

investigaciones



1 [2013]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

investigaciones

Dirección

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

Jefe de Redacción

Dr. Víctor Hugo Accardi

Colaboradores

Lic. Marta Isaura Trotta Lagos
Lic. Paula Frondizi
Trad. Laureana Cayuso
Dra. Marisol Rodríguez
Dra. Andrea S. Bartos
Dra. Laura D. Tellarini

Corrección

Trad. Carolina Mozo Sartorio

Diseño de tapa y fotografía

DG Pablo Molina Almirón

© Esta publicación es propiedad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Impreso en la Argentina - *Printed in Argentina*
Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Registro de Propiedad Intelectual: en trámite
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 (int 4538 / 4636 / 4637)
E-mail: investigaciones@csjn.gov.ar
Sitio Web: www.csjn.gov.ar/ii/investig.html

investigaciones 1 [2013]

Se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2014
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

investigaciones 1 [2013]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2013. Año XVII-

Secciones	Páginas
DOSSIER	
<i>SISTEMAS CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD</i> por Elena I. Highton	11/27
<i>ACCESO A JUSTICIA: LA OFICINA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA</i> por Paula Feldman y Analía S. Monferrer	29/43
JURISPRUDENCIA	45/213
TEXTOS ESCOGIDOS	215/240
ÍNDICES	241/246

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

DOSSIER

SISTEMAS CONCENTRADO
Y DIFUSO DE CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD



ACCESO A JUSTICIA: LA OFICINA
DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

investigaciones

SISTEMAS CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

> por Elena I. Highton

I. PLANTEO DEL TEMA

No hay duda de que el tema del “control judicial de las leyes” ha sido y es objeto de apasionadas discusiones y cuestionamientos, que ahora están especialmente enardecidos. Este debate, que histórica y académicamente pudo atribuirse a un aséptico interés por la filosofía política, muchos ahora empiezan a advertir que más bien constituye una puja de intereses contrapuestos que se disputan la preponderancia en la decisión social.

Para resolver la problemática, nos tenemos que hacer la pregunta: “¿*Dónde acude un ciudadano que se ve perjudicado por una mala ley?*”.

A esto contesta el constituyente argentino Juan del Campillo: acude a un tribunal con facultades constitucionales. Mas “*no se trata de dar al Poder Judicial facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, sino la atribución de aplicar la Constitución y las leyes en los casos contenciosos particulares...*”. (En un aparte, es interesante traer a la memoria que por su extraordinaria caligrafía, Del Campillo fue el encargado de escribir el texto oficial de la Constitución que se le presentó al presidente Urquiza el 1° de mayo de 1853.)

El control de constitucionalidad constituye:

- 1) un transcendental instrumento de control del poder estatal;
- 2) un presupuesto básico del equilibrio de poderes, y
- 3) una garantía de la supremacía constitucional.

II. CONCEPTO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO

Y ¿qué es un Tribunal o Corte Constitucional?

Un Tribunal o Corte Constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, esa labor de hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes –y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo– a la Constitución, realizando el examen de constitucionalidad de tales actos. Pero, asimismo, la tarea del Tribunal Constitucional –según el caso– puede incluir resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del Poder Legislativo o la distribución de competencias entre los poderes constituidos.

Existen sistemas políticos de control donde no hay jueces sino organismos especiales que trabajan antes de la sanción de las leyes, ejerciendo un análisis *a priori* de la conformidad constitucional; y sistemas jurisdiccionales que reconocen opciones diversas.

Existen dos modelos institucionales primarios del derecho occidental que presentan diferencias sustanciales en cuanto al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

a) Por un lado, está el esquema de revisión judicial o *judicial review*, por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad.

b) Por otro lado, se presenta el sistema concentrado del modelo europeo, que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que se denomina Tribunal Constitucional y no forma parte del Poder Judicial.

Pero aparece además en América Latina un tercer modelo:

c) Este nuevo modelo “mixto” instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados que, actuando como Sala dentro del Tribunal Supremo, como Corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional aunque se permita el control difuso de los jueces comunes.

La otra diferencia sustancial entre ambos sistemas se refiere a los *efectos de las decisiones*.

En principio:

a) Las decisiones de los Tribunales Constitucionales tienen efectos erga omnes (y en muchos casos la ley declarada inconstitucional queda derogada, actuando el tribunal como un legislador negativo).

b) Las decisiones de los jueces en el sistema difuso solo tienen efectos *inter partes*, aunque pueden llegar a constituir un precedente con fuerza diversa según el caso. Vemos la fuerza diversa en el sistema estadounidense, donde el precedente es obligatorio, y en el argentino, donde debe seguirse solo por su fuerza moral y para evitar dilaciones y recursos innecesarios.

Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un Tribunal Constitucional y uno ordinario consiste en que, si bien ambos generan y aplican derecho, el segundo solo origina actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no elabora sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica.

Hans Kelsen no era austríaco, pero estudió derecho y fue profesor en Viena. En 1919, el canciller de Austria le encargó el diseño de una nueva Constitución. Después de eso, Kelsen fue nombrado miembro vitalicio del Tribunal Constitucional austríaco (del cual fue de todos modos destituido por un conflicto respecto del divorcio que al tribunal le tocó resolver).

Kelsen sostenía que la función del Tribunal Constitucional no es una función política sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que lo distinguen: el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas –la Constitución y la ley–, eliminando la disposición incompatible con la regla suprema mediante una sentencia constitutiva.

Para Kelsen, el Poder Legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el legislador positivo; otro, el Tribunal Constitucional, que –para mantener la coherencia del sistema– elimina las leyes que no respetan el marco constitucional. Así es que el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes, pero en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente. El propio Kelsen denominó a la jurisdicción constitucional como su “obra más personal”.

El Tribunal Constitucional austríaco es el tribunal constitucional especializado más antiguo del mundo y ha influido considerablemente en el desarrollo constitucional en Europa, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX. Por ello, a este modelo austríaco de examen judicial de las leyes se lo conoce como modelo kelseniano. De acuerdo con la Constitución austríaca, las sentencias del tribunal tienen efectos *ex nunc* o hacia el futuro. El texto constitucional dispone expresamente que el fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como anticonstitucional obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación; y que la anulación entrará en vigor el día de la promulgación si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia, plazo que no podrá exceder de un año.

En síntesis, hay un diverso poder de la jurisdicción:

a) En el sistema de control difuso, se actúa en el problema contingente y propio que resuelve la comprobación constitucional en el circunscripto ámbito subjetivo entre partes y de ahí el efecto de la cosa juzgada.

b) En el sistema de control concentrado puro, la regla es la abstracción y generalidad del pronunciamiento, independientemente de un caso concreto.

Se dice entonces que habría un diverso poder de la jurisdicción.

Los jueces resuelven conflictos intersubjetivos en diverso contexto que no es el de las cuestiones de constitucionalidad, pues se trata de interpretar lo que dice la Norma Fundamental frente a un acto que se denuncia como contrario a sus estipulaciones. En el sistema de control difuso, el juez interpreta la norma para llegar a un juicio con respecto a su constitucionalidad. La decisión del juez ordinario es tan legítima como la decisión del Supremo Tribunal, ya que ambos tienen similar legitimidad para tratar la cuestión de constitucionalidad.

Y, en definitiva, en ambos sistemas, los jueces tienen la misión de equilibrar tensiones sociales para que los conflictos queden resueltos de acuerdo con la respectiva Constitución.

III. EL DERECHO SUPRANACIONAL

De todos modos, como lo prueba el nacimiento del sistema europeo y la actividad de las cortes y los tribunales con la competencia respectiva, lo más relevante

en esta materia es el cambio sobrevenido debido a la destacada importancia de la defensa de los derechos humanos en el control constitucional de las leyes.

Por ello, la situación se ha entrelazado también con el diverso reconocimiento que se otorga en los países al derecho internacional. El derecho internacional parte de un principio fundamental: la superioridad o supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Pero todo depende del modo en que los órganos del Estado hayan establecido la integración de las normas internacionales por su derecho interno.

Las diferencias estructurales entre la organización supranacional de integración y la internacional de cooperación determinan una diversa naturaleza jurídica de las funciones, competencias y alcances de las atribuciones.

Con uno u otro carácter y en evolución permanente, emergió con la Carta de San Francisco ese orden público mínimo y necesario, que en lo sucesivo sería garantizado por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto. En el plano de lo normativo, tiene lugar el nacimiento de las llamadas obligaciones de *ius cogens*, cuya tuición asumiría originariamente la Organización de las Naciones Unidas.

Y en América, a los fines del control de constitucionalidad, adquiere particular relevancia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y mucho más aún, en esta especialísima materia de los derechos humanos, el mantenimiento de la cúspide de la facultad interpretativa en el orden interno o el reconocimiento de este tribunal supranacional como intérprete último y final.

IV. CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

De esta nueva estructura (o de la importancia que se le da) surge además una novedad, que se desprende de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: es un agregado importante en cuanto al Sistema Interamericano, porque los jueces también deben realizar el “control difuso de convencionalidad”, debido a que este debe ejercerse por todos los jueces nacionales. El “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano. Son así los primeros intérpretes de la normatividad internacional.

Este tipo de control no implica optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino que significa, en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la disposición nacional. El “control concentrado de convencionalidad” lo realiza, fundamentalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Pero el control difuso por parte del juez nacional constituye ahora uno de los rasgos positivos sobresalientes, que la propia CIDH reconoce en sus sentencias y que entiende que conviene reconocer, sostener y acrecentar, en tanto al extenderse a todos los jueces nacionales, se amplía y acrecienta el control de convencionalidad.

Dice la propia Corte Interamericana que resulta evidente que ella crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” al advertir la tendencia hacia la

“constitucionalización” o “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear su nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.

En cambio, el grado de intensidad del control disminuirá en aquellos sistemas donde se impide el “control difuso de constitucionalidad” y no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley. Al no tener esa potestad, tendrán que aplicar la norma debiendo, en todo caso, realizar una “interpretación conforme” no solo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. En caso de incompatibilidad absoluta, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad.

V. EXPLICACIÓN HISTÓRICA

Las diferencias entre los dos modelos institucionales de control difuso y concentrado se deben a distintas circunstancias históricas y a las diferentes filosofías políticas que imperaron en los Estados Unidos y en Europa en el momento en que los sistemas fueron diseñados, que evidenciaban una distinta organización del Estado y, muy especialmente, un distinto órgano en quien depositar la confianza/desconfianza.

En los Estados Unidos existía desconfianza en el Parlamento opresor, que había dictado las leyes con que los habitantes eran sojuzgados antes de la independencia.

De ahí que la confianza se haya depositado en los jueces. La gran confianza que existía en los jueces llevó a atribuirles el poder de ejercer el control de constitucionalidad como medio para mantener la supremacía de la Constitución. La revisión judicial surgió así debido a la conveniencia de limitar el poder de las legislaturas.

La revisión judicial o judicial review es la doctrina de acuerdo con la cual la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo está sujeta al escrutinio judicial. Los jueces que ostentan este poder pueden invalidar actos de los otros poderes del Estado que encuentren incompatibles con la Constitución. Esta revisión constituye parte esencial de la separación entre los poderes de gobierno de cierto tipo de Estados.

Los colonos americanos utilizaron la idea de la Carta Magna como un derecho que ni siquiera el Parlamento podía contradecir —encargándose su cumplimiento a los jueces—, para justificar el levantamiento contra el Parlamento inglés y la lucha por la independencia. Y una vez conseguida esta, los americanos, conscientes de que el parlamento también puede ser fuente de opresión, elaboraron un derecho superior al del Parlamento y que este debía respetar: la Constitución.

Como expresó Alexis de Tocqueville (que cuando fue a Estados Unidos era juez en Francia) en una de las más simples y claras explicaciones del sistema: los

americanos han establecido el Poder Judicial como contrapeso y barrera al Poder Legislativo; lo han hecho un Poder Legislativo de primer orden. El juez americano se parece a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político que estos no tienen. Su poder forma la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura. La causa está en que los jueces americanos están facultados para fundar sus decisiones en la Constitución por encima de las leyes. En otros términos, les permiten no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales.

VI. CASO “MARBURY VS. MADISON” DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

Surgen así las bases del caso “Marbury vs. Madison”.

Marbury solicitó a la Corte Suprema que ordenara a James Madison (como Presidente justamente apodado “el Padre de la Constitución” y entonces Secretario de Estado) entregar el nombramiento donde se lo designaba juez de paz del Distrito de Columbia. El 24 de febrero de 1803, la Corte emitió la opinión conducida por el voto del presidente John Marshall: teniendo en cuenta que su nombramiento fue firmado por el Presidente y sellado por el Secretario de Estado, el Sr. William Marbury está designado, el nombramiento es irrevocable y la retención es violatoria de legítimos derechos adquiridos.

Es un claro caso en el que corresponde emitir un mandamiento.

La ley por la que se establecen los tribunales judiciales en los Estados Unidos autoriza a la Corte Suprema a emitir mandamientos: el mandamiento se encuentra precisamente comprendido en las previsiones de la ley; y si esta Corte no está autorizada a emitir una orden de ejecución a tal funcionario, solo puede ser a causa de la inconstitucionalidad de la ley.

La Constitución deposita la totalidad del Poder Judicial de los Estados Unidos en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso establezca, y al Poder Judicial le corresponde el conocimiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por las leyes de los Estados Unidos y, consecuentemente, de algún modo puede extenderse al presente caso. La Constitución dice: “En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros (...) la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria”.

No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto. Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los Estados Unidos para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos no parece estar respaldada en la Constitución. En consecuencia, se hace necesario preguntarse si puede ejercerse una competencia así conferida.

¿Con qué objeto son limitados los poderes y a qué efectos se establece que exista tal limitación si puede, en cualquier momento, ser dejada de lado por los mismos que resultan ser sujetos pasivos obligados por la limitación? Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

O la Constitución controla cualquier ley contraria o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. No hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Entonces, las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la Ley Fundamental y Suprema de la Nación y, consecuentemente, la teoría debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? No siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso. Cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y esta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso.

¿Sería una inmoralidad que los jueces fueran usados como instrumentos conscientes de la violación de lo que han jurado respetar! ¿Por qué motivo juraría un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución si esa Constitución no fuera una norma obligatoria? Jurar en esos términos sería una hipocresía.

No es tampoco inútil observar que al declarar cuál será la Ley Suprema del país, en primer lugar se menciona la Constitución, y no todas las leyes de los Estados Unidos tienen la calidad de tales, sino solo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución.

En consecuencia, se decide que la ley repugnante a la Constitución es nula. Por ello, se rechaza la petición del demandante.

No surge de la letra de la Constitución, pero fue al amparo de estas ideas y circunstancias que tuvo lugar la célebre decisión en el caso “Marbury vs. Madison”, en la cual se materializó el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*).

VII. CASO “SOJO C/ CÁMARA DE DIPUTADOS” DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

En Argentina, el caso “Sojo” de 1887 tiene cierta similitud con “Marbury”.

Por una caricatura publicada en el periódico Don Quijote, su redactor Eduardo Sojo fue puesto en prisión por resolución de la Cámara de Diputados de la Nación, por todo el tiempo que durasen sus sesiones. Sojo interpuso el recurso de hábeas corpus ante la Corte Suprema, fundando la competencia de la misma en la ley 48 sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales. La Suprema Corte dijo que la misión que le incumbe al Tribunal de mantener a los diversos poderes tanto nacionales como provinciales en la esfera de las facultades trazadas por la Constitución la obliga a ella misma a no extralimitar la suya, como la mayor garantía que puede ofrecer a los derechos individuales. No es dado a persona o poder alguno ampliar o extender los casos en que la Corte Suprema ejerce jurisdicción

exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución Nacional. Para que corresponda el procedimiento que se le ha sometido por recurso de hábeas corpus, sería necesario que el individuo arrestado fuese un embajador, ministro o cónsul extranjero, o el arresto hubiese sido decretado por tribunal o juez de cuyas decisiones le correspondiese entender por apelación. Podría parecer que tratándose de un mandamiento procedente de uno de los cuerpos del Poder Legislativo, era más propio que la Corte Suprema lo resolviese en única instancia; pero sería necesario que la Constitución fuese reformada al respecto. La Constitución argentina y la de los Estados Unidos concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la Suprema Corte, y los fallos de la de los Estados Unidos, así como las opiniones de sus más reputados expositores están contestes en que no puede darse caso ni por ley del Congreso que altere la jurisdicción originaria de la Corte extendiéndola, de tal modo que la ley y la resolución que en transgresión se dictase no sería de efecto alguno. La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso; limitada como lo está, no puede ser ampliada ni restringida. La garantía acordada por el recurso de hábeas corpus, fundada en la igualdad ante la ley, no tiene otra excepción que cuando la persona que ha sido objeto de un mandato indebido contra su libertad pueda traer un conflicto internacional. Es oportuno citar el caso de “Marbury vs. Madison”, en confirmación de que el Congreso no puede asignar jurisdicción originaria a la Suprema Corte en casos diferentes de los especificados en la Constitución. En dicho caso, se estableció que “[u]na ley del Congreso repugnante a la Constitución no es ley” y que “[e]l Congreso no puede conferir a esta Corte jurisdicción originaria alguna”.

En definitiva, se declara que la Corte no tiene jurisdicción originaria en la causa, debiendo el recurrente ocurrir donde corresponda.

VIII. SURGIMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EUROPA

En Europa, y especialmente en Francia, la situación fue muy diferente. La Revolución no tuvo su origen en la opresión del Parlamento, sino en la tiranía producida por el poder despótico del monarca absoluto y por jueces que no desempeñaban el papel de luchadores contra ese poder absoluto, sino que, en cambio, fueron partidarios, incluso más que el propio rey, del *ancien régime*. Los jueces estaban tan profundamente imbuidos de valores tradicionales anti-igualitarios y tan firmemente enraizados en las estructuras feudales de la Francia prerrevolucionaria que hasta paralizaban reformas moderadas que el rey y su corte estaban dispuestos a conceder y que –tal vez– hubieran contribuido a evitar la violenta explosión de la revolución “burguesa”. Por esta razón, el control judicial siempre fue visto con desconfianza y como contrario a los principios de soberanía popular.

Es que la administración de justicia europea estaba organizada sobre un modelo burocrático y existía una gran desconfianza en la “corporación” judicial (conocida como el “antijudicialismo francés”), a quien se visualizaba como solidaria del establishment monárquico-conservador que había sido desplazado por las recientes revoluciones republicanas.

La teoría constitucional se fundaba en el principio de que el Parlamento era soberano porque era elegido por los ciudadanos y representaba a la Nación. Se consideraba a la ley como el resultado de la racionalidad del sistema político y fuente de legitimidad de la actuación de los demás poderes. Según el principio de legalidad, el juez debía someterse a la ley y limitarse a su aplicación.

Sobre todo en Francia la situación de desconfianza era generalizada, pues imperaba la creencia de que los jueces eran una clase privilegiada, “sobrevivientes” de las viejas monarquías. Además, ejerció una gran influencia el pensamiento de Rousseau, de acuerdo con el cual la ley era el resultado de la voluntad del pueblo y ello determinaba que no pudiera ser anulada o dejada de aplicar por los jueces, pues de lo contrario se les estaría otorgando a estos un poder que excedería ampliamente sus funciones propias. Se consideraba a los jueces como “simple boca de la ley”, como “seres inanimados” cuya única función era la de “aplicar la ley de manera ciega, automática y carente de creatividad”.

A partir del imperio del principio de legalidad como único criterio de identificación del derecho válido, surge el Estado de Derecho Legislativo. En este contexto, las normas jurídicas eran válidas no por ser justas, sino por haber sido dictadas por la autoridad competente. La ley era un acto normativo supremo y los jueces debían limitarse a aplicarla.

Fue así que hasta la Segunda Guerra Mundial prácticamente no existió la idea de que el Poder Legislativo debía ser controlado por el Poder Judicial.

Mas las experiencias negativas de los regímenes totalitarios imperantes hasta la segunda posguerra generaron un trascendental cambio de concepción: se abandonó la idea de infalibilidad de las leyes y se aceptó que el Parlamento también podía cometer excesos. Surgió así la necesidad de limitar al Poder Legislativo, lo cual motivó que en las constituciones posteriores empezara a expandirse la idea del control a través de la creación de Tribunales Constitucionales.

De esta forma, la superación de los regímenes totalitarios y el retorno a los sistemas democráticos ha sido la razón de la institucionalización de Tribunales Constitucionales. Las constituciones austríaca, alemana e italiana crearon tribunales especiales con la exclusiva competencia de ejercer el control de constitucionalidad para protegerse contra los horrores de la dictadura y la consiguiente violación de los derechos humanos fundamentales.

En consecuencia, después de la segunda posguerra y como resultado de la disminución de la confianza en el legislador producida por la experiencia del régimen nacionalsocialista, el control judicial de constitucionalidad de las leyes adquirió un rol preponderante.

IX. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y EL CONTROL CONCENTRADO O ABSTRACTO

Las legislaciones nacionales europeas diferían en la naturaleza del órgano que ejercería el control (en algunos casos, política; en otros, jurídica o mixta), pero coincidían en que el mismo:

- 1) se concentraba;
- 2) se ejercía de manera preventiva;
- 3) sus efectos eran erga omnes.

De tal manera que si una ley era declarada inconstitucional, no entraba en vigencia hasta que el propio Parlamento modificara su texto, saneando el vicio; y si se determinaba su constitucionalidad, ya no podría ser cuestionada en sede judicial.

La jurisdicción constitucional de la Europa de posguerra ha demostrado ser un elemento indispensable para la creación, el mantenimiento y el desarrollo del Estado de Derecho Constitucional. La superación de los sistemas totalitarios y el retorno a los sistemas democráticos han sido la razón de ser para la institucionalización de Tribunales Constitucionales.

X. VARIEDAD DE SISTEMAS VIGENTES EN LATINOAMÉRICA

Los Tribunales Constitucionales alemán y español han ejercido en los últimos años una enorme influencia en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica.

Fue así que el *modelo americano* puro quedó confinado al sistema constitucional de Estados Unidos y Argentina.

El resto de los países fue dando nacimiento a sistemas mixtos en múltiples variantes según cada realidad propia. Así es que por sucesivas reformas constitucionales aparecen Tribunales Constitucionales de última instancia de tipo judicial (o judicial-político) concentrado al estilo europeo interrelacionados con el actuar judicial difuso norteamericano de la justicia común.

En diversas variantes se estableció el método concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, atribuyéndose en general poder anulatorio por inconstitucionalidad –en algunos países, con efectos *erga omnes*– a las Cortes Supremas de Justicia o a Tribunales Constitucionales, aunque no es así siempre, pues en algunos casos la decisión de la Corte Suprema que ejerce el control concentrado solo tiene efectos entre partes.

Por ello, el sistema concentrado de control de constitucionalidad, aun cuando sea generalmente similar al “modelo europeo” de Tribunales Constitucionales especiales, no implica necesariamente la existencia de un Tribunal Constitucional especial, concebido fuera del Poder Judicial. La experiencia latinoamericana de control concentrado de la constitucionalidad así lo demuestra, pues en general han sido las Cortes Supremas de Justicia las que lo han ejercido, y en los casos en los cuales se ha atribuido a Tribunales Constitucionales el ejercicio del control, estos están dentro del Poder Judicial con pocas excepciones.

Es decir que el poder de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de ejecución directa de la Constitución puede ser ejercido por la Corte Suprema de Justicia en forma exclusiva o por la propia Corte Suprema o un Tribunal Constitucional en un sistema mixto integral, que además de control concentrado admite el control difuso de la constitucionalidad.

La Argentina, en cambio, no receptó esta tendencia ecléctica hacia la constitucionalización de la combinación de ambos sistemas. Continuó apegada al modelo norteamericano.

XI. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, SISTEMA DE CONTROL DIFUSO Y NECESIDAD DE UN CASO

El caso “Marbury vs. Madison” influyó decisivamente en el armado del sistema de control constitucional que adoptaron los Estados Unidos y puede sostenerse que sus principios están todavía vigentes. A partir de “Marbury”, quedó en claro que:

- 1) son los jueces los encargados de ejercer control constitucional;
- 2) no existe un tribunal específicamente encargado de realizar esa tarea, sino que está a cargo de todos los jueces, sin perjuicio de su ejercicio final por parte de la Corte Suprema.

De la primera regla se desprende naturalmente que este control debe ser ejercido dentro del ámbito de actuación propio de los jueces, esto es, dentro de un caso o controversia: para actuar, debe esperar siempre a que se le someta la causa. Por ello, aunque el juez puede no aplicar las leyes que le parezcan anticonstitucionales, han disminuido mucho los peligros de ese poder. Como decide en una causa, su fallo solo tiene por objeto lesionar un interés individual. Por otra parte, el efecto material de la ley no se suspende. Solo llega a sucumbir poco a poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia.

La Corte no oír las objeciones de una persona cuyos derechos no estén afectados por la norma y que por consiguiente no tiene interés en anularla. El poder de la Corte solo puede invocarse cuando se ve que es necesario para asegurar y proteger a la parte que se presenta ante ella contra el ejercicio ilegal del Poder Legislativo en detrimento suyo.

XII. EL FEDERALISMO Y LOS GOBIERNOS LOCALES PROVINCIALES

En un país federal como la Argentina, la Constitución Nacional ordena las relaciones entre la Nación y las provincias. La federación se organiza sobre la base de una constitución que es la norma fundante, con validez en todo el territorio.

Al ser un Estado federal, a diferencia de los unitarios, el país presenta descentralización jurídico-política. Ello implica que las entidades componentes cuentan con la facultad de dictar su propia constitución, legislar sobre determinadas materias y ejercer las correspondientes facultades a través de sus propios poderes. Así es que los órganos locales ostentan la facultad de ejercer sus propias atribuciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Tanto los órganos del gobierno federal como los de los gobiernos provinciales expresan la voluntad del Estado federal, dentro del marco de sus respectivas competencias. Coexisten, así, dentro del mismo territorio,

dos órdenes gubernativos diferentes: el gobierno central y los gobiernos locales. Esta inexistencia de vínculos jerárquicos implica que las decisiones de los estados interiores, en el ámbito de su competencia, no están sometidas al control del Estado federal. Más aún, en el orden interno, las decisiones de las provincias no solo son obligatorias para su población, sino que se imponen a las autoridades federales cuando se ejercitan dentro de los límites de su competencia y en tanto no entren en conflicto con actos dictados por esas autoridades federales en ejercicio válido de sus propias atribuciones. Pero no implica que tengan un poder independiente respecto de la federación, ya que se encuentran subordinadas al todo (arts. 31, 5, 6, 7, 75.31, 126, 127 CN).

XIII. LA INCONSTITUCIONALIDAD CON EFECTOS GENERALES EN LAS JUSTICIAS PROVINCIALES

Es de apuntar que el derecho constitucional provincial argentino muestra casos en que se inviste al Tribunal Superior de Justicia provincial –cabeza de la organización judicial local– de ciertas atribuciones propias de un Tribunal Constitucional europeo: efecto abrogatorio de la inconstitucionalidad (Chaco); o luego de dos declaraciones consecutivas o tres alternadas (Chubut); o de tres veces por unanimidad (Tierra del Fuego); o pasados tres meses de la declaración sin ratificación legislativa (CABA); o de tres declaraciones de inconstitucionalidad más seis meses de silencio legislativo (Río Negro); prohibición de aplicar una norma declarada inconstitucional (Jujuy).

a) El fallido Tribunal Constitucional en la provincia de Tucumán

La provincia de Tucumán, al reformar en 1990 su Constitución, incorporó un Tribunal Constitucional como órgano extrapoder a cuyo cargo estaría un control de constitucionalidad abstracto y erga omnes de las leyes (paralelamente con los jueces del Poder Judicial para el caso concreto y efecto inter partes). Pero este Tribunal Constitucional nunca llegó a constituirse, y una reforma de la Constitución tucumana que tuvo lugar en 2006 lo eliminó. Se omitió constituirlo durante dieciséis años y, sin nacer, desapareció.

Este caso de la Constitución tucumana de 1990 constituye un buen precedente para ser tenido en cuenta porque nos advierte las dificultades que existen para articular a nivel provincial y a nivel federal (enmarcado en el modelo norteamericano) estos dos sistemas de control de constitucionalidad.

No debemos olvidar que en Europa no había tradición de intervención de los tribunales judiciales en cuestiones de constitucionalidad. En consecuencia, el Tribunal Constitucional se concebía como el garante del cumplimiento de las nuevas constituciones, exigiéndose una solidaridad ideológica con el sistema democrático. Fue este mismo propósito el que llevó al constituyente tucumano de 1990 a incorporar un Tribunal Constitucional, aunque con un sentido opuesto al que alentaba el movimiento democrático europeo de postguerra. Aquí solo se vio

su utilidad como instrumento para custodiar una Constitución que consagraba el hegemonismo del Ejecutivo en detrimento de los poderes legislativo y judicial.

Con la aparición de un Tribunal Constitucional en la provincia, parecía que Tucumán se colocaba a la vanguardia del derecho constitucional argentino (que no había recogido hasta entonces un órgano de esta naturaleza), del mismo modo como lo hizo con la sanción en 1995 del primer Código Procesal Constitucional del mundo.

La explicación hay que buscarla tal vez en que era un órgano desconocido en la praxis del control de constitucionalidad argentino y que no es fácil la combinación de modelos de control de constitucionalidad en un Estado federal donde este control se desarrolla en un doble orden normativo, el federal y el local.

b) Acción directa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En la CABA, el artículo 113 de su Estatuto Organizativo o Constitución dispone que *“[e]s competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: 1) Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior”*.

Instaura una acción declarativa que habilita el conocimiento del caso por la vía originaria y exclusiva del Superior Tribunal, y constituye un instituto local novedoso e imposible de asimilar a los establecidos en el ámbito nacional. Debido a ello, la acción no encuadra en ninguno de los tipos de procesos previstos en la legislación vigente en el ámbito de la Ciudad, por lo que el Tribunal determina las reglas de procedimiento aplicables a cada caso.

Dentro de tal contexto, existe un trámite preliminar de admisibilidad de la acción, para el cual es requisito esencial que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control y cuáles los preceptos y principios constitucionales con los que entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad.

El control abstracto se encuentra exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se consideren contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución de la Ciudad y en la Constitución Nacional, y no a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad jurídica de los actos por los que la norma fuera directamente aplicada al accionante. O sea que no está destinado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas. Por eso, la sentencia no tiene más efecto que provocar una decisión que, en el supuesto de admitirse la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada, acarrea su “pérdida de vigencia”.

No puede confundirse este control concentrado y abstracto de constitucionalidad únicamente a cargo del Tribunal Superior con el control difuso reconocido a todos los jueces, que se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas.

La eventual sentencia estimatoria tiene efectos derogatorios *erga omnes y ex nunc* (no retroactiva) de la norma declarada inconstitucional.

c) Suspensión de vigencia de la norma en la provincia de Tierra del Fuego

En Tierra del Fuego, el artículo 159 de la Constitución provincial indica que “[c]uando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido”.

Una vez que se han resuelto los respectivos expedientes en cuya sentencia se declara la inconstitucionalidad, el Tribunal dicta una acordada por la que determinan suspender la vigencia del respectivo artículo de la ley a que se refiere. Se dispone agregar copia certificada por Secretaría de cada una de las tres sentencias dictadas, notificar por oficio al Presidente de la Legislatura Provincial y publicar la acordada en el Boletín Oficial de la Provincia.

Es decir que se suspende la vigencia por acordada que notifican al Presidente de la Legislatura Provincial y publican en el Boletín Oficial de la Provincia.

d) Pérdida de vigencia de la norma en la provincia de Chubut

En Chubut, el artículo 175 de la Constitución provincial dice que “[c]uando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva”.

En la sentencia se incluye la afirmación de que la misma constituye la segunda declaración de inconstitucionalidad continua; que una vez firme, se ordena la publicación del dispositivo en el Boletín Oficial de la Provincia con la indicación de que podrán consultarse sus fundamentos en el sitio web del Poder Judicial donde se publican las sentencias en forma completa; y que a tal fin oportunamente corresponde oficiar y comunicar a la Secretaría de Informática Jurídica.

e) Efecto de caducidad de la norma en la provincia de Chaco

En Chaco, el artículo 9 de la Constitución provincial establece que “[t]oda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a la Ley suprema de la Nación o a esta Constitución son de ningún valor, y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte.

La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración”.

