Estos, en efecto, sostuvieron que debía examinarse si la desigualdad en el trato a los extranjeros constituía discriminación y,

en caso afirmativo, si esta diferencia de tratamiento podía estar justificada. Por otra parte, además de analizar si existía un simple vínculo entre los medios elegidos y los objetivos buscados, investigaron la real importancia de excluir a los extranjeros y la necesidad de que existiera un sistema integrado, y evaluaron si existían alternativas menos restrictivas para alcanzar los objetivos fundamentales de tal sistema. Además, dejaron en claro que la carga de la prueba de la falta de justificación de la diferencia de tratamiento pesaba sobre el gobierno, y que el perjuicio ocasionado a los residentes permanentes especiales como la demandante tenía su origen en ese tratamiento diferenciado, aspectos estos no analizados por la mayoría del tribunal.

Los jueces disidentes llegaron a la conclusión de que la exclusión general de los extranjeros era discriminatoria y que esta diferencia de tratamiento no estaba justificada a través de los mismos elementos de análisis utilizados en el régimen jurídico canadiense ni del test del escrutinio estricto norteamericano.

Diez años antes, la Corte se había pronunciado sobre la constitucionalidad de una disposición del Código Civil que limitaba la herencia de los hijos ilegítimos a la mitad de la que recibían los legítimos en las sucesiones *ab intestato*. En ese caso, la mayoría de la Corte sostuvo que la discriminación de los hijos ilegítimos ordenada por el Código no era injustificada en términos del objetivo de fomentar el respeto a los hijos legítimos y a la institución del matrimonio, ofreciendo, no obstante, a los hijos ilegítimos un cierto nivel de protección. Seis jueces votaron en disidencia. Cinco de ellos examinaron la naturaleza de la discriminación en relación con la dignidad de la persona y estimaron que la igual condición del niño como individuo debía primar sobre su condición de tercero extraño a la familia conyugal. Además, consideraron que la condición de hijo ilegítimo es una característica inmutable de una persona cuya modificación está fuera de su control, pero que el difunto podría haber alterado. En otras palabras, sostuvieron que la ley estigmatizaba a las personas por una característica sobre la cual ellas no tenían ningún control, por lo que juzgaron que no existía un vínculo ni siquiera racional entre el objetivo de esa disposición del Código y los medios de la disposición.

Además de tratar la naturaleza de la discriminación y el perjuicio por ella ocasionado, particularmente en términos de la perpetuación del estigma social de la ilegitimidad y de fomentar una mayor discriminación privada contra los nacidos fuera del matrimonio, ambos votos disidentes intentaron establecer un estándar de mayor racionalidad. El juez Ozaki argumentó que un estándar de control que requiriera una “mayor racionalidad” debería exigir la plena consideración del “nivel de razonabilidad o de necesidad de satisfacer el fin perseguido por la norma atacada, por un lado, y la naturaleza, el contenido, y el alcance de los derechos o del valor jurídico restringidos por la discriminación, por el otro. Además, debe determinarse si existe una relación esencial entre ellos”. Resulta aquí evidente la influencia de los diferentes niveles de control de constitucionalidad norteamericano.

7. *Influencia ejercida por la nueva doctrina: el Caso de la Ley de Nacionalidad de 2008*

7.1. *Antecedentes del caso*

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición de la Ley de Nacionalidad refleja un cambio rotundo en la manera en que la Corte analiza las

cuestiones vinculadas al derecho a la igualdad. En Japón se considera que este caso constituye un hito histórico.

Varias personas impugnaron la constitucionalidad del art. 3(1) de la Ley de Nacionalidad con base en que discriminaba a los hijos nacidos de padre japonés y madre extranjera que no habían contraído matrimonio, en relación con el derecho a gozar de la nacionalidad japonesa. En el momento en que la Corte dictó el fallo, en Japón decenas de miles de niños estaban en estas condiciones. Muchos de ellos eran residentes permanentes que no podían adquirir la nacionalidad japonesa, no podían viajar libremente, sufrían restricciones a su derecho a la educación, no podían votar y tenían un derecho limitado al acceso al sistema de seguridad social y a los empleos en el servicio público.

Japón es una de las pocas naciones que mantienen un sistema prácticamente puro de *jus sanguinis*. En efecto, el art. 2(1) de la Ley de Nacionalidad dispone que un niño será ciudadano japonés en el momento del nacimiento, si el padre o la madre son ciudadanos japoneses. Pero el concepto de “padre” y “madre” a estos fines tiene un significado que trasciende la relación fáctica o biológica, y denota una relación jurídica entre el progenitor y el niño. Y la existencia de esa relación jurídica es necesaria para gozar del derecho a la nacionalidad. A los fines de la ley, se establece *ipso facto* una relación jurídica si los padres del niño están casados (o estaban casados en el momento del nacimiento en caso del deceso del padre antes del nacimiento, *cf.* art. 2(2)). Sin embargo, la relación jurídica también puede establecerse mediante el reconocimiento explícito por parte del progenitor en cuestión y, dado que se supone que la madre ha reconocido al hijo en el momento del nacimiento, la cuestión solo se aplica a la relación entre el niño y el padre cuando los progenitores no están casados.

El art. 3(1) de la Ley de Nacionalidad se refiere a la relación jurídica en el supuesto de que el niño sea hijo de padres no casados. Dispone que un hijo ilegítimo puede adquirir la nacionalidad japonesa si sus progenitores contraen matrimonio antes de que él cumpla los veinte años de edad y si el progenitor japonés reconoce su paternidad.

7.2. *La aplicación de la nueva doctrina por parte de la mayoría de la Corte*

La mayoría de la Corte comenzó examinando el ya descrito funcionamiento de los arts. 3(1) y 2(1) de la Ley de Nacionalidad. Posteriormente, señaló que los demandantes habían alegado que la distinción violatoria del derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución diferenciaba a los hijos ilegítimos nacidos de madres extranjeras y cuyos padres japoneses los reconocían antes del nacimiento de aquellos hijos cuyos padres japoneses reconocían su paternidad después del nacimiento, y quienes, en consecuencia, solo podían adquirir la nacionalidad japonesa si sus padres contraían matrimonio a fin de “legitimizar” su condición. Además, la Corte reiteró que la Constitución solo prohíbe la discriminación injustificada.

La Corte aquí no se centró simplemente en comprobar la existencia de un “vínculo racional” entre los medios elegidos y el fin perseguido por la ley, sino que juzgó necesario considerar la razonabilidad *per se* de este último. Por primera vez, en un voto mayoritario de la Corte, el análisis no se limitó a analizar la relación entre el objetivo y los medios para alcanzarlo, sino que todo el marco legislativo fue juzgado en relación con criterios externos y sopesado con el perjuicio ocasionado.

La Corte luego procedió a examinar el fin perseguido por la norma y aceptó el argumento de que, cuando nace un niño de padre japonés que no puede adquirir la nacionalidad en el momento de su nacimiento, existe la probabilidad de que desarrolle un vínculo más estrecho con el país de origen de su madre. Además, reconoció que el art. 3(1) de la Ley de Nacionalidad crea condiciones que son meros indicios de la proximidad del vínculo que el niño tiene con Japón, y que el requisito del reconocimiento fue ideado para reforzar dicho vínculo. Asimismo, sostuvo que el objetivo de asegurar un vínculo suficientemente estrecho con Japón como prerequisite para el otorgamiento de la nacionalidad resultaba legítimo y razonable en el momento de la promulgación de la ley.

La Corte luego examinó la pertinencia de los medios empleados por la norma atacada para alcanzar dicho objetivo y llegó a la conclusión de que era imposible medir cuán estrecho es el vínculo entre un niño y Japón simplemente comprobando si los padres están legalmente casados. Por ende, juzgó que no existía un vínculo racional suficiente entre el objetivo y los medios elegidos para lograrlo. En efecto, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ambos ratificados por Japón, prohíben la discriminación de los niños por causa de su nacimiento. Esta referencia a los principios del derecho internacional da cuenta de que nuevamente la Corte se remitió a criterios externos a la legislación para evaluar no solo la validez del propósito, sino también la naturaleza del vínculo racional entre los medios y dicho propósito.

Seguidamente, la Corte analizó la naturaleza de la distinción y evaluó la gravedad del perjuicio que podía ocasionar. Esto constituyó una gran diferencia con el análisis desarrollado en el fallo relativo al gobierno municipal de Tokio. La Corte señaló que si el fin perseguido por la norma era limitar la adquisición de la nacionalidad japonesa a quienes tuvieran un estrecho vínculo con Japón, el medio elegido para ello iba mucho más allá de los límites razonables en que puede encontrarse una relevancia razonable con ese objetivo. La Corte argumentó que la disposición era excesivamente amplia (*overly inclusive*) —o, más precisamente, demasiado excluyente—, que no era el medio menos restrictivo para alcanzar el objetivo y que era particularmente perniciosa porque, en esencia, castigaba a los niños porque sus padres no habían contraído matrimonio, circunstancia esta que ellos no pueden controlar. De este modo, la Corte utilizó todos los aspectos del marco analítico canadiense, que en el fallo del gobierno municipal de Tokio había ignorado por completo.

La Corte entonces llegó a la conclusión de que si bien el art. 3(1) de la Ley de Nacionalidad tenía un propósito razonable, lo cierto es que carecía de un vínculo racional con este y daba lugar a una diferencia de tratamiento injustificada y violatoria del art. 14 de la Constitución. Elaboró entonces una solución, que consistió en interpretar el artículo 3(1) de la Ley de Nacionalidad excluyendo la exigencia del matrimonio de los padres y, por ende, del estatus de hijo legítimo como condición para la adquisición de la nacionalidad.

7.3. Votos en disidencia y vieja doctrina

Las disidencias vuelven a aplicar el criterio tradicional en el análisis del derecho a la igualdad. En efecto, no consideraron la importancia crucial ni la naturaleza de la discriminación y el perjuicio que esta ocasionaba, ni el hecho de si

esta pudiera justificarse en términos coherentes con los valores de la Constitución. Simplemente analizaron si la legislación y las opciones de política que reflejaba se encuadraban adecuadamente dentro del ámbito de las facultades discrecionales del Poder Legislativo. Las disidencias negaron categóricamente la pertinencia de toda investigación de las consecuencias de la diferencia de tratamiento. Tampoco hicieron referencia al vínculo racional, a los medios menos restrictivos o a la proporcionalidad entre el beneficio y el perjuicio de la medida adoptada. En efecto, una de las principales críticas al voto de la mayoría apuntaba al argumento de que se habían producido cambios sociológicos que debilitaban la importancia que tenía la validez del matrimonio como elemento que permitiera determinar la existencia de un vínculo estrecho con Japón. Los jueces disidentes simplemente aceptaron sin el más mínimo análisis la proposición de que “los hijos ilegítimos tienen diferentes niveles de vínculo con Japón” y de que el casamiento de los progenitores de una persona constituye un criterio sólido para establecer en qué medida esa persona tiene un vínculo con el país. Los hechos de la causa demostraban los estrechos vínculos que los demandantes tenían con el país, dado que todos habían nacido allí y continuaban viviendo en Japón.

7.4. *Otras interpretaciones*

Lo dicho anteriormente demuestra que está surgiendo una nueva doctrina en la Corte, más coherente con el control de proporcionalidad, fundamento de la revisión constitucional realizada en muchas de las democracias liberales actuales.

Por otro lado, es dable observar que en la jurisprudencia reciente, y particularmente en el caso de la Ley de Nacionalidad, la Corte continúa bajo la influencia del enfoque norteamericano. Específicamente, el Alto Tribunal sigue aplicando un estándar de escrutinio mínimo o un simple control de racionalidad en los casos sobre discriminación. En la jurisprudencia norteamericana, el control de constitucionalidad se realiza conforme a un estándar estricto cuando la distinción se funda en una categoría sospechosa –por ejemplo, la raza o el origen nacional– y cuando restringe algún otro derecho fundamental como el derecho a la libertad de circulación. En efecto, la Corte ha adoptado el segundo elemento de este criterio y ha aplicado un nivel más riguroso de revisión en aquellos casos en que la discriminación se relaciona con el ejercicio de algún otro derecho o interés fundamental. Como ya hemos visto, la mayoría de la Corte, en el caso sobre la Ley de Nacionalidad, se centró en la importancia del estatus de la nacionalidad y en el grado en que el goce de otros importantes derechos humanos dependía de la adquisición de la nacionalidad japonesa. Asimismo, enfatizó que, en razón de la operatividad de la disposición impugnada, tal estatus se negaba con base en el “estatus personal” de los progenitores, y no podía ser modificado por el esfuerzo o la voluntad de quienes sufrían la discriminación.

Todavía es pronto para declarar fehacientemente que el nuevo marco analítico de la Corte está en proceso de convertirse en el criterio dominante para resolver los casos sobre discriminación y para hacer valer el derecho a la igualdad reconocido en la Constitución, pero si se fomentara la adopción del control de proporcionalidad utilizado en muchas democracias, el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución japonesa podría finalmente hacerse valer de manera significativa.

MARTIN, Craig, “Glimmers of Hope: The Evolution of Equality Rights Doctrine in Japanese Courts from a Comparative Perspective”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, Durham (North Carolina), Duke University School of Law, 2010, vol. 20, N° 2, pp. 167/246.



VIOLENCIA DE GÉNERO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **EDUCACIÓN.** ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS (INTERNACIONAL)

1. Introducción

El problema de la violencia contra las mujeres y las personas cuyos comportamientos sexuales no se corresponden con los de la norma dominante en la sociedad es reciente en toda Europa. En lo que respecta al ámbito educativo, los centros escolares representan un contexto social y cultural muy importante en la producción y transmisión de valores, y en la reproducción de las tendencias discriminatorias y de los estereotipos basados en la identidad sexual. En efecto, los mismos pueden transformarse en lugares peligrosos y de padecimiento para los niños, ya que el día a día de la violencia escolar puede revestir la forma de castigos corporales y psicológicos crueles y humillantes, violencia sexual o por razones de género, y acoso entre compañeros.

Existe un gran número de investigaciones científicas sobre la violencia y el acoso escolar (*school bullying* o matonismo) en Europa, especialmente en el ámbito de la educación secundaria, aunque la mayoría de los estudios son de tipo cuantitativo y estudian la frecuencia y las distintas formas de violencia. Si bien la violencia es un problema que atañe al conjunto del alumnado, los estudios sobre el maltrato entre estudiantes demuestran que el problema afecta a los grupos más vulnerables, como lo son los alumnos que presentan dificultades de aprendizaje; las chicas, que sufren discriminación y abuso sexual con más frecuencia que los varones por razones de género, y los jóvenes que pertenecen a las minorías sexuales, es decir, los homosexuales, bisexuales y transexuales. Estos jóvenes son, con mayor frecuencia, víctimas de abusos, burlas, ostracismo, acoso e incluso violencia física por cuestiones de género. Las consecuencias de todo ello pueden ser extremadamente negativas tanto con respecto a la autoestima como en el plano social (dificultades de integración social y profesional) y psicológico, llegando las víctimas incluso a ser afectadas por depresiones crónicas.