Es decir que en su primer párrafo, la norma hace referencia al control difuso de constitucionalidad –indicando que no puede hacerse de oficio, sino a pedido de parte– a realizar por todos los jueces de la Provincia; y en su segundo párrafo, ordena la caducidad de la norma cuando esta inconstitucionalidad es declarada por el Superior Tribunal de Justicia local.

f) Abrogación y derogación automática de la norma en la provincia de Río Negro

En Río Negro, el artículo 208 de la Constitución provincial señala que “[c]uando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.

Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo”.

Es decir que es menester que existan tres declaraciones unánimes de inconstitucionalidad por parte del Superior Tribunal, más seis meses de silencio legislativo en cuanto al ajuste o enmienda de la oposición legal con la Constitución luego de la puesta en conocimiento de la Legislatura Provincial, a fin de que se produzca la derogación de una ley que, en consecuencia, no subsiste como vigente.

Cuando no se trata de una ley sino de una norma inferior, es suficiente la triple declaración judicial.

Mas la Constitución indica que corresponde que la declaración abrogatoria se resuelva expresamente y por separado.

g) Efecto derogatorio por imposibilidad de aplicar nuevamente en la provincia de Jujuy

En Jujuy, es por ley (Ley 4346) y no por disposición constitucional que se define la declaración general de inconstitucionalidad. La ley ordena que “[e]l Superior Tribunal de Justicia, en pleno, conocerá originariamente en las demandas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan en materia regida por la Constitución de la Provincia” (artículo 1, ubicado en el Capítulo I de “Pretensión de inconstitucionalidad”).

“Se limitará a declarar la inconstitucionalidad o no de la norma cuestionada (...) Declarada la inconstitucionalidad de la norma cuestionada no podrá volver a ser aplicada, si se tratare de una disposición de carácter general, salvo que la inconstitucionalidad

no proviniera de la norma sino de su errónea interpretación o defectuosa aplicación” (artículo 7, incisos 2 y 3 del mismo Capítulo).

Es decir que primero se debe intentar hacer la “interpretación conforme”. Si ello no es posible pues no hay errónea interpretación o defectuosa aplicación, la declaración de inconstitucionalidad, que es siempre la última *ratio* del ordenamiento jurídico, impone un límite aún más férreo tratándose del control de constitucionalidad propuesto a través de la acción que regula la ley 4346, pues los efectos de su declaración importan, en los hechos, la derogación del precepto cuestionado, a tenor de lo que dispone su art. 7, inc. 3: “declarada la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, no podrá volver a ser aplicada, si se tratare de una disposición de carácter general”.

XIV. EL FALLO “THOMAS” Y EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA FEDERAL

En el caso “Thomas”, una jueza federal de Mendoza decidió a título cautelar e *in audita parte* suspender –en forma general– la aplicación íntegra de una norma (la ley 26.522 de comunicaciones audiovisuales), entonces recién dictada por el Congreso, acogiendo la pretensión de un diputado perteneciente a los bloques perdidosos en la votación. La Cámara de Apelaciones confirmó la cautelar. Contra esta decisión, el Estado Nacional –Honorable Cámara de Diputados de la Nación– interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia nacional, que fue concedido.

En el caso, hubo un intento de poner en cabeza de la instancia inferior del Poder Judicial la facultad de emitir el equivalente de una virtual “contra-ley” para regir a título cautelar hasta tanto se expidiera la Corte Suprema. Esto implica claramente el avance indebido de un poder, el Poder Judicial, sobre otro: el Poder Legislativo. La decisión desvirtúa el sentido del control judicial difuso de constitucionalidad.

El modelo adoptado por la Constitución Nacional fue el del control judicial difuso, en casos particulares y concretos, no preventivo sino reparador, es decir, luego de estar en plena vigencia la norma, que circunscribe los efectos de la declaración de inconstitucionalidad exclusivamente al juicio en el que es dictada. De esta manera, si bien cualquier juez de cualquier instancia y fuero puede declarar una inconstitucionalidad en un litigio, dicha declaración nunca invalida la aplicación de la norma en general.

En un sistema de control judicial difuso, asignarle a la declaración de inconstitucionalidad de una norma efectos *erga omnes* le habría conferido a cada juez del Poder Judicial una posición de supremacía sobre los otros poderes incompatible con el equilibrio que requiere la clásica fórmula republicana. Por eso, además de la limitación de los efectos al caso concreto, la misma justicia se autoimpuso una serie de condicionamientos a la potestad de control.

Dijo la Corte Suprema en el caso que no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*, lo que no se ajusta a la Constitución Nacional y tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes y el modelo de control de constitucionalidad.

El Tribunal destacó que la misión de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes, reconociendo las facultades que constituyen la competencia del Congreso de la Nación.

Aclaró el Tribunal que el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense, y el centralizado o austríaco. Conforme al primer modelo, cualquier juez puede en un proceso declarar la inconstitucionalidad de una norma y, en consecuencia, sentenciar sin aplicarla. Conforme al segundo modelo, un único tribunal puede juzgar la inconstitucionalidad de la norma, pero en el supuesto de que lo haga, esta no solo no se aplica al caso, sino que pierde vigencia *erga omnes*.

Pero no existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros en forma que la competencia para hacer caer *erga omnes* la vigencia de la norma se disperse en todos los jueces, simplemente porque la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes. Ningún juez (tampoco la Corte Suprema) tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes*. Si no la tiene en la sentencia que decide el fondo de la cuestión, menos aún puede ejercerla cautelarmente.

La suspensión cautelar de la vigencia de una norma dispuesta por un tribunal presupone que este se atribuye la competencia para sentenciar en definitiva con idéntico poder, y ese poder no lo confiere la Constitución a ningún juez ni tribunal de la Nación.

XV. CONCLUSIÓN FINAL

En la Argentina, la Constitución Nacional prescribe diversas relaciones entre la Nación y las provincias.

La descentralización jurídico-política implica que cada provincia está habilitada para dictar su constitución y ejercer las propias facultades a través de sus poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). Cada poder, el federal y el local, actúan dentro del marco de sus respectivas competencias. Coexisten, así, dentro del mismo territorio, dos órdenes gubernativos diferentes: el gobierno central y los gobiernos locales.

En cada orden, la Constitución controla a la ley y la ley no puede alterar la respectiva Constitución: si sobrepasa ese límite, es inconstitucional. Pero mientras que en los sistemas provinciales hay alguna variedad al respecto, en el sistema federal ningún juez en Argentina puede declarar la inconstitucionalidad si no es en un caso concreto iniciado por quien tiene interés suficiente para legitimarlo; y la declaración de la inconstitucionalidad solo tiene efecto relativo, es decir que únicamente afecta a quienes han intervenido en el juicio.



ACCESO A JUSTICIA: LA OFICINA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

> Paula Feldman *

> Analía S. Monferrer **

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto abordar la experiencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la implementación de políticas de Estado vinculadas con el acceso a la justicia de las personas afectadas por situaciones de violencia doméstica.

Nos ocuparemos de analizar una de las más actuales y novedosas dependencias del Tribunal: la Oficina de Violencia Doméstica¹. Describiremos las características de su funcionamiento, para luego concentrarnos en analizar las múltiples implicancias que esta Oficina ha traído al ámbito del Poder Judicial, pues tanto la propia actividad de la OVD como la interacción que se mantiene con diferentes sectores de la justicia han comenzado a remover y modificar conceptos y pautas culturales arraigados en el Poder Judicial.

En el transcurso del trabajo, nos referiremos al aporte que el sistema de gestión diseñado por el propio tribunal brinda diariamente: los datos estadísticos, a través de los cuales estamos en condiciones de derribar algunos mitos y prejuicios instalados en el imaginario colectivo; también, a las directivas de los instrumentos internacionales vinculados a estos temas, que deben servir de guía en el momento de poner en marcha los mecanismos de las prácticas judiciales.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El proyecto de creación de una oficina para la atención de casos de violencia doméstica se remonta al año 2004, cuando la Corte Suprema convocó a juezas y jueces –de diferentes instancias y fueros–, funcionarias y funcionarios del Poder Judicial, y representantes de los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa² para elaborar el diseño de una oficina, dependiente de la máxima autoridad del Poder Judicial, que permitiera la racionalización de los recursos y facilitara el acceso a la justicia de las personas afectadas por esta problemática.

La convocatoria efectuada por la Corte se debió, por un lado, al requerimiento de quienes integraban la magistratura en el ámbito civil con competencia en asuntos de familia de contar con los elementos exigidos por la ley³ para estar en condiciones de decidir acerca de la adopción de medidas de protección. A su vez, era común

* Prosecretaría Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

** Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹ En adelante, OVD.

² Acordada 33/04 CSJN.

³ Informe de riesgo exigido por el art. 29 de la ley 24.417 (decreto reglamentario 1011/2010).

constatar que la persona que se acercaba a la dependencia judicial lo hacía luego de transitar un largo recorrido por diversas instituciones sin que existiera un registro de ese camino.

Por otra parte, en el año 2003, una investigación realizada por AMJA⁴ dio cuenta del sub-registro de los casos de violencia doméstica en la justicia ordinaria de la Capital Federal. Para constatar tal situación, se llevó a cabo un relevamiento de cada expediente en trámite en un juzgado civil de familia y en dos juzgados del fuero penal (uno correccional y uno de instrucción).

Las estadísticas registradas en el Poder Judicial se muestran tal como son calificados los casos al inicio del proceso. En el ámbito civil, sabemos cuántos expedientes se han iniciado en virtud de la ley 24.417 de violencia familiar, pero quedan fuera de ese registro aquellos episodios de violencia doméstica que surjan en otros procesos tales como divorcios, sucesiones, régimen de visitas, pedidos de alimentos, etc.

En el fuero penal, los datos estadísticos están asociados a cada tipo penal del Código Penal. Así, solo surgen inmediatamente vinculados a hechos de violencia doméstica los procesos en los cuales se investigan homicidios o lesiones agravados por el vínculo y los hechos que configuran los tipos penales que solo pueden llevarse a cabo en contextos de violencia doméstica⁵. En este fuero, por ejemplo, en el juzgado correccional relevado, según el sistema estadístico, solo el 5% de los casos se encontraba asociado a hechos de violencia doméstica; sin embargo, luego del relevamiento, se verificó que el 25% de las causas en trámite tenían esas características.

Esta investigación arrojó, además, una característica particular: el claro sesgo de discriminación de género en la investigación de estos hechos. Volveremos más adelante sobre este aspecto.

Así, el Grupo de Trabajo⁶ comenzó con sus tareas al reunirse por primera vez, el día 7 de octubre del año 2004⁷. A partir de allí y después de un arduo trabajo que implicó numerosas reuniones con quienes integran la justicia civil –quienes se mostraron comprometidos con el proyecto desde el inicio–, con representantes de la rama ejecutiva del gobierno local, con organizaciones no gubernamentales, en febrero del año 2005 se elevó el anteproyecto de creación de la OVD. Fue aprobado por la Corte Suprema en diciembre de 2006⁸. Se lanzó la convocatoria pública

4 Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, “El tratamiento de la violencia doméstica en la justicia ordinaria de la Capital Federal”, en <www.amja.org.ar>.

5 El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944) y el impedimento de contacto de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente (ley 24.270).

6 Acordada 33/04 CSJN (integrantes en la actualidad: Gladys Álvarez, Horacio Barberis, Laura Balart, María Inés Coutinho, José Luis Galmarini, Graciela Medina, Silvia Palomero, Fernando Ramírez).

7 Es importante destacar las fechas, pues la CSJN advirtió el estado de situación de la respuesta del Poder Judicial y de los obstáculos en el acceso a la justicia de las víctimas mucho tiempo antes de que se emitiera el Informe de Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue publicado en el año 2007 y en el que se recogen informes de recopilación de datos de los años 2005 y 2006.

8 Acordada 39/06 CSJN.

para integrar los equipos en el año 2007 prescindiendo el Tribunal, en esa oportunidad, de las prerrogativas de discrecionalidad en el nombramiento de su personal, y la capacitación de las/os profesionales comenzó en el mes de agosto del año 2008.

FUNCIONAMIENTO DE LA OVD

El 15 de septiembre del año 2008, la OVD inició sus funciones de atención al público.

La Oficina desarrolla actividades las 24 horas del día todos los días del año. Está integrada por un equipo interdisciplinario con profesionales de las áreas del derecho, la medicina, la psicología y el trabajo social, lo que permite que la atención completa se desarrolle en un único momento. Esta modalidad posibilita que, una vez terminada la entrevista, se obtenga un acta que da cuenta del relato de la persona, un informe con la evaluación del riesgo que surja de su relato y un informe médico si resulta necesario constatar las lesiones que la persona presente.

Se atienden casos en los cuales el hecho de violencia haya ocurrido en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires o cuando la persona resida o trabaje en la Ciudad. Aquellos casos que no puedan ingresar a conocimiento de la Oficina son derivados al lugar específico de atención de la jurisdicción de la que se trate.

El relato que da cuenta del episodio de violencia doméstica puede ser brindado por la persona que se considera afectada o por cualquier otra que refiera hechos que afectan a otra.

El equipo de atención guía la entrevista para que, en primer lugar, se asienten en el acta los detalles del hecho que motiva la presentación de la persona en la sede de la Oficina. Luego, si de ese relato surgiera la posible comisión de un delito, el equipo profesional realiza las preguntas necesarias para describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan encuadrar, en su caso, el hecho en el tipo penal que corresponda. Se hacen preguntas orientadas a trazar la historia familiar de las personas involucradas en el hecho de violencia de forma tal de poder obtener información para que, junto con las características del hecho, se extraigan los indicadores tendientes a establecer el nivel de riesgo en el que se encuentra la persona afectada.

El informe de riesgo es uno de los elementos más importantes que la OVD aporta al Poder Judicial: es el informe que da cuenta de la evaluación de riesgo que tiene como base de análisis la cantidad y el tipo de indicadores de riesgo que reúne la situación. A este análisis se suma el del tiempo en el que la persona que aparece como afectada estuvo expuesta a la situación de violencia. Algunos indicadores que se tienen en cuenta son, por ejemplo, la existencia de lesiones físicas en la persona que aparece como víctima, la presencia y/o el acceso a armas, la presencia de diferentes tipos de violencia, la necesidad de huir de la vivienda por razones de seguridad, el abuso de drogas y/o alcohol por parte de la persona indicada como agresora, la existencia de intervenciones judiciales previas, la celotipia, la naturalización y aceptación de la violencia por parte de la víctima, la dependencia económica, la falta de una red social que pueda servir de sostén, el aislamiento de quien se presenta como víctima, entre otros.

Es importante destacar que en la Oficina no se verifica la veracidad del relato que se recibe. El objetivo de la OVD es dar cuenta de la situación que surge de ese relato cuyo principal destinatario/o es la jueza o juez del juzgado al que, eventualmente, se derive el caso, para la evaluación de la adopción de medidas de protección y/o investigación penal. El análisis sobre la veracidad del relato es competencia judicial, no del equipo de profesionales.

Una vez confeccionada el acta y realizados el informe de evaluación de riesgo y el médico –que dará cuenta de la descripción de las lesiones que se observen–, se pone en conocimiento de la persona las opciones judiciales y no judiciales que tiene a su alcance, de forma tal que pueda manifestar aquella que desee seguir. Luego de su decisión, se deja constancia de lo escogido y se procede a las derivaciones que correspondan.

Estas derivaciones pueden ser judiciales y no judiciales. Dentro de las derivaciones no judiciales, encontramos las que pueden realizarse, principalmente, a la Dirección General de la Mujer (en cuya órbita funciona el Refugio para víctimas de violencia doméstica y los centros integrales de la mujer, en los que se ofrece asesoramiento jurídico, acompañamiento y participación en grupos de ayuda mutua), a los centros de salud, y a los servicios de asesoramiento y patrocinio jurídico gratuitos.

Dentro de las judiciales, los casos son enviados a conocimiento de la justicia nacional en lo civil con competencia en asuntos de familia (en el 95% de los casos) y a la justicia penal (en el 75% de los casos) –de instrucción y correccional nacional, y penal contravencional local–. En la mayoría de los casos, hay derivaciones simultáneas a civil y a penal.

Si bien el trabajo del equipo de profesionales termina con la entrevista de la persona y la derivación del caso, el plantel del área de administración lleva a cabo el seguimiento de la derivación efectuada, lo que permite analizar la respuesta del Poder Judicial en la atención de estos casos.

ALGUNOS DATOS

Ya hemos mencionado que uno de los aportes de las características de la atención en la OVD es el desarrollo de su sistema de gestión, diseñado, puesto en marcha y continuamente actualizado por el personal de la Dirección de Sistemas del Tribunal⁹. Desde el inicio del proyecto, se trabajó en forma conjunta para que el sistema pueda recoger la información necesaria para la evaluación del funcionamiento de la Oficina¹⁰ y aportar datos que permitan la elaboración de políticas públicas por parte de las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno nacional y los locales¹¹.

⁹ La Dirección de Sistemas de la CSJN se encuentra a cargo del Lic. Alfredo Catoira.

¹⁰ Con base en estos datos es que el personal de la OVD fue aumentando. En septiembre de 2008, desempeñaban funciones 72 personas; a principios de 2014, lo harán 126.

¹¹ Por ejemplo, la Dirección General de la Mujer del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires habilitó la atención durante las 24 hs. de uno de sus Centros Integrales de la Mujer, al tener en cuenta los datos de la OVD con relación a la cantidad de personas que acuden durante las noches.

Uno de los primeros datos que confirman que la decisión de la Corte Suprema acerca del funcionamiento de una oficina durante las 24 horas fue la correcta es que casi el 60% de los casos son atendidos fuera del horario de tribunales. Esa decisión inicial tuvo en cuenta las características de los hechos de violencia doméstica y la difícil situación en la que se encuentran quienes aparecen como víctimas. En la dinámica de los hechos de violencia doméstica, se observa el denominado “círculo de la violencia”, que se repite una y otra vez. Por esta dinámica, cuando una víctima toma la decisión de acudir a una autoridad (administrativa, de seguridad, judicial, etc.), el Estado debe estar listo para brindar una respuesta adecuada; de lo contrario, es posible que la persona no se anime o no pueda hacerlo en una segunda oportunidad.

Esto ha implicado, a su vez, un aumento en la cantidad de casos que son sometidos a conocimiento de la magistratura. Si bien no es objeto de este trabajo, es necesario destacar que debe encararse un profundo análisis respecto de la composición, estructura, recursos y horarios de atención de los juzgados nacionales en lo civil y penal.

La OVD es una oficina que atiende casos de violencia doméstica. Si bien no es una dependencia que se dedique exclusivamente a la violencia de género, los datos muestran que de las personas afectadas las mujeres representan el 64%, las niñas, el 15%, los niños, el 14%, y los varones, el 7%. Si dejamos de lado las franjas etarias, el 79% de las víctimas son mujeres y el 21%, varones. Es interesante este aspecto, puesto que mientras que para los varones pareciera ser que la situación de vulnerabilidad está dada por la franja etaria a la que pertenecen¹², para las mujeres lo es la pertenencia a ese sexo biológico, ya que aparecen como víctimas durante toda su vida¹³.

Respecto del nivel de instrucción y dentro del grupo de mujeres víctimas, el 24% posee estudios secundarios completos, el 21%, secundarios incompletos, y solo el 7%, universitarios completos¹⁴.

Con relación a los barrios en los que viven las personas que acuden a la OVD, entre los primeros diez encontramos a Caballito y Palermo por ejemplo, tradicionalmente vinculados a sectores socio-económicos medios y altos.

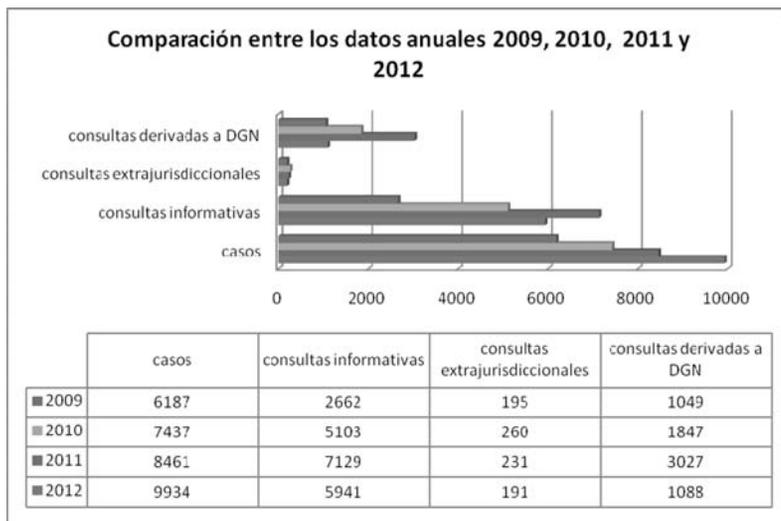
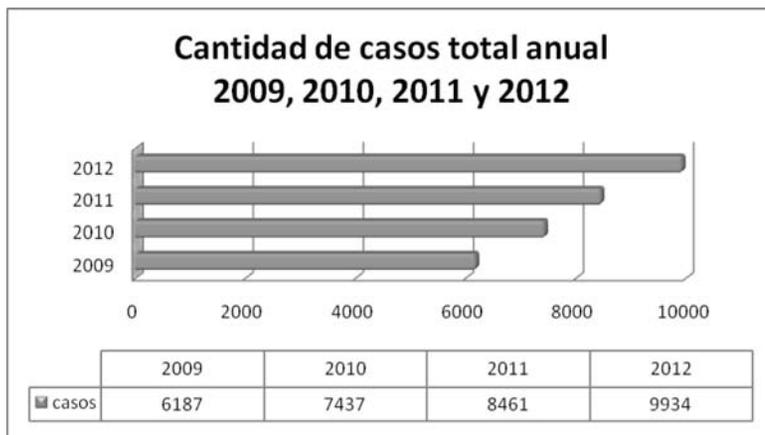
Algunos gráficos que se agregan a continuación permiten visualizar la cantidad de casos de violencia doméstica ingresados a la Oficina¹⁵:

12 Desde hace un tiempo, se ha notado el incremento de las situaciones en las que aparecen como víctimas los varones adultos mayores por parte de sus hijos también adultos. Por otra parte, en las ocasiones en las que varones adultos se presentan como afectados, en numerosos casos quienes aparecen en riesgo según la evaluación hecha por los equipos de la OVD son los hijos y/o la mujer que se denuncia como autora de la violencia. Por eso mismo, se está trabajando internamente en una investigación que describa cualitativamente este tipo de hechos y que se prevé que estará en condiciones de ser presentada a fines del año 2014.

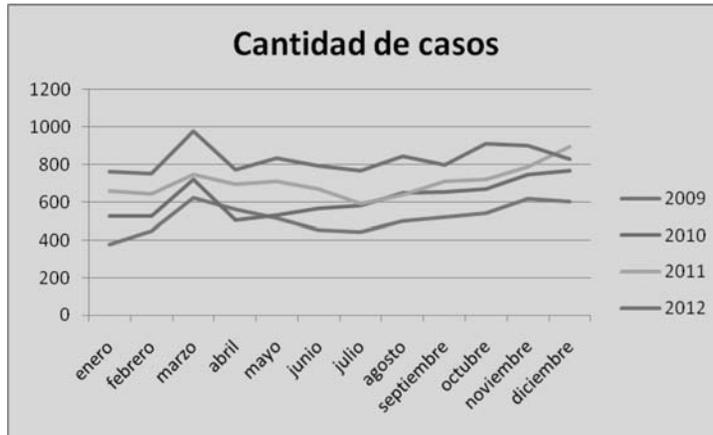
13 Según las Naciones Unidas, una de cada tres mujeres sufrirá algún tipo de violencia en su vida.

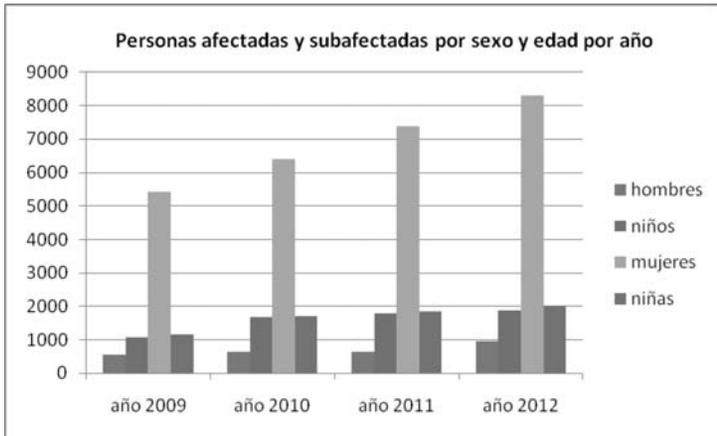
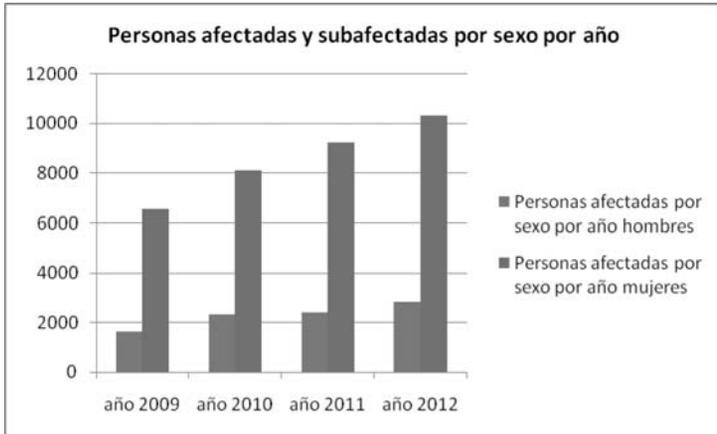
14 Si bien hay consenso según las diferentes investigaciones que se llevan a cabo en numerosos países y los datos de las agencias de Naciones Unidas en establecer que la violencia doméstica no distingue entre sectores socioeconómicos ni niveles de instrucción, es posible observar que quienes poseen un mayor nivel de instrucción pueden sobrellevar la etapa posterior a la denuncia del hecho de violencia con mayores recursos (comprensión de las diferentes etapas del proceso, acceso a mejores servicios de patrocinios jurídicos, por ejemplo).

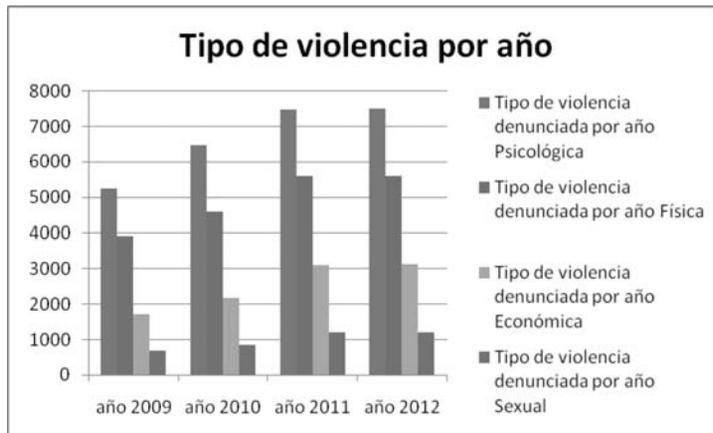
15 Se muestran los datos comparativos por año calendario; por eso, se comenzó con el año 2009. En dos de los gráficos insertos, se menciona a la cantidad de personas afectadas y sub-afectadas. Este último término se refiere a aquellas personas que no se han presentado directa-



mente en la OVD, pero sobre las cuales el equipo de la Oficina ha evaluado una situación de riesgo. El ejemplo típico es el de la mujer que se presenta para relatar hechos de violencia que la afectan y de su relato surgen situaciones de violencia hacia niñas y niños. Por eso, en los datos de la OVD no coinciden los números de casos con los de las personas afectadas y/o denunciadas, pues un caso puede referir a hechos que afectan a más de una persona.







Desde el 15 de septiembre de 2008 y hasta el 15 de septiembre de 2013, han ingresado a la OVD 40.693 casos y se han atendido 24.734 consultas informativas¹⁶.

AVANCES Y OBSTÁCULOS

A partir del primer día de funcionamiento de la OVD, se consiguió el avance más significativo en las respuestas que brinda el Poder Judicial. Hasta ese entonces, el informe de riesgo que debían realizar tanto el equipo interdisciplinario dependiente del Ministerio de Justicia como el equipo especializado del Cuerpo Médico Forense se llevaba a cabo en un plazo de tres a cuatro meses. Esto implicaba que juezas y jueces del fuero civil o bien esperaban la confección de ese informe o bien debían resolver la situación planteada sin poder contar con toda la información necesaria.

Las características de atención en la Oficina logran que, a más tardar, en 72 horas¹⁷ se adopte la decisión acerca de la pertinencia o no del dictado de medidas de protección, ya que quienes integran la magistratura están en condiciones de evaluar la situación planteada con un acta, el informe de riesgo y el informe médico. Lo más común es que el mismo día en el que las actuaciones son recibidas en la dependencia judicial, se resuelva en el momento acerca de la adopción de las medidas cautelares.

En el fuero penal, la situación adquirió características distintas. Al inicio de este trabajo, mencionamos que la investigación llevada a cabo por AMJA¹⁸,

¹⁶ Las consultas informativas y extrajurisdiccionales son aquellas constancias que reflejan la atención brindada a las personas que se presentan en la OVD solicitando información general respecto de los cursos de acción posible frente a un caso de violencia doméstica y/o sobre los recursos existentes en sus jurisdicciones.

¹⁷ Si bien la OVD funciona las 24 horas, los juzgados mantienen su horario de trabajo tradicional.

¹⁸ La investigación fue dirigida por el Dr. Fernando R. Ramírez, Juez de Cámara, integrante del

además del sub-registro de los casos de violencia doméstica, había dejado al descubierto el claro sesgo de discriminación con base en el género en el trámite de los casos.

Durante el primer año de funcionamiento de la OVD, esta situación se mantuvo igual. Los casos concluían con dictámenes del Ministerio Público Fiscal en los que se solicitaba el archivo de las actuaciones por razones tales como que el derecho penal incrementaba el conflicto ya desatado en el núcleo familiar o bien que no había testigos presenciales del hecho para iniciar una investigación. Si bien todavía es posible detectar este tipo de fundamentos, cada vez son menos los procesos en los que esto ocurre.

Este tipo de razones para no llevar adelante la investigación penal en los casos de violencia doméstica implicaba un desconocimiento de las particularidades de los casos de violencia en los cuales, en su gran mayoría, la única testigo de la situación es la propia víctima. Por otra parte, argumentar de tal manera colisionaba con las obligaciones asumidas por nuestro Estado a través de la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como Convención de Belém do Pará¹⁹, según la cual deben establecerse procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos²⁰.

Así lo han entendido algunas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional al revocar los sobreseimientos dictados en la etapa de instrucción con base en esos argumentos²¹.

Por ello, en la entrevista a cargo del equipo interdisciplinario es que se intentan recabar todos los datos destinados a establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían ocurrido los hechos relatados.

Otra de las medidas dispuestas en la OVD y que ha permitido disminuir la re-victimización en los procesos judiciales es la grabación de todas las entrevistas. Una simple observación del recorrido de las víctimas en los casos de violencia doméstica permite detectar algunas malas prácticas instaladas en los procesos de investigación en el fuero penal. Una de ellas es la reiteración de la recepción del relato de la persona afectada por un hecho de violencia. Históricamente, ha tenido que contar lo que le sucedió ante la policía, ante el personal del centro de salud, en el juzgado, en la fiscalía, en el Cuerpo Médico Forense y ante el tribunal en el cual se sustancia el debate oral y público. Debido a esto, se decidió grabar obligatoriamente en un formato de audio todas las entrevistas que se llevan a cabo en la OVD. De esta forma, ante alguna duda acerca de lo sucedido durante la atención en la Oficina, quienes integran la magistratura y el Ministerio Público Fiscal pueden escuchar directamente el relato de quien aparece como víctima, evitando citas innecesarias.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, y puede encontrarse en <www.amja.org.ar>.

19 Ley 24.632.

20 Art. 7 de la Convención de Belém do Pará.

21 Como ejemplo, las resoluciones 36.909 “S.B.,E.I. s/lesiones leves” y 37.164 “A.,A.M. s/ lesiones” - Sala V de la CNCyC.

Es muy común que en numerosas investigaciones judiciales, tanto quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal como quienes deciden acerca de la conducción del proceso citen a las víctimas con el objeto de ratificar la denuncia bajo apercibimiento de archivar las causas. No es un dato menor señalar que no existe norma alguna que exija tal ratificación; sin embargo, aparecería como razonable la ampliación de los términos de la denuncia a los fines de determinar un encuadre típico y así establecer la competencia sobre la materia.