En este artículo, se emplea el término violencia de género para designar actos destructivos de naturaleza verbal, física, sexual o psicológica de diversa gravedad, así como el acoso, los malos tratos y los abusos que se ejercen contra personas en razón de su género u orientación sexual. Dentro del término “minoría sexual” están incluidos los homosexuales, bisexuales y transexuales (LGBT –Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales–).

2. Discriminación sexual en los centros educativos: un marco legislativo difícil de cumplir

En Europa existe un atractivo marco legislativo basado en la igualdad de derechos jurídicos, cuyo objetivo es el fomento de un sistema educativo libre de estereotipos sociales contra las mujeres e igualitario para ambos sexos. Desde los años ochenta, se han desarrollado programas de acción comunitaria cuya aplicación ha sido responsabilidad de los Estados miembros. El Cuarto Programa de Acción Comunitaria (1996-2000), elaborado a partir de la IV Conferencia de Beijing, el Libro Blanco sobre Política Social Europea y el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo, tiene como política la igualdad de oportunidades para todos. En cuanto al tema de género, los objetivos señalan el deseo de eliminar la segregación y favorecer cambios culturales en el ámbito educativo. De este modo, se destacan las siguientes líneas de acción:

- la inclusión del tema de la educación en la tolerancia, la no-discriminación y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los currículos de enseñanza escolar;
- la realización de estudios y de análisis de materiales pedagógicos para educar en la igualdad de género;
- la realización de investigaciones científicas sobre el tema de los estereotipos sexistas;}
- la promoción de diplomas universitarios sobre la igualdad de género;
- el apoyo de iniciativas para el fomento de la práctica deportiva de las mujeres;
- el diseño de material informativo dirigido a los padres y a los docentes sobre el tema de la educación afectivo-sexual.

A pesar de este marco jurídico, siguen existiendo prácticas sexistas en el contexto escolar y discriminación curricular oculta, como bien lo demuestran varios estudios realizados. El mundo educativo sigue siendo un sistema que reproduce la discriminación por razón de género existente en nuestra sociedad. Esto se refleja en la dificultad que implica la puesta en marcha de este marco legislativo en los distintos países miembros, ya sea por razones políticas o estructurales. Algunos países europeos como Alemania o España tienen una estructura política de tipo federal en la que los estados o las comunidades autónomas tienen competencia en materia de educación. Además, en países como Inglaterra, a pesar de las políticas y las medidas diseñadas para fomentar una educación para todos según el paradigma de la educación inclusiva, existen fuertes contradicciones con otras características del sistema educativo. En Francia, el principio de universalidad y de igualdad en la educación supone un freno al desarrollo de políticas de discriminación positiva para hacer frente a las necesidades específicas de las jóvenes. Aún sobreviven prácticas sexistas en todos los niveles del sistema educativo; por ello, la educación contribuye a la reproducción de un orden social establecido.

3. Androcentrismo en los materiales pedagógicos y el currículo. Los libros escolares como instrumento de reproducción de los estereotipos de género

Varios estudios han demostrado que los materiales didácticos siguen reproduciendo el sexismo. El Instituto de la Mujer español y distintas investigaciones

científicas francesas han puesto de manifiesto que en los libros de texto las mujeres siguen desempeñando papeles menores en los ámbitos profesionales y públicos, reproduciendo de este modo los estereotipos de género existentes en la sociedad y transmitiendo patrones culturales basados en el androcentrismo. Se perpetúa así la dicotomía entre el ámbito público y el privado, siendo lo público dominio del hombre y lo privado, de la mujer. En cuanto a la representación que hacen los libros de texto de los hombres y de las mujeres, los estudios realizados destacan cuatro puntos:

- la marginación de la mujer;
- la omisión de eventos importantes relativos a la participación de la mujer en la historia de su país o en la obtención de derechos (en Francia, apenas se menciona el hecho de que en 1941 obtuvieron el derecho al voto);
- la ausencia de personajes femeninos políticos o con profesiones importantes;
- la atribución del ejercicio del poder en mayor medida al hombre (que aparece como alcalde, presidente, fiscal general, director de la escuela, etc.) que a la mujer.

Este tipo de discriminación contribuye a la construcción de lo que se denomina el currículo oculto, es decir, todas aquellas actitudes discriminatorias poco visibles que, sin embargo, tienen gran influencia en la transmisión de valores y prácticas sexistas, y que forman parte de la socialización de la juventud e influyen en el modo en que las chicas y los varones elegirán su rumbo escolar y profesional.

El papel de lo que la socióloga Marie Duru-Bellat ha llamado currículo oculto se puede observar en los centros educativos, en el aula y en la relación educativa entre docentes y estudiantes. En Inglaterra, Audrey Osler pone en evidencia la falta de atención que padecen las alumnas. Consideradas como un grupo sin problemas de rendimiento académico y poco perturbador, la atención de las comunidades educativas y de los ministerios se ha centrado principalmente en los alumnos. Como consecuencia, las alumnas con problemas de aprendizaje o dificultades en el ámbito escolar no gozan de la atención y de los recursos necesarios para proporcionarles una ayuda adecuada en comparación con los alumnos que se encuentran en una situación similar. Catherine Blaya, en su estudio sobre los problemas de abandono escolar, señaló la existencia de un gran número de alumnas que se infligían autoagresión (escarificaciones, anorexia, alcoholismo) como consecuencia del acoso escolar al que estaban sometidas, sin que los adultos de los centros educativos o sus familias se diesen cuenta de ello. En cuanto a lo que sucede en las aulas, algunos estudios empíricos han recogido ejemplos de prácticas por parte de los docentes hacia las alumnas calificadas de interacciones de carácter despectivo, que ponen en evidencia la presencia de expectativas más bajas en relación con las alumnas que con los alumnos en las asignaturas propias del ámbito científico. Joan Swann y David Graddol, en su trabajo de investigación sobre el tema de la discriminación de género, mostraron que los docentes dedicaban más tiempo y atención a los alumnos que a las alumnas en la enseñanza de ciencias.

En Francia, Duru-Bellat, en un estudio sobre la diferencia de oportunidades entre chicas y chicos en el ámbito escolar, llega a la conclusión de que las elecciones académicas y profesionales siguen estando dirigidas por criterios de género y que

los adultos de los centros escolares tienden a orientar a las chicas hacia carreras profesionales menos valoradas y con escaso carácter científico o directivo, aunque los resultados académicos de ellas sean mejores que los de los varones.

Las escuelas contribuyen de este modo a transmitir mensajes de desigualdad de género; son agentes activos del proceso y de la repartición de los papeles sociales entre hombres y mujeres a partir de criterios esencialmente biológicos y basados en un modelo de sociedad patriarcal. Por su parte, el estudio cualitativo del Instituto de la Mujer español de 2004, que realiza un análisis de las interacciones sistemáticamente generadas en el proceso educativo entre alumnos y alumnas, así como entre estos y los docentes, llega a la conclusión de que los docentes desconocen las intervenciones y los instrumentos existentes para fomentar la igualdad de género por falta de una adecuada comunicación entre ellos y los organismos e instituciones emisores de tales intervenciones. Dicho estudio subraya la poca incidencia final de los proyectos implementados. También pone en evidencia la falta de credibilidad real de las intenciones de las administraciones públicas con respecto a la igualdad de oportunidades, reputada como un tema de mera propaganda política, y la falta de apoyo en forma de recursos económicos y humanos que permitan el desempeño de las políticas y faciliten la adecuación de los centros educativos a las demandas institucionales. Esto nos lleva a establecer un nexo con los trabajos de investigación de Denise C. Gottfredson, investigadora del Departamento de Criminología y Justicia Penal de la Universidad de Maryland, sobre la eficacia de los programas de intervención, que comprueban que para analizar los patrones culturales que subyacen a la cultura de los centros educativos y cambiar las prácticas educativas, *es necesaria la implicación del profesorado en el proyecto, y que los docentes se comprometerán cuando sientan que el esfuerzo invertido va a aliviar su trabajo y les va a ser de utilidad en el día a día*, más que suponerles una carga más. Por consiguiente, es necesario darles poder a los docentes e incluirlos en los procesos de decisión de los programas a aplicar, pues un sistema de gestión vertical resulta totalmente ineficaz. Como consecuencia, al igual que ocurre en el tema de la violencia escolar, la formación básica y continua del profesorado es una pieza imprescindible en la lucha contra el sexismo. Todo esto hace necesario un profundo cambio de actitudes y de comportamientos colectivos, en el que se revisen los modelos educativos a largo plazo con el fin de reducir las resistencias institucionales a los cambios de mentalidad y a las transformaciones estructurales (implementación de intervenciones, diseño de instrumentos de diagnóstico y análisis a nivel micro y nacional).