La citación en tales circunstancias muchas veces tiene un efecto disuasorio en la víctima, quien, inmersa en el “círculo de la violencia”, se arrepiente de la decisión tomada previamente. Además, con el desistimiento de la víctima muchos funcionarios logran dar por finalizado el proceso, contraviniendo las disposiciones legales y las indicaciones constitucionales.

Los delitos de lesiones leves y abuso sexual son delitos dependientes de instancia privada; es decir, son delitos de acción pública, pero para que el mecanismo estatal de investigación se ponga en marcha es necesario que la propia víctima así lo desee. Aquí es importante destacar que cuando la persona manifiesta ese deseo en la sede de la Oficina de Violencia Doméstica, lo hace frente a funcionarios judiciales, en una dependencia judicial que depende de la máxima autoridad de uno de los tres poderes del Estado. Por ello, creemos que la exigencia de ratificación de esa manifestación constituye un exceso ritual manifiesto que pone en jaque la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia para investigar la violencia contra la mujer²².

Aunque supera el alcance de esta presentación, nos interesa dejar planteada en este punto la discusión que puede darse sobre la característica de delitos dependientes de instancia privada, de lesiones y abusos sexuales. Si la violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos, ¿es necesaria la voluntad de la víctima para supeditar la investigación de estos hechos?

Otro de los argumentos encontrados es que el solo testimonio de la víctima no resulta suficiente para avanzar en la investigación ni para fundar una sentencia condenatoria. Bajo el marco de la Convenciones Cedaw y Belém do Pará, juezas, jueces y fiscales deben estar alertas para encontrar los elementos de prueba que permitan encauzar la investigación. No es lo mismo que se culmine el proceso porque se arroja un manto de sospecha sobre el testimonio de la víctima y se solicitan peritajes de dudosa constitucionalidad respecto de las características de su personalidad²³ que llegar al mismo resultado porque se agotó la búsqueda de elementos de prueba que permitan el dictado de una sentencia condenatoria. Esto no significa pretender la condena para cada persona imputada de haber llevado a cabo un hecho calificado como *delito*, sino que en el proceso de investigación se respeten los lineamientos constitucionales en la materia. Así, deberán tenerse en cuenta las lesiones que presente la víctima, recabar

²² Art. 7 de la Convención de Belém do Pará.

²³ Es común advertir solicitudes de peritajes acerca de la capacidad de fabulación en las víctimas. Lo interesante es que solo aparecen en los casos de violencia doméstica y/o sexual; sin embargo, no se encuentran pedidos del Ministerio Público Fiscal para la realización de exámenes que comprueben si el relato del varón que denuncia el robo de un automóvil presenta signos de fabulación.

información de los vecinos, obtener historias clínicas que informen acerca del historial de violencia, analizar la existencia de denuncias anteriores, etc.

Asimismo, se han hallado dictámenes del Ministerio Público Fiscal en los que se ha solicitado el archivo por considerarse que la aplicación del derecho penal incrementa el conflicto previamente desatado dentro del núcleo familiar.

Creemos que el derecho penal no soluciona el conflicto planteado, puesto que ese no es su objetivo: lo es, en cambio, tratar de averiguar la verdad de lo ocurrido y aplicar la ley penal. En tales circunstancias, la imposición de una sanción podría ser considerada como un mero castigo. Ahora, esto ocurre con todos los casos sometidos a consideración de los tribunales criminales²⁴. El intento de colocar como valla frente a la aplicación del sistema penal a la familia o al grupo afectivo en el cual el hecho de violencia habría ocurrido solo logra reforzar los estereotipos acerca de que lo que ocurre en el ámbito del hogar debe permanecer en reserva, en un ámbito privado. Implica, en suma, colocar a las personas afectadas por el hecho violento en una situación de mayor desprotección.

Estamos de acuerdo en considerar que frente a grupos familiares y/o afectivos en los que las relaciones se desenvuelven en un pie de igualdad, el Estado no tiene motivo alguno para inmiscuirse; ahora bien, una vez que alguna/o de sus integrantes ha solicitado la acción del Estado frente a la violación de sus derechos, este se encuentra obligado a intervenir para poner fin a la situación de violencia y lograr el empoderamiento de las víctimas en pos de lograr una salida de esa situación.

En este punto, la actuación del Poder Judicial deviene fundamental. No es mucho lo que puede hacer en cuanto a la prevención, toda vez que comienza a actuar cuando ya se ha suscitado el conflicto. Pero una vez iniciada su intervención, deben cumplirse todos los pasos necesarios para abordar una investigación eficaz que permita, en su caso, la sanción de la persona agresora. La intervención oportuna y eficaz del Poder Judicial envía un mensaje: la violencia contra las mujeres es una violación de derechos humanos y no es tolerable.

La adopción de medidas de protección puede actuar, efectivamente, como mecanismo de prevención para evitar hechos futuros más graves. Estas medidas no afectan los derechos y garantías otorgados a las personas imputadas en los procesos penales. El objetivo es lograr una armonización entre ambos sistemas de protección.

A su vez, consideramos que no debe dejarse de lado el papel simbólico del derecho penal. Más allá de su efectiva aplicación, es importante destacar que aún continúa siendo un inventario de conductas consideradas disvaliosas y a través del cual se pretende disuadir acerca de su realización.

Por otra parte, si bien seguimos encontrando esta clase de argumentaciones en estos procesos, lo cierto es que también comenzamos a hallar posiciones contrarias a estas y acordes a los instrumentos internacionales. Así, podemos observar resoluciones en las que, a pesar de que la víctima se haya presentado en sede judicial relatando que había retomado la convivencia con el agresor, el juez de instrucción

24

No hemos encontrado estos argumentos en casos de delitos contra la propiedad, por ejemplo.

continuó con el proceso en virtud de la obligación de investigar impuesta tanto por el principio de legalidad como por la Convención de Belém do Pará. Son casos en los que se ha hecho hincapié en que hay una exigencia mayor en quienes investigan y que al valorar los elementos de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica deben tenerse en cuenta los indicios que surjan de ellos²⁵; casos en los que se ha rechazado la aplicación de la suspensión del proceso a prueba²⁶.

En este último supuesto, ya no hay dudas. La máxima autoridad del Poder Judicial considera que la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente²⁷, y si bien las decisiones de la Corte Suprema no son obligatorias, resultan una guía ineludible al momento de resolver un caso.

El análisis de los casos de violencia doméstica no se agota solo en la observación de las resoluciones judiciales, sino que es necesario modificar los prejuicios arraigados incluso dentro del mismo Poder Judicial. Los fallos dictados por los tribunales son un buen comienzo para analizar los cambios que se van produciendo respecto de su tratamiento. La misma Corte Suprema ha dicho que los jueces no son meros funcionarios públicos, sino que a través de sus sentencias están obligados a modificar las pautas socio-culturales de conducta que provocan discriminación²⁸.

También, en un Estado federal, este tipo de políticas debe ser implementada a lo largo de todo el país. En tal sentido, el intento de brindar una mejor respuesta a los casos de violencia doméstica es una política compartida por todos los Superiores Tribunales de las provincias de nuestro país. La Corte Suprema ha firmado convenios marco de cooperación con todos ellos, con el objeto de aunar esfuerzos en esta materia.

Como resultado de esos convenios, se encuentran actualmente en funcionamiento Oficinas de Violencia Doméstica en Tucumán, Santiago del Estero, Salta y Santa Cruz.

En la provincia de Tucumán, a partir de este año, ha comenzado a funcionar una nueva sede en la circunscripción judicial de Concepción. En la provincia de Santiago del Estero, además de la sede de la ciudad capital –que funciona las 24 horas–, existen sedes en las ciudades de Añatuya, Termas y Frías. La OVD de Río Gallegos comenzó con sus funciones en el mes de febrero de 2013. También se encuentran aprobadas formalmente las creaciones de las OVD de Jujuy y Entre Ríos.

DESAFÍOS

La descripción que hemos hecho en este trabajo muestra a un Poder Judicial comprometido seriamente en facilitar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia

25 Causa n° 20.289/08, “S.,L.F.”, del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 10, procesamiento de fecha 12/08/2009.

26 Como ejemplo, CNCP, Sala II, causa n° 13.240, “C.A.,M. s/ recurso de casación”, rta. 30/11/2010.

27 “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, de fecha 23/04/2013.

28 G.653.XXXIII -RHE- “González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”.

doméstica. Han sido sus integrantes quienes reclamaron una racionalización de los recursos en la atención de los casos de violencia doméstica; son sus integrantes quienes adoptan políticas de Estado para mejorar la situación de las víctimas; son quienes están modificando las respuestas que se brindaron en el pasado y las pautas de atención y resolución de los conflictos en pos de evitar la re-victimización.

Estos cambios son apenas un pequeño aporte que el Poder Judicial puede hacer dentro de un esquema más amplio de políticas públicas.

En tal sentido, la visibilización de la real magnitud y características de los episodios de violencia doméstica es uno de los más importantes aportes que se pueden hacer desde este Poder hacia los demás poderes para el diseño de políticas públicas que realmente impacten con un profundo cambio.

Desde la OVD se está trabajando en forma conjunta con las máximas autoridades judiciales provinciales para unificar el registro de datos estadísticos de los casos de violencia doméstica. El hecho de contar con datos uniformes en todo el país permitirá verificar las características y su verdadera dimensión.

Para ello, se ha implementado lo que se denominó Sistema Intermedio, con el objeto de recabar datos mínimos acerca de todos los casos de violencia doméstica que lleguen a conocimiento de las autoridades judiciales para que se puedan hacer análisis comparativos también con aquellas provincias que no cuentan con OVD en funcionamiento en sus jurisdicciones. Solo contando con datos precisos es posible establecer un diseño correcto de políticas públicas encaminadas a morigerar los efectos de la violencia²⁹. Y si bien se han logrado importantes avances en la respuesta que brinda el Poder Judicial, queda mucho trabajo por hacer aún.

Queremos señalar además que para un correcto tratamiento de la violencia doméstica, tanto en el ámbito civil como en el penal es necesario recurrir a la perspectiva de género. Esta perspectiva es la que nos permite medir el diferente impacto sobre varones y mujeres de cualquier decisión que se adopte en el ámbito que sea.

La violencia doméstica constituye una de las manifestaciones de la violencia basada en el género. Para lograr un análisis correcto de los casos de violencia, esta perspectiva debe estar presente, y ello implica partir de la base de una desigualdad estructural entre varones y mujeres que coloca a unas en una situación inferior a la de otros. Es necesario también subrayar que esta visión no es producto de preferencias personales, sino que es una obligación asumida por el Estado. En el preámbulo de la Convención de Belém do Pará, se afirma que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Por otra parte, como lo ha manifestado en diversas oportunidades la Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Elena I. Highton

²⁹ En <<http://www.endvawnow.org/es/articles/301-consecuencias-y-costos.html>>. La violencia doméstica trae aparejados determinados costos que pueden influir en la disminución del PBI de los países. Ejemplos de estos costos son las enfermedades físicas, enfermedades mentales, lesiones inmediatas por el hecho de violencia, enfermedades infecto-contagiosas, riesgos en la salud materna, pérdida de días laborales, baja productividad, bajos ingresos, habilidades deficientes para el funcionamiento social, servicios médicos, judiciales, jurídicos, sociales y de protección.

de Nolasco, constituye una creencia errónea considerar que la sola presencia de mujeres en puestos importantes del Estado resulta suficiente para visibilizar las especiales situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran algunas mujeres. Es indispensable, además, que las mujeres que accedan a esos espacios tengan incorporada la perspectiva de género en su actividad, pues, de esta manera, se facilita la identificación del diferente impacto de las políticas que se implementan o de las omisiones que se lleven a cabo respecto de varones y mujeres. Las mujeres pueden imprimir su sello personal a ese espacio, pero en la medida en que ese lugar de privilegio que ocupan no sirva para mejorar la situación de otras mujeres que están en condiciones menos privilegiadas, no es posible calificar como alentador ese número de mujeres en cargos de trascendencia.

La presencia de mujeres incide en que haya más voces en todos los poderes del Estado y en la sociedad civil. Una sociedad democrática necesita de la diversidad y de la pluralidad. Esta representación de la diversidad debe estar imperiosamente en los cargos de decisión. Por ejemplo, en el Poder Judicial hay buenas señales que hablan de compromiso con la equidad de género; sin embargo, las estadísticas son claras: a los puestos de jerarquía llegan pocas mujeres. Los cambios sociales requieren profundos cambios individuales y cambios en la subjetividad de los individuos.

La minimización de los hechos de violencia por la mera eventualidad de haberse desarrollado en el marco de las relaciones familiares o dentro del hogar carece de asidero legal. Si lo que se quiere es incidir en la manera de administrar justicia, hay que aportar elementos de juicio con mirada de género a jueces y juezas. La experiencia indica que quienes padecen la violencia doméstica agravada por la falta de capacitación de los operadores del sistema afrontan el riesgo de una re-victimización, que consiste en el padecimiento de otro tipo de maltratos por parte de las instituciones. La re-victimización –insistimos sobre este punto– se puede evitar a través de medidas positivas tendientes a fortalecer a las personas afectadas por estos delitos.

En esta temática tan compleja y multidisciplinaria, no se trata simplemente de conocer normas y procedimientos, sino de sensibilizarse frente a la presencia de ese “otro/a” en especial situación de vulnerabilidad.

En definitiva, creemos que se ha iniciado un profundo proceso de transformación dentro de la estructura del Poder Judicial que permite avizorar un futuro en el que no solo se conozcan las leyes, sino que se comprenda la situación de vulnerabilidad y la protección especial que deben recibir las víctimas de violencia doméstica.



JURISPRUDENCIA

investigaciones

JURISPRUDENCIA

ABOGADOS. CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL. DEBER DE COMPORTARSE CON OBJETIVIDAD, MODERACIÓN Y DIGNIDAD. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** ABOGADO QUE ESCRIBE UNA CARTA PRIVADA A UN JUEZ PARA TRANSMITIRLE SUS CRÍTICAS. **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** DECISIONES ADMINISTRATIVAS. DISCRECIONALIDAD. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: el abogado D compareció, en representación de un cliente, ante un juez del Superior Tribunal de Québec, quien, durante su exposición, criticó sus argumentaciones. Al rechazar por escrito su pretensión, el juez abundó en críticas, acusándolo de utilizar una retórica grandilocuente, entablar discusiones ociosas, ser insolente y no hacer nada relativo al cumplimiento de sus cargas procesales. Entonces, D escribió una carta privada al juez tachándolo de detestable y arrogante y de ser fundamentalmente injusto, y acusándolo de ocultarse cobardemente detrás de su investidura, de mostrar una incapacidad crónica para manejarse socialmente, de ser pedante, agresivo y mezquino, y de ser propenso a servirse de su tribunal para lanzar ataques vulgares y desagradables.

Con base en dicha carta, el Síndico Auxiliar del Colegio de Abogados de Québec presentó una denuncia contra D en la que manifestaba que este había violado el art. 2.03 del Código de Ética Profesional, según el cual la conducta de los abogados “debe caracterizarse por la objetividad, la moderación y la dignidad”. Asimismo, la Comisión de Disciplina del Colegio de Abogados de Québec (Comisión) sostuvo que la carta era ofensiva, grosera e insultante, que las declaraciones vertidas en ella carecían de valor expresivo y que la conducta del juez, que fue amonestado por el Consejo de la Magistratura, no podía considerarse justificativo alguno para la redacción de la carta. Además, la Comisión rechazó el argumento de D según el cual el art. 2.03 viola el art. 2(b) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades y sostuvo que la restricción impuesta a la libertad de expresión era razonable. Debido a la gravedad de su conducta, D fue amonestado por la Comisión y su matrícula fue suspendida por 21 días. El abogado, entonces, apeló ante el Tribunal de las Profesiones, pero no cuestionó la constitucionalidad de la norma específica, sino que, por el contrario, argumentó que la sanción misma era violatoria de su libertad de expresión. El mencionado tribunal sostuvo que D había excedido los límites de la objetividad, la moderación y la dignidad que se esperaban de él, y que la decisión de sancionarlo constituía una restricción mínima a su libertad de expresión. Al revisar judicialmente esta decisión, el Superior Tribunal de Québec confirmó lo así resuelto.

D, entonces, recurrió al Tribunal de Apelaciones de Québec, pero no apeló la suspensión de su matrícula, sino que se limitó a cuestionar la decisión de amonestarlo por la violación a la Carta. El Tribunal de Apelaciones aplicó la doctrina del fallo Oakes con base en lo dispuesto por el art. 1 de la Carta y confirmó la amonestación. A esos efectos, sostuvo que la carta de D tenía escasa importancia comparada con los valores que subyacen en la libertad de expresión, que la decisión de la Comisión se

vinculaba razonablemente con la importante finalidad de proteger al público y que los efectos de la decisión eran proporcionales a los objetivos que esta perseguía.

Entonces, D. interpuso una apelación ante la Suprema Corte de Canadá.

2. Sentencia: se rechaza la apelación interpuesta.

A fin de determinar si quien adopta una decisión administrativa ha ejercido sus atribuciones discrecionales de conformidad con las garantías acordadas en la Carta, la revisión debe adoptar un enfoque de derecho administrativo y no un análisis del art. 1 en términos de la doctrina adoptada en Oakes. El estándar de la revisión es la razonabilidad.

Para evaluar si una norma violenta la Carta, es preciso hacer un balance entre los objetivos urgentes e importantes que persigue el gobierno y la medida en que ellos interfieren con el derecho cartario en cuestión. Si la norma solo interfiere con ese derecho en una medida que no excede lo razonablemente necesario para alcanzar sus fines, se considera proporcionada, vale decir, una restricción razonable en términos del art. 1. Pero para determinar si la toma de una decisión viola la Carta, es preciso hacer un balance de consideraciones un tanto diferentes aunque relacionadas, a saber, si quien adopta una decisión administrativa ha restringido un derecho garantizado en la Carta de manera desproporcionada y, por lo tanto, irrazonablemente. En ambos casos, se busca determinar si existe un balance adecuado entre derechos y fines perseguidos. El propósito de ambos ejercicios es asegurar que los derechos en cuestión no sean restringidos injustificadamente.

No hay ningún elemento desde un enfoque administrativista que intrínsecamente violente la sólida protección de las garantías y valores contenidos en la Carta. El enfoque del derecho administrativo reconoce que quienes toman decisiones administrativas están limitados por los derechos fundamentales, pero también están obligados a tomar decisiones relativas a los mismos, y la discrecionalidad administrativa se ejerce teniendo en cuenta las garantías constitucionales y los valores de los que estas son reflejo. Quien adopta una decisión administrativa y ejerce su poder de discreción de conformidad con la ley que lo rige posee, en virtud de su pericia y especialización, una particular familiaridad con las consideraciones contrapuestas que están en juego a la hora de sopesar los valores de la Carta y, en general, está en mejor posición para analizar el impacto que la garantía de la Carta en cuestión tiene sobre los hechos específicos del caso.

En la adopción de decisiones discrecionales, se debe realizar un balance entre los valores plasmados en la Carta y los fines perseguidos por la ley a fin de determinar de qué forma dichos valores quedan mejor protegidos a la luz de esos objetivos. Esta es la esencia del ejercicio de la proporcionalidad y exige de quien adopta la decisión hacer un balance entre la gravedad de la interferencia en las garantías de la Carta y los fines perseguidos por la norma.

Al realizar la revisión judicial, la cuestión consiste en evaluar el impacto de la garantía de la Carta en cuestión y las naturalezas de la decisión y del contexto normativo y fáctico, a fin de determinar si la decisión refleja un balance proporcionado entre los derechos garantizados en la Carta y los valores que están en juego. Si bien la revisión judicial se realiza dentro del marco administrativo, existe, empero, una

armonía conceptual entre el control de razonabilidad y la revisión en términos del estándar Oakes, ya que ambos contemplan el otorgamiento de un “margen de apreciación” o deferencia a los órganos administrativos y legislativos para que hagan un balance de los valores de la Carta con objetivos más amplios. En el contexto de la Carta, el control de razonabilidad se centra en la proporcionalidad, es decir, en garantizar que la decisión no interfiera en el derecho garantizado por la Carta más de lo que resulta necesario para cumplir los objetivos perseguidos. Si, por el contrario, refleja un equilibrio adecuado entre el mandato y las garantías de la Carta, entonces resulta razonable. Sin embargo, tanto quienes adoptan decisiones como los tribunales de revisión deben, en su análisis, tener en especial consideración la importancia fundamental de los valores de la Carta.

En este caso, la decisión de suspender a D por 21 días no fue cuestionada judicialmente, sino solamente si la decisión de la Comisión de amonestarlo reflejaba un balance proporcionado entre el derecho del abogado a la libertad de expresión y su obligación legal y el mandato reglamentario de garantizar que los abogados se conduzcan con “objetividad, moderación y dignidad” en virtud del art. 2.03 del Código de Ética. A la hora de abordar la cuestión de los límites adecuados de civilidad dentro de los que un abogado debe conducirse, la gravedad de la conducta debe ser interpretada a la luz de los derechos a la libertad de expresión garantizados por la Carta y, en particular, del interés público consistente en asegurar que los abogados tengan derecho a manifestarse acerca del sistema judicial en general y de los jueces en particular. En otras palabras, se trata de encontrar un equilibrio entre la importancia fundamental de las críticas abiertas e incluso enérgicas a las instituciones públicas canadienses y la necesidad de garantizar que el desempeño de la profesión se realice con civilidad. En consecuencia, los órganos disciplinarios deben demostrar que han prestado la debida atención a la importancia de los derechos a la libertad de expresión en cuestión, tanto a la luz de la libertad de expresión de un abogado en particular como del interés público en el debate abierto. Al igual que en todas las decisiones disciplinarias, este proceso de equilibrio es un ejercicio discrecional y que depende de los hechos.

El debido respeto a la libertad de expresión puede llevar a los órganos disciplinarios a tolerar un cierto grado de críticas discrepantes. La circunstancia de que un abogado critique a un juez titular e independiente puede elevar –no disminuir– el umbral para limitar la libertad de expresión garantizada en la Carta. Sin embargo, esto no significa propugnar que los abogados tengan un derecho ilimitado de defraudar la legítima expectativa que el público tiene de que ellos se comporten en forma civilizada. Los abogados están potencialmente expuestos a críticas y presiones diarias. El público, a cuyo servicio se encuentran, espera ser tratado en forma civilizada y digna. Ello no siempre es sencillo cuando un abogado percibe que ha sido provocado injustamente, como en este caso. Pero es precisamente aquí donde se exige que un abogado se conduzca en forma civilizada, particularmente en los casos en que su equilibrio es puesto a prueba indebidamente. Sin embargo, tampoco ha de esperarse que los abogados se comporten como eunucos verbales, dado que no solo tienen derecho a expresar libremente sus opiniones, sino que posiblemente tengan el deber de hacerlo. Sin embargo, su profesión los obliga a hacerlo con digna moderación.

No se amonesta a un abogado automáticamente por haber criticado a un juez o al sistema judicial. Tal crítica puede resultar constructiva, incluso si se expresa enérgicamente. Sin embargo, en el contexto de las audiencias disciplinarias, la misma se debe sopesar con las razonables expectativas del público en cuanto al profesionalismo de un abogado. Tal como lo sostuvo la Comisión de Disciplina, la carta de D traspasó los límites de esas expectativas. Su disconformidad con el juez podía justificarse, no así la medida de la respuesta.

Tomando en consideración el excesivo grado injurioso del contexto y tenor de la carta, la decisión de la Comisión de Disciplina de que esta merecía una amonestación constituyó un balance proporcional entre la libertad de expresión de D y los fines perseguidos por la norma tendientes a asegurar que los abogados se conduzcan con “objetividad, moderación y dignidad”. Por todo ello, la decisión resulta razonable.

Nota del Instituto: el Tribunal de las Profesiones fue establecido por el art. 162 del Código de las Profesiones y está integrado por 11 jueces de la Corte de Québec. Entiende principalmente en las apelaciones de las decisiones adoptadas por las 46 comisiones de disciplina de los diferentes colegios profesionales, así como en ciertas apelaciones de decisiones que no son disciplinarias.

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, *Doré v. Barreau du Québec*, sentencia del 22-3-2012, en <<http://scc.lexum.org/en/2012/2012scc12/2012scc12.html>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. **MATRIMONIO. HOMOSEXUALES** (MÉXICO).

1. Antecedentes del caso: dos ciudadanas mexicanas presentaron una solicitud para contraer matrimonio, que fue denegada con base en la existencia de una imposibilidad legal para hacer lugar a la misma.

Entonces, promovieron una acción de amparo indirecto contra esta decisión, ya que consideraron violados en su perjuicio los arts. 1 y 4 de la Constitución mexicana.

Un juez de distrito del estado mexicano de Oaxaca hizo lugar al amparo.

Entonces, las autoridades ejecutivas y legislativas de Oaxaca interpusieron un recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado en Materia Civil y Administrativa del 3er Circuito y, posteriormente, las actrices adhirieron al mismo.

Por su parte, la parte quejosa solicitó a la Corte Suprema de México que ejerciera su facultad de atracción para conocer y resolver el recurso donde se plantea la inconstitucionalidad del art. 143 del Código Civil del estado de Oaxaca.

2. Sentencia: el artículo 1º constitucional establece que tanto la titularidad de los derechos fundamentales como los mecanismos de garantía de estos corresponden a todas las personas sin distinción alguna. De este mismo precepto constitucional se desprende un mandato dirigido a las autoridades estatales en relación con la forma

de interpretar y aplicar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Antes de proceder al análisis de los argumentos planteados, este tribunal estima conveniente realizar algunas precisiones metodológicas en torno a la forma de abordar el problema de los matrimonios homosexuales.

2.1. Perspectivas comparativistas de abordar la cuestión desde el punto de vista constitucional

En el derecho comparado, pueden identificarse dos formas de aproximarse al tema de los matrimonios entre personas del mismo sexo en sede constitucional. En aquellos casos donde se ha impugnado la legislación que amplía el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, el problema que se plantea es si dicha regulación es legítima desde el punto de vista constitucional. Más específicamente, la pregunta que han tenido que responder los tribunales que se han ocupado de esta cuestión es si el matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario a alguna disposición constitucional específica.

En otras ocasiones, la impugnación se ha enderezado en contra de las normas que no permiten el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo. En estos casos, el problema se ha analizado centralmente en clave de igualdad. La cuestión consiste en determinar si esa regulación es discriminatoria por no permitir el acceso a la institución matrimonial a las parejas homosexuales. Así, la pregunta gira en torno a si la exigencia tradicional de diversidad de sexos para poder contraer matrimonio es contraria al principio constitucional de igualdad; o, dicho de otro modo, si está justificada la distinción trazada por el legislador que impide el acceso a la institución matrimonial a las parejas homosexuales.

Al respecto, hay que destacar que la lógica en la que se plantean estos problemas es totalmente distinta. En el primer caso, se trata de determinar si el matrimonio entre personas del mismo sexo es posible o tiene cabida dentro de la Constitución. En cambio, en la segunda aproximación se trata de establecer si la Constitución exige que se permita el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo.

En relación con este tema, el Pleno de esta Suprema Corte se ocupó de esta cuestión en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 desde la primera de estas perspectivas (v. en el derecho comparado, Tribunal Constitucional español, recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, que también adopta esta perspectiva). En este sentido, resolvió que las reformas al Código Civil del Distrito Federal que permiten contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo son compatibles con la Constitución. Más concretamente, sostuvo que dicha regulación no contraviene el concepto de familia protegido por el artículo 4º constitucional.

2.2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo a la luz del principio de igualdad

(a) Como señaló correctamente el Juez de Distrito, la ley impugnada constituye una medida legislativa discriminatoria, toda vez que hace una distinción

con base en la preferencia sexual de las personas que se traduce en la exclusión arbitraria de las parejas homosexuales del acceso a la institución matrimonial. Para estar en posición de justificar esta afirmación, a continuación se examina la medida impugnada a la luz del principio de igualdad.

Un primer paso consiste en determinar la intensidad con la que tiene que hacerse el escrutinio de la distinción realizada por el legislador. En este sentido, las actoras alegan que la medida legislativa impugnada hace una distinción basada en las preferencias sexuales de las personas. Al respecto, esta Suprema Corte ha sostenido en múltiples precedentes que cuando la distinción impugnada se apoya en una “categoría sospechosa”, debe realizarse un escrutinio estricto para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad. En esos casos, se ha señalado que “el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad”.

En este sentido, una distinción se basa en una categoría sospechosa cuando utiliza alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º constitucional: origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil “o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

La utilización de estas categorías debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la cuestión que debe verificarse es si, en el caso concreto, la medida legislativa impugnada efectivamente hace una distinción basada en una categoría sospechosa. Para poder realizar un pronunciamiento al respecto, resulta necesario recordar lo que establece textualmente el artículo impugnado del Código Civil de Oaxaca. En la parte que aquí interesa, el precepto dispone lo siguiente: “Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida [...]”.

En este caso concreto, la medida legislativa examinada distingue implícitamente entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo: a las primeras les está permitido el acceso al matrimonio, mientras que las segundas no tienen esa posibilidad. Si bien podría argumentarse que el precepto no hace una distinción con base en las preferencias sexuales de las personas porque a nadie se le pide que manifieste su preferencia sexual para acceder al matrimonio, eso no es obstáculo para sostener que la norma impugnada efectivamente hace una distinción apoyada en esa categoría sospechosa. El hecho de que el acceso al poder normativo para contraer matrimonio no esté condicionado aparentemente a las preferencias sexuales no significa que no exista una distinción implícita apoyada en ese criterio.

Para poder establecer si existe una distinción implícita, no es suficiente saber quiénes tienen el poder normativo en cuestión, sino también qué les permite hacer

a esas personas. En este sentido, aunque la norma conceda el poder normativo para casarse a cualquier persona –con independencia de su preferencia sexual–, si ese poder únicamente puede ejercitarse para casarse con alguien del sexo opuesto, es indudable que la norma impugnada sí comporta en realidad una distinción basada en las preferencias sexuales.

Al respecto, puede sostenerse que este tipo de normas hacen una diferenciación implícita porque un homosexual únicamente puede acceder al mismo derecho que tiene un heterosexual si niega su orientación sexual, que es precisamente la característica que lo define como homosexual. La preferencia sexual no es un estatus que el individuo posee, sino algo que se demuestra a través de conductas concretas como la elección de la pareja. Así, esta Sala considera que la medida impugnada se basa en una categoría sospechosa, toda vez que la distinción que traza para determinar quiénes pueden utilizar el poder normativo para crear un vínculo matrimonial se apoya en las preferencias sexuales de las personas.

Una vez establecido que la norma hace una distinción basada en las categorías sospechosas del sexo y las preferencias sexuales, corresponde realizar un escrutinio estricto de la medida legislativa. Para mayor claridad, esta Sala estima conveniente hacer una explicación de la forma en la que se tiene que realizar el test de igualdad en estos casos para poder clarificar las diferencias que existen entre un escrutinio ordinario y el que debe aplicarse a las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa.

A estos fines, debe examinarse si la distinción realizada en el art. 143 del Código Civil de Oaxaca cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. El test de escrutinio estricto para realizar el control de constitucionalidad de una medida legislativa que realiza una distinción no debe exigir simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible; dicho de otra forma, la finalidad perseguida no debe ser abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales. Así, al elevarse la intensidad del escrutinio, debe exigirse que la finalidad tenga un apoyo constitucional claro: debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante.

De una interpretación integral del informe aportado en el juicio de amparo por el representante del Poder Legislativo y de los recursos de revisión interpuestos por las autoridades que participaron en el proceso legislativo, surge que la medida examinada tiene como finalidad la protección de la familia.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala estima que la distinción impugnada persigue una finalidad imperiosa, en la medida en la que el art. 4 constitucional impone al legislador la obligación de proteger “la organización y el desarrollo de la familia”. La protección de la familia no solo es una finalidad legítima para el legislador, sino una finalidad constitucionalmente ordenada. En consecuencia, debe entenderse que la medida enjuiciada satisface el primer paso de un escrutinio estricto de la igualdad de la medida.

Ahora bien, en segundo lugar hay que determinar si la distinción está directamente conectada con la finalidad imperiosa identificada. A esos fines, deben

precisarse dos cuestiones: (i) quiénes están comprendidos y quiénes están excluidos en la categoría utilizada; y (ii) cuál es el contenido preciso del mandato constitucional de protección a la familia.

Por un lado, la definición de matrimonio contemplada en el art. 143 del Código Civil de Oaxaca, en términos de “un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”, incluye únicamente a las parejas heterosexuales que tienen la intención de procrear. Y, por otra parte, si bien el artículo 4 constitucional ordena la protección de la familia sin mayor especificación, esta Suprema Corte se ha encargado de precisar el alcance de este mandato constitucional.

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, el Pleno de esta Suprema Corte sostuvo, a partir de una interpretación evolutiva del art. 4 constitucional, que este precepto no alude a un “modelo de familia ideal”, que tenga como presupuesto al matrimonio heterosexual y cuya finalidad sea la procreación. En este sentido, este Alto Tribunal aclaró que la protección de la familia que ordena la Constitución no se refiere exclusivamente a la familia nuclear que tradicionalmente ha sido vinculada al matrimonio: padre, madre e hijos biológicos. En dicho precedente, el Pleno afirmó que la Constitución tutela a la familia entendida como realidad social, lo que significa que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales compuestas por un padre o una madre e hijos; familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y, desde luego, también familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala estima que la distinción que realiza el art. 143 del Código Civil del estado de Oaxaca con apoyo en la categoría sospechosa de las preferencias sexuales no está directamente conectada con el mandato constitucional de protección de la familia interpretado en los términos antes expuestos.

Por un lado, la distinción resulta claramente sobreinclusiva, porque quedan comprendidas en la definición de matrimonio las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. Si bien este aspecto no puede considerarse discriminatorio en sí mismo, muestra la falta de idoneidad de la distinción para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. El desajuste se presenta porque la norma impugnada pretende vincular los requisitos en cuanto a las preferencias sexuales de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación.

Al respecto, el Pleno de este Alto Tribunal señaló con toda claridad en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 que “es un hecho innegable que la secularización de la sociedad y del propio matrimonio, así como la transformación de las relaciones humanas, han llevado paulatinamente a diversas formas de relación afectiva, sexual y de solidaridad mutua y, de ahí, a modificaciones legales en cuanto a la institución del matrimonio, que han derivado en la redefinición del concepto tradicional que del

mismo se ha tenido en cada época y a su desvinculación de una función procreativa, como fin del mismo”.

En el precedente en cita, esta Suprema Corte sostuvo que esa desvinculación entre matrimonio y procreación quedaba de manifiesto con una gran variedad de situaciones: la existencia de parejas heterosexuales que deciden tener una familia sin acudir a la institución matrimonial; matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; matrimonios heterosexuales que por razones biológicas no pueden tener hijos y recurren a los avances médicos para lograrlo; matrimonios heterosexuales que sin tener un impedimento biológico para procrear optan por la adopción; matrimonios heterosexuales que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común, etcétera. En este sentido, el Pleno concluyó que en la actualidad la institución matrimonial se sostiene primordialmente “en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común”.

Por otro lado, la medida examinada es subinclusiva, porque excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición. La distinción es discriminatoria porque las preferencias sexuales no constituyen un aspecto relevante para hacer la distinción en relación con el fin constitucionalmente imperioso.

En este orden de ideas, la medida es claramente discriminatoria porque las relaciones que entablan las parejas homosexuales pueden adecuarse perfectamente a los fundamentos actuales de la institución matrimonial y más ampliamente a los de la familia. Para todos los efectos relevantes, las parejas homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las parejas heterosexuales, de tal manera que es totalmente injustificada su exclusión del matrimonio.

Pero la vida familiar de dos personas homosexuales no se limita a la vida en pareja. La procreación y la crianza de menores no es un fenómeno incompatible con las preferencias homosexuales. Existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con menores procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas homosexuales que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para casarse.

De acuerdo con lo anterior, la distinción legislativa impugnada no está ni directa ni indirectamente conectada con la única finalidad imperiosa que puede tener el matrimonio desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, si la distinción no está directamente conectada con la finalidad imperiosa que puede tener el matrimonio desde el punto de vista constitucional, esta Sala no puede considerar constitucional dicha medida porque se estaría avalando una decisión basada en prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La razón por la cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales no es un descuido del legislador, sino el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra. La ausencia de los beneficios que el derecho asigna a la institución matrimonial es

una consecuencia directa de la prolongada discriminación que ha existido hacia las parejas homosexuales por razón de su preferencia sexual (véase Corte Suprema de Sudáfrica, *Fourie v. Minister of Home Affairs*, párr. 76).

Pero el derecho a casarse no solo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio, sino también el derecho a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución. En este sentido, acceder al matrimonio comporta en realidad “un derecho a otros derechos”. Los derechos que otorga el matrimonio civil aumentan considerablemente la calidad de vida de las personas. En el orden jurídico mexicano, existe una gran cantidad de beneficios económicos y no económicos asociados al matrimonio (tales como beneficios fiscales, de solidaridad, por causa de muerte de uno de los cónyuges, beneficios de propiedad, beneficios en la toma subrogada de decisiones médicas y beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros).

Así, la exclusión de las parejas homosexuales del régimen matrimonial se traduce en una doble discriminación: no solo se priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos del matrimonio, sino también se las excluye de los beneficios materiales. Por lo demás, esta exclusión no solo afecta a las parejas homosexuales, sino también a los hijos de esas personas que hacen vida familiar con la pareja. En efecto, es una realidad que al margen de que las parejas homosexuales puedan acceder al matrimonio, existe un creciente número de ellas que deciden criar niños, ya sea a los procreados en anteriores relaciones heterosexuales o utilizando para esos fines las técnicas de reproducción asistida. De igual manera, dicha discriminación repercute directamente en esos menores. En esta línea, la medida impugnada se traduce también en un trato diferenciado por parte de la ley hacia los hijos de las parejas homosexuales, que los coloca en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 143 es inconstitucional en su literalidad por contener una distinción que excluye injustificadamente a las parejas homosexuales del acceso al matrimonio, al permitir que solo lo contraigan las parejas heterosexuales que tienen la finalidad de procrear. En este caso concreto, la manera más efectiva de reparar la discriminación normativa consiste, por un lado, en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa que hace referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie” y, por otro lado, realizar una interpretación acorde de la expresión “un solo hombre y una sola mujer” para entender que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “dos personas”, de tal manera que con dicha interpretación se evita la declaratoria de inconstitucionalidad de esta porción normativa.

(b) Cabe destacar que los modelos para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, sin importar que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se da a ambos tipos de instituciones, son inherentemente discriminatorios porque constituyen un régimen de “separados pero iguales”. Así como la segregación racial se fundamentó en la inaceptable idea de la supremacía blanca, la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio también está basada

en los prejuicios que históricamente han existido en contra de los homosexuales. La exclusión de estos de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.

Al respecto, es importante señalar que el impacto de la desigualdad que afecta a las parejas del mismo sexo es similar a la violencia estructural que afectaba a los afroamericanos en Estados Unidos. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas v. Chile* también ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o *de facto*”, además de estar obligados a “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”. Estas consideraciones llevan también a esta Primera Sala a rechazar un régimen separado pero igual al matrimonio.

CORTE SUPREMA DE MÉXICO, Amparo en Revisión 581/2012, sentencia del 5-12-12, en <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/12005810.002-1310.doc>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **MATRIMONIO.** PRESUPUESTOS. HETEROSEXUALIDAD DE LOS CÓNYUGES. FORMALIDADES. PUBLICIDAD. INSCRIPCIÓN REGISTRAL. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO. VALIDEZ EN EL TERRITORIO ITALIANO. **HOMOSEXUALES** (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: en junio de 2002, dos ciudadanos italianos de sexo masculino contrajeron matrimonio en La Haya, Países Bajos. En 2004, invocaron el Decreto del Presidente de la República nº 396/2000 para pedir al intendente de Latina, ciudad italiana en la que residían, la transcripción del acta de dicho matrimonio. Esta fue rechazada en términos del art. 18 de dicho decreto, según el cual las actas expedidas en el exterior no pueden transcribirse si son contrarias al orden público, como en este caso en que los contrayentes son del mismo sexo. Entonces, estos recurrieron la denegación de la transcripción ante el Tribunal de Latina, pero su apelación fue desestimada. Ocurrieron, por lo tanto, al Tribunal de Apelaciones de Roma, el cual también rechazó el recurso.

Finalmente, interpusieron un recurso ante la Corte de Casación de Italia.

2. Sentencia: se rechaza el recurso.

Por primera vez, esta Corte debe establecer si dos ciudadanos italianos del mismo sexo que contrajeron matrimonio en el extranjero tienen derecho a la transcripción de su acta de matrimonio en el registro civil italiano.

En primer lugar, es preciso recordar que la jurisprudencia de esta Corte en materia de matrimonios civiles de ciudadanos italianos celebrados en el exterior sigue el criterio fundado en las normas del Código Civil y del derecho internacional privado de que tales matrimonios tienen inmediata validez y relevancia en el ordenamiento italiano siempre y cuando se hayan celebrado según las formas previstas por la ley extranjera y subsistan los requisitos sustanciales relativos al estado y a la capacidad de las personas previstos por la ley italiana. Tal criterio no se encuentra condicionado por la observancia de las normas italianas relativas a la publicidad, porque su violación solo puede dar lugar a irregularidades susceptibles de ser sancionadas administrativamente o bien a la transcripción, ya que esta no es de naturaleza constitutiva, sino meramente declarativa, y conlleva la función de publicidad de un acto válido *per se* de conformidad con el principio *locus regit actum*.

Con base en dichos principios, si los contrayentes hubiesen sido personas de sexo diferente, el matrimonio en cuestión habría sido válido y eficaz en el ordenamiento italiano y habría comportado el deber del intendente de transcribir el acta expedida en el extranjero. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la diversidad de sexo de los contrayentes constituye el requisito mínimo indispensable para la “existencia” misma del matrimonio civil como acto jurídicamente relevante. Este requisito —a pesar de no estar previsto expresamente en la Constitución ni en el Código Civil vigente ni en las numerosas leyes que directa o indirectamente se refieren al instituto del matrimonio— constituye un “postulado” implícito fundamental de tal instituto, tal como surge inequívocamente de varias disposiciones (la primera de las cuales es el art. 107.1 CC, el cual prevé que el intendente recibe personalmente, de cada una de las partes, la declaración de que desean convertirse respectivamente en marido y mujer).

El derecho positivo vigente y la jurisprudencia que a partir del mismo se ha formado no hacen más que reflejar, como lo señala la Corte Constitucional en su sentencia n° 138/2010, una sólida y milenaria noción de matrimonio fundada, según dicho tribunal, en que toda la normativa sobre el instituto del matrimonio contenida en el Código Civil y en la legislación especial postula la diversidad de sexo de los cónyuges.

Asimismo, el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia [...]”. Una disposición análoga se encuentra en el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos en *Schalk and Kopf v. Austria*, una sentencia profundamente innovadora en la materia pronunciada el 24 de junio de 2010, se remite al significado tradicional del instituto del matrimonio.

En consecuencia, con base en las normas aplicables al presente caso y de conformidad con los precedentes de esta Corte, a la cuestión en examen le cabe una respuesta negativa. Por otro lado, es necesario señalar que la imposibilidad de transcribir el acta de matrimonio no depende de su contrariedad con el orden público, como lo afirmara originalmente el intendente de Latina, sino de una razón previa y más radical, a saber, que tal acta matrimonial no es reconocida en el ordenamiento jurídico italiano.

No obstante, hace tiempo que la realidad social y jurídica tanto europea como extra-europea muestra el difundido fenómeno de la convivencia entre personas del mismo sexo. A nivel jurídico, algunos países europeos y extra-europeos reconocen tanto el derecho al matrimonio como a la formalización jurídica de tales convivencias estables y algunos derechos vinculados a las mismas, como una interpretación profundamente “evolutiva” del art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) y del art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta).

Ahora bien, la Constitución italiana no reconoce el derecho fundamental de contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo. Sin embargo, en la sentencia antes referida, la Corte Constitucional afirmó que: a) por primera vez, en las “formaciones sociales” (art. 2 de la Constitución) también debe incluirse la unión homosexual, entendida como una convivencia estable entre dos personas del mismo sexo; b) en el ámbito de aplicación del art. 2 de la Constitución, le corresponde al Parlamento, en ejercicio de su discrecionalidad absoluta, identificar las formas de garantía y de reconocimiento para las uniones homosexuales, quedando reservada a la Corte Constitucional la posibilidad de intervenir para tutelar situaciones específicas (como por ejemplo las convivencias *more uxorio*), y c) la aspiración a tal reconocimiento jurídico no puede realizarse a través de una equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio.

Por consiguiente, el derecho fundamental a vivir libremente en pareja que surge del art. 2 de la Constitución implica que los integrantes de la pareja homosexual tienen derecho a solicitar, para tutelar situaciones específicas y en relación con hipótesis particulares, un tratamiento homólogo al que la ley le asegura a la pareja casada, tratamiento jurídico que la Corte Constitucional puede garantizar a través del control de razonabilidad.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en la referida sentencia *Schalk and Kopf c. Austria* relativa a un caso análogo al que aquí se examina, declaró, entre otras conclusiones, que no hubo violación del art. 12 ni del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención. No obstante, la sentencia contiene importantes innovaciones acerca de la interpretación de los arts. 12 y 14 de la Convención. La primera de ellas se refiere a la cuestión de si el derecho al matrimonio, reconocido por el art. 12, comprende también el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. La respuesta de la Corte no deja lugar a dudas. En efecto, afirma que, en virtud del art. 9 de la Carta, el derecho al matrimonio, previsto en el art. 12, no debe limitarse en todos los casos al matrimonio entre personas de diferente sexo. Sin embargo, según la Corte, es preciso que la legislación nacional del Estado contrayente decida si permite o no el matrimonio homosexual.

La segunda innovación se refiere a la cuestión de si la relación de pareja homosexual se encuadra en la noción de “vida familiar” en la acepción contenida en el art. 8 de la Convención. Aquí también la respuesta de la Corte es clarísima, ya que afirma que, dada la presente evolución social y jurídica, no sería natural sostener que, a diferencia de una pareja heterosexual, una homosexual no puede gozar de una “vida familiar” en términos del art. 8.

A la luz de las consideraciones que anteceden, es posible formular –sin perjuicio del carácter de improcedente del recurso en examen– una respuesta más articulada a las cuestiones planteadas ante esta Corte, en particular en relación con los efectos provocados en el ordenamiento italiano por las sentencias antes mencionadas de la Corte Constitucional y de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Si el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental –tal como surge de los arts. 2 y 9 de la Constitución y como expresamente lo reconocen los arts. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 12 de la Convención, el art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 9 de la Carta–, el mismo le corresponde a los individuos no ya en tanto partícipes de una determinada comunidad política, sino en cuanto seres humanos, es decir, a la persona en cuanto tal. En efecto, si bien según la legislación italiana los integrantes de la pareja homosexual que conviven en forma estable en una relación de hecho no pueden hacer valer el derecho a contraer matrimonio ni el derecho a la transcripción del matrimonio celebrado en el extranjero, lo cierto es que independientemente de la intervención del legislador en la materia, en tanto titulares del derecho a la “vida familiar” y en ejercicio del derecho inviolable a vivir libremente en pareja y del derecho a la tutela jurídica de situaciones específicas, pueden recurrir a los jueces ordinarios para hacer valer, justamente ante la presencia de “situaciones específicas”, el derecho a un trato homólogo al derecho que la ley asegura a la pareja casada, y, eventualmente, plantear las excepciones de inconstitucionalidad de las disposiciones de las leyes vigentes aplicables en diferentes casos en la parte en que no aseguran dicho trato y violan las pertinentes normas constitucionales y/o el principio de razonabilidad.

La respuesta negativa que se ha dado en el presente caso se funda en razones diferentes a las que en repetidas ocasiones se dieron con respecto a la “inexistencia” de un matrimonio semejante en el ordenamiento italiano.

En efecto, si en el ordenamiento italiano se ha incluido una norma –a saber, el art. 12 de la Convención tal como ha sido interpretado por la Corte Europea– que ha privado de relevancia jurídica a la diversidad de sexo de los contrayentes, se infiere que la jurisprudencia de esta Corte según la cual la diversidad de sexo de los contrayentes constituye un requisito mínimo indispensable para la “existencia” misma del matrimonio civil como acto jurídicamente relevante ya no resulta adecuada a la realidad jurídica actual, habiendo sido radicalmente superada la concepción según la cual la diversidad de sexo es un presupuesto indispensable o, por así decirlo, “naturalista” de la “existencia” misma del matrimonio.

De conformidad con las razones expuestas, la imposibilidad de transcribir las uniones homosexuales ya no radica en su “inexistencia” ni en su “invalidéz”, sino en su inidoneidad para producir, en tanto actas de matrimonio, un efecto jurídico en el ordenamiento italiano.

La innovación de todas las cuestiones tratadas justifica la total compensación de los gastos del presente juicio.

Nota del Instituto: la sentencia nº 138/2010 de la Corte Constitucional italiana puede consultarse en *investigaciones* 1(2010), pp. 112-115, y la de la Corte Europea de Derechos Humanos *Schalk y Kopf c. Austria*, en *investigaciones* 2011, pp. 207-209.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia nº 4184/2012 del 15-3-2012, en <<http://www.olir.it/documenti/index.php?documento=5780>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. IGUALDAD ANTE LA LEY. **HOMOSEXUALES. ORDEN PÚBLICO.** ULTRAJE A LA MORAL PÚBLICA (SINGAPUR).

1. Antecedentes del caso: Lim y Chee son dos ciudadanos singapurenses homosexuales de 44 y 37 años de edad, respectivamente. Ambos trabajan en la empresa de diseño gráfico de Lim y desde 1997 mantienen una relación sentimental pero no conviven. Ambos denuncian la imposibilidad en que se encuentran de demostrar abiertamente su afecto en público dado que la homosexualidad es ilegal en su país y afirman siempre haber sido socialmente estigmatizados en razón de su orientación sexual, y discriminados en la escuela y en el servicio militar.

Lim y Chee tienen conocimiento de que los hombres homosexuales son acusados de “ultraje a la moral pública” con base en lo dispuesto en el art. 377A del Código Penal (CP) de Singapur y pueden ser, en consecuencia, calificados de delincuentes. Por otro lado, Lim, que es director de “The Bear Project” –grupo social no registrado de hombres homosexuales dedicado a la realización de viajes, encuentros, visitas a museos, etc.–, teme tener problemas con las autoridades y dificultades para registrar a dicho grupo como persona jurídica, ya que a las personas jurídicas fundadas con base en la “orientación sexual” no se les otorga una aprobación automática.

Estas circunstancias generaron gran preocupación en Lim y en Chee, razón por la cual el 30 de noviembre de 2012 solicitaron al Tribunal Superior de Singapur que declarara la inconstitucionalidad del art. 377A CP por considerarlo violatorio del art. 12 de la Constitución (igualdad ante la ley), así como la nulidad de dicha norma en virtud de lo previsto por los arts. 4 y 162 de la Constitución.

2. Sentencia: se rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 377A CP. El art. 377A CP bajo el título “Ultraje a la moral pública” reza: “Cualquier persona de sexo masculino que, en público o en privado, cometa o instigue a cometer, o procure o intente procurar la comisión por parte de alguna persona de sexo masculino de cualquier acto de ultraje contra la moral pública con otra persona de sexo masculino será castigada con pena de prisión de hasta dos años”.

Los apelantes aducen que dicho artículo es contrario al art. 12 de la Constitución porque la igualdad ante la ley que esta norma constitucional garantiza incluye la prevención de la discriminación fundada en la orientación sexual. Asimismo, plantean que el art. 377A CP no sobrevive al análisis en términos del art. 12 porque, al ser tan absurdo, arbitrario e irrazonable, no puede ser considerado una norma válida.

En relación con esta disposición penal, aducen las siguientes razones: a) incrimina la orientación sexual, la cual es prácticamente inalterable; b) es excesivamente amplia; c) conforme ha sido reconocido incluso por el Gobierno, ha sido aplicada de manera arbitraria y selectiva; d) intenta legislar en relación con la moral de manera arbitraria y discriminatoria; e) está viciada desde su origen; f) concretamente, perjudica a un segmento de la población porque limita el alcance de las medidas preventivas del HIV-SIDA e inflige daños psicológicos a dicho segmento poblacional; g) dificulta a los hombres homosexuales o bisexuales que han sido explotados o abusados por su pareja el acercamiento a los agentes de policía para recibir protección, dejándolos en una situación de particular vulnerabilidad al chantaje, y h) genera causales que potencialmente pueden llevar a impugnar las transacciones comerciales en las que participen hombres homosexuales.

Invocando el análisis de dos pasos realizado por el Tribunal de Apelaciones en el caso *Tan Eng Hong* para determinar la validez de una disposición legislativa presuntamente inconstitucional, los apelantes plantean que el art. 377A CP no sobrevive al primer paso de dicho análisis (evaluar si la clasificación incluida en el art. 377A CP está fundada en un criterio de diferenciación inteligible) ni al segundo (examinar si el criterio de diferenciación está razonablemente vinculado con el fin perseguido).

Ahora bien, como se ha dicho, el primer paso de dicho análisis exige que la clasificación incluida en la disposición impugnada se base en un criterio de diferenciación inteligible. “Inteligible” es aquello que debe ser entendido o puede ser aprehendido por el intelecto en contraposición con lo percibido solo por los sentidos. “Criterio de diferenciación” se utiliza en el sentido de marca o carácter distintivo. En el presente caso, está claro que la clasificación incluida en el art. 377A CP se basa en un criterio de diferenciación inteligible y también que excluye los actos entre hombres y mujeres, y entre mujeres. Por ello, en opinión de este Tribunal, el artículo en cuestión cumple con el primer paso del análisis en cuestión.

En cuanto al segundo, el criterio de diferenciación de la clasificación incluida en el art. 377A CP es la conducta homosexual masculina. Por ello, existe una total coincidencia entre tal criterio y la clasificación definida por el objeto de la norma, la cual está vinculada razonablemente con su propósito.

Cabe señalar que el Parlamento tiene derecho a sancionar leyes vinculadas con los problemas que surgen de las desigualdades inherentes a la sociedad. Al ocuparse de problemas y grupos humanos específicos, es inevitable que la clasificación produzca desigualdades en diferentes proporciones. En efecto, de acuerdo con jurisprudencia arraigada, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley garantizadas en el art. 12.1 de la Constitución no significan que todas las personas deban ser tratadas de igual forma, sino que todas las personas que estén en una misma situación deben recibir igual trato.

El propósito del art. 377A CP fue anunciado –en el contexto de un gobierno colonial– en el momento de ser aprobado por el Consejo Legislativo, en 1938. En octubre de 2007, el Parlamento realizó una revisión sustancial del Código Penal de 1985. Entonces, el art. 377 CP, que incriminaba “el acceso carnal contrario a la

naturaleza con cualquier hombre, mujer o animal”, fue derogado, pero el art. 377A CP se mantuvo en vigencia, por lo que su propósito es válido hasta el día de hoy.

Durante los debates parlamentarios de octubre 2007, el Ministro de Justicia e Interior (Ministro) señaló que el art. 377 CP sería derogado a fin de suprimir el uso de terminología arcaica tal como “acceso carnal contrario a la naturaleza”, por lo que cualquier acto sexual, inclusive el sexo oral y anal entre los miembros conscientes de una pareja heterosexual de más de 16 años de edad dejaría de ser un delito siempre y cuando fuera realizado en privado. Sin embargo, el Ministro explicó que el art. 377A CP que incrimina los actos de “ultraje a la moral pública” entre dos hombres adultos sería mantenido en vigencia. En su opinión, la sociedad de Singapur sigue siendo conservadora y la mayoría de la población considera el comportamiento homosexual como ofensivo e inaceptable. El Ministro también señaló que la policía no ha hecho cumplir proactivamente el art. 377A CP y que continuará con esa conducta, excepto en los casos de explotación o abuso de menores o cuando hombres adultos cometan el delito en lugares tales como baños públicos, callejones apartados u otros espacios públicos. También dijo que los homosexuales tienen un lugar en la sociedad –que en los últimos años ha ido ampliándose–, pero que derogar el art. 377A CP resultaría conflictivo porque la población podría erróneamente entender que el Gobierno promueve y apoya la homosexualidad como parte del estilo de vida predominante en Singapur.

El Parlamento ha decidido que mantener en vigencia el art. 377A CP sin promover su aplicación resulta adecuado para cumplir con el fin que persigue esta norma. Tal decisión debe ser respetada. En efecto, mantener expresamente en vigencia el art. 377A CP es una clara indicación del Parlamento de que los actos de “ultraje a la moral pública” realizados entre hombres no son bien vistos en Singapur, y tal indicación es presentada independientemente de si el Parlamento promueve o no una política de cumplimiento activo de dicho artículo. Si los apelantes tratan de demostrar que este no es el caso, deberían aportar material convincente o pruebas fácticas, y lo cierto es que tales pruebas no han sido ofrecidas.

En cuanto a la determinación de si el fin perseguido por el art. 377A CP es legítimo, cabe argumentar que la homosexualidad femenina no es incriminada mientras que la masculina sí lo es. Esta exclusión de la homosexualidad femenina ha sido señalada por los apelantes. Sin embargo, lo cierto es que, durante mucho tiempo, el derecho consuetudinario inglés solo ha incriminado la masculina. Posiblemente ello sea el reflejo de creencias religiosas y consuetudinarias que por largo tiempo han dominado el derecho y la política ingleses. También es cierto que las tradiciones judeo-cristianas proscribían las prácticas homosexuales masculinas en términos claramente condenatorios tanto en el Antiguo Testamento como en la Biblia, e incluso prescribían la condena a muerte por lapidación. Sin embargo, existe solo un pasaje en el Nuevo Testamento referente a las mujeres que “cambiaban las relaciones naturales por las que son contrarias a la naturaleza” (Romanos 1: 26). Por otra parte, es evidente que las definiciones de sodomía y bestialismo presentes en el derecho inglés no han sido neutrales desde el punto de vista del género. Si la esencia de la sodomía es la penetración del pene per annum, entonces dos mujeres

no pueden sodomizarse la una a la otra. Por ese motivo, la tradición del derecho consuetudinario inglés nunca ha incriminado la conducta homosexual femenina.

También ha de considerarse que en una parte de la sociedad singapurense todavía persisten arraigados sentimientos relativos a la procreación y al linaje familiar. En efecto, la población de origen chino es aún muy tradicionalista. Los padres esperan que sus hijos se casen y tengan hijos a fin de perpetuar el nombre familiar, y tal tradición se centra principalmente en los varones más que en las mujeres, ya que, en general, el nombre familiar se perpetúa a través del nacimiento de un varón. Por supuesto, esto no es prueba concluyente de que para la sociedad de Singapur la procreación y el linaje sean valores importantes.

Por otra parte, los apelantes sostienen que la imprecisión del texto del art. 377A CP referido al “ultraje a la moral pública” puede resultar en que el criterio de diferenciación inherente a la disposición no resulte inteligible o que la norma sea aplicada arbitrariamente. Lo cierto es que una norma no puede ser declarada inconstitucional y dejada sin efecto solo con base en la presunción de la imprecisión de su texto. La circunstancia de que pueda existir discrepancia en cuanto a los actos que pueden y los que no pueden considerarse como “ultrajes a la moral pública” no convierte por se en inconstitucional el artículo en cuestión.

Los apelantes también han hecho numerosas referencias a la despenalización de la conducta homosexual masculina en otras jurisdicciones y a la posición que diversas organizaciones regionales e internacionales han asumido en relación con este tema. En opinión de este Tribunal, tales afirmaciones no tienen ninguna gravitación. En primer lugar, Singapur es una nación independiente, con su propia historia, geografía, sociedad y economía. Por otra parte, aquello que es adoptado en otros lugares del mundo puede no ser adecuado para Singapur. Asimismo, un gran número de antiguas colonias británicas como Botswana, Malasia, Sri Lanka, Sudan, Tanzania, Yemen y las Islas Salomón han incriminado la homosexualidad femenina y también han mantenido en vigencia artículos equivalentes al art. 377A CP. Además, en varios países todavía existe la pena de muerte por la conducta homosexual masculina.

En conclusión, lo cierto es que la sociedad singapurense se encuentra en un momento de cambios. Según la opinión de este Tribunal, la definición de los temas morales necesita cierto tiempo para evolucionar, siendo preferible que los mismos sean resueltos por la Legislatura. En definitiva, en la base del art. 377A CP existe un tema de valores morales y sociales, y el Parlamento ha decidido mantener en vigencia dicho artículo. El objeto de este está claro: incriminar la homosexualidad masculina como conducta inaceptable en la sociedad singapurense; y ha sido aprobado por el Parlamento en 2007. Al aplicar el criterio de “clasificación razonable”, existe una total coincidencia entre el criterio de diferenciación subyacente a la clasificación incluida en el art. 377A CP y su objeto. Tal criterio, por lo tanto, está razonablemente vinculado con el fin de la disposición y, por ende, satisface ambas etapas del análisis de “clasificación razonable”. En consecuencia, el art. 377A CP no es arbitrario ni discriminatorio en el contexto constitucional.

Por todas estas razones, se rechaza el planteamiento de inconstitucionalidad del art. 377A CP.

TRIBUNAL SUPERIOR DE SINGAPUR, *Lim Meng Suang and another v. Attorney-General*, sentencia del 9-4-2013, en <http://l.yimg.com/dh/ap/default/130409/J_Loh_Judgment_2_.pdf>.



DERECHO A LA INFORMACIÓN. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. ALCANCES. MATERIAL CONFIDENCIAL. ACCESO. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – SUECIA).

1. Antecedentes del caso: Christopher Gillberg es ciudadano sueco y profesor y director del Departamento de Psiquiatría Infantil y Adolescente (Departamento) de la Universidad de Gotemburgo (Universidad). Entre 1977 y 1992, llevó adelante un proyecto de investigación sobre trastornos por déficit de atención e hiperactividad en niños. El archivo con el material de la investigación, que contenía una gran cantidad de información privada y confidencial sobre los niños y sus padres, se guardó en el Departamento.

Según Gillberg, el Comité de Ética de la Universidad le exigió que solo él y su equipo tuvieran acceso a la información sensible relativa a los participantes en la investigación, por lo que Gillberg prometió absoluta confidencialidad a los participantes y a sus padres.

En el año 2002, una socióloga y un pediatra solicitaron permiso para acceder al material de la investigación, pero la Universidad se lo denegó. Los investigadores apelaron dicha decisión y, en febrero de 2003, el Tribunal Administrativo de Apelaciones decidió darles libre acceso al material a estos investigadores, ya que habían demostrado un interés legítimo en la investigación y cabía suponer que estaban familiarizados con el manejo de datos confidenciales. También exigió que la Universidad especificara las condiciones de acceso a fin de proteger los intereses de las personas involucradas en la investigación. En agosto, el Tribunal anuló algunas de las condiciones impuestas por la Universidad. Se creó una nueva lista de condiciones para cada uno de los investigadores, que incluían algunas restricciones en el uso del material y la prohibición de llevarse copias fuera del predio de la Universidad.

Gillberg fue notificado de que la sentencia daba a los investigadores derecho a un acceso inmediato al material, pero él se negó a brindárselo. Tras mantener algunas discusiones sobre el asunto, la Universidad decidió, a principios de 2004, negarle el acceso a la socióloga e imponer nuevas condiciones al pediatra, solicitándole la demostración de que su trabajo requería el acceso al material de la investigación en cuestión. En mayo, tales decisiones fueron anuladas por dos sentencias del Tribunal Administrativo de Apelaciones. Algunos días después, los colegas de Gillberg destruyeron el material de la investigación.

En enero de 2005, el *ombudsman* parlamentario sueco inició acciones penales contra Gillberg, y, en junio, este fue condenado por abuso de autoridad. Se le impuso una condena en suspenso y una multa de 4.000. El vicerrector de la Universidad y los funcionarios públicos que habían destruido el material de la investigación también

fueron condenados. La condena de Gillberg fue confirmada en febrero de 2006 por el Tribunal de Apelaciones. Dos meses después, fue rechazado el recurso de apelación presentado ante la Corte Suprema.

Gillberg, entonces, presentó un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) contra Suecia alegando que su condena penal vulneraba los derechos que le garantizaban los arts. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 10 (libertad de expresión) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia: se declara por unanimidad que los arts. 8 y 10 de la Convención no son aplicables al presente caso.

Presunta violación del art. 8 de la Convención

Es preciso recordar que Gillberg no se desempeñó como médico ni como psiquiatra de los niños, ni tampoco como representante de estos ni de sus padres, sino que era un funcionario público e investigador de una institución pública, a saber, la Universidad de Gotemburgo. Cabe examinar aquí si la condena penal por abuso de autoridad constituye una injerencia en la “vida privada” del recurrente en virtud del art. 8.

El recurrente sostiene que su condena penal afectó el goce de su “vida privada” al perjudicar su honor y reputación. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, no corresponde invocar el art. 8 con el fin de denunciar un perjuicio sobre la reputación de una persona, consecuencia previsible de la comisión de un delito penal.