4. Acoso y violencia de carácter sexual

El acoso sexual suele ser definido como distintas formas de intimidación sexual y puede incluir diversos comportamientos, como miradas sugestivas, gestos, bromas, comentarios obscenos, exhibicionismo y contacto físico no deseado. Se trata de una forma de discriminación sexual y, en cierto sentido, está más relacionado con un proceso de dominación que con un sentido puramente sexual.

En algunos países, se siguen ocultando estas conductas. Para las víctimas, en muchos casos, es muy difícil hablar de lo que les está ocurriendo, pues tal y como

sucede en cualquier forma de acoso, se sienten responsables de la situación que están padeciendo.

La conclusión a la que podemos llegar es que el objetivo de este tipo de violencia, cuando son los alumnos los que la ejercen, es principalmente el mantenimiento del poder de los varones sobre las chicas. Por otro lado, este tipo de violencia contribuye a fortalecer los estereotipos masculinos tales como la fuerza física, las aptitudes deportivas, la falta de emociones o la fortaleza mental, rasgos asociados a la masculinidad, frente a la debilidad, la dependencia, la emotividad o la fragilidad normalmente asociadas a las mujeres. De esta forma, la violencia ejercida por los alumnos sobre sus compañeras persigue la búsqueda de la popularidad y el mantenimiento de un estatus elevado en el grupo de pares.

Además de las chicas, en las escuelas existe otro grupo de alumnos que se encuentran normalmente en situación de riesgo de ser víctimas de bromas, rumores e incluso agresiones físicas por no ajustarse a la norma dominante de la sociedad y a los valores transmitidos por el sistema educativo. Se trata de los jóvenes gays, lesbianas, transexuales y bisexuales.

5. La violencia hacia los jóvenes homosexuales, transexuales y bisexuales

La homofobia es una actitud hostil e intolerante hacia las personas homosexuales por su orientación de género y su diferencia respecto a la norma dominante. Los centros educativos no están exentos de tal fenómeno.

Las manifestaciones de homofobia pueden ser muy distintas y, como cualquier otra forma de matonismo o de acoso, pueden darse en forma de violencia verbal, ostracismo, intimidación o violencia física. Los autores del informe de 2006 de la FELGT / COGAM (Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales / Colectivo de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales de Madrid) distinguen cuatro formas distintas de homofobia:

- la homofobia cognitiva: ideas y representaciones erróneas y estereotipadas sobre los homosexuales;
- la homofobia afectiva: rechazo y sentimiento de incomodidad en presencia de homosexuales;
- la homofobia conductual: expresión de hostilidad (verbal o física) hacia homosexuales;
- la homofobia institucional: transmisión de mensajes negativos por parte de los medios de comunicación; falta de reconocimiento institucional de tal población y de sus necesidades, y violación de derechos humanos.

Una de las mayores dificultades que tienen las víctimas de malos tratos es pedir ayuda a los demás, ya que con frecuencia se encuentran aisladas de su grupo de iguales. Este hecho está fortalecido en el caso de los jóvenes con orientaciones sexuales distintas a la norma, pues a menudo ya se encuentran rechazados o aislados en otros ámbitos distintos al escolar y, como ya sabemos por las conclusiones de diversas investigaciones científicas, uno de los factores de mayor riesgo para el desarrollo de la victimización es el aislamiento social. Sin embargo, según Jukka Lehtonen, investigador en sociología de la Universidad de Helsinki, las jóvenes lesbianas son menos sometidas a apelativos negativos relacionados con su pertenencia de género.

Los insultos de tipo homófono se concentran en la homosexualidad masculina. Es preciso subrayar que tolerar el uso de dicho vocabulario entre los adultos contribuye a transmitir el mensaje de que está permitido y trivializa su uso, fomentando actitudes de rechazo y de menosprecio hacia los homosexuales.

6. Las consecuencias de la discriminación de género y de la violencia de carácter sexual

Las conductas violentas por razones de género son aceptadas como normales y legítimas por sus propias víctimas. De esta manera, ellas mismas contribuyen a la reproducción y a la legitimación de la dominación. Esta forma de violencia, cuyo carácter invisible y a veces inconsciente no se identifica fácilmente, torna difícil la intervención. No obstante, esta es imprescindible, ya que este tipo de violencia tiene consecuencias importantes en el plano escolar, profesional y personal de las víctimas.

El sexismo y los abusos sexuales afectan la capacidad de concentración, la autoestima, el rendimiento y el éxito académico. Todos estos elementos son factores de riesgo que influyen en el abandono escolar. Las víctimas suelen ausentarse de los centros educativos para evitar enfrentarse con sus agresores e incluso llegan a abandonar sus estudios. Por lo tanto, la inserción profesional de este alumnado está sometida a la dominación masculina y a la supremacía de los valores dominantes en cuanto a los comportamientos sexuales esperados. Además, los alumnos que abandonan su educación escolar de forma prematura una vez adultos permanecen sin empleo por mucho más tiempo que sus compañeros al salir de la escuela, y tienen empleos poco valorados, precarios y mal pagados. Su inserción social resulta más difícil y a menudo se encuentran en posición de víctimas en el mundo laboral, reproduciendo lo que acontecía en los centros educativos.

Los jóvenes que forman parte de las minorías sexuales viven en un entorno de reprobación social que afecta su salud mental, sobre todo en una etapa de la vida en que uno de los mayores deseos de los adolescentes es pertenecer a un grupo y ser reconocido por los demás. Los norteamericanos Scott L. Hershberger y Anthony R. D'Augelli encontraron que un 42% de los LGBT que participaron en su investigación reconocieron haber intentado suicidarse. Incluso los que recibían apoyo por parte de su familia y no tenían una baja autoestima mostraban problemas de salud mental. Las víctimas desarrollan sentimientos de baja autoestima, vergüenza, culpa, miedo, soledad, nerviosismo y falta de autocontrol, que a menudo provocan un deterioro en sus relaciones sociales y un aislamiento aún mayor, lo que desemboca en una mayor victimización. Como lo demuestran varios estudios sobre el acoso escolar y la violencia en los centros educativos, uno de los factores de riesgo más importantes para convertirse en víctima es la falta de amigos y de relaciones sociales.

Se han asociado reacciones postraumáticas de estrés con el abuso verbal en los centros educativos. Daniel E. Bontempo y D'Augelli, de la Universidad Estatal de Pennsylvania, en un estudio con 9.188 estudiantes, comprobaron que el efecto combinado de la condición de minoría sexual y altos niveles de victimización en los centros educativos se asociaba con niveles más altos de conductas de riesgo para la salud, comparados con una muestra similar de compañeros heterosexuales. Esto nos lleva a la conclusión de que las minorías sexuales son una población

vulnerable y merecen la misma atención que los otros grupos sociales denominados “de riesgo”.