Asimismo, el recurrente afirma que la condena penal afectó negativamente su integridad moral y psicológica y le provocó un padecimiento a nivel personal, social, psicológico y económico. Con respecto a ello, es dable observar que la protección de la integridad moral y psicológica de una persona constituye un aspecto importante del art. 8 de la Convención. Sin embargo, no existe jurisprudencia en la cual esta Corte haya aceptado que una condena penal –que puede entrañar sufrimiento personal– constituya una interferencia en el derecho del condenado al respeto a la vida privada.

La condena de Gillberg por abuso de autoridad en su calidad de funcionario público, fundada en el Código Penal, no fue el resultado de una aplicación imprevisible de las disposiciones pertinentes. El delito en cuestión no tiene ninguna relación obvia con su derecho al respeto a la vida privada, ya que concierne a actos y omisiones profesionales de un funcionario público en el ejercicio de sus deberes. Además, el recurrente no aludió a ninguna repercusión concreta en su vida privada que estuviera directamente vinculada a su condena y no definió la naturaleza ni el alcance de su padecimiento por su causa. Sin embargo, mencionó que optó por no cumplir con las decisiones de los tribunales que lo obligaban a permitir el acceso al material de la investigación, pese al riesgo de ser condenado por abuso de autoridad. Por ello, su condena y el sufrimiento que la misma podía entrañar eran consecuencias previsibles de la comisión de un delito penal.

Por otra parte, el recurrente sostiene que dejó de percibir ingresos económicos a partir de que fuera destituido del Instituto Noruego de Salud Pública y se vio también perjudicado porque habría podido escribir cinco libros durante el tiempo que le llevaron los procedimientos ante los tribunales. Sin embargo, esta restricción económica puede considerarse una consecuencia previsible de la comisión de un delito penal.

De todas formas, el recurrente siguió manteniendo su cargo de profesor y director de Departamento en la Universidad, y, de acuerdo con sus propias declaraciones, numerosos científicos de reconocida trayectoria han apoyado su proceder. Las repercusiones que su condena trajo aparejadas en sus actividades profesionales no han ido más allá de las consecuencias previsibles del delito penal por el que ha sido condenado. Por ello, los derechos de Gillberg garantizados en el art. 8 no han sido afectados.

Presunta violación del art. 10 de la Convención

En opinión del recurrente, tenía un derecho negativo a no entregar el material de la investigación fundado en el art. 10 de la Convención. También alegó que había prometido confidencialidad a los participantes y que había tratado de proteger su integridad a pesar de haber recibido la orden judicial de dar acceso a datos confidenciales. También señaló que su situación podía ser comparada a la del deber de confidencialidad que tienen los abogados.

El derecho a recibir y entregar información forma parte del derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 10. Esta Corte no descarta que un derecho negativo a la libertad de expresión esté protegido por el art. 10, pero sostiene que el asunto debe ser abordado según las circunstancias de cada caso. En este supuesto, el material de la investigación pertenecía a la Universidad. Estaba conformado por documentos públicos sujetos al principio de acceso público conforme a lo dispuesto por la Ley de Libertad de Prensa y por la Ley de Confidencialidad. Ello implica que la confidencialidad no podía determinarse hasta tanto no se presentara una solicitud de acceso al material y era imposible que una autoridad pública, de antemano, acordara con un tercero mantener exentos del acceso público algunos documentos oficiales.

Los tribunales suecos sostienen que las garantías de confidencialidad que se dieron a los participantes durante la investigación fueron más allá de lo que la Ley de Confidencialidad permite. Además, los tribunales penales estaban limitados por lo resuelto en las sentencias de los tribunales administrativos que habían determinado las condiciones en que debía permitirse el acceso de los investigadores a los documentos. De acuerdo con los tribunales suecos, las declaraciones internacionales formuladas por la Asociación Médica Mundial sobre las que se basó Gillberg para argumentar que la ética investigativa le impedía revelar el material no prevalecen sobre el derecho sueco. En ese contexto, es preciso notar que Gillberg no estaba sujeto al secreto profesional porque no era el médico ni el psiquiatra de los participantes en la investigación.

Tomando en cuenta dichas circunstancias, esta Corte considera que el tema central que aquí se discute puede reducirse a determinar si el recurrente, en su carácter de funcionario público, tenía un derecho negativo independiente, fundado en el art. 10, a no poner a disposición el material de la investigación –a pesar de que este le pertenecía a la Universidad y no a él–, pese a que la Universidad se dispusiera a dar cumplimiento a las decisiones del Tribunal Administrativo de Apelaciones dando acceso a los dos investigadores a dicho material bajo ciertas condiciones, acceso que no se pudo concretar porque el recurrente se negó a entregar el material.

En consecuencia, esta Corte no comparte la opinión del recurrente de que tenía un derecho negativo fundado en el art. 10, pese a que la investigación perteneciera a la Universidad. Ello resultaría contrario a los derechos de propiedad de la Universidad y vulneraría el derecho de los dos investigadores fundado en el art. 10 a recibir información, y el derecho, reconocido en el art. 6 (derecho a un juicio justo), a que se ejecuten las sentencias definitivas.

Finalmente, la situación de Gillberg no puede compararse con la de los periodistas que protegen su fuente de información ni con la de los abogados sujetos a un deber de confidencialidad. La información divulgada por un periodista, recibida de una fuente, le pertenece a él o a los medios, mientras que en el caso de Gillberg, el material de la investigación pertenecía a la Universidad y, por lo tanto, era de dominio público. Dado que los participantes en la investigación no habían entablado una relación con el recurrente en su carácter de médico, este no tenía un deber de secreto profesional para con ellos, como puede tener un abogado. Por ello, los derechos que a Gillberg garantiza el art. 10 no han sido afectados.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Gillberg c. Suecia*, sentencia del 3-4-2012, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=905501&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS. **ADOPCIÓN.** ADOPCIÓN POR EL CÓNYUGE O PAREJA ESTABLE DEL PROGENITOR BIOLÓGICO SIN PRODUCIR LA DESVINCULACIÓN JURÍDICA DEL OTRO PROGENITOR BIOLÓGICO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: X y B son dos ciudadanas austríacas que viven en pareja junto con C, hijo de B, nacido fuera del matrimonio en 1995, en el mismo hogar desde que el niño tenía cinco años de edad. El padre de C reconoció su paternidad y B tiene la tenencia exclusiva. X y B comparten la crianza de C.

En febrero de 2005, X y C –representado por su madre– celebraron un acuerdo por el cual X adoptaría a C. De este modo, pretendían crear un vínculo jurídico entre X y C que reflejara el lazo existente entre ellos, sin provocar un

corte en la relación con B. Lo sometieron a la aprobación del tribunal de distrito competente.

Reconociendo que el texto del art. 182.2 del Código Civil austríaco (ABGB) puede interpretarse en el sentido de que excluye la posibilidad de que uno de los miembros de una pareja homosexual adopte al hijo del otro miembro sin que la relación con el progenitor biológico se interrumpa, X, B y C plantearon la inconstitucionalidad de esta norma ante la Corte Constitucional de Austria, aduciendo ser objeto de discriminación fundada en su orientación sexual, puesto que, en relación con las parejas heterosexuales, dicho artículo permite la modalidad de adopción conocida como adopción por segundo padre (*second-parent adoption*), es decir, que uno de los miembros de la pareja adopte a los hijos del otro sin que se vea afectado el vínculo legal entre los primeros. Cuatro meses después, la Corte Constitucional declaró que el planteo de inconstitucionalidad de los recurrentes era inadmisibile mientras estuviera en trámite el proceso ante el tribunal de distrito.

Ante esto, en el mes de septiembre de 2005, solicitaron al tribunal de distrito la aprobación del acuerdo de adopción a efectos de que X y B fueran declaradas padres de C y, de ese modo, se obtuviera el reconocimiento legal de su unión familiar de hecho: X reemplazaría al padre de C. Este último, según las recurrentes, no había dado su consentimiento a la adopción y había mostrado un fuerte antagonismo hacia la familia, razón por la cual el tribunal de distrito debía, en virtud del art. 181.3 ABGB, anular el rechazo de consentimiento del padre porque la adopción respondía al mejor interés de C. En apoyo de sus pretensiones, las recurrentes adjuntaron un informe del Servicio de Menores que confirmaba la circunstancia de que X y B compartían el cuidado cotidiano de C y la total responsabilidad por su crianza.

Un mes después, el tribunal de distrito rechazó la aprobación del acuerdo de adopción, señalando que el art. 182.2 ABGB no preveía ninguna forma de adopción que produjera los efectos deseados por los recurrentes.

Entonces, estos apelaron la decisión invocando la violación de los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) y denunciando que el art. 182.2 ABGB era discriminatorio debido a que establecía una diferencia injustificada entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. Afirmaron que las parejas heterosexuales –casadas o no– tienen acceso a la institución de la adopción por segundo padre, mientras que las homosexuales carecen de ese derecho, desconociendo que, para un niño, lo importante no es la orientación sexual de los padres, sino la capacidad de estos para tener una familia afectuosa y estable.

En febrero de 2006, el Tribunal Regional rechazó la apelación y confirmó la sentencia de primera instancia.

Los recurrentes, entonces, se presentaron ante la Corte Suprema de Austria afirmando que el art. 182.2 ABGB –conforme a la interpretación que le habían acordado los tribunales inferiores– daba lugar a una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales y las homosexuales en los casos en que uno de los miembros deseara adoptar al hijo biológico del otro. La Corte Suprema rechazó el recurso.

En consecuencia, el 24 de abril de 2007, X, C y B interpusieron un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos contra Austria, alegando una violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención.

2. Sentencia: se declara:

- por unanimidad, que no hubo violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención, cuando la situación de los recurrentes se compara con la de una pareja legalmente casada en la que un cónyuge desea adoptar al hijo del otro;
- por 10 votos contra 7, que ha habido violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención, cuando la situación de los recurrentes se compara con la de una pareja heterosexual que no ha contraído matrimonio en la que un miembro de la misma desea adoptar al hijo del otro;
- por 11 votos contra 6, que en el término de tres meses el Estado demandado debe pagar a los recurrentes la suma de 10.000 en concepto de indemnización por daño moral y de 28.420,88 para cubrir los costos y gastos.

Presunta violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención

Los recurrentes denuncian haber sido discriminados en lo que respecta al goce de su vida familiar, con base en la orientación sexual de X y B. Asimismo, afirman que no existe justificación razonable ni objetiva alguna para permitir que en una pareja heterosexual –legalmente casada o no– un cónyuge pueda adoptar al hijo del otro, mientras que en el ámbito de las parejas homosexuales tal adopción no está permitida.

La relación que entablan las parejas homosexuales que conviven de forma estable y de hecho corresponde a la misma noción de “vida familiar” que la que tienen las parejas heterosexuales que están en idéntica situación (*cf. Schalk and Kopf v. Austria*). En consecuencia, en este caso, la relación entre los tres recurrentes se compadece con la noción de “vida familiar” a los fines del art. 8 de la Convención.

Por otra parte, el art. 14 de la Convención abarca el concepto de orientación sexual. Al igual que las diferencias de tratamiento basadas en el sexo, aquellas fundadas en la orientación sexual exigen razones particularmente convincentes y de peso para estar justificadas. En estos casos, el margen de apreciación de los Estados es muy reducido, y las diferencias basadas solamente en la orientación sexual son inaceptables en términos de la Convención.

Hasta el momento, esta Corte ha abordado dos casos de adopción individual por parte de homosexuales (*Fretté v. France* y *E.B. v. France*) y un caso adopción por segundo padre en el seno de una pareja homosexual (*Gas and Dubois v. France*).

Gas and Dubois v. France se refiere a una pareja homosexual formada por dos mujeres que celebraron una unión civil (*Pacte Civil de Solidarité* - PACS), siendo una de ellas madre de un niño concebido por reproducción asistida. Las recurrentes solicitaron una orden de adopción simple a fin de crear un vínculo entre el niño y la pareja de su madre, y compartir la responsabilidad parental. Los tribunales nacionales franceses rechazaron la solicitud de adopción con base en que hubiera

dado lugar a una transferencia de los derechos parentales de la madre del niño a su pareja, lo cual no se compadecía con el interés superior del niño. En efecto, en los casos de adopción simple, la ley francesa solo permite a las parejas casadas compartir los derechos parentales. La situación de las recurrentes no era comparable a la de una pareja casada. Además, esta Corte observó que la modalidad de adopción por segundo padre tampoco está permitida a las parejas heterosexuales no casadas que conviven en unión civil y que, en consecuencia, no existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual. Por ello, decidió, en ese caso, que no hubo una violación del art. 14 en conjunción con el art. 8.

En el presente caso, es preciso comenzar por comprobar si los recurrentes se encuentran en una situación marcadamente similar a la de una pareja heterosexual legalmente casada en la que un cónyuge desea adoptar al hijo biológico del otro. Como se ha referido, en *Gas and Dubois v. France*, esta Corte respondió negativamente a tal cuestión. En primer lugar, cabe recordar que el art. 12 de la Convención no impone a los Estados miembros una obligación de otorgar acceso al matrimonio a las parejas homosexuales. Tampoco es posible deducir el derecho al matrimonio homosexual del art. 14 en conjunción con el art. 8.

El régimen jurídico austríaco ha creado un régimen especial de adopción para las parejas casadas legalmente. En virtud de lo dispuesto por el art. 179.2 ABGB, la adopción conjunta solo está permitida a las parejas casadas. Dicho artículo permite la adopción por segundo padre del hijo del cónyuge solo en casos excepcionales.

Con base en *Gas and Dubois v. France*, el gobierno austríaco (en adelante, el Gobierno) argumenta que los recurrentes no se encuentran en una situación similar a la de una pareja legalmente casada y que, en su opinión, ellos han señalado que no desean hacer valer un derecho reservado a las parejas casadas.

A la luz de estas consideraciones, es posible llegar a la conclusión de que X y B no están en una situación marcadamente similar a la de una pareja casada en relación con la modalidad de adopción por segundo padre. En consecuencia, no ha habido una violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención cuando se compara la situación de los recurrentes con la de una pareja casada en la que un cónyuge desea adoptar al hijo del otro.

Ahora bien, es preciso evaluar si ha existido una diferencia de trato basada en la orientación sexual de X y B.

La ley austríaca permite la institución de la adopción por segundo padre a las parejas heterosexuales de hecho. En términos generales, las personas pueden adoptar en virtud del art. 179 ABGB, y el mencionado art. 182.2 ABGB no impide que un miembro de una pareja heterosexual de hecho adopte al hijo de su compañero sin interrumpir los lazos existentes entre este y el niño. Por el contrario, la adopción por segundo padre es legalmente imposible para las parejas homosexuales. En efecto, del art. 182.2 ABGB surge que cualquier persona que adopte reemplaza al progenitor biológico del mismo sexo. En este caso, dado que X es una mujer, si adoptara a C interrumpiría la relación que tiene con su madre. En consecuencia, si bien a primera vista parece neutral, lo cierto es que el art. 182.2 ABGB impide que las parejas homosexuales tengan acceso a la modalidad de adopción por segundo padre. Más

precisamente, cabe agregar que desde que el 1° de enero de 2010 entró en vigencia la Ley de Uniones Registradas, las parejas homosexuales han tenido la oportunidad de registrarse. Sin embargo, X y B no han ejercido esa opción. De todas formas, hacerlo no les habría posibilitado acceder a la adopción por segundo padre, ya que el art. 8.4 de dicha ley prohíbe la adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja registrada por parte del otro.

En opinión del Gobierno, en este caso no se presentan elementos de discriminación, tan es así que la solicitud de adopción no fue rechazada por motivos vinculados a la orientación sexual de las recurrentes. En efecto, los tribunales –en particular, el Tribunal Regional– afirmaron que tal adopción no se compadecía con el interés superior de C. Además, cualquier adopción requiere del consentimiento de los padres biológicos del niño y, dado que el padre de B no había dado su consentimiento, los tribunales se vieron obligados a rechazar la solicitud de adopción.

Tomando en consideración las decisiones de los tribunales nacionales, el argumento del Gobierno no llega a convencer a esta Corte. En primer lugar, los tribunales nacionales dejaron en claro que una adopción como la que pretendían los recurrentes no era posible en virtud de lo dispuesto por el art. 182.2 ABGB. La Corte Suprema de Austria hizo lo propio y señaló que dicha norma se compadece con lo previsto en el art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención. Por ello, esta Corte desestima el argumento del Gobierno de que los recurrentes no se vieron afectados por la diferencia que surge del art. 182.2 ABGB. En efecto, la imposibilidad legal de la adopción solicitada por los recurrentes se encontraba en el centro de las consideraciones de los tribunales nacionales.

Si X y B hubieran sido una pareja heterosexual de hecho, los tribunales nacionales, en principio, no habrían podido rechazar la solicitud de adopción y habrían tenido que evaluar si la adopción respondía a los intereses de C en virtud del art. 180a ABGB. Si el padre no consentía la adopción, los tribunales habrían tenido que analizar si existían circunstancias excepcionales que llevaran a la anulación de conformidad con el art. 181.3 ABGB.

En consecuencia, el reclamo de los recurrentes no constituye, en ningún sentido, una *actio popularis*. Como ya se ha dicho, el art. 182.2 ABGB contiene una absoluta prohibición de adopción por parte de una pareja homosexual, por lo que resulta innecesaria e irrelevante cualquier evaluación de las circunstancias específicas del caso.

A primera vista, la diferencia de trato parece referirse sobre todo a X, quien es tratada de manera diferente que un miembro de una pareja heterosexual no casada que desea adoptar al hijo del otro miembro. Sin embargo, dado que los tres recurrentes comparten la vida familiar y la solicitud de adopción pretendía obtener el reconocimiento legal de ella, la Corte considera que los tres recurrentes resultan afectados por la diferencia de trato en cuestión y tienen derecho a ser declaradas víctimas de la presunta violación. Por todo ello, ha habido una diferencia de trato entre los recurrentes y una pareja heterosexual no casada en el que un miembro de la misma desea adoptar al hijo del otro. La diferencia está inseparablemente unida a la circunstancia de que X y B forman una pareja homosexual y, por ello, está basada en su orientación sexual.

A continuación, es preciso examinar si la prohibición de realizar la adopción por segundo padre que el derecho austríaco impone a las parejas homosexuales no casadas persigue un objetivo legítimo y por medios proporcionales a su consecución.

Tanto los tribunales nacionales como el Gobierno argumentan que la ley austríaca de adopción está orientada a recrear las circunstancias de la familia biológica, por lo que un niño debe tener padres de distintos sexos. Entonces, la decisión de no autorizar la adopción de un niño por parte de la pareja del mismo sexo de uno de sus padres responde a un objetivo legítimo. Por ello, tanto los tribunales nacionales como el Gobierno recurrieron a la protección de la familia tradicional, basándose en el reconocimiento tácito de que solo la familia constituida por padres de distinto sexo puede garantizar adecuadamente las necesidades de un niño.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el objetivo de proteger a la familia tradicional es de naturaleza abstracta, y una gran variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo. Además, dado que la Convención es un instrumento vivo que debe ser interpretado según el contexto actual, el Estado, al elegir los medios para proteger a la familia y asegurar el respeto de la vida familiar de acuerdo con los términos del art. 8, debe necesariamente tomar en consideración la evolución de la sociedad y sus cambios en la percepción de los temas sociales, de estado civil y de relaciones humanas, incluso la circunstancia de que no existe una sola opción cuando se trata de la vida privada o del modo de llevar adelante la propia familia.

En los casos en que el margen de apreciación es estrecho, como cuando existe una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solo requiere que la medida elegida sea adecuada para conseguir el objetivo. También debe demostrarse que, para alcanzar ese objetivo, era necesario excluir ciertas categorías de personas –en este caso, las personas que conviven en una relación homosexual– del ámbito de aplicación de las disposiciones en cuestión.

En este caso, la carga de la prueba recae en el Gobierno, el cual debe demostrar que la protección de la familia tradicional y, más específicamente, la protección de los intereses del niño exigen la exclusión de las parejas homosexuales del acceso a la adopción por segundo padre, permitida a las parejas heterosexuales no casadas. Lo cierto es que el Gobierno no ha aducido ningún argumento específico, ni estudios científicos u otros instrumentos de prueba para demostrar que una familia con dos padres del mismo sexo no puede, en ninguna circunstancia, proveer adecuadamente a las necesidades del niño. Por el contrario, el Gobierno concedió que, en términos personales, las parejas homosexuales pueden ser tan aptas o no como las heterosexuales a la hora de adoptar. Asimismo, sostuvo que el Código Civil no apunta a excluir a las parejas homosexuales del acceso a esta modalidad de adopción. Sin embargo, señaló que la legislatura había procurado evitar, por razones legales, una situación en la que el niño tuviera dos madres o dos padres. La exclusión explícita de las parejas homosexuales del acceso a la adopción por segundo padre fue introducida por la Ley de Uniones Registradas, que no se encontraba vigente cuando el presente caso fue resuelto por los tribunales nacionales.

Ahora bien, la legislación austríaca parece adolecer de cierta falta de coherencia. En efecto, la adopción por parte de una sola persona, tanto heterosexual como homosexual, es posible, y si ella ha contraído una unión registrada, su pareja debe dar su consentimiento de conformidad con la enmienda al art. 181.1, subpárrafo 2 ABGB introducida junto con la Ley de Uniones Registradas. En consecuencia, la legislación acepta que tal circunstancia no es perjudicial para el niño. Sin embargo, el derecho austríaco insiste en que un niño no debería tener dos madres o dos padres.

Todas estas consideraciones ponen en duda la proporcionalidad de la prohibición absoluta de que las parejas homosexuales accedan a esta modalidad de adopción derivada del art. 182.2 ABGB.

Por otro lado, es dable observar que la amplitud del margen de apreciación de los Estados depende de un cierto número de factores. Cuando está en juego una faceta particularmente importante de la existencia de un individuo o su identidad, normalmente el margen otorgado al Estado es restringido. Sin embargo, cuando no hay consenso entre los Estados parte del Consejo de Europa con respecto a la importancia relativa del interés en juego o a los medios más adecuados para protegerlo, en particular cuando se plantean cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación es más amplio. De todas formas, cuando se trata de cuestiones discriminatorias por razones de sexo o de orientación sexual, el margen de apreciación es estrecho.

Cabe destacar también que Austria no ha ratificado la Convención sobre Adopciones de 2008, cuyo art. 7.1 dispone que los Estados deben permitir la adopción por parte de dos personas de distinto sexo (que estén casadas o –en caso de que exista la institución– hayan contraído una unión registrada) o por parte de una sola persona. De conformidad con el art. 7.2, los Estados son libres de extender el ámbito de la Convención a las parejas del mismo sexo casadas o en unión registrada, y a las parejas homosexuales o heterosexuales que conviven en una relación estable. Ello indica que el art. 7.2 no puede entenderse en el sentido de que los Estados son libres de tratar a las parejas heterosexuales u homosexuales que viven en relación estable de una manera diferente.

Esta Corte está persuadida de que encontrar un justo equilibrio entre la protección de la familia tradicional y los derechos de las minorías sexuales garantizados por la Convenciones es un ejercicio difícil y delicado que puede exigirle al Estado la conciliación de puntos de vista conflictivos e intereses percibidos por las distintas partes como francamente opuestos. Sin embargo, el Gobierno no ha aducido razones particularmente convincentes y de peso para demostrar que excluir a una pareja homosexual del acceso a la modalidad de adopción por segundo padre y, por el contrario, permitirle en una pareja heterosexual no casada era necesario para proteger a la familia tradicional o a los intereses del niño. Esta diferenciación es incompatible con la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *X and others c. Austria*, sentencia del 19-3-2012, en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116735>>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO AMBIENTAL. IMPACTO AMBIENTAL. EVALUACIÓN. OBJETIVOS. PROYECTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS AUTORIZADOS SIN EVALUACIÓN PREVIA ADECUADA DEL IMPACTO AMBIENTAL. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO. VIOLACIÓN. DAÑO PATRIMONIAL. DERECHO DE LOS PARTICULARES A OBTENER UNA REPARACIÓN. PRESUPUESTOS. CONTAMINACIÓN SONORA. AEROPUERTOS (UNIÓN EUROPEA – AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: la señora Leth interpuso una demanda contra Austria, contra el estado austríaco de Niederösterreich (Baja Austria) y contra los tribunales austríacos tendiente al cobro de una indemnización de 120.000 por la disminución del valor de su vivienda provocada por los perjuicios futuros que ocasionarían los mayores ruidos de los aviones generados por la ampliación de un aeropuerto. Denunció la violación de la Directiva 85/337 del Consejo, del 27 de junio de 1985, que exige una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente que puedan tener los proyectos públicos o privados.

2. Sentencia: la omisión de una evaluación del impacto ambiental de un proyecto, en violación a lo dispuesto en la Directiva, no otorga por sí misma al particular el derecho a obtener la reparación del perjuicio puramente patrimonial causado por la disminución del valor de su inmueble generada por las repercusiones sobre el medio ambiente del citado proyecto. En consecuencia, corresponde al juez nacional comprobar si se cumplen las exigencias del derecho comunitario aplicables al derecho a obtener reparación, en particular, la existencia de una relación de causalidad directa entre la violación alegada y los daños sufridos.

En la medida en que la Directiva exige una evaluación del impacto ambiental de un proyecto como el de la remodelación o ampliación de un aeropuerto, cuando este proyecto afecta el uso de un inmueble, dicha evaluación debe identificar, describir y evaluar los efectos directos e indirectos del ruido en el ser humano. No obstante, dado que la evaluación no incluye las repercusiones del proyecto sobre el valor de los bienes materiales, no se extiende al valor del inmueble afectado.

Por ello, en circunstancias en las que la exposición al ruido resultante de un proyecto tiene efectos notables sobre el ser humano –esto es, cuando una casa utilizada como vivienda que quede afectada por dicho ruido se vuelve menos apta para cumplir su función, y el medio ambiente del ser humano, su calidad de vida y, eventualmente, su salud se ven afectados–, una disminución del valor patrimonial de dicho inmueble puede ser una consecuencia económica directa de tales efectos sobre el medio ambiente, lo que procede examinar caso por caso. No obstante, además de la comprobación de que la norma violada del derecho comunitario tiene por objeto conferir derechos a los particulares perjudicados –como se ha señalado en el presente caso– y de que la violación de dicha norma está suficientemente acreditada, la existencia de una relación de causalidad directa entre la violación en cuestión y los daños sufridos es un requisito indispensable del derecho a obtener reparación, existencia que incumbe comprobar a los tribunales nacionales, de conformidad con las orientaciones dadas por este Tribunal.

Cabe recordar a este respecto que, si bien la Directiva prevé una evaluación del impacto ambiental de un proyecto público o privado, lo cierto es que no prevé una regulación de fondo relativa a la ponderación de las repercusiones sobre el medio ambiente con otros factores. Del mismo modo, dicha Directiva tampoco prohíbe la realización de proyectos que puedan tener efectos negativos sobre el medio ambiente.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-420/11, *Jutta Leth c. Austria, Land Niederösterreich*, sentencia del 14-3-2013, en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0420:ES:HTML>>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO DE LA COMPETENCIA. DECISIÓN DE UNA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS. **DERECHO BANCARIO.** OPERACIONES REALIZADAS CON TARJETAS DE DÉBITO, DE DÉBITO APLAZADO Y DE CRÉDITO. TASAS MULTILATERALES DE INTERCAMBIO POR DEFECTO. CONCEPTO DE RESTRICCIÓN ACCESORIA. FALTA DE NATURALEZA OBJETIVAMENTE NECESARIA. RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA EN VIRTUD DE LOS EFECTOS. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE UNA EXENCIÓN INDIVIDUALIZADA (UNIÓN EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: mediante Decisión C (2007) 6474 final del 19 de diciembre de 2007, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 [CE] y en el art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/34.579 – MasterCard, Asunto COMP/36.518 – EuroCommerce, Asunto COMP/38.580 – Tarjetas comerciales), la Comisión Europea declaró contrarias al derecho de la competencia las tasas multilaterales de intercambio (TMI) aplicadas dentro del sistema de pago con tarjetas MasterCard.

Las TMI corresponden a una parte del precio de una operación con tarjeta de pago que retiene el banco emisor de la tarjeta. El costo de las TMI se imputa a los comerciantes en el contexto más amplio de los gastos que se les facturan por la utilización de tarjetas de pago por la entidad financiera que gestiona sus operaciones.

La Decisión de la Comisión únicamente afectaba a las TMI aplicables en el Espacio Económico Europeo o en la zona Euro, aplicadas en defecto de tasas de intercambio fijadas bilateralmente entre entidades financieras o colectivamente a nivel nacional.

La Comisión consideró que las TMI tenían como efecto fijar una cuantía mínima de los gastos facturados a los comerciantes y constituían por ello una restricción de la competencia en materia de precios en detrimento de los comerciantes. Además, estimó que no se había demostrado que las TMI pudieran originar ganancias de eficacia aptas para justificar sus efectos restrictivos de la competencia.

Por tanto, ordenó a MasterCard y a las sociedades que la representaban (MasterCard Inc. y sus filiales MasterCard Europe y MasterCard International Inc.) que pusieran fin a la infracción suprimiendo formalmente en un plazo de seis meses las TMI bajo apercibimiento de sancionarlas con una multa coercitiva diaria del 3,5% de su volumen de negocios mundial consolidado diario.

Entonces, las sociedades que representaban a MasterCard interpusieron ante el Tribunal General un recurso de anulación de esa Decisión de la Comisión. Varias entidades financieras intervinieron en apoyo de esas sociedades (Banco Santander S.A., Royal Bank of Scotland plc, HSBC Bank plc, Bank of Scotland plc, Lloyds TSB Bank plc, MBNA Europe Bank Ltd).

2. Sentencia: se desestima el recurso y se confirma la Decisión de la Comisión.

Este Tribunal no acoge la argumentación basada en la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI para el funcionamiento de MasterCard. Se alega en especial que, sin la percepción de las TMI, las entidades financieras tendrían que ofrecer a sus clientes otros tipos de tarjetas de pago o reducir las ventajas concedidas a los titulares de tarjetas, lo que pondría en cuestión la viabilidad del sistema MasterCard. Observando la importancia de los ingresos y beneficios comerciales distintos de las TMI que las entidades financieras obtienen de su actividad de emisión de tarjetas de pago, este Tribunal General considera poco probable que, a falta de TMI, una parte apreciable de los bancos cesen o reduzcan de modo considerable su actividad de emisión de tarjetas MasterCard o que modifiquen las condiciones de su emisión en grado tal que pueda conducir a los titulares de esas tarjetas a preferir otros medios o tarjetas de pago.

Dado que las TMI no son objetivamente necesarias para el funcionamiento del sistema de pago MasterCard, la Comisión podía examinar válidamente sus efectos en la competencia de manera autónoma, en lugar de apreciarlos junto con los efectos del sistema MasterCard del que formaban parte. Ese análisis de los efectos de las TMI en la competencia también resulta aprobado por este Tribunal General, ya que la Comisión podía concluir válidamente que, a falta de TMI, los comerciantes habrían podido ejercer una presión competitiva mayor sobre el importe de los gastos que se les facturan por la utilización de tarjetas de pago.

Además, se ha reprochado a la Comisión que ha mantenido la calificación de decisión de una asociación de empresas respecto a las TMI, pese a que, desde que comenzó su cotización en bolsa el 25 de mayo de 2006, MasterCard Inc. ya no está controlada por las entidades financieras que participan en el sistema MasterCard y estas ya no juegan ningún papel en la fijación del importe de las TMI. En respuesta a esa argumentación, este Tribunal General observa que los bancos han seguido ejerciendo colectivamente un poder decisorio sobre aspectos esenciales del funcionamiento de la organización de pago MasterCard tanto a nivel nacional como europeo. También existía una comunidad de intereses entre la organización de pago MasterCard y las entidades financieras para la fijación de las TMI en un importe elevado. De ello deduce que, a pesar de los cambios ocurridos a raíz del comienzo de la cotización en bolsa de MasterCard Inc., la organización de pago MasterCard ha continuado siendo una forma institucionalizada de coordinación del comportamiento de las entidades financieras participantes. Por tanto, la Comisión mantuvo fundadamente la calificación de decisiones de una asociación de empresas respecto a las TMI.

Por último, refiriéndose a la contribución del sistema MasterCard al progreso técnico y económico y, en especial, a las ventajas objetivas que las tarjetas MasterCard representan para sus titulares y para los comerciantes (garantía de pago, rapidez de liquidación de la operación, aumento del número de operaciones, etc.), las sociedades que representaban a MasterCard y algunas entidades financieras sostienen que la Comisión había debido conceder una exención a las TMI. Este Tribunal General desestima también ese argumento, observando en especial que los métodos de fijación del importe de las TMI tienden a sobervalorar los costos soportados por entidades financieras al emitir las tarjetas de pago y a evaluar de modo insuficiente las ventajas que obtienen los comerciantes de ese medio de pago.

Notas del Instituto: 1) contra las resoluciones del Tribunal General puede interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, limitado a las cuestiones de derecho, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución; 2) el recurso de anulación sirve para solicitar la anulación de los actos de las instituciones de la Unión contrarios al derecho de la Unión. Bajo ciertos requisitos, los Estados miembros, las instituciones europeas y los particulares pueden interponer recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia o ante el Tribunal General. Si el recurso se declara fundado, el acto queda anulado y la institución de que se trate debe colmar el eventual vacío jurídico creado por la anulación de dicho acto.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto 111/08, *MasterCard Inc. y otros c. Comisión*, sentencia del 24-5-2012, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123081&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2042741>>.



DERECHO COMUNITARIO. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. RESTRICCIÓN. RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL. PROPORCIONALIDAD. TERRORISMO. FINANCIACIÓN. BLANQUEO DE CAPITALES. PREVENCIÓN DE LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO PARA EL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS SOSPECHOSAS A CARGO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. ENTIDADES QUE OPERAN BAJO EL RÉGIMEN DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. DETERMINACIÓN DE LA UNIDAD NACIONAL DE INFORMACIÓN FINANCIERA RESPONSABLE DE LA OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN (UNIÓN EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: Jyske, filial del banco danés NS Jyske Bank, es una entidad de crédito establecida en Gibraltar que opera en España bajo el régimen de la libre prestación de servicios, es decir, sin poseer un establecimiento en España. En enero de 2007, la UIF española solicitó a Jyske que le proporcionara cierta información, pues estimaba, sobre la base de una serie de indicios, que existía un riesgo muy elevado de que Jyske estuviera siendo utilizada para operaciones de blanqueo de capitales en el marco de sus actividades desarrolladas en España. El mecanismo empleado con este fin era la creación en Gibraltar de estructuras societarias por las que se pretendía evitar que se pudiera conocer la identidad del propietario real de inmuebles adquiridos en España, esencialmente en la Costa del Sol, así como el origen de los fondos utilizados.

En junio de 2007, Jyske transmitió una parte de la información solicitada, pero se negó a comunicar los datos relativos a la identidad de sus clientes y las copias de las operaciones sospechosas realizadas en España invocando la normativa sobre el secreto bancario aplicable en Gibraltar. Por lo tanto, el Consejo de Ministros, considerando que Jyske había incumplido los deberes de información que le imponía la legislación española, le impuso dos amonestaciones públicas y dos sanciones económicas por un importe total de 1.700.000 euros. Jyske estima que la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo solo le impone una obligación de informar a la UIF de Gibraltar y que, por lo tanto, la normativa española no se compadece con la Directiva.

Entonces, este banco interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo, que decidió plantear una cuestión prejudicial sobre esta materia ante este Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Sentencia: la Directiva no prohíbe expresamente la posibilidad de exigir que las entidades de crédito que ejercen sus actividades en España en libre prestación de servicios comuniquen directamente a la UIF española la información requerida a efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por lo tanto, la Directiva no se opone, en principio, a la normativa española siempre que tenga como finalidad reforzar, respetando el derecho de la Unión, la eficacia de la lucha contra dichos delitos. De esta manera, tal normativa no puede comprometer los principios establecidos por la Directiva en relación con los deberes de información de las entidades de crédito, ni limitar la eficacia de las formas de cooperación y de intercambio de información existentes entre las UIF.

La Directiva impone determinadas obligaciones de información, en particular, a las entidades de crédito. Con esta finalidad, exige que cada Estado Miembro establezca una unidad de información financiera (UIF) central, encargada de recibir, solicitar, analizar y comunicar a las autoridades competentes información relativa a un eventual caso de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo (Reino Unido ha sido autorizado a designar también una UIF en Gibraltar). La Directiva prevé que esa información sea transmitida a la UIF del Estado Miembro en el territorio del cual se encuentre situada la entidad.

La normativa española actualmente vigente se encuentra en la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, del 28 de abril, y en el Real Decreto 925/1995, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, del 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. En virtud de dicha normativa, se impone a las entidades de crédito que operan en España, independientemente del lugar en el que estén establecidas, que comuniquen a la UIF española las operaciones que supongan transferencias de fondos con origen o destino en paraísos fiscales y territorios no cooperantes, incluido Gibraltar, cuando el importe de las operaciones supere los 30.000 euros.

Corresponde analizar a continuación la compatibilidad de la normativa española con el régimen de la libre prestación de servicios en la Unión Europea. Este Tribunal de Justicia considera que tal normativa constituye una restricción a dicha libertad, dado que entraña dificultades y costos adicionales. Además, dicha normativa puede acumularse a los controles ya efectuados en el Estado Miembro en el que se encuentre situada la entidad de que se trate, lo que puede disuadirla de dedicarse a dichas actividades. No obstante, esta restricción a la libre prestación de servicios puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general, como la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Así, el órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar si la normativa controvertida es idónea para lograr su objetivo, en particular, si permite a España controlar y suspender efectivamente las transacciones financieras sospechosas realizadas por las entidades de crédito que prestan sus servicios en el territorio nacional y, en su caso, perseguir y sancionar a los responsables.

A este respecto, este Tribunal de Justicia destaca que una normativa de este tipo permite a España supervisar el conjunto de las transacciones financieras realizadas en su territorio por las entidades de crédito con independencia de la forma en que estas hayan decidido prestar sus servicios, lo que resulta una medida idónea para lograr, de manera efectiva y congruente, el objetivo perseguido. El órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar entonces si dicha normativa se aplica de modo no discriminatorio y si es proporcionada, es decir, si es idónea para garantizar el cumplimiento del objetivo que persigue y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo. Así, la normativa sería desproporcionada si el mecanismo de cooperación previsto entre las UIF de los diferentes Estados Miembros ya permitiera a la UIF española obtener la información requerida a través de la UIF del Estado Miembro en el que se encuentra situada la entidad de crédito.

El mecanismo de cooperación entre las UIF presenta ciertas lagunas. En particular, existen importantes excepciones a la obligación de la UIF requerida de transmitir a la UIF requirente la información solicitada. Así, una UIF podría negarse a dar información si esta puede perjudicar una investigación penal que se esté llevando a cabo en el Estado Miembro requerido cuando la divulgación de la información fuese claramente desproporcionada en relación con los intereses legítimos de una persona o del Estado Miembro de que se trate, o cuando dicha divulgación tuviera como consecuencia vulnerar los principios fundamentales del derecho nacional (Decisión 2000/642/JAI del Consejo, del 17 de octubre de 2000, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera de los Estados Miembros para el intercambio de información). Por otra parte, en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, la reacción de las autoridades debe ser lo más rápida posible, pero no se ha previsto un plazo para transmitir la información ni sanciones en caso de negativa injustificada de la UIF requerida a transmitir la información solicitada. Además, el recurso a este mecanismo de cooperación presenta especiales dificultades cuando se trata de actividades realizadas en libre prestación de servicios. Por lo tanto, cuando no exista, en el momento de los hechos, un mecanismo eficaz que garantice una cooperación plena y completa entre las UIF y que permita luchar con la misma

eficacia contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la normativa constituirá una medida proporcionada.

Nota del Instituto: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados Miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. Este Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo de conformidad con la decisión de este 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-212/11, *Jyske Bank Gibraltar Ltd. c. Administración del Estado*, sentencia del 25-4-2013, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137920&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=403030>>.



DERECHO COMUNITARIO. POLÍTICA EXTERIOR. SEGURIDAD COMÚN. MEDIDAS RESTRICTIVAS ADOPTADAS CONTRA IRÁN PARA IMPEDIR LA PROLIFERACIÓN NUCLEAR. CONGELACIÓN DE LOS FONDOS DE LA FILIAL DE UN BANCO. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.** PROPIEDAD O CONTROL DE LA ENTIDAD (UNIÓN EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: con el fin de aplicar una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relacionada con las medidas adoptadas contra Irán para evitar la proliferación nuclear, el Consejo aprobó en 2007 un Reglamento por el que se ordena el bloqueo de los fondos de las entidades designadas por el Consejo de Seguridad y de aquellas que el Consejo de la Unión Europea consideró implicadas en la proliferación nuclear, así como el bloqueo de los fondos de las entidades que sean de su propiedad o estén bajo su control. Las entidades afectadas se enumeran en una lista que figura como anexo al Reglamento.

El 23 de junio de 2008, el Consejo adoptó una Decisión por la que dispuso la inclusión de BMI y sus filiales, Melli Bank entre ellas, en dicha lista. En consecuencia, sus fondos quedaron bloqueados. El Consejo declaró que BMI “facilita o intenta facilitar apoyo financiero a empresas que participan o abastecen el programa nuclear y el programa de misiles iraní” y que este banco “sirve de facilitador para las actividades sensibles de Irán”.

Melli Bank es una sociedad anónima británica aprobada y regulada por la *Financial Services Authority* (autoridad británica de los servicios financieros). Bank Melli Iran (BMI), un banco iraní controlado por el Estado iraní, posee la totalidad del capital social de Melli Bank.

Melli Bank interpuso un recurso de anulación de esta Decisión ante el Tribunal General, el cual, mediante sentencia del 19 de julio de 2009 (*Melli Bank c. Consejo*, asuntos acumulados T-246/08 y T-332/08), desestimó el recurso y confirmó la Decisión sobre el bloqueo de fondos.

Posteriormente, Melli Bank recurrió en casación dicha sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Sentencia: se desestima el recurso de casación de Melli Bank porque el Tribunal General no ha incurrido en ningún error de derecho que pudiera conllevar la anulación de su sentencia.

El Tribunal General no ha incurrido en error al considerar que el derecho de la Unión obligaba al Consejo a bloquear los fondos de una entidad “que sea propiedad o esté bajo el control” de una entidad que se considera que participa en la proliferación nuclear. En consecuencia, no resulta necesario que el bloqueo de fondos de Melli Bank –sociedad íntegramente participada por BMI, entidad que a su vez se considera implicada en la proliferación nuclear– quede justificado por el hecho de que Melli Bank esté implicado él mismo en esta proliferación.

Asimismo, el Tribunal General acertó al apreciar que el bloqueo de fondos de Melli Bank satisface el principio de proporcionalidad, ya que es apropiado y necesario frente a la consecución del objetivo legítimo del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Así, cuando se bloquean los fondos de una entidad que se considera que participa en la proliferación nuclear, existe un riesgo considerable de que dicha entidad ejerza presión sobre las entidades que sean de su propiedad o estén bajo su control para eludir el efecto de las medidas que la afectan. En estas circunstancias, el bloqueo de los fondos de estas últimas entidades es necesario y apropiado para asegurar la eficacia de las medidas adoptadas contra la entidad que participa en la proliferación nuclear y para garantizar que no se eludirán dichas medidas.

Se confirma, igualmente, la conclusión del Tribunal General de que no existen medidas alternativas apropiadas para lograr el mismo objetivo.

Por otra parte, habida cuenta de la importancia primordial del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, las restricciones a la libertad de ejercer una actividad económica y al derecho de propiedad de un establecimiento bancario, ocasionadas por las medidas de bloqueo de fondos, no resultaban desproporcionadas en relación con los fines perseguidos.

Este Tribunal de Justicia también aprecia que el Tribunal General no incurrió en error de derecho al considerar que la motivación de la Decisión controvertida era suficiente atendiendo al derecho de la Unión.

Notas del Instituto: 1) el Reglamento al que aquí se alude es el Reglamento (CE) nº 423/2007 del Consejo, del 19 de abril de 2007, sobre la adopción de medidas restrictivas contra Irán, y la Decisión mencionada es la 2008/475/CE, relativa a la aplicación del artículo 7, apartado 2, del Reglamento nº 423/2007; 2) contra las sentencias y autos del Tribunal General puede interponerse un recurso de casación, limitado a las cuestiones de derecho, ante el Tribunal de Justicia. En principio, el recurso de casación no tiene efecto suspensivo. Cuando el recurso de casación sea admisible y fundado, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. En el caso de que el asunto esté listo para ser juzgado, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio. En caso contrario, el Tribunal de Justicia devolverá el asunto al Tribunal General, que estará vinculado por la resolución adoptada en casación por el Tribunal de Justicia.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, C-380/09, *P Melli Bank plc c. Consejo*, sentencia del 13-3-2012, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=120362&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=218255>>.



DERECHO COMUNITARIO. PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. BASES DE DATOS. CALENDARIO DE ENCUENTROS DE CAMPEONATOS DE FÚTBOL (UNIÓN EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: en el litigio principal, la sociedad británica *Football Dataco*, encargada de proteger los derechos sobre los encuentros de los campeonatos de fútbol inglés y escocés, y los organizadores de esos campeonatos acusan a Yahoo! UK, a Stan James (corredor de apuestas) y a Enetpulse (proveedor de información sobre los encuentros deportivos) de haber vulnerado sus derechos de propiedad intelectual sobre los calendarios de los partidos de fútbol al haberlos utilizado sin haber abonado ninguna contrapartida económica.

Los calendarios de los partidos se elaboran tomando en consideración las “reglas de oro”, y aunque el procedimiento está en parte automatizado, requiere un trabajo y una pericia importantes para atender la multitud de exigencias de las partes interesadas y respetar al mismo tiempo las reglas aplicables.

Conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia) (sentencias del 9-11-2004, *Fixtures Marketing*, asuntos C-46/02, C-338/02 y C-444/02), el órgano jurisdiccional nacional que interviene en el litigio descartó una protección sui generis de esos calendarios de los partidos. En cambio, consultó al Tribunal de Justicia si esos calendarios merecen la protección conferida por los derechos de autor y le solicitó una aclaración de los requisitos que se deben reunir para poder obtener dicha protección.

2. Sentencia: un calendario de partidos de fútbol no puede estar protegido por el derecho de autor cuando se realiza conforme a reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa. El hecho de que la configuración del calendario haya exigido un esfuerzo y una pericia considerables por parte de su autor no justifica, en sí mismo, que esté protegida por los derechos de autor.

La protección de los derechos de autor prevista en la Directiva tiene por objeto la “estructura” de la base de datos y no su “contenido”. Dicha protección no se extiende a los propios datos. En este contexto, los conceptos de “selección” y “disposición” en el sentido de la Directiva se refieren, respectivamente, a la selección y a la disposición de datos en virtud de las cuales el autor de la base confiere a esta su estructura. En cambio, esos conceptos no cubren la creación de los datos contenidos en esa base. Por consiguiente, el esfuerzo intelectual y la pericia destinados a la creación de datos no pueden ser tomados en consideración para apreciar si la base de datos que los contiene puede ser objeto de la protección conferida por los derechos de autor prevista en la Directiva.

En el caso de autos, el esfuerzo y la pericia que exige la creación de los calendarios se refieren a la creación de los propios datos contenidos en la base. Por consiguiente, ese esfuerzo y esa pericia carecen, en cualquier caso, de pertinencia para apreciar si los calendarios de partidos de fútbol controvertidos pueden ser objeto de la protección conferida por el derecho de autor prevista en la Directiva.

El concepto de “creación intelectual”, requisito necesario para poder obtener la protección conferida por los derechos de autor, remite únicamente al criterio de la originalidad. Por lo que se refiere a la elaboración de una base de datos, ese criterio de originalidad se cumple cuando, mediante la selección o la disposición de los datos que contiene, su autor expresa su capacidad creativa de manera original tomando elecciones libres y creativas. En cambio, ese criterio no se cumple cuando la elaboración de la base de datos es dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa.

El otorgamiento de una “relevancia especial” a esos datos mediante su selección o su disposición resulta irrelevante a efectos de apreciar la originalidad exigida para que esa base de datos pueda ser objeto de la protección conferida por los derechos de autor.

En el mismo sentido, el hecho de que la elaboración de la base de datos haya exigido, al margen de la creación de los datos que contiene, un considerable trabajo y pericia de su autor no justifica, en sí mismo, su protección por los derechos de autor si ese trabajo y esa pericia no expresan ninguna originalidad en la selección o la disposición de tales datos.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de los elementos de análisis facilitados por este Tribunal de Justicia, si los calendarios de partidos de fútbol controvertidos en el litigio principal son bases de datos que responden a los requisitos para poder ser amparados por los derechos de autor. No obstante, cabe precisar que los procedimientos de configuración de los citados calendarios, tal como los describe el órgano jurisdiccional remitente, si no van acompañados de elementos que expresen una originalidad en la selección o la disposición de los datos contenidos en esos calendarios, no bastan para que estos puedan ser protegidos por los derechos de autor previstos en la Directiva.

Dado que la Directiva armoniza la protección de las bases de datos conferida por los derechos de autor, una normativa nacional que otorgue la protección conferida por ese derecho en función de requisitos que difieran de los previstos en la Directiva es incompatible con el derecho de la Unión.

Notas del Instituto: 1) la Directiva a la que aquí se alude es la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos; 2) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho de la Unión o de 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 resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-604/10, *Football Dataco y otros c. Yahoo! UK Ltd y otros*, sentencia del 1-3-2012, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4252>>.



DERECHO COMUNITARIO. PROPIEDAD INTELECTUAL. PATENTES Y MARCAS. DERECHOS DE AUTOR. ALCANCES. VIOLACIÓN. REQUISITOS. PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN. CREACIÓN DIRECTA O POR OTRO PROCESO. REPRODUCCIÓN DE LAS FUNCIONES POR UN SEGUNDO PROGRAMA SIN ACCESO AL CÓDIGO FUENTE DEL PRIMERO. DESCOMPILACIÓN DEL CÓDIGO OBJETO DEL PRIMER PROGRAMA INFORMÁTICO. MANUAL DE UTILIZACIÓN DE UN PROGRAMA. REPRODUCCIÓN DE OTRO PROGRAMA INFORMÁTICO. EXPRESIÓN DE LA CREACIÓN INTELECTUAL PROPIA DEL AUTOR DEL MANUAL DE UTILIZACIÓN (UNIÓN EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: la empresa *SAS Institute Inc.* desarrolló el sistema SAS, conjunto integrado de programas que permite a los usuarios procesar y analizar datos, particularmente en forma estadística. El componente básico de este sistema se denomina Base SAS y permite a los usuarios escribir y ejecutar programas de aplicación (también conocidos como “*scripts*”), escritos en el lenguaje de programación SAS, que posibilitan el tratamiento de datos.

La empresa *World Programming Ltd* (WPL) estimó que existía demanda para un programa sustitutivo capaz de ejecutar programas de aplicación escritos en lenguaje SAS. Por ello, creó el Sistema *World Programming* (WPS), que emula gran parte de la funcionalidad de los componentes SAS: con tan solo algunas excepciones de escasa importancia, WPL intentó garantizar que los mismos *inputs* (entradas de datos en el sistema) produzcan los mismos *outputs* (salidas de datos). Ello permite a los usuarios del sistema SAS ejecutar en el Sistema *World Programming* los scripts que desarrollaron para ser utilizados con el sistema SAS.

Para crear ese programa WPS, la empresa WPL adquirió legalmente copias de la versión de aprendizaje del sistema SAS, suministradas con una licencia que limitaba los derechos de su titular a un uso no destinado a la producción. WPL utilizó y estudió esos programas para comprender su funcionamiento, pero nada permite suponer que tuviera acceso o copiara el código fuente de los componentes SAS.

SAS Institute interpuso una demanda ante la *High Court* del Reino Unido solicitando que declarara que WPL había copiado los manuales y los componentes del sistema SAS en violación de sus derechos de autor y de las estipulaciones de la licencia de la versión de aprendizaje.

En este contexto, la *High Court* consultó al Tribunal de Justicia en relación con el alcance de la protección jurídica conferida por el derecho de la Unión a los programas informáticos y, en particular, si tal protección alcanza a la funcionalidad y al lenguaje de programación.

2. Sentencia: la funcionalidad de un programa informático y el lenguaje de programación no pueden ser protegidos mediante los derechos de autor. El adquirente de una licencia de un programa informático tiene derecho, en principio, a observar, verificar o estudiar su funcionamiento para determinar las ideas y principios implícitos en él.

En primer lugar, cabe recordar que la Directiva sobre la protección jurídica de los programas informáticos extiende la protección de los derechos de autor a todas las formas de expresión de la creación intelectual propia del autor de un programa de

computación. En cambio, las ideas y los principios implícitos en cualquiera de los elementos de uno de estos programas, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, no están protegidos mediante derechos de autor en términos de la Directiva.

De este modo, solo la expresión de esas ideas y principios debe protegerse mediante derechos de autor. El objeto de la protección conferida por la Directiva abarca el programa de computación en todas sus formas de expresión, tales como el código fuente y el código objeto, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos.

Sobre la base de estas consideraciones, este Tribunal estima que la funcionalidad de un programa informático, el lenguaje de programación y el formato de los archivos de datos utilizados en un programa informático para explotar algunas de sus funciones no constituyen una forma de expresión. Por ello, no gozan de la protección de los derechos de autor.

En efecto, si se admitiera que el derecho de autor pudiera proteger la funcionalidad de un programa informático, se generaría la posibilidad de monopolizar las ideas, en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial.

En este contexto, corresponde precisar que si un tercero obtuviera la parte del código fuente o del código objeto correspondiente al lenguaje de programación o al formato de los archivos de datos utilizados en un programa informático y, sirviéndose de ese código, creara elementos similares en su propio programa informático, tal comportamiento podría ser prohibido por el autor del programa. Ahora bien, en el presente asunto, de las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que WPL no tuvo acceso al código fuente del programa de *SAS Institute* ni efectuó descompilación alguna del código objeto de ese programa. WPL reprodujo la funcionalidad del programa de *SAS Institute* gracias a la observación, al estudio y a la verificación del comportamiento de este, utilizando el mismo lenguaje de programación y el mismo formato de archivos de datos.

En segundo lugar, es de señalar que, según la Directiva sobre la protección jurídica de programas informáticos, el adquirente de una licencia de un programa está autorizado para observar, estudiar o verificar el funcionamiento de este con el fin de determinar las ideas y los principios implícitos en cualquier elemento del programa. Cualquier disposición contractual contraria a ese derecho se considerará nula y sin valor ni efecto alguno. Por otra parte, la determinación de tales ideas y principios puede realizarse en el marco de las operaciones autorizadas por la licencia.

En consecuencia, el titular de los derechos de autor sobre un programa informático no puede invocar el contrato de licencia para impedir que el adquirente de esa licencia observe, estudie y verifique el funcionamiento de ese programa con el fin de determinar las ideas y los principios implícitos en todos sus elementos cuando realice operaciones autorizadas por esa licencia, así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre ese programa.

Además, no puede haber infracción del derecho de autor cuando –como sucede en el caso de autos– el adquirente legítimo de la licencia no ha tenido acceso

al código fuente del programa informático, sino que se limitó a estudiar, observar y verificar ese programa con el fin de reproducir su funcionalidad en un segundo programa.

Finalmente, este Tribunal declara que la reproducción, en un programa informático o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa informático protegido por derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual.

A este respecto, este Tribunal de Justicia considera que, en el caso de autos, las palabras clave, la sintaxis, los comandos y combinaciones de comandos, las opciones, los valores por defecto y las iteraciones están compuestos por palabras, cifras o conceptos matemáticos que, considerados aisladamente, no constituyen, en cuanto tales, una creación intelectual del autor de ese programa. Solo a través de la elección, la disposición y la combinación de tales palabras, cifras o conceptos matemáticos expresa el autor su espíritu creador de manera original.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si la reproducción alegada en el asunto principal constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa informático protegida por los derechos de autor.

Notas del Instituto: 1) la Directiva a la que aquí se alude es la Directiva 91/250/CEE del Consejo, del 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas informáticos; 2) sobre este tema, véase también la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 22-10-2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, asunto C-393/09; 3) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-406/10, *SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd*, sentencia del 2-5-2012, en <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-406/10&language=es>>.



DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. PLAZO RAZONABLE. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. **DAÑO MORAL. PROCESO PENAL.** SENTENCIA EN EL ÁMBITO DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. FUERZA VINCULANTE. EJECUCIÓN. SENTENCIAS PILOTO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – GRECIA).

1. Antecedentes del caso: Ioannis Michelioudakis es un ciudadano griego residente en Atenas que en febrero de 2003 fue procesado penalmente por instigación al falso testimonio. A principios del año 2006, el Tribunal Penal de Atenas lo declaró culpable, imponiéndole una pena de 22 meses de prisión. Michelioudakis apeló la sentencia.

En un principio, el juicio en el Tribunal de Apelaciones de Atenas estaba previsto para el 11 de diciembre de ese año, pero fue aplazado hasta el 2 de marzo de 2007, fecha en la que ese Tribunal redujo la pena a 9 meses de prisión.

En mayo del mismo año, Michelioudakis interpuso un recurso de apelación ante la Corte de Casación, la cual, en noviembre de 2008, revocó la sentencia y remitió el caso al Tribunal de Apelaciones. El 27 de marzo de 2009, este redujo la pena de Michelioudakis a 7 meses. En septiembre de ese año, el recurrente apeló nuevamente ante la Corte de Casación, la cual desestimó el recurso interpuesto en febrero de 2010.

Entonces, Michelioudakis presentó un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) alegando la violación de los arts. 6.1 (derecho a un juicio justo y rápido) y 13 (derecho a un remedio efectivo) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia: se declara por unanimidad que ha habido violación de los arts. 6.1 y 13 de la Convención. El Estado demandado deberá pagar al recurrente la suma de € 3.000 en razón de daño moral y de € 1.230 por las costas.

Presunta violación del art. 6.1 de la Convención

Es preciso reiterar que la razonabilidad de la duración de un procedimiento debe evaluarse en relación con criterios tales como la complejidad del caso y las conductas del recurrente y de las autoridades competentes. Los Estados Miembros deben organizar sus regímenes jurídicos de forma que sus tribunales puedan garantizar a todos el derecho a una sentencia definitiva dentro de un plazo razonable.

Si bien este caso no plantea cuestiones complejas, la duración total de los procedimientos ha sido mayor a siete años, por lo que el requisito de “plazo razonable” no ha sido satisfecho.

Presunta violación del art. 13 de la Convención

El recurrente invoca el art. 13 y alega que ningún tribunal griego tiene competencia para entender en las denuncias relativas a la excesiva duración de los procesos penales.

En primer lugar, el art. 13 garantiza un remedio efectivo ante una autoridad nacional en relación con denuncias sobre procesos que tengan una duración excesiva. En segundo lugar, cabe señalar que en anteriores oportunidades esta Corte ha sostenido que el sistema jurídico griego no brinda un remedio efectivo en términos del art. 13 a los reclamos fundados en la duración excesiva de los procedimientos penales. En este caso, si bien el gobierno griego alega que el recurrente podría haberse dirigido a los tribunales administrativos conforme a lo dispuesto por el Código Civil, lo cierto es que no se ha demostrado que tal remedio sea efectivo, que se encuentre disponible ni que pueda satisfacer las exigencias del art. 13.

Aplicación del art. 46 de la Convención

La excesiva duración de los procesos penales en Grecia es un problema recurrente. Entre 2001 y 2011, esta Corte ha pronunciado más de 300 sentencias referidas a la duración de los procedimientos judiciales, en su mayoría penales. Además, en numerosas ocasiones ha encontrado violaciones al art. 13 de la Convención. Por todo ello y debido a que el problema es crónico, resulta apropiado dictar sentencias piloto.

Si bien los esfuerzos realizados mediante la aprobación de legislación nacional —a saber, el incremento del número de jueces, la construcción de tribunales, la informatización de los registros y la adopción de nuevas alternativas para acelerar los procedimientos— demuestran que las autoridades no han ignorado el grave problema de la excesiva duración de los procesos judiciales, lo cierto es que en el régimen jurídico griego no se ha introducido aún un remedio o conjunto de remedios que permitan garantizar el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable.

El problema identificado en el presente caso se viene presentando sistemáticamente. Esto queda confirmado por la circunstancia de que, desde el año 2007 hasta esta parte, esta Corte ha dictado más de 40 sentencias contra Grecia por violación del art. 6.1 y aún están pendientes de resolución más de 250 casos contra ese Estado referidos a la duración de los procedimientos (alrededor de 50 de ellos, relativos a procedimientos penales).

Todo ello refleja una práctica incompatible con la Convención.

En cuanto a las medidas generales a adoptar, en principio el Estado debe elegir, bajo la supervisión del Comité de Ministros, los medios a través de los cuales va a cumplir con las obligaciones impuestas por el art. 46 de la Convención (fuerza vinculante y ejecución de las sentencias). Por otra parte, en lo que respecta a los remedios nacionales a adoptar a fin de abordar el problema sistemático identificado en este caso, si bien la mejor solución en términos absolutos es la prevención a través de una organización adecuada del sistema judicial nacional, lo cierto es que podría adoptarse una disposición para acelerar los procedimientos, un remedio compensatorio o se podrían reducir las sentencias en razón de la excesiva duración de los procedimientos penales.

Las autoridades nacionales deberán, en el plazo de un año, introducir un remedio o un conjunto de remedios efectivos capaces de proporcionar una reparación adecuada y suficiente ante procedimientos penales de duración indebidamente prolongada.

Asimismo, es preciso considerar que a la espera de la adopción por parte de las autoridades griegas de las medidas necesarias a nivel nacional, los procedimientos contradictorios relativos a la duración de los procedimientos penales en los tribunales griegos presentados ante esta Corte deberán ser aplazados por un año a contar desde la fecha en que la presente sentencia sea definitiva.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Michelioudakis c. Grecia*, sentencia del 3-4-2012, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=905523&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



DERECHO DEL TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO. PRINCIPIO DE BUENA FE. SANCIONES. DESPIDO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO AL HONOR (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: Juan Manuel Palomo Sánchez, Francisco Antonio Fernández Olmo, Agustín Álvarez Lecegui y Francisco José María Blanco Balbas son españoles nativos que viven en Barcelona y que trabajaban como empleados de entrega a domicilio para la empresa P. Luego de haber promovido varias acciones judiciales laborales contra su empleador, en 2001 crearon un sindicato y formaron parte del comité ejecutivo del mismo.

La edición de marzo de 2002 del *newsletter* mensual de dicho sindicato difundió información relativa a una decisión de un tribunal laboral de Barcelona que había reconocido parcialmente las pretensiones de los peticionantes y condenado a la empresa P a pagarles una suma de dinero en concepto de salarios adeudados. Su portada era una caricatura de dos empleados de la empresa haciendo favores sexuales al Director de Recursos Humanos de la misma. Asimismo, incluía dos artículos que criticaban, con vocabulario vulgar, la circunstancia de que esas dos personas hubieran declarado a favor de la empresa en los procesos judiciales promovidos por los peticionantes. El *newsletter* se distribuyó entre los empleados y se publicó en la cartelera de novedades que el sindicato tiene en las instalaciones de la empresa.

El 3 de junio de 2002, los peticionantes fueron despedidos por conducta inapropiada grave, esto es, por haber dañado la reputación de ciertos empleados y del Director de Recursos Humanos criticados en el *newsletter*. Entonces, impugnaron judicialmente esa decisión.

En una sentencia de noviembre de 2002, un tribunal laboral de Barcelona desestimó sus denuncias, con base en que los despidos estaban justificados en términos de las normas laborales más relevantes, dado que la caricatura y los dos artículos eran ofensivos y dañaban la dignidad de las personas afectadas y, por lo tanto, iban más allá del ámbito de la libertad de expresión.

En mayo de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la sentencia en cuanto afectaba a los cuatro peticionantes. En su decisión, se refirió especialmente a los límites que impone el principio de la buena fe que debe existir entre las partes de un contrato de trabajo, y al balance que las decisiones judiciales tienen que hacer entre las obligaciones contractuales y la libertad de expresión de los empleados.

El 11 de marzo de 2004, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó una apelación de los peticionantes fundada en cuestiones de derecho. El 11 de enero de 2006, el Tribunal Constitucional de España declaró inadmisibles sus recursos de amparo especialmente fundados en que la protección constitucional a la libertad de expresión no protege las declaraciones ofensivas o humillantes que no resultan necesarias para que otras personas se formen una opinión de los hechos que se desean denunciar.

Entonces, los peticionantes hicieron una presentación ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) alegando que su despido, basado en el contenido del *newsletter*, había violado los derechos que les acuerda el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), y cuyo verdadero fundamento habían sido sus actividades sindicales, en violación a sus derechos a la libertad de reunión y de asociación garantizados por el art. 11.