7. Programas de intervención dirigidos a la promoción de centros educativos libres de estereotipos de género

Algunos gobiernos europeos ya han empezado a diseñar políticas y programas para reducir el impacto de los estereotipos de género tradicionales y a proporcionar un ámbito escolar seguro que transmita valores de tolerancia hacia la diferencia. En Francia, el Ministerio de Educación inició un programa de intervención en el año 2000, titulado “De la educación mixta a la educación hacia la igualdad”. Dicho programa fue diseñado para promover la igualdad de género y combatir la discriminación y la violencia de género en los centros educativos. Proponía orientaciones y actividades de aula para la promoción de interacciones sin discriminación, así como actividades grupales y deportivas en la escuela. En España, se han llevado a cabo distintos programas y talleres de prevención de conductas violentas en centros escolares de enseñanza secundaria, cuyo objetivo era fomentar relaciones de igualdad de género. El alumnado de 12 a 18 años de la Comunidad de Madrid se benefició con información sobre los comportamientos sexistas y la violencia de género dentro del ámbito educativo y en la esfera privada. Según la Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres, la intervención resultó muy positiva y permitió a los jóvenes incrementar el respeto y la tolerancia hacia los demás. Además, todo el conjunto de los miembros de la comunidad educativa participó con el fin de reconocer la existencia de comportamientos sexistas, reducirlos y fomentar actitudes basadas en la resolución pacífica de conflictos y la promoción del respeto de cada uno en los centros escolares.

8. Conclusiones

Los problemas de discriminación y de abusos sexuales de las chicas y los LGBT son comunes en los centros educativos y con frecuencia permanecen ocultos. Esto se explica por diversas razones: la primera es que las víctimas no hablan de sus dificultades por un sentimiento de culpa y de vergüenza; la segunda es la falta de información sobre lo que sucede en los establecimientos educativos entre los compañeros, pero también sobre el impacto de ciertas prácticas pedagógicas y actitudes por parte de los adultos, que reproducen un sistema educativo que no toma en cuenta las necesidades y dificultades de las minorías sexuales, y el tema sigue siendo tabú. Existe una falta de compromiso real de los políticos y de los miembros de las comunidades educativas para reducir la resistencia institucional a los cambios de mentalidad y a las transformaciones estructurales a nivel nacional y local. Es imprescindible luchar contra ambos fenómenos, la homofobia y la misoginia, ya que, como lo subraya Debbie Epstein, están muy relacionados y tienen consecuencias en la salud y en el porvenir de los jóvenes. El papel de las escuelas es esencial, y resulta necesario que ellas cuestionen las perspectivas de género de modo cotidiano, para asumir una nueva cultura educativa basada en el respecto a la diferencia, e interrelaciones equilibradas e iguales entre alumnos y alumnas. Aunque existan numerosos programas de intervención para prevenir y

luchar contra la violencia de género, pocos de estos programas son evaluados de modo científico.

BLAYA, Catherine; DEARBIEUX, Eric y LUCAS MOLINA, Beatriz, “La violencia hacia las mujeres y hacia otras personas percibidas como distintas a la norma dominante: el caso de los centros educativos”, en <http://www.oei.es/valores2/re342_04.pdf>.



VIOLENCIA DE GÉNERO. MUJERES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DERECHO DEL TRABAJO. ACREDITACIÓN DE LA CONDICIÓN DE VÍCTIMA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES (ESPAÑA)

1. *Introducción*

Con la aprobación en España de la Ley Orgánica nº 1 del 28 de diciembre de 2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004), se pretendió, por primera vez, abordar el fenómeno de la violencia contra las mujeres con un enfoque integral y partiendo de la perspectiva de género. El objetivo de dicha ley es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad”.

El tratamiento específico de la violencia de género en el ámbito de la pareja, dentro del conjunto más amplio de los actos violentos que se llevan a cabo por parte de los hombres contra las mujeres, responde a la constatación de que se trata de una forma de violencia que ejercen algunos hombres contra “sus” mujeres para ubicarlas en una situación de desvalimiento en su relación sentimental, cuya persistencia es producto de concepciones sociales patriarcales. No se protege a las mujeres por el mero dato biológico de su sexo, sino por la peculiar situación de inferioridad socialmente construida en que se las sitúa cuando los hombres con los que están o han estado vinculadas sentimentalmente ejercen violencia sobre ellas aprovechando la superioridad que la relación les proporciona.

Las medidas adoptadas por la LO 1/2004 resultan muy novedosas en el ámbito internacional ya que, en general, los textos internacionales y comunitarios relativos a la violencia contra la mujer no contienen referencia alguna al impacto de la situación de violencia sobre la trabajadora víctima en su vida laboral o profesional, ni sus repercusiones en las futuras prestaciones de protección social, aspectos de los que sí se ocupa la LO 1/2004.

2. *La acreditación de la condición de víctima de violencia de género*

La ley en cuestión se basa en la circunstancia de que las mujeres trabajadoras que padecen violencia de género en el ámbito de su relación de pareja sufren las repercusiones y consecuencias de esa violencia no solo en dicho ámbito, sino también en el laboral, lo que provoca ciertas dificultades en este aspecto de su vida, de las que el derecho del trabajo y de la seguridad social deben hacerse eco. La ley prevé medidas

que contemplan la incorporación al mundo laboral de mujeres víctimas de violencia de género así como otras que se orientan al mantenimiento de su puesto de trabajo cuando existe denuncia por violencia de género.

Para que los derechos que la ley establece a favor de la trabajadora víctima de violencia de género sean reconocidos, esta tiene que probar su condición de víctima de esa forma de violencia. Sin embargo, los dos mecanismos previstos para ello en la LO 1/2004 resultan sumamente criticables, a saber, una orden de protección a favor de la víctima y un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

En nuestra opinión, urge una modificación legislativa que tenga en cuenta los problemas prácticos que ambos mecanismos plantean y que esté abierta a otras formas posibles de acreditar la situación de violencia que puedan garantizar la seguridad jurídica de forma tan efectiva como las ya existentes en la actualidad.

En primer lugar, hay que señalar que la orden de protección no es fácil de conseguir. Prueba de ello es que el porcentaje de órdenes de protección en relación con las denuncias presentadas es solo del 28%, según datos del Consejo General del Poder Judicial sobre denuncias, procesos penales y civiles registrados, órdenes de protección solicitadas en los juzgados de violencia sobre la mujer y sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales en esta materia en el año 2010. Es preciso tener en cuenta que en el año 2010, en los juzgados de violencia sobre la mujer se solicitaron en un porcentaje muy bajo de casos, el 36,4%, y se concedieron en el 28% de los casos, lo que significa que el porcentaje de éxito, es decir, de órdenes concedidas, fue del 67%. En juzgados de guardia el porcentaje de éxito ascendió al 75%.

En segundo lugar, en defecto de la orden de protección, ¿por qué se alude únicamente a un informe del Ministerio Fiscal? Este solo emite el informe si se ha solicitado una orden de protección, y el hecho es que numerosas víctimas no la solicitan. ¿Por qué no se permite que el informe provenga de otras entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, dedicados en particular a la atención a las víctimas de la violencia de género y respecto de los cuales el art. 544 *ter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) establece la obligación de poner los hechos que conozcan inmediatamente en conocimiento del juez/a de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de una orden de protección?