Este caso se tradujo en seis peticiones ante la Corte, dos de las cuales fueron declaradas inadmisibles (sentencia de Sala del 8 de septiembre de 2009).

En su sentencia del 8 de diciembre de 2009, una Sala de la Corte decidió, por 6 votos contra 1, que las autoridades no se habían excedido en el ejercicio de su discrecionalidad al sancionar a los peticionantes y que no había habido una violación del art. 10 de la Convención. Asimismo, sostuvo que no existía una cuestión independiente en términos del art. 11. En mayo de 2010, la causa fue sometida a la consideración de la Gran Sala en razón del recurso interpuesto por los peticionantes contra dicha sentencia.

2. Sentencia: el despido de los sindicalistas fundado en una publicación ofensiva no violó su libertad de expresión.

En el caso de los peticionantes, la cuestión de la libertad de expresión está estrechamente relacionada con la libertad de asociación en un contexto sindical. Sin embargo, la denuncia principalmente se vincula con que fueron despedidos por haber publicado y exhibido, en su calidad de miembros del comité ejecutivo de un sindicato, los artículos en cuestión.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró injustificado el despido de otros dos miembros del sindicato porque, en el momento de la publicación y distribución del *newsletter*, gozaban de licencia por enfermedad, lo que confirmó que la circunstancia de que los peticionantes estuviesen afiliados a un sindicato no había resultado decisiva a los fines de sus despidos. Esta Corte, por lo tanto, considera conveniente analizar los hechos en términos del art. 10 interpretado conforme al art. 11 de la Convención.

La cuestión central consiste en determinar si España debía garantizar el respeto a la libertad de expresión de los peticionantes mediante la anulación de sus despidos. Los tribunales nacionales habían advertido que la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales no es ilimitada y que deben tomarse en cuenta las características propias de dichas relaciones. Para llegar a la conclusión de que la caricatura y los artículos habían resultado ofensivos para las personas afectadas, el tribunal laboral realizó un análisis pormenorizado de los hechos en cuestión y del contexto en el cual los peticionantes publicaron el *newsletter*.

Esta Corte no ve motivo para cuestionar las conclusiones de los tribunales nacionales en el sentido de que el contenido del *newsletter* fue ofensivo y tuvo idoneidad para perjudicar la reputación de terceros. Por otra parte, hay que distinguir claramente la crítica del insulto. Este último puede, en principio, justificar la imposición de sanciones. Desde este punto de vista, los fundamentos brindados por los tribunales nacionales se compadecen con el objetivo legítimo de proteger la

reputación de las personas contra quienes está dirigido el contenido del *newsletter* en cuestión, y la conclusión de los tribunales nacionales de que los peticionantes han sobrepasado los límites de la crítica admisible en las relaciones laborales no puede considerarse infundada ni desprovista de un fundamento fáctico razonable.

En cuanto a si la sanción impuesta a los peticionantes, a saber, su despido, es desproporcionada en relación con la gravedad del contenido de las expresiones, esta Corte advierte que la caricatura y los artículos fueron publicados en el *newsletter* de la filial del sindicato del lugar donde trabajaban los peticionantes, en el marco de una controversia que estos tenían con la empresa. Sin embargo, contenían acusaciones que no estaban dirigidas directamente contra la empresa, sino contra otros dos empleados y contra el Director de Recursos Humanos. Esta Corte reitera, a este respecto, que el margen de crítica aceptable es menor en relación con particulares que con respecto a políticos o empleados públicos por actos realizados en ejercicio de sus funciones.

Esta Corte no comparte el criterio del gobierno español de que el contenido de los artículos en cuestión no se vinculaba con ninguna cuestión de interés general, ya que fueron publicados en el marco de un conflicto laboral interno de una empresa a la cual los peticionantes habían planteado ciertas peticiones. Por lo tanto, el debate no era puramente privado, sino que era un asunto de interés general al menos para los empleados de la empresa. Sin embargo, ello no podía justificar el uso de caricaturas o expresiones ofensivas ni siquiera en el marco de las relaciones laborales. Los comentarios no fueron las reacciones instantáneas e irreflexivas de un intercambio verbal rápido y espontáneo, sino afirmaciones escritas expuestas públicamente en las instalaciones de la empresa.

Luego de realizar un balance cuidadoso de los intereses contrapuestos y de hacer una amplia referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de España en materia de libertad de expresión en las relaciones laborales, los tribunales nacionales aprobaron las sanciones impuestas por el empleador y resolvieron que la conducta de los peticionantes aquí en cuestión no caía directamente dentro del ámbito de la actividad sindical de los peticionantes, sino que violentaba el principio de la buena fe en las relaciones laborales. Esta Corte coincide con los tribunales nacionales en que, para ser fructíferas, las relaciones laborales deben basarse en la confianza mutua. Si bien esta exigencia no implica un deber absoluto de lealtad hacia el empleador ni un deber de discreción hasta el punto de sujetar al trabajador a los intereses del empleador, lo cierto es que ciertas manifestaciones del derecho a la libertad de expresión que podrían resultar legítimas en otros contextos no lo son en el marco de las relaciones laborales. Un ataque a la honorabilidad de las personas mediante el uso de expresiones groseramente insultantes u ofensivas en el entorno profesional constituye, en razón de sus efectos perturbadores, un tipo de conducta inapropiada particularmente grave que puede justificar la imposición de sanciones severas.

En estas circunstancias, esta Corte resuelve que el despido de los peticionantes no constituyó una sanción desproporcionada ni excesiva que requiera que el Estado brinde una reparación a través de su anulación o de su sustitución por una medida menos severa. Por lo tanto, no ha habido violación del art. 10 interpretado en términos del art. 11 de la Convención.

Notas del Instituto: 1) las sentencias de la Gran Sala son definitivas (art. 44 de la Convención); 2) todas las sentencias definitivas se transmiten al Comité de Ministros del Consejo de Europa, el cual supervisa la ejecución de las mismas. Puede accederse a información sobre el proceso de ejecución en <<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution>>.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Palomo Sánchez y otros c. España*, sentencia del 12-9-2011, en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106178>>.



DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CRÍMENES DE GUERRA.
AUTORÍA MEDIATA. **MENORES.** RECLUTAMIENTO Y ALISTAMIENTO DE NIÑOS SOLDADO (CORTE PENAL INTERNACIONAL).

1. Antecedentes del caso: entre 1999 y 2003, estalló un conflicto interétnico en la provincia de Ituri de la República Democrática del Congo. En este contexto, en septiembre de 2000 se creó la Union des Patriotes Congolais (UPC), uno de cuyos miembros fundadores y presidente desde los inicios fue Thomas Lubanga Dyilo. Dos años después, la UPC y su brazo militar, la Force Patriotique pour la Libération du Congo (FPLC), tomaron el poder en Ituri. Desde entonces y hasta agosto de 2003, llevaron adelante un conflicto armado contra la Armée Populaire Congolaise (APC) y otras milicias.

En marzo de 2004, Joseph Kabila, presidente de la República Democrática del Congo (Estado parte), refirió la situación particular de su país al fiscal de la Corte Penal Internacional (Corte). Este hizo valer los antecedentes, y en enero de 2007 la Sala de Cuestiones Preliminares acusó a Lubanga Dyilo de ser penalmente responsable como coautor de los crímenes de guerra de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años en la FPLC y de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades entre septiembre de 2002 y el 2 de junio de 2003. Posteriormente, la acusación pasó a ser examinada por la Sala de Primera Instancia I.

2. Sentencia: se declara por unanimidad, en términos de los arts. 8(2)(e) (vii) y 25(3)(a) del Estatuto de Roma, que Thomas Lubanga Dyilo es culpable de los crímenes de guerra de reclutar y alistar niños menores de 15 años de edad en la FPLC y de utilizarlos para participar activamente en las hostilidades desde comienzos del año 2002 hasta el 13 de agosto de 2003.

Las acusaciones contra Lubanga Dyilo incluyen tres actos delictivos distintos. En primer término, la comisión de los delitos de reclutamiento y alistamiento se produce en el momento en que un menor de 15 años de edad es enrolado, coactivamente o no, en un grupo armado. Estos delitos son de naturaleza continua y finalizan cuando el menor alcanza los 15 años de edad o abandona el grupo armado. Por otro lado, el delito de utilización de menores de 15 años de edad para participar activamente en las hostilidades incluye una amplia variedad de actividades que van desde la participación directa de los niños en el frente hasta las innumerables funciones de asistencia a los combatientes. Todas las actividades, tanto

de participación directa como indirecta, tienen una característica común, a saber, que el menor en cuestión se convierte potencialmente en blanco de un ataque. Por ello, el factor decisivo para determinar si el cumplimiento de un rol “indirecto” debe ser tratado como una participación activa en las hostilidades radica en establecer si el apoyo brindado a los combatientes expone al niño al peligro real de convertirse en un blanco potencial. Todos estos factores implican que, a pesar de estar ausente de la escena inmediata de las hostilidades, el individuo, de todas maneras, está activamente involucrado en las mismas.

Entre el 1º de septiembre de 2002 y el 13 de agosto de 2003, el brazo armado de la UPC fue responsable de un vasto reclutamiento –forzoso o voluntario– de jóvenes, incluso de menores de 15 años de edad. Numerosos testigos declararon de forma fehaciente y confiable que menores de 15 años fueron reclutados “voluntaria” o forzosamente en la UPC/FPLC y enviados a sus jefaturas en Bunia o a sus campos de entrenamiento militar en Rwampara, Mandro y Mongbwalu.

Las pruebas demuestran que en los campos militares los niños fueron sometidos a un duro régimen de entrenamiento y a castigos severos. Además, especialmente las niñas fueron utilizadas por los comandantes para realizar tareas domésticas. Asimismo, según las declaraciones de algunos testigos, también fueron sometidas a violencia sexual y a violaciones, en especial por parte de los comandantes.

Los menores de 15 años fueron utilizados como guardias militares y guardaespaldas de los comandantes. Las pruebas revelan que la “Unidad Kadogo” estuvo constituida principalmente por jóvenes de esa edad. Varios testigos y filmaciones en video atestiguan claramente que menores de 15 años de edad actuaron como guardaespaldas o estuvieron al servicio de la guardia personal de Lubanga Dyilo.

Las pruebas demuestran que el presidente de la UPC/FPLC también era comandante en jefe y líder político del grupo armado y que participó activamente en la toma de decisiones relativas a las políticas de reclutamiento, apoyando iniciativas y dirigiendo discursos a la población local y a los reclutados. En el campo militar de Rwampara alentó a los niños, incluso a aquellos menores de 15 años, a unirse al grupo armado y a ocuparse, después de recibir entrenamiento, de la seguridad de los pobladores.

Por todo ello, se ha demostrado, más allá de toda duda razonable, que Lubanga Dyilo actuó con la necesaria intención y el conocimiento requeridos para admitir las acusaciones (elemento de intencionalidad exigido por el art. 30). En efecto, el acusado estaba al corriente tanto de los hechos que determinaron el conflicto armado como del vínculo entre estos y su propia conducta que dio lugar al reclutamiento, alistamiento y utilización de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia del 14-3-2012, en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>>.



DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. DESPLAZAMIENTOS FORZADOS. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. RESIDENCIA. DERECHO DE PROPIEDAD. MENORES. CONFLICTOS ARMADOS. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: el 12 de diciembre de 1998, mientras se llevaba a cabo en la vereda de Santo Domingo una “feria” en el marco de la cual se realizaron diversas actividades deportivas, aterrizó una avioneta Cessna sobre la carretera que conduce de la Vereda de Santo Domingo a Panamá de Arauca o Pueblo Nuevo con dinero o armas para actividades de narcotráfico. Esto dio lugar a enfrentamientos entre las Fuerzas Armadas de Colombia y la guerrilla. En el marco de esos hechos, las Fuerzas Armadas planearon una operación militar aerotransportada que se prolongó por varios días y en la cual también participaron una brigada del ejército y un batallón contraguerrilla.

En ese contexto, al día siguiente, varios aviones sobrevolaron los alrededores de Santo Domingo durante la mañana y la tripulación de un helicóptero de la Fuerza Aérea colombiana lanzó un dispositivo cluster de tipo AN-M1A2, compuesto por seis granadas o bombas de fragmentación AN-M41A sobre la calle principal de Santo Domingo, provocando la muerte de diecisiete personas –de las cuales seis eran niños– e hiriendo a otras veintisiete, entre ellas, diez niños. Como consecuencia de los hechos, ese mismo día la población de Santo Domingo tuvo que abandonar sus viviendas y trasladarse al poblado de Betoyes, en el municipio de Tame, y a las ciudades de Tame y Saravena, situación que se intensificó cuando ciertos grupos de personas salían de Santo Domingo. Con posterioridad al lanzamiento del dispositivo cluster, la Fuerza Área colombiana hizo disparos con ametralladora desde las aeronaves contra personas que se desplazaban en la carretera en dirección opuesta al caserío, ya fuera caminando o en un vehículo. El regreso de varios de los pobladores se efectuó a partir de enero de 1999.

Como consecuencia de esos hechos, fueron condenados tres tripulantes de la aeronave que lanzó el dispositivo sobre el caserío de Santo Domingo. Dicho fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá en junio de 2011 respecto de dos de los tripulantes. La jurisdicción contencioso-administrativa también estableció la responsabilidad del Estado colombiano por los hechos de Santo Domingo.

Entonces, las víctimas llevaron el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte).

2. Sentencia:

1. El Estado es responsable por la violación del derecho a la vida, reconocido en el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento en perjuicio de las personas fallecidas en los hechos del 13 de diciembre de 1998 en Santo Domingo, y en relación con el art. 19 de la misma respecto de los niños fallecidos.

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 de la Convención en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento en perjuicio de las personas que resultaron heridas en los hechos

del 13 de diciembre de 1998 en Santo Domingo, y en relación con el art. 19 de la misma respecto de los niños que fueron víctimas.

3. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 de la Convención en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento en perjuicio de los familiares de las víctimas de los hechos ocurridos en Santo Domingo el 13 de diciembre de 1998.

4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 21 de la Convención en relación con el art. 1.1 de la misma en perjuicio de cuatro de las víctimas.

5. El Estado es responsable por la violación del derecho de circulación y residencia reconocido en el art. 22 de la Convención en relación con los arts. 1.1 y 5.1 de la misma en perjuicio de las personas que sufrieron desplazamiento por los hechos del caso.

6. No fue demostrada la alegada violación del derecho reconocido en el art. 11 de la Convención.

7. No fue demostrada la alegada violación de los derechos reconocidos en los arts. 8 y 25 de la Convención, sin perjuicio de lo cual, a la luz de la obligación general contenida en el art. 1.1 de la Convención, el Estado debe continuar las investigaciones y procesos administrativos y judiciales en curso, y en su caso continuar los demás que correspondan, a efectos de determinar completamente los hechos del presente caso y las responsabilidades correspondientes.

8. No procede analizar los hechos del presente caso a la luz del art. 2 de la Convención.

Excepciones preliminares

Se desestiman las dos excepciones preliminares presentadas por el Estado de Colombia (falta de competencia *ratione materiae* y falta de agotamiento de los recursos internos).

La primera de ellas, porque si bien la Convención solo ha atribuido competencia a este Tribunal para determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con las disposiciones de otros tratados o normas consuetudinarias, en el ejercicio de dicho examen, puede, como lo ha hecho en otros casos, interpretar a la luz de otros tratados los derechos contenidos en la misma Convención, en particular el derecho internacional humanitario.

En lo que se refiere a la segunda excepción preliminar, esta Corte recuerda que, si bien el proceso contencioso administrativo puede ser relevante en la calificación y definición de determinados aspectos o alcances de la responsabilidad estatal, así como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral en un proceso ante el Sistema Interamericano, en casos como el presente no es un recurso que necesariamente deba ser siempre agotado, por lo que no inhibía la competencia de esta Corte para conocer del presente caso.

Alegado “reconocimiento” de responsabilidad del Estado

Por otro lado, en el trámite del caso ante esta Corte, el Estado planteó un “reconocimiento” de responsabilidad por la violación del derecho a conocer la verdad y “el acceso a la administración de justicia” de las víctimas, alegando que existía una “enorme confusión” y posiciones contradictorias sobre los hechos por las “falencias probatorias en las que se ha incurrido a lo largo de los procesos penales internos”. El Estado hizo referencia, en particular, a una sentencia de enero de 2011, en la cual se condenó a un guerrillero por delitos que involucran, entre otros, los hechos de Santo Domingo, en contradicción con las otras sentencias que fueron pronunciadas a nivel interno. No obstante, se observó que tal proceso no conformaba el marco fáctico del caso ante esta Corte y que dicho acto que el Estado denominó “reconocimiento” contradice lo que sostuvo durante el trámite del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Esta Corte considera que, en los términos en que el propio Estado lo ha expuesto, el referido acto “no implica reconocer ni aceptar los hechos presentados por la Comisión y por las víctimas”, por lo que no sería considerado como un reconocimiento de responsabilidad ni tendría efectos jurídicos.

Fondo

Con respecto a la alegada violación a las garantías y protección judiciales, reconocidas en los arts. 8 y 25 de la Convención, no se ha demostrado que el Estado haya dejado de realizar una investigación seria, diligente, exhaustiva y en un plazo razonable. Por el contrario, los otros mecanismos y procedimientos internos han coadyuvado en el esclarecimiento de la verdad y en la determinación de los alcances de la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, el Estado no violó los arts 8 y 25 de la Convención y, en atención al principio de complementariedad, no resultaría necesario pronunciarse sobre los hechos que generaron las violaciones de derechos establecidas y reparadas a nivel interno.

Sin embargo, durante el proceso ante esta Corte, el Estado pretendió desconocer e incluso puso en duda lo que sus órganos judiciales y administrativos habían realizado para determinar la verdad de lo sucedido y las responsabilidades subsecuentes, así como para reparar a las víctimas, manteniendo la controversia sobre los hechos, por lo que esta Corte procede a analizar las alegadas violaciones a la Convención.

Dada la capacidad letal y la precisión limitada del dispositivo utilizado, el lanzamiento del mismo en el casco urbano del caserío de Santo Domingo o en sus cercanías era contrario al principio de precaución reconocido por el derecho internacional humanitario, lo que permite a esta Corte declarar la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida en perjuicio de las personas fallecidas en el caserío de Santo Domingo, así como del derecho a la integridad personal en perjuicio de las personas que resultaron heridas.

Por otro lado, los actos de ametrallamiento contra la población civil por parte de miembros de la Fuerza Aérea implicaron un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida e integridad personal, en términos de la Convención Americana, de los pobladores de Santo Domingo que se vieron afectados por la puesta en riesgo de sus derechos.

El Estado incumplió con su deber de protección especial de los niños afectados por los hechos de Santo Domingo, toda vez que no cumplió con su obligación especial de protección en el marco de un conflicto armado no internacional, y las violaciones de los derechos a la vida e integridad personal declaradas anteriormente deben entenderse en relación con la violación del derecho a las medidas especiales de protección de los niños que fallecieron y de los que resultaron heridos.

Del mismo modo, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de los familiares de las víctimas de los hechos.

Asimismo, la situación de desplazamiento forzado interno que enfrentaron las víctimas que resultaron heridas y sus familiares fue consecuencia de la explosión del dispositivo cluster en el caserío de Santo Domingo, aunado al miedo y a las afectaciones psicológicas que les generaron los enfrentamientos cercanos, así como los referidos ametrallamientos, y, por lo tanto, el Estado es responsable de la violación de la libertad de circulación y residencia, en relación con el derecho a la integridad personal respecto de las personas heridas en Santo Domingo.

Los daños producidos por el lanzamiento de una bomba de racimo en Santo Domingo son imputables a la Fuerza Aérea colombiana y, por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho de propiedad en perjuicio de los dueños de las tiendas y viviendas afectadas por ese hecho.

Reparaciones

En atención a que los tribunales contenciosos administrativos habían dispuesto indemnizaciones a favor de la mayoría de las víctimas en este caso, con base en lo que estas solicitaron e incluso conciliaron, de conformidad con el principio de complementariedad, no corresponde ordenar reparaciones pecuniarias adicionales, sea por daño material o inmaterial, a favor de los familiares de las víctimas fallecidas ni de las víctimas heridas en los hechos que ya han sido reparadas a nivel interno, sin perjuicio de la reparación que corresponda a otras de las víctimas que no acudieron a esa vía, según lo señalado en la sentencia.

La sentencia de esta Corte constituye una forma de reparación y, adicionalmente, este Tribunal ordena que el Estado debe: i) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; ii) publicar y difundir la sentencia de esta Corte; iii) brindar un tratamiento integral de salud a las víctimas, y iv) otorgar y ejecutar, en el plazo de un año y a través de un mecanismo interno expedito, si correspondiere, las indemnizaciones y compensaciones pertinentes por concepto de daños materiales e inmateriales a favor de varias de las víctimas heridas y de varios familiares de víctimas que no acudieron a la jurisdicción contencioso-administrativa a nivel interno.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*, sentencia del 30-11-2012, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. JURISDICCIÓN NACIONAL. JURISDICCIÓN EN ALTA MAR. **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** OBLIGACIONES POSITIVAS. **EXTRANJEROS.** INMIGRANTES ILEGALES. PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN COLECTIVA DE EXTRANJEROS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: los recurrentes, once ciudadanos somalíes y trece eritreos, formaban parte de un grupo de doscientas personas que, el 6 de mayo de 2009, habiéndose embarcado en Libia con destino a las costas italianas, fueron interceptadas por la Guardia di Finanza y los guardacostas italianos a unas 35 millas náuticas al sur de la isla de Lampedusa, es decir, en la zona marítima de búsqueda y salvamento correspondiente a Malta. Los ocupantes de las embarcaciones fueron reenviados a Trípoli en barcos militares italianos y entregados por la fuerza a las autoridades libias. Los recurrentes adujeron que durante la travesía, las autoridades italianas no les informaron que los reconducían a Libia ni procedieron a identificarlos, y, les confiscaron sus efectos y documentos personales.

Al día siguiente, en conferencia de prensa, el Ministro del Interior italiano declaró que la operación de interceptación de las embarcaciones en alta mar y de reenvío a Libia se debía a que el 4 de febrero del mismo año había entrado en vigor un acuerdo bilateral con Libia que constituía un importante punto de inflexión en la lucha contra la inmigración clandestina. Posteriormente, en un discurso ante el Senado, el Ministro declaró que entre el 6 y el 10 de mayo, más de 471 inmigrantes ilegales habían sido interceptados en alta mar y trasladados a Libia de conformidad con dicho acuerdo. En su opinión, ello desalentaba a los grupos delictivos involucrados en el tráfico y la trata de personas, ayudaba a salvar vidas en el mar y reducía sustancialmente el desembarco de inmigrantes clandestinos en las costas italianas. En efecto, durante el año 2009, Italia llevó a cabo nueve operaciones similares en alta mar.

En febrero de 2011, su Ministro de Defensa declaró que los acuerdos bilaterales con Libia quedaban suspendidos a raíz de los sucesos acaecidos en ese país. De acuerdo con la información suministrada a la Corte Europea de Derechos Humanos por los representantes de los recurrentes, dos de estos murieron en circunstancias inciertas y, entre junio y octubre de 2009, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en Trípoli reconoció a catorce de ellos la condición de refugiados. Después de los sucesos de febrero de 2011 en

Libia, las comunicaciones entre los recurrentes y sus representantes disminuyeron. Actualmente, los abogados están en contacto con seis de ellos, cuatro de los cuales viven en Benin, Malta y Suiza, y otros están aguardando una respuesta a su solicitud de protección internacional. Uno de los recurrentes se encuentra en Túnez en un campo de refugiados y, en junio de 2011, se otorgó la condición de refugiado a un recurrente en Italia después de que había regresado allí clandestinamente.

Los recurrentes presentaron un recurso contra Italia ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), invocando la violación del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), alegando que la decisión de las autoridades italianas de reenviarlos a Libia los había expuesto al riesgo de malos tratos en ese país y de repatriación a sus países de origen (Somalia y Eritrea). También alegaron que habían sido sometidos a una expulsión colectiva prohibida por el art. 4 del Protocolo nº 4. Finalmente, con base en el art. 13, denunciaron que no habían tenido un recurso efectivo en Italia contra las presuntas violaciones a los artículos antedichos.

2. Sentencia: se declara por unanimidad que los recurrentes se encontraban en jurisdicción italiana a los fines del art. 1 de la Convención. Asimismo, se declara por unanimidad que ha habido una violación del art. 3 de la Convención, ya que los recurrentes estaban sujetos al riesgo de ser sometidos a malos tratos en Libia y a la repatriación a Somalia y Eritrea. Se declara por unanimidad que ha habido violación del art. 4 del Protocolo nº 4 y del art. 13 en conjunción con el art. 3 y con el art. 4 del Protocolo Nº 4. Finalmente, se declara por unanimidad que el Estado demandado debe pagar a cada uno de los recurrentes la suma de 15.000 además de cualquier impuesto, en razón de daño moral, y de 1.575,74 en total, en concepto de costas y gastos.

La cuestión de la jurisdicción de conformidad con el art. 1 de la Convención

Solo en casos excepcionales esta Corte ha aceptado que los actos –o sus efectos– que los Estados miembros realizan fuera de sus territorios pueden constituir el ejercicio de su jurisdicción. Siempre que el Estado, al operar a través de sus agentes fuera de su territorio, ejerza el control y su autoridad sobre un individuo y, por ende, su jurisdicción, se encuentra en la obligación de asegurar a este los derechos establecidos en la Convención.

Asimismo, esta Corte reitera el principio de derecho internacional consagrado en el Código de Navegación italiano según el cual una embarcación que navega en alta mar está sujeta a la exclusiva jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola.

No es aceptable la pretensión del gobierno italiano de haber hecho “una operación de rescate en alta mar” ni que Italia haya ejercido un control mínimo sobre los recurrentes. Los acontecimientos ocurrieron a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas, cuya tripulación está compuesta exclusivamente por personal militar italiano. En efecto, en el lapso entre el embarque y la entrega a las autoridades libias, los recurrentes estuvieron bajo el continuo y exclusivo control *de jure y de facto*

de las autoridades italianas. En consecuencia, la operación es competencia de Italia y se inscribe en el ámbito de aplicación del art. 1 de la Convención.

Presuntas violaciones al art. 3 de la Convención

Los recurrentes alegan haber sido víctimas de una repatriación arbitraria, violatoria de la Convención. Durante la navegación, convencidos de que eran llevados a Italia y no a Libia, no pudieron solicitar asilo formalmente porque las autoridades italianas no habían procedido a su identificación. Al llegar a Trípoli, junto con un gran número de inmigrantes, solicitaron a las autoridades no ser desembarcados y entregados a las autoridades libias. El gobierno italiano considera que tal solicitud no puede ser considerada como una solicitud de protección internacional.

Los recurrentes aducen haber sido reenviados a un país en el que existían razones suficientes para creer que estarían sujetos a un trato violatorio de la Convención. En efecto, muchas fuentes internacionales habían informado acerca de las condiciones inhumanas y degradantes en las que los inmigrantes ilegales, sobre todo los de origen somalí y eritreo, eran tratados en Libia.

Según el gobierno italiano, los sucesos del 6 de mayo de 2009 constituyeron una operación de rescate en alta mar conforme al derecho internacional, y los barcos militares italianos habían intervenido en los términos de la Convención de Montego Bay y el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos a fin de hacer frente a la situación de peligro inminente en la que se encontraban las embarcaciones y de salvar la vida de los recurrentes y demás inmigrantes.

Esta Corte ha tenido ocasión de observar que los Estados que conforman la frontera externa de la Unión Europea actualmente se encuentran en serias dificultades para enfrentar el creciente flujo de inmigrantes y solicitantes de asilo. Esto resulta aún más complejo cuando se trata de migraciones por mar. Sin embargo, teniendo en cuenta los derechos establecidos en el art. 3 de la Convención, tal estado de cosas no puede eximir a un Estado de las obligaciones que tal artículo impone. La protección contra el trato prohibido por el art. 3 impone a los Estados la obligación de no expulsar a persona alguna que, en el país receptor, pueda correr el riesgo de ser sometida a tal tratamiento.

De acuerdo con varios informes internacionales, en Libia, durante el período en cuestión, no fueron observadas las normas atinentes a la protección de los refugiados. Toda persona que ingresaba al país ilegalmente estaba destinada a vivir en la clandestinidad, no haciéndose distinción alguna entre inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo. Tales personas eran sistemáticamente arrestadas y detenidas en condiciones inhumanas, según surge de los informes de las delegaciones de ACNUR, *Human Rights Watch* y *Amnesty International*, los cuales destacan muchos casos de tortura, falta de higiene y cuidados médicos. Los inmigrantes clandestinos corrían el riesgo de ser devueltos a sus países de origen en cualquier momento, y, de recobrar su libertad, vivirían en condiciones de gran precariedad como resultado de su condición irregular. Estaban destinados a ocupar un lugar marginal en la sociedad libia y a ser extremadamente vulnerables a actos racistas y xenófobos.

No obstante, el gobierno italiano sostiene que en ese momento Libia constituía un destino “seguro” para los inmigrantes interceptados en alta mar y que cumplía con sus compromisos internacionales en materia de asilo y protección a los refugiados.

Italia no puede eludir su responsabilidad basándose en las obligaciones contraídas en sus acuerdos bilaterales con Libia. La responsabilidad de los Estados contrayentes perdura inclusive después de haber contraído compromisos a través de acuerdos subsiguientes a la entrada en vigor de la Convención o de sus Protocolos.

Asimismo, cabe destacar que la oficina de ACNUR en Trípoli nunca fue reconocida por el gobierno libio, situación bien conocida y verificable en el momento en cuestión. Por ello, cuando los recurrentes fueron expulsados, las autoridades italianas sabían o deberían haber sabido que ellos podían estar expuestos a un trato violatorio de la Convención. Es más, la circunstancia de que los recurrentes no hayan solicitado expresamente asilo no exime a Italia de su responsabilidad.

En virtud del derecho internacional para los refugiados, los Estados tienen obligaciones que cumplir, incluso el principio de no expulsión (*non-refoulement*), consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En otro orden de cosas, toda la información que esta Corte posee demuestra, prima facie, que la situación en Somalia y en Eritrea planteaba y sigue planteando graves problemas de inseguridad. Libia no ha ratificado la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados. En consecuencia, no es posible suscribir el argumento del gobierno italiano según el cual las actividades de ACNUR representaban una garantía contra la repatriación arbitraria. *Human Rights Watch* y ACNUR han denunciado varias repatriaciones forzadas de inmigrantes ilegales, de solicitantes de asilo y de refugiados hacia países de alto riesgo.

A raíz de lo dicho, esta Corte considera que cuando los recurrentes fueron trasladados a Libia, las autoridades italianas sabían o deberían haber sabido que las garantías para proteger a las partes del riesgo de ser arbitrariamente devueltas a sus países de origen eran insuficientes, teniendo en cuenta, en particular, la falta de procedimientos para el asilo y la imposibilidad de que las autoridades libias reconocieran la condición de refugiado que otorga ACNUR.

Italia no está exenta de cumplir con las obligaciones que surgen del art. 3 de la Convención porque los recurrentes no solicitaron asilo o no mencionaron los riesgos que enfrentaban debido a la falta de un sistema de asilo en Libia. Las autoridades italianas deberían haber constatado que las autoridades libias cumplieran con sus obligaciones internacionales en relación con la protección de los refugiados.

Presunta violación del art. 4 del Protocolo n° 4

Los recurrentes alegan que estuvieron sujetos a una expulsión colectiva contraria a la ley.

La Corte debe, por primera vez, examinar si el art. 4 del Protocolo n° 4 se aplica a un caso que involucra la remoción de extranjeros de un tercer Estado de un territorio que no es el nacional y debe comprobar si el traslado de los recurrentes a Libia constituyó una expulsión colectiva de extranjeros en términos de la disposición en examen.

Ahora bien, ni el texto ni los trabajos preparatorios de la Convención impiden la aplicación extraterritorial de tal disposición. Es más, si el art. 4 del Protocolo n° 4 se aplicara solo a las expulsiones colectivas del territorio nacional de un Estado miembro, un número significativo de los movimientos migratorios contemporáneos no entrarían en el ámbito de tal disposición y los migrantes que se hacen a la mar, a menudo poniendo en peligro sus vidas, y sin haber llegado a las fronteras de un Estado, no tendrían el derecho a una evaluación de sus circunstancias personales antes de ser expulsados, contrariamente a aquellos que viajan por tierra. El concepto de expulsión, así como el de “jurisdicción”, en principio es claramente territorial. Sin embargo, en caso de que la Corte encuentre que un Estado, excepcionalmente, ha ejercido su competencia fuera de su territorio nacional, puede aceptar que ese ejercicio extraterritorial por parte del Estado ha tomado la forma de una expulsión. La naturaleza especial del ambiente marítimo no lo convierte en una zona fuera de la ley.