En tercer lugar, la exigencia de una orden de protección o subsidiariamente de un informe del Ministerio Fiscal supone que la situación de violencia haya sido denunciada por la víctima o por terceros. La circunstancia de que la víctima no tenga control sobre las medidas que se adoptan y que la denuncia pueda significar la ruptura de la familia hace que un sector de las víctimas tarde en denunciar y otro haga la denuncia pero luego la retire. En efecto, de acuerdo con los datos que ofrece el Consejo General del Poder Judicial, en el año 2010, de las denuncias presentadas, el 8,32% lo fueron directamente por las víctimas, y el 64,70% con atestado policial con denuncia de la víctima, lo cual significa que en una cuarta parte de los casos la víctima no tomó la iniciativa. El porcentaje de renuncias al proceso por parte de la víctima es en total del 11,86%.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando se trata de una trabajadora que ya no tiene orden de protección porque ha sido dictada sentencia condenatoria firme contra su agresor o que consigue una sentencia condenatoria sin haberle sido concedida antes una orden de protección? ¿Es equivalente la sentencia condenatoria a la orden de protección o al informe del Ministerio Fiscal a los efectos que nos ocupan? Los datos indican que si no es fácil conseguir una orden de protección, menos aún lo es obtener una sentencia condenatoria. Según el Consejo General del Poder Judicial, en 2010 los procesos se terminaron de esta forma en el 14% de los casos, mientras que en el 44% de ellos se dictó el sobreseimiento provisional, en el 33% se elevó el asunto al órgano competente, en el 4% hubo sentencia absolutoria y en el 5% se dictó sobreseimiento libre. En los juzgados de violencia contra la mujer, el 77% de las sentencias fueron condenatorias frente a un 23% de sentencias absolutorias. En las audiencias provinciales el porcentaje de sentencias condenatorias es más elevado, llegando al 81% de los casos. En general, las sentencias condenatorias constituyen el 60% de los casos frente al 40% de sentencias absolutorias.

La respuesta a la pregunta formulada debería ser afirmativa, pues lo contrario carecería de toda explicación, dejando desasistidas de sus derechos a las mujeres víctimas de violencia de género que obtuvieron sentencias condenatorias antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004 o que consiguen esa sentencia condenatoria sin haber logrado antes obtener una orden de protección.

Otras normas relacionadas con la protección de la mujer frente a la violencia de género contemplan como vía de acreditación tanto la sentencia condenatoria como la resolución judicial que haya acordado medidas cautelares para la protección de la víctima, además de la orden de protección o el informe del Ministerio Público. Es el caso, por ejemplo, del Real Decreto 1917/2008, por el que se aprueba el programa de reinserción socio-laboral para mujeres desempleadas víctimas de violencia de género.

Sin embargo, en la práctica se hace una interpretación estricta de los medios de acreditación de la condición de víctima de violencia de género, hasta el punto de que desde el Consejo General del Poder Judicial se ha propuesto que los diversos derechos laborales y de otra naturaleza vinculados a una orden de protección en la LO 1/2004 se vinculen igualmente al dictado de la sentencia de condena, incorporando a tal fin las modificaciones normativas precisas, advirtiendo que la medida propuesta “evitaría vincular los referidos derechos a un margen temporal ciertamente escaso, cual es el período de vigencia de una resolución cautelar como es la orden de protección, que quedará sin efecto a partir de la sentencia firme”.

¿Qué solución cabe dar a los supuestos en que hubo sentencia condenatoria, pero el agresor ha fallecido? Algunas resoluciones apuntan a que lo que importa es acreditar la condición de víctima de violencia de género, aunque el agresor haya fallecido.

FARALDO CABANA, Cristina, “La acreditación de la condición de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 2011, n° 29, pp. 42/49.



ÍNDICES

investigaciones

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ALEMANIA:** 113, 115, 125.
BÉLGICA: 117, 164, 179, 218.
CAMBOYA: 74.
CANADÁ: 199.
CHILE: 216.
COLOMBIA: 75.
CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 81, 89, 102, 108, 196, 218, 225.
CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO: 253.
DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE: 240.
EE.UU.: 64, 153, 193, 203, 208, 212, 232, 236.
ESPAÑA: 13, 129, 141, 147, 187, 196, 282.
- FRANCIA:** 108, 133, 135, 178.
GRECIA: 127, 218.
INTERNACIONAL: 253, 275.
ITALIA: 67, 71, 81, 111, 121, 123.
JAPÓN: 260.
KOSOVO: 84.
NACIONES UNIDAS: 84.
PAÍSES BAJOS: 131.
PERÚ: 63, 70, 93, 166, 182, 207.
REINO UNIDO: 119, 139, 184, 210, 225.
RUSIA: 89, 102.
SUDÁFRICA: 176.
UNIÓN EUROPEA: 111, 113, 115, 117, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 131.
URUGUAY: 156.

TEMÁTICO

- ABOGADOS:** 75.
 Presos,
 inhabilitación para ejercer la profesión: 75.
 Régimen disciplinario: 75.
ABUSO SEXUAL: 147.
 Menores: 147.
ACCESO A LOS SERVICIOS ESENCIALES: 63.
 Suministro eléctrico: 63.
ACCIONES DE CLASE: 64.
 Clase,
 presupuestos: 64.
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 67.
 Empleados públicos: 67.
 Imparcialidad: 67.
 Inamovilidad: 67.
Spoils systems: 67.
AMNISTÍA: 156.
 Desaparición forzada de personas: 156.
 Homicidio: 156.
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes: 156.
AMPARO: 70.
 Derecho ambiental: 70.
 Rechazo *in limine*,
 supuestos: 70.
ASILO: 218.
 Expulsión: 218.
 Responsabilidad internacional del Estado: 218.
 Tratamiento degradante: 218.
ASOCIACIÓN ILÍCITA: 187.
BIOTECNOLOGÍA: 113.
 Alimentos: 113.
 Organismos genéticamente modificados: 113.
 Productos de apicultura: 113.
CALUMNIAS E INJURIAS: 196.
 Crítica a instituciones del Estado: 196.
CÁRCELES: 236.
 Fuerza física excesiva ejercida contra los internos: 236.
- Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 236.
CONSTITUCIÓN: 71.
 Derecho a la igualdad ante la ley: 71.
 Intendentes,
 atribuciones: 71.
 facultades legislativas: 71.
 Municipalidades: 71.
CONSUMIDORES: 117.
 Acceso a bienes y servicios y su suministro: 117.
 Derecho a la igualdad: 117.
 Seguros: 117.
CONTRATO DE TRABAJO: 119.
 Condiciones de trabajo: 119.
 Pilotos de líneas aéreas: 119.
 Vacaciones,
 remuneración: 119.
CONTRATOS: 117.
 Contratos privados de seguro de vida: 117.
 Derecho a la igualdad: 117.
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: 260.
 Alcances: 260.
 Criterios: 260.
CONVENIOS COLECTIVOS: 115, 121.
 Cláusula de extinción automática de la relación laboral a los 60 años: 115.
 Derecho a la igualdad: 115.
 Discriminación en razón de la edad: 115.
 Pilotos de líneas aéreas: 115.
 Transmisión de empresas,
 mantenimiento de los derechos de los trabajadores: 121.
 reconocimiento de la antigüedad adquirida al servicio del cedente: 121.
CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: 74, 253.
 Desaparición forzada de personas: 253.
 Genocidio: 74, 253.
DEBIDO PROCESO: 75, 81, 102, 139, 141, 147.
 Derecho de defensa: 75, 102, 139, 141.
 Oportunidad: 102.

- Presunción de inocencia: 75.
Principio de confrontación,
excepciones fundadas en razones de
seguridad nacional: 139.
Prueba: 139, 147.
Sentencia,
efectos en el ámbito de la CEDH: 81.
Tutela judicial efectiva: 141, 147.
- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL:**
208.
Insanos: 208.
- DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN:** 84.
Corte Internacional de Justicia,
opiniones consultivas: 84.
Kosovo,
declaración de independencia: 84.
- DERECHO A LA IGUALDAD:** 64, 71, 75, 89, 93,
102, 115, 117, 240, 260, 275, 282.
Acceso a bienes y servicios y su suministro: 117.
Acciones de clase: 64.
Discriminación: 89.
Discriminación con base en la orientación sexual:
275.
Discriminación en razón de la edad: 115.
Discriminación en razón de la nacionalidad:
260.
Discriminación sexual: 64, 117, 240, 275, 282.
Igualdad de oportunidades: 64, 282.
Promoción en el ámbito laboral: 64.
Enfermos de HIV: 89.
Igualdad ante la ley: 71.
Libertad de culto: 93.
Presos,
inhabilitación para ejercer la profesión: 75.
Seguros: 117.
Consideración del sexo del asegurado como
factor de evaluación del riesgo: 117.
- DERECHO A LA INFORMACIÓN:** 193, 199, 207.
Acceso: 193, 199, 207.
Órdenes mordaza: 199.
Secreto bancario: 207.
Secreto profesional: 199.
- DERECHO A LA LIBERTAD:** 108, 182.
Hábeas corpus: 182.
Prisión preventiva: 108, 182.
- DERECHO A LA VIDA:** 225.
Responsabilidad del Estado: 225.
- DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR:** 89.
- DERECHO AL TRABAJO:** 75.
Abogados: 75.
Dignidad: 75.
Ejercicio profesional,
restricciones: 75.
Presos,
inhabilitación: 75.
- DERECHO AMBIENTAL:** 70.
Amparo: 70.
Derecho a un medio ambiente sano y equilibrado:
70.
Tutela,
vías admisibles: 70.
- DERECHO COMUNITARIO:** 89, 111, 113, 115,
117, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 131.
Atributos de la personalidad,
el nombre: 111.
Biotecnología: 113.
Carta de los Derechos Fundamentales de la
Unión Europea: 117.
Contrato de trabajo: 119.
Contratos: 117.
Convenios colectivos: 115.
Derecho a la igualdad: 89, 115, 117.
Derechos sociales: 121.
Enfermos de HIV: 89.
Extranjeros: 89.
Inmунidades e indemnidades: 123.
Libertad de expresión: 125.
Libertad de expresión comercial: 127.
Libertad de prensa: 125.
Libre prestación de servicios: 127.
Marcas y patentes: 111.
Margen de apreciación de los Estados miembros:
89.
Mediación: 129.
Medios de comunicación: 125.
Organismos genéticamente modificados: 113.
Penas: 129.
Penas accesorias: 129.
Principio de entendimiento entre los pueblos:
125.
Proceso penal: 129.
Propiedad intelectual: 131.
Responsabilidad del Estado: 131.
Seguros: 117.
Transmisión de empresas: 121.
Violencia doméstica: 129.
- DERECHO DE DEFENSA:** 75, 102, 108, 133, 135,
139, 141, 147, 153, 218.
Acceso a la justicia: 141.
Asistencia letrada: 108, 133, 135.
Autoincriminación: 135, 153.
Derecho a ser conducido sin dilación ante la
presencia de un juez: 108.
Derecho a ser oído: 102.
Derecho a un recurso efectivo: 218.
Oportunidad: 102.
Plazo de detención: 135.
Presos: 133, 135.
Presunción de inocencia: 75.
Principio de confrontación,
excepciones fundadas en razones de
seguridad nacional: 139.
Prueba: 139, 153.
Tutela judicial efectiva: 141, 147.
- DERECHO DE PROPIEDAD:** 102.
Derecho al goce pacífico de los bienes: 102.
- DERECHO DEL TRABAJO:** 115, 119, 121, 282.
Acreditación de la condición de víctima para el
reconocimiento de derechos laborales: 282.
Condiciones de trabajo: 119.
Contrato de trabajo: 119.
Convenios colectivos: 115.
Derecho a la igualdad: 115, 282.
Discriminación en razón de la edad: 115.
Discriminación sexual: 282.
Pilotos de líneas aéreas: 115, 119.
Transmisión de empresas,
mantenimiento de los derechos de los
trabajadores: 121.
reconocimiento de la antigüedad adquirida al
servicio del cedente: 121.
Vacaciones,
remuneración: 119.
- DERECHO EMPRESARIAL:** 121.
Cedente y cesionario de derecho público: 121.
Empresa,
concepto: 121.
Transmisión de empresas,
concepto: 121.

- mantenimiento de los derechos de los trabajadores: 121.
reconocimiento de la antigüedad adquirida al servicio del cedente: 121.
- DERECHO INTERNACIONAL:** 84, 156.
PÚBLICO: 84, 156.
Corte Internacional de Justicia,
opiniones consultivas: 84.
Derecho a la autodeterminación: 84.
Ius cogens: 156.
Kosovo,
declaración de independencia: 84.
- DERECHO PENAL:** 156, 164, 203, 208.
Amnistía: 156.
Cadena perpetua: 203.
Delitos contra la integridad sexual: 208.
Homicidio: 156.
Ley penal,
fuentes: 156.
irretroactividad: 156.
Penas accesorias,
cómputo de la pena: 164.
internación de insanos por tiempo
indeterminado: 164, 208.
Principio de legalidad: 156.
- HUMANITARIO:** 156.
Desaparición forzada de personas: 156.
Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y
degradantes: 156.
- DERECHOS DE AUTOR:** 131.
Copia privada: 131.
Excepciones: 131.
Responsabilidad del Estado: 131.
- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:** 156,
253.
- DEUDA PÚBLICA:** 184.
Emisión de bonos de deuda pública: 184.
Inmunidad de jurisdicción: 184.
Inmunidad soberana: 184.
Operaciones realizadas por el Banco Central:
184.
- DIGNIDAD:** 75.
Derecho al trabajo: 75.
Presos,
inhabilitación para ejercer la profesión: 75.
- DIVISIÓN DE PODERES:** 176.
Delegación legislativa: 176.
Estado de derecho: 176.
Poder Judicial,
independencia: 176.
- EDUCACIÓN:** 11, 275.
Discriminación con base en la orientación
sexual: 275.
Discriminación sexual: 275.
Establecimientos educativos: 11, 275.
Violencia de género: 11, 275.
- EXTRANJEROS:** 89, 218.
Asilo: 218.
Derecho a la igualdad: 89.
Derecho a la vida privada y familiar: 89.
Enfermos de HIV: 89.
Expulsión: 218.
Tratamiento degradante: 218.
- FEDERALISMO:** 208.
Atribuciones legislativas del gobierno federal:
208.
Intereses estatales: 208.
- FILIACIÓN:** 141, 178, 179.
Filiación declarada judicialmente: 141.
Filiación legítima: 178, 179.
Impugnación de la paternidad,
legitimación activa: 179.
Maternidad subrogada,
validez del contrato: 178.
Posesión de estado: 178, 179.
- GENOCIDIO:** 74, 253.
Genocidio político: 253.
- HÁBEAS CORPUS:** 182.
Derecho a la libertad: 182.
Prisión preventiva: 182.
- HOMICIDIO:** 156.
Homicidio con coordinación represiva: 156.
- INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN:** 184.
Deuda pública: 184.
Inmunidad soberana: 184.
Procedimiento vinculado a una transacción
comercial: 184.
- INMUNIDADES E INDEMNIDADES:** 123.
Eurodiputados: 123.
Indemnidad parlamentaria,
opiniones expresadas en el ejercicio de
funciones parlamentarias: 123.
Inmunidad parlamentaria: 123.
- INSANOS:** 164, 208.
Pena accesoria de internación por tiempo
indeterminado: 164, 208.
- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** 102, 141, 187,
225, 232.
Agotamiento de los recursos internos: 102.
Corte Europea de Derechos Humanos: 102.
Presupuestos: 102, 232.
Terrorismo: 187.
- LEY:** 156, 193.
Impugnación vía referéndum: 193.
Ley penal,
fuentes: 156.
irretroactividad: 156.
Validez: 193.
- LIBERTAD DE CULTO:** 93, 232.
Derecho a la igualdad: 93.
Interrogatorios,
preguntas relativas a la religión del
declarante: 93.
Proceso penal: 93.
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 125, 193, 196.
Apología del terrorismo: 196.
Calumnias e injurias: 196.
Expresiones políticas: 193.
Incitación al odio por motivos de raza, sexo,
religión o nacionalidad: 125.
Libertad ideológica: 196.
Medios de comunicación: 125.
Radiodifusión televisiva,
restricciones en el ámbito de la UE: 125.
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMERCIAL:** 127.
Publicidad encubierta: 127.
- LIBERTAD DE PRENSA:** 125, 199.
Confidencialidad de las fuentes: 199.
Incitación al odio por motivos de raza, sexo,
religión o nacionalidad: 125.
Medios de comunicación: 125.

- Radiodifusión televisiva,
restricciones en el ámbito de la UE: 125.
- MARCAS Y PATENTES:** 111.
Atributos de la personalidad,
el nombre: 111.
Derecho a oponerse al uso del nombre como
marca comunitaria: 111.
- MATERNIDAD SUBROGADA:** 178.
Orden público: 178.
Validez del contrato: 178.
- MEDIACIÓN:** 129.
Mediación penal,
exclusión: 129.
- MEDIOS DE COMUNICACIÓN:** 125.
Radiodifusión televisiva,
restricciones en el ámbito de la UE: 125.
- MENORES:** 147, 153, 203.
Abuso sexual: 147.
Cadena perpetua: 203.
Menores infractores: 203.
Prueba de confesión: 153.
- MUJERES:** 240, 282.
Derecho a una protección especial: 240.
Violencia doméstica: 240.
- MUNICIPALIDADES:** 71.
Intendentes,
atribuciones: 71.
facultades legislativas: 71.
- NOMBRE:** 111.
Derecho a oponerse al uso del nombre como
marca comunitaria: 111.
Marcas y patentes: 111.
- ORDEN PÚBLICO:** 178.
Maternidad subrogada: 178.
- ORGANISMOS GENÉTICAMENTE
MODIFICADOS:** 113.
Comercialización: 113.
Productos de apicultura: 113.
- PENAS:** 129, 203.
Cadena perpetua: 203.
Determinación: 129.
Graduación: 129.
- PENAS ACCESORIAS:** 129, 164, 208.
Cómputo de la pena: 164.
Internación de insanos por tiempo
indeterminado: 164, 208.
Pena accesoria de alejamiento que prohíba al
condenado aproximarse a su víctima: 129.
- PERSONAS CON DISCAPACIDAD:** 166.
Caducidad de estatus: 166.
Comprobación: 166.
Enfermos de HIV: 166.
Evaluación periódica: 166.
Pensión por invalidez,
presupuestos: 166.
restricciones: 166.
- PODER JUDICIAL:** 176, 232.
Independencia: 176.
- PODER LEGISLATIVO:** 207, 208.
Comisiones de investigación,
atribuciones: 207.
Facultades enumeradas y no enumeradas: 208.
- PRESOS:** 75, 133, 135.
Asistencia letrada: 133, 135.
Autoincriminación: 135.
- Derecho a la igualdad: 75.
Derecho al trabajo: 75.
Derecho de defensa: 75, 133, 135.
Inhabilitación para ejercer la profesión: 75.
Plazo de detención: 135.
Presunción de inocencia: 75.
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** 156.
Ley penal,
fuentes: 156.
irretroactividad: 156.
Principio de legalidad penal: 156.
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** 196.
- PRISIÓN PREVENTIVA:** 108, 182.
Asistencia letrada: 108.
Derecho a ser conducido sin dilación ante la
presencia de un juez: 108.
Derecho de defensa: 108.
Fundamentación: 182.
Hábeas corpus: 182.
- PROCESO CIVIL:** 199, 210.
Peritos,
responsabilidad contractual y
extracontractual: 210.
Prueba: 199.
Prueba pericial: 210.
- PROCESO PENAL:** 93, 102, 129, 147, 153, 212, 216.
Confesión,
admisibilidad de declaraciones realizadas
durante una detención policial: 153.
edad del detenido: 153.
Cooperación policial y judicial en materia penal:
129.
Derecho de defensa: 102.
Estatuto de la víctima: 129.
Inacción del Ministerio Público: 216.
Interrogatorios,
preguntas relativas a la religión del
declarante: 93.
Mediación penal,
exclusión: 129.
Menores,
prueba de confesión: 153.
Objeto: 93.
Oportunidad: 102.
Principio de contradicción: 147.
Prueba: 147, 153, 212.
Prueba testimonial,
admisibilidad: 212.
declaración de la víctima: 212.
situaciones de emergencia: 212.
Querrela: 216.
- PROPIEDAD INTELECTUAL:** 131.
Copia privada: 131.
Derechos de autor,
excepciones: 131.
Responsabilidad del Estado: 131.
- QUERRELLA:** 216.
Facultades del querellante ante la inacción del
Ministerio Público: 216.
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:** 131, 218, 225,
240.
Deber de llevar a cabo una investigación eficaz:
225.
Derecho a la vida,
muerte de civiles durante ocupación militar
extranjera: 225.
Derechos de autor: 131.

- Extranjeros,
 asilo: 218.
 expulsión: 218.
 tratamiento degradante: 218.
 Propiedad intelectual: 131.
 Responsabilidad internacional: 218, 225.
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y
 degradantes: 225.
 Violencia doméstica: 240.
- SALUD:** 89.
 Derecho a la igualdad: 89.
 Enfermos de HIV: 89.
- SEGURIDAD SOCIAL:** 166.
 Acto administrativo: 166.
 Discapacidad: 166.
 Enfermos de HIV: 166.
 Pensión por invalidez,
 presupuestos: 166.
 restricciones: 166.
- SEGUROS:** 117.
 Consideración del sexo del asegurado como
 factor de evaluación del riesgo: 117.
 Derecho a la igualdad: 117.
 Factores actuariales: 117.
 Primas y prestaciones: 117.
- SENTENCIA:** 81.
 Efectos en el ámbito de la CEDH: 81.
 Fundamentación: 182.
- SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA:** 93,
 232.
 Estado laico: 93, 232.
 Libertad de culto: 232.
 Principio de colaboración entre el Estado y las
 confesiones religiosas: 93.
- SIDA:** 89, 166.
- Derecho a la igualdad: 89.
 Derecho a una pensión: 166.
 Extranjeros: 89.
 Pensión por invalidez: 166.
- TERRORISMO:** 187, 196.
 Apología: 196.
 Asociación ilícita: 187.
 Delitos contra la integridad moral: 187.
 Detención ilegal: 187.
 Jurisdicción y competencia: 187.
 Robo con violencia e intimidación: 187.
- TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES,
 INHUMANOS Y DEGRADANTES:** 156, 225,
 236.
 Cárceles: 236.
 Responsabilidad internacional del Estado: 225.
- UNIVERSIDADES:** 11.
 Violencia de género: 11.
- VIOLENCIA DE GÉNERO:** 9, 11, 13, 27, 37, 275, 282.
 Acreditación de la condición de víctima para el
 reconocimiento de derechos laborales: 282.
 Educación: 11, 275.
 Establecimientos de educación media: 275.
 Universidades: 11.
 Explotación sexual: 9, 13, 27, 37.
 Avisos clasificados: 27.
 Migraciones: 13.
- VIOLENCIA DOMÉSTICA:** 129, 240.
 Medidas de seguridad: 240.
 Ordenes de protección: 240.
 Pena accesoria de alejamiento que prohíba al
 condenado aproximarse a su víctima: 129.
 Responsabilidad del Estado: 240.