La sentencia dictada en el caso *Conka v. Bélgica* es la única en que esta Corte ha encontrado una violación al art. 4 del Protocolo n° 4. En el presente caso, el traslado de los recurrentes a Libia se ha desarrollado sin ninguna evaluación de la situación de cada individuo. En efecto, las autoridades italianas no realizaron ningún tipo de identificación de los recurrentes y simplemente procedieron al embarque de estos y a su desembarque en Libia. Por ello, se entiende que el traslado de los recurrentes fue de naturaleza colectiva y que ha violado el art. 4 del Protocolo n° 4.

Presunta violación del art. 13 en conjunción con el art. 3 de la Convención y con el art. 4 del Protocolo n° 4

Invocando el art. 13, los recurrentes aducen que no contaron con un recurso efectivo en el derecho italiano con el cual poder presentar una demanda de conformidad con el art. 3 y el art. 4 del Protocolo n° 4.

El gobierno italiano reconoce que no fue posible evaluar las circunstancias personales de los recurrentes a bordo de los barcos militares. Los recurrentes, por su parte, aducen que la falta de información por parte del personal militar italiano los indujo a creer que eran llevados a Italia y los dejó sin información acerca de los procedimientos a seguir para evitar ser trasladados de vuelta a Libia. Esta versión de lo acaecido, a pesar de ser cuestionada por el gobierno italiano, ha sido corroborada por un gran número de declaraciones testimoniales reunidas por ACNUR, el Comité Europeo de Prevención de la Tortura y *Human Rights Watch*. Los recurrentes, entonces, no pudieron presentar una queja de conformidad con los artículos antedichos ante una autoridad competente para obtener una evaluación completa y rigurosa de sus peticiones antes de que se tomara la medida de trasladarlos.

Incluso si un recurso por vía penal contra el personal militar a bordo de los barcos en la práctica estuviese al alcance, ello no satisfaría el criterio de los efectos suspensivos. El art. 13 requiere que la ejecución de una medida sea suspendida cuando la medida es contraria a la Convención y tiene potenciales efectos irreversibles. Por ello, teniendo en cuenta las consecuencias irreversibles del riesgo de tortura o malos tratos que se han producido, el efecto suspensivo de un recurso debería aplicarse cuando un extranjero es devuelto a un Estado en el que hay serios motivos para creer que en este existen riesgos de esa naturaleza.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Hirsi Jamaa and others c. Italia*, sentencia del 23-2-2012, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=901565&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.
 JURISDICCIÓN UNIVERSAL. **INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.** INMUNIDAD SOBERANA.
 INMUNIDAD ANTE TRIBUNALES EXTRANJEROS. **DERECHO INTERNACIONAL**
HUMANITARIO. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. GENOCIDIO.
 HOLOCAUSTO. PROCESOS PROMOVIDOS POR VÍCTIMAS DEL RÉGIMEN NAZI (INTERNACIONAL).

1. Antecedentes del caso: el 23 de diciembre de 2008, Alemania presentó una petición promoviendo una acción contra Italia ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En ella, solicitó a esta que declarara que Italia no ha respetado la inmunidad soberana que Alemania tiene en términos del derecho internacional al permitir la procedencia ante los tribunales italianos de acciones civiles en su contra tendientes a obtener una reparación por los perjuicios causados por las violaciones al derecho internacional humanitario cometidas por el Reich alemán durante la Segunda Guerra Mundial; que Italia también ha violado la inmunidad de Alemania al adoptar medidas restrictivas en la Villa Vigoni, que es una propiedad del Estado alemán situada en territorio italiano; y que también ha violado la inmunidad de jurisdicción de Alemania al declarar que podían ejecutarse en Italia las decisiones de los tribunales civiles griegos dictadas contra Alemania fundadas en actos similares a aquellos que habían dado lugar a las demandas promovidas ante los tribunales italianos.

2. Sentencia: Italia ha violado su deber de respetar la inmunidad que Alemania tiene en términos del derecho internacional, y se resuelve:

(1) por 12 votos contra 3, que la República de Italia ha violado su deber de respetar la inmunidad que la República Federal de Alemania tiene en términos del derecho internacional al permitir la promoción de acciones civiles en su contra basadas en violaciones al derecho internacional humanitario cometidas por el *Reich* alemán entre 1943 y 1945;

(2) por 14 votos contra 1, que la República de Italia ha violado su deber de respetar la inmunidad que la República Federal de Alemania tiene en términos del derecho internacional al adoptar medidas restrictivas en la Villa Vigoni;

(3) por 14 votos contra 1, que la República de Italia ha violado su deber de respetar la inmunidad que la República Federal de Alemania tiene en términos del derecho internacional al declarar que pueden ejecutarse en Italia las decisiones de los tribunales griegos basadas en violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en Grecia por el *Reich* alemán;

(4) por 14 votos contra 1, que la República de Italia debe, mediante la aprobación de leyes apropiadas o el recurso a otros métodos de su elección, asegurar que dejen de producir efectos las decisiones de sus tribunales y de otras autoridades judiciales que violenten la inmunidad que la República Federal de Alemania tiene en términos del derecho internacional.

Esta Corte recuerda que Alemania presentó su petición con base en lo dispuesto por el art. 1 de la Convención Europea para la Solución Pacífica de Controversias, y que Italia no ha opuesto objeción de ningún tipo a la jurisdicción de la Corte ni a la admisibilidad de la petición. La cláusula del art. 27 de la mencionada Convención, que impone una limitación *ratione temporis*, a saber, que dicha Convención no se aplica a las “controversias relativas a hechos o situaciones anteriores a la entrada en vigencia de la Convención en las Partes de la controversia”, no resulta aplicable a las pretensiones de Alemania. En efecto, los “hechos o situaciones” que dieron lugar a la presente controversia son las decisiones judiciales italianas que desconocieron a Alemania la inmunidad de jurisdicción que dicho Estado invocó y las medidas restrictivas aplicadas a su patrimonio. Esas decisiones y medidas fueron adoptadas entre los años 2004 y 2011, esto es, mucho después de que la mencionada Convención entrara en vigencia en los Estados que son parte en este proceso. Por lo tanto, esta Corte tiene jurisdicción para entender en esta controversia.

Si bien no corresponde a esta Corte que decida la cuestión de si Alemania tiene el deber de brindar una reparación a las víctimas italianas de los crímenes de guerra cometidos por el *Reich* alemán, lo cierto es que debe determinar si la omisión de un Estado de cumplir íntegramente con un deber de reparación que supuestamente tiene puede afectar la existencia y alcance de la inmunidad que tiene ante los tribunales extranjeros.

En cuanto a la supuesta violación de la inmunidad de jurisdicción de Alemania en los procesos promovidos por los accionantes italianos, corresponde comenzar observando que estos se fundan en actos perpetrados por las fuerzas armadas alemanas y por los órganos del *Reich* alemán. La cuestión que esta Corte tiene que resolver no es si dichos actos fueron ilegales – punto este que no es materia de controversia–, sino si, en un proceso vinculado a los pedidos de reparación por dichos actos, los tribunales italianos tenían obligación de reconocer a Alemania inmunidad soberana. Entre las Partes, todo derecho al goce de inmunidad soberana deriva del derecho internacional consuetudinario. Esta Corte debe examinar y aplicar el derecho que regía la inmunidad estatal tal como existía al tiempo en que los tribunales italianos desconocieron la inmunidad invocada y ejercieron su jurisdicción, y no el que existía entre 1943 y 1945.

En esencia, el primer argumento de Italia es que el derecho internacional consuetudinario se ha desarrollado hasta el punto en que un Estado ya no tiene

derecho a gozar de inmunidad respecto a actos que ocasionen muerte, lesiones o daños a los bienes que se encuentran en el territorio del Estado del foro, aun cuando dichos actos hayan sido realizados *jure imperii*. Esta es la “excepción por actos ilícitos” a la inmunidad estatal. Luego de analizar profundamente las prácticas nacional e internacional, esta Corte llega a la conclusión de que el derecho internacional consuetudinario sigue exigiendo que se acuerde a un Estado inmunidad en los procesos por actos ilícitos supuestamente cometidos en el territorio de otro Estado por sus fuerzas armadas y por otros organismos en el curso de la conducción de un conflicto armado. En consecuencia, la decisión de los tribunales italianos de denegar inmunidad a Alemania no puede justificarse con base en el principio invocado por Italia relativo a la responsabilidad por actos ilícitos.

El segundo argumento de Italia es que la negativa a reconocer inmunidad a Alemania está justificada por la particular naturaleza de los actos que constituyen la materia de las acciones promovidas ante los tribunales italianos y las circunstancias en que dichas acciones fueron articuladas.

La primera premisa de este argumento se basa en la tesis de que el derecho internacional no acuerda inmunidad a un Estado, o al menos restringe su derecho a gozar de inmunidad, cuando dicho Estado ha cometido serias violaciones del derecho aplicable a los conflictos armados; y de que, dado que las acciones de las fuerzas armadas alemanas y de otros organismos del *Reich* alemán que constituyen el fundamento de las acciones promovidas ante los tribunales italianos constituyeron serias violaciones a dicho régimen legal, Alemania debía ser privado de su derecho a gozar de inmunidad. Luego de examinar las prácticas nacional e internacional relevantes, esta Corte llega a la conclusión de que, en términos del derecho internacional consuetudinario tal como rige actualmente, un Estado no queda privado de su inmunidad por la circunstancia de estar acusado de serias violaciones al derecho internacional de los derechos humanos o del que rige los conflictos armados.

La segunda premisa de este argumento es que las reglas violadas por Alemania durante el período 1943-1945 son reglas *jus cogens*. La Corte observa que esta premisa se funda en la tesis de que existe un conflicto entre las reglas del *jus cogens* que forman parte del derecho aplicable a los conflictos armados y las que acuerdan inmunidad a Alemania. Cabe destacar la pretensión de Italia de que las reglas del *jus cogens* siempre prevalecen sobre cualquier regla incompatible del derecho internacional y, como la regla que acuerda inmunidad a un Estado ante los tribunales de otro no forma parte del *jus cogens*, la regla de la inmunidad debe ceder. Esta Corte llega a la conclusión de que, aun asumiendo que las reglas aplicables a los conflictos armados que prohíben el asesinato, deportación o trabajos forzados sean reglas del *jus cogens*, no existe un conflicto entre dichas reglas y las que reconocen inmunidad a los Estados. Los dos grupos de reglas tratan diferentes materias: las reglas de la inmunidad soberana se limitan a determinar si los tribunales de un Estado pueden o no ejercer su jurisdicción sobre otro Estado; ellas no determinan si las conductas en que se funda el proceso son o no lícitas. Cabe, además, señalar que el argumento basado en la prevalencia del *jus cogens* sobre el que rige la inmunidad soberana ha sido rechazado

por los tribunales nacionales y que no existe ninguna legislación nacional que haya limitado la inmunidad en los casos en que se denuncian violaciones al *jus cogens*. Esta Corte llega a la conclusión de que, aun asumiendo que las acciones tramitadas ante los tribunales italianos estuvieran fundadas en violaciones a las reglas del *jus cogens*, ello no afectaría la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario relativo a la inmunidad estatal.

La pretensión número tres y final del argumento italiano es que los tribunales italianos tenían fundamentos para denegar a Alemania inmunidad porque todos los otros intentos de asegurar una reparación para los diversos grupos de víctimas intervinientes en el proceso italiano habían fracasado. Esta Corte no encuentra ningún fundamento en la práctica nacional e internacional conforme al cual el derecho internacional haga que el derecho a gozar de inmunidad soberana dependa de la existencia de un remedio alternativo efectivo para brindar reparación. En consecuencia, se rechaza el argumento de Italia.

Esta Corte observa que, en el curso del proceso oral, los abogados de Italia sostuvieron que sus tres líneas argumentales tenían que ser consideradas en forma conjunta; en otras palabras, que, en razón del efecto acumulativo de la gravedad de las violaciones, el estatus de las reglas violadas y la inexistencia de medios alternativos de reparación, los tribunales italianos habían fundado su negativa a acordar inmunidad a Alemania. Esta Corte no está persuadida de que estas tres líneas de razonamiento tendrían ese efecto si se las considerara en forma conjunta.

En conclusión, esta Corte sostiene que el accionar de los tribunales italianos al denegar a Alemania la inmunidad a la que aquí se decide que tenía derecho en términos del derecho internacional consuetudinario constituye una violación de las obligaciones que el Estado italiano tenía para con Alemania.

La Corte pasa ahora a analizar la cuestión de si las medidas restrictivas trabadas sobre la Villa Vigoni luego del dictado de una sentencia italiana que declaró susceptibles de ejecución en Italia las sentencias de los tribunales griegos que ordenaron a Alemania pagar una indemnización constituyen una medida violatoria del derecho de Alemania a gozar de inmunidad de ejecución. Existe al menos una condición que debe satisfacerse antes de trabar cualquier medida restrictiva sobre un bien perteneciente a un Estado extranjero: que el bien en cuestión esté siendo utilizado para la consecución de objetivos no comerciales del Gobierno, o que el Estado propietario de ese bien haya consentido expresamente la adopción de esa medida restrictiva, o que el Estado haya asignado el bien en cuestión para la satisfacción de un reclamo judicial. Sin embargo, esta Corte encuentra que la Villa Vigoni está siendo usada para cumplir objetivos del Gobierno que tienen una naturaleza absolutamente no comercial; Alemania tampoco ha expresado en forma alguna su consentimiento para la adopción de una medida como la aquí adoptada, ni ha asignado el bien para la satisfacción de los reclamos formulados en su contra. En estas circunstancias, esta Corte encuentra que la traba de la medida restrictiva constituye una violación por parte de Italia de su deber de respetar la inmunidad que debe a Alemania.

En su tercera presentación, Alemania se agravia de que su inmunidad de jurisdicción también quedó violada por las decisiones de los tribunales italianos

que declaran susceptibles de ejecución en dicho país las sentencias adoptadas por los tribunales griegos que reconocen los reclamos formulados contra Alemania en procesos fundados en la masacre de Distomo cometida por las fuerzas armadas del *Reich* alemán en 1944.

Esta Corte considera que la cuestión relevante consiste en determinar si los propios tribunales italianos respetaron la inmunidad de jurisdicción de Alemania al hacer lugar al pedido de *exequatur*, y no si el tribunal griego que dictó la sentencia que se buscaba ejecutar había respetado la inmunidad de jurisdicción de Alemania. El tribunal que entiende en un pedido de *exequatur* de una sentencia extranjera dictada contra un tercer Estado tiene que preguntarse si, en caso de tener que resolver el fondo de una controversia idéntica a la decidida en dicha sentencia extranjera, estaría obligado en términos del derecho internacional a reconocer inmunidad al Estado demandado. Esta Corte encuentra que, a la luz de este razonamiento, se llega a la conclusión de que los tribunales italianos que declararon susceptibles de ejecución en Italia las decisiones de los tribunales griegos dictadas contra Alemania violaron la inmunidad del Estado mencionado en último término. Por ende, llega a la conclusión de que las decisiones de los tribunales italianos que declararon estas sentencias griegas susceptibles de ejecución en Italia constituyen una violación por parte de Italia de su deber de respetar la inmunidad de jurisdicción de Alemania.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Alemania c. Italia*, sentencia del 3-2-2012, en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. SENTENCIA. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. SENTENCIAS PILOTO (INTERNACIONAL).

Muchos de los 150.000 casos que están pendientes ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) pertenecen a la categoría de “casos repetitivos” porque se han originado en una misma disfunción a nivel nacional.

Para resolverlos, la Corte ha adoptado el procedimiento de sentencia piloto, que consiste en una técnica que identifica los problemas estructurales que subyacen a dichos casos e impone a los Estados la obligación de resolverlos, indicándoles claramente el tipo de medidas correctivas necesarias que han de adoptar. En el momento de recibir varios recursos que presentan un mismo problema central, la Corte puede seleccionar uno o más de ellos para darles un tratamiento prioritario mediante este procedimiento piloto.

Una de las características fundamentales de este procedimiento piloto es la posibilidad de que la Corte suspenda o “congele” por un determinado plazo el trámite de estos procesos relacionados entre sí, con la condición de que el gobierno del Estado demandado actúe con celeridad en la adopción de las medidas nacionales requeridas para cumplir con las exigencias impuestas por la sentencia. Asimismo, la

Corte puede reanudar el examen de los casos suspendidos toda vez que los intereses de la justicia así lo requieran.

Los objetivos que la Corte persigue con la implementación del procedimiento de las sentencias piloto son los siguientes: 1) asistir a los cuarenta y siete Estados europeos que ratificaron la Convención en la resolución de problemas sistemáticos o estructurales a nivel nacional; 2) brindar la posibilidad de un resarcimiento más veloz a los particulares interesados, y 3) contribuir a afrontar el volumen existente de trabajo con mayor eficiencia y diligencia reduciendo el número de casos semejantes que deben examinarse en detalle.

La primera sentencia piloto fue el caso *Broniowski v. Poland*, del 22 de junio de 2004.

El procedimiento piloto está claramente regulado desde que, en marzo de 2011, la Corte modificó el art. 61 de su Reglamento, codificando el procedimiento preexistente para el dictado de este tipo de sentencias y estableciendo un claro marco regulatorio para las mismas.

Entre las sentencias piloto importantes dictadas por la Corte, se encuentran las siguientes:

Tratos inhumanos y degradantes (violación del art. 3)

Sentencia del 10-1-2012, *Ananyev and Others c. Rusia*

Problema estructural: el problema estructural recurrente concierne al sistema penitenciario, en especial a las condiciones de detención (falta de espacio en las celdas, escasez de lugares para dormir, acceso limitado a la luz y al aire fresco, y falta de privacidad en el uso de los sanitarios).

Ha habido una violación de los arts. 3 y 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención en más de 80 sentencias desde el año 2002. Existen otros 250 casos similares pendientes.

Medidas exigidas por la Corte Europea de Derechos Humanos: las autoridades rusas, en cooperación con el Comité de Ministros, deben presentar, en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, un plazo vinculante para implementar medidas preventivas y compensatorias en relación con las acusaciones de violación del art. 3.

Seguimiento: dado que el derecho a no ser tratado de manera inhumana o degradante es fundamental, la Corte decidió no suspender el examen de aquellos recursos semejantes que se encuentren pendientes.

Prolongada falta de ejecución de las decisiones judiciales y falta de recursos a nivel nacional (violación de los arts. 6 y 13)

a) Sentencia del 15-1-2009, *Burdov c. Rusia (nº 2)*

Problema estructural: desde el año 2002, la Corte ha puesto en evidencia la práctica recurrente en más de 200 casos por parte de Rusia de no ejecutar la sentencias judiciales. En este caso, el recurrente denunció que las autoridades

rusas no habían ejecutado decisiones judiciales que le otorgaban prestaciones sociales.

Medidas exigidas por la Corte: la creación, en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, de un recurso interno efectivo o de una combinación de los mismos que garanticen un resarcimiento adecuado y suficiente por la falta de ejecución o por una ejecución tardía de las decisiones judiciales.

Seguimiento: con posterioridad a esta sentencia piloto, Rusia sancionó las leyes 68-FZ y 69-FZ, que entraron en vigor el 4 de mayo de 2010. Las mismas disponen la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales a fin de solicitar reparación por la ejecución tardía de sentencias pronunciadas contra el Estado y por la excesiva duración de los procedimientos judiciales.

En septiembre de 2010, la Corte declaró la inadmisibilidad de los recursos en *Nagovitsyn and Nalgiyev c. Rusia y en Fakhertdinov and Others c. Rusia*, sosteniendo que los recurrentes debían agotar los nuevos recursos internos y puntualizando que en el futuro revisaría su postura de acuerdo con la capacidad de los tribunales rusos para establecer una sólida jurisprudencia conforme a las exigencias de la Convención. La Corte reiteró que las autoridades rusas estaban obligadas a implementar, bajo la supervisión del Comité de Ministros, las reformas necesarias para garantizar la oportuna ejecución de las sentencias internas. La creación de recursos internos no exime a los Estados de su obligación de resolver aquellos problemas estructurales que entrañen la violación de la Convención.

b) Sentencia del 28-7-2009, *Olaru and Others c. Moldova*

Problema estructural: la legislación moldava sobre la vivienda concede privilegios a una amplia categoría de personas. Sin embargo, a raíz de la falta crónica de fondos disponibles para los gobiernos locales, las sentencias definitivas que disponen el otorgamiento de viviendas sociales pocas veces son ejecutadas. En este caso, los seis recurrentes se quejaron de que las sentencias judiciales que les concedían viviendas sociales no fueron ejecutadas.

Medidas exigidas por la Corte: la Corte decidió suspender todos los casos similares y sostuvo que en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, Moldavia debía establecer un recurso interno efectivo por la no ejecución o la ejecución tardía de sentencias firmes internas relativas a las viviendas sociales y, en el plazo de un año a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, debía otorgar un resarcimiento a todas las víctimas de la falta de ejecución en los casos presentados ante la Corte con anterioridad al pronunciamiento de la presente sentencia.

Seguimiento: con posterioridad a esta sentencia piloto, en julio de 2011, el gobierno moldavo reformó su legislación introduciendo un nuevo recurso interno contra la falta de ejecución de las sentencias judiciales definitivas y contra la duración irrazonable de los procedimientos (cfr. la inadmisibilidad en *Balan c. Moldova*, del 10-2-2012).

c) Sentencia del 15-10-2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ucrania*

Problema estructural: desde el año 2004, la Corte ha evidenciado sistemáticamente en más de 300 casos la práctica, por parte de Ucrania, de no

liquidar las deudas reconocidas en sentencias judiciales. En este caso, un veterano del ejército se quejó por la prolongada falta de ejecución de las sentencias que ordenan a las autoridades pagarle los haberes jubilatorios atrasados.

Medidas exigidas por la Corte: la introducción, en un plazo de un año a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, de uno o más recursos efectivos capaces de ofrecer un resarcimiento adecuado y suficiente por la falta de ejecución o por la ejecución tardía de las decisiones judiciales.

Seguimiento: habiendo suspendido el examen de más de 2000 casos similares pendientes, el 21 de febrero de 2012, la Corte sostuvo que a pesar de haber resuelto un cierto número de casos, Ucrania no adoptó las medidas generales exigidas para resolver las cuestiones de falta de ejecución de las sentencias a nivel interno. En consecuencia, la Corte decidió retomar el examen de los recursos que plantean cuestiones similares.

Excesiva duración de los procedimientos y falta de recursos internos (violación de los arts. 6 y 13)

a) Sentencia del 2-9-2010, *Rumpf c. Alemania*

Problema estructural: desde el año 2006, la Corte observa que Alemania no garantiza el tratamiento, dentro de un plazo razonable, de los casos presentados ante los tribunales administrativos y no introduce un recurso interno para la obtención de un resarcimiento por la duración excesiva de los procedimientos. Además, están pendientes alrededor de 55 recursos semejantes.

Medidas exigidas por la Corte: se exige la introducción, a más tardar en el plazo de un año a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, de un recurso interno efectivo capaz de ofrecer un resarcimiento por la duración excesiva de los procedimientos ante los tribunales administrativos.

b) Sentencia del 21-12-2010, *Vassilios Athanasiou et autres c. Grecia*

Problema estructural: se observa en Grecia una deficiencia en el sistema judicial relativa a la excesiva duración de los procedimientos ante los tribunales administrativos y la falta de recursos que garanticen la posibilidad de obtener un reconocimiento del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Entre 1999 y 2009, la Corte emitió alrededor de 300 sentencias relativas a casos semejantes.

Medidas exigidas por la Corte: se exige la introducción, en un plazo de un año a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, de un recurso efectivo o un conjunto de ellos que garanticen un resarcimiento adecuado y suficiente para los casos en que la duración de los procedimientos ante los tribunales administrativos haya excedido un plazo razonable.

c) Sentencia del 10-5-2011, *Dimitrov and Hamanov c. Bulgaria y Finger c. Bulgaria*

Problema estructural: se observa en Bulgaria una deficiencia en el sistema judicial relativa a la excesiva duración de los procesos civiles y penales, y a la falta de

un recurso interno que posibilite la obtención de un reconocimiento del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable.

Medidas exigidas por la Corte: se exige la introducción, en un plazo de doce meses a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, de recursos efectivos en relación con la duración irrazonable de los procesos penales y, sobre todo, la introducción de un recurso compensatorio relativo a la duración irrazonable de los procesos penales o civiles.

d) Sentencia del 20-3-2012, *Ümmühan Kaplan c. Turquía*

Problema estructural: la Corte ha observado numerosos casos en Turquía referidos a la excesiva duración de los procedimientos civiles, penales y comerciales, y ante los tribunales de empleo y de tierras. Este caso concierne a los procedimientos iniciados en 1970 ante el tribunal de tierras por el padre ya fallecido del recurrente en relación con la clasificación de parcelas de tierra.

Medidas exigidas por la Corte: establecer, en el plazo de un año a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, un recurso efectivo que garantice un resarcimiento adecuado y suficiente. Además, la Corte ha decidido suspender por un año el examen de los recursos pendientes que aún no han sido comunicados al gobierno turco (2373 recursos al 31 de diciembre de 2011) y aquellos que se presenten a partir de ahora y hasta el 22 de septiembre de 2012 (fecha en que entrará en vigor el derecho a presentar peticiones individuales ante la Corte Constitucional de Turquía). La Corte, además, se reserva el derecho a continuar examinando, mediante el procedimiento ordinario, los 330 recursos pendientes que ya han sido comunicados.

e) Sentencia del 3-4-2012, *Michelioudakis c. Grecia*

Problema estructural: en los últimos cuatro años, la Corte ha emitido más de 40 sentencias relacionadas con la violación del art. 6.1 por la excesiva duración de los procedimientos penales. Actualmente existen más de 500 casos pendientes provenientes de Grecia relativos a la duración de los procesos judiciales, 50 de los cuales se tramitan ante los tribunales penales.

Medidas exigidas por la Corte: el establecimiento, en el plazo de un año a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, de un recurso interno relativo a la duración de los procedimientos que se tramitan ante los tribunales penales. La Corte suspenderá durante un año el examen de casos semejantes pendientes.

Protección de la propiedad (violación del art. 1 del Protocolo nº 1)

a) Sentencia del 22-6-2004, *Broniowsky c. Polonia*

Problema estructural: después de la Segunda Guerra Mundial, se volvió a trazar la frontera oriental de Polonia, país que se comprometió a recompensar a los ciudadanos polacos repatriados y que habían tenido que abandonar sus propiedades situadas más allá del río Bug en el actual territorio de Ucrania, Bielorrusia o Lituania. A partir de la presentación de un recurso por parte de un ciudadano polaco que alega no haber recibido como compensación la propiedad a la que tenía derecho, la Corte

sostuvo que el caso entrañaba la existencia, dentro del ordenamiento jurídico polaco, de una deficiencia estructural que niega a toda una categoría de individuos (alrededor de 80.000 personas) el sereno disfrute de sus posesiones.

Medidas exigidas por la Corte: garantizar, mediante medidas jurídicas y administrativas, la reivindicación del derecho de propiedad a los restantes demandantes de la zona del río Bug o brindarles un resarcimiento equivalente.

Seguimiento: tras la emisión de esta sentencia y después de que la Corte suspendiera demandas semejantes, Polonia sancionó una nueva ley en julio de 2005, disponiendo una compensación financiera por las propiedades abandonadas más allá del río Bug.

La Corte observó que la nueva ley y el esquema de compensaciones financieras resultaban efectivos en la práctica, y en los años 2007 y 2008 eliminó más de 200 demandas semejantes que habían sido suspendidas.

b) Sentencia del 19-6-2006, *Hutten Czapska c. Polonia*

Problema estructural: se observan deficiencias en la legislación polaca sobre la vivienda en lo relativo a las disposiciones sobre control de alquileres. El sistema impone una serie de restricciones a los derechos de los propietarios, en especial el establecimiento de un “techo” en los precios de los alquileres, que, al ser muy bajos, ni siquiera alcanzan a cubrir los costos de mantenimiento y mucho menos permiten a los propietarios sacar provecho de ellos. La Corte estima que los propietarios interesados son alrededor de 100.000.

Medidas exigidas por la Corte: garantizar, en el ordenamiento jurídico polaco, un mecanismo para mantener un equilibrio justo entre los intereses de los propietarios y los intereses generales de la comunidad de conformidad con los principios de protección de los derechos de propiedad dispuestos en la Convención.

Seguimiento: en marzo de 2011, la Corte concluyó el procedimiento de sentencias piloto después de que Polonia reformara su legislación de manera tal que actualmente los propietarios pueden recuperar los costos de mantención de sus propiedades, incluir en los precios de los alquileres un rendimiento gradual del capital invertido, recibir una ganancia decente y tener la oportunidad de recibir una compensación por las pasadas violaciones a sus derechos de propiedad.

c) Sentencia del 3-11-2009, *Suljagic c. Bosnia and Herzegovina*

Problema estructural: se trata de un problema sistemático debido a las deficiencias en el sistema de reintegro de depósitos en moneda extranjera efectuados antes de la disolución de la República Socialista Federal de Yugoslavia. El recurrente, un ciudadano bosnio, se quejó por la falta de emisión de bonos del Estado, que, según lo dispuesto por la ley bosnia, habrían permitido que los ahorros depositados por los particulares en los bancos de Bosnia antes de la disolución de la República Socialista Federal de Yugoslavia fueran reintegrados. La Corte observó que más de 1350 casos similares se encontraban pendientes de resolución.

Medidas exigidas por la Corte: garantizar que los bonos sean emitidos en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, que se paguen las cuotas pendientes y, que en caso de atraso en el pago, se paguen intereses moratorios.

Seguimiento: la sentencia está en proceso de ejecución.

d) Sentencia del 12-10-2010, *Atanasiu and Poenaru c. Rumania y Solon c. Rumania*

Problema estructural: se trata de un problema recurrente y difundido relativo a la ineficiencia del sistema de compensación o restitución en Rumania ante expropiaciones. Los tres recurrentes se quejan de las demoras por parte de las autoridades rumanas para expedirse en los recursos por ellos presentados por devolución o compensación de la propiedad nacionalizada o confiscada por el Estado antes de 1989.

Medidas exigidas por la Corte: deben establecerse medidas generales, en un plazo de 18 meses a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, para garantizar una protección efectiva y veloz del derecho a la restitución. A la espera de que tales medidas sean tomadas, la Corte suspendió el examen de todos los recursos basados en el mismo problema.

Derecho a las elecciones libres (violación del art. 3 del Protocolo nº 1)

Sentencia del 23-11-2010, *Greens and M. T. c. Reino Unido*

Problema estructural: la legislación británica impone una prohibición general de sufragio a los condenados a prisión o reclusión. La Corte observó que cinco años después del fallo Hirst del 6 de octubre de 2005, el Reino Unido no había modificado su legislación. La Corte recibió 2500 recursos similares.

Medidas exigidas por la Corte: la Corte suspendió el examen de recursos semejantes y dio al gobierno del Reino Unido un plazo de seis meses, a partir de la fecha en que la sentencia quede firme, para introducir propuestas legislativas a fin de que la ley electoral se ajuste al fallo Hirst.

Seguimiento: esta sentencia quedó firme el 11 de abril de 2011. El plazo otorgado a las autoridades británicas para introducir las propuestas legislativas venció el 11 de octubre de 2011, pero fue prorrogado por un plazo a vencer seis meses después de que la Gran Sala se expida en el caso Scoppola (nº 3) c. Italia, en el que el recurrente se queja de haber sido privado de su derecho a votar después de haber sido condenado a cadena perpetua por homicidio (el 2 de noviembre de 2011 se celebró una audiencia sobre este caso).

Nota del Instituto: el 31 de marzo de 2011, se incluyó el art. 61 en el Reglamento de la Corte, como respuesta al requerimiento de la Conferencia de Interlaken que se llevó a cabo en febrero de 2010. En la declaración final de la Conferencia, se solicitó a la Corte desarrollar estándares claros y predecibles para el procedimiento de las sentencias piloto en relación con la selección de los recursos, el procedimiento a seguir y el tratamiento de los casos suspendidos. Entre otras disposiciones, el art. 61 establece que: 1) la Corte deberá consultar con el/los recurrente/s y el/los gobierno/s interesado/s, así como con las demás partes involucradas antes de iniciar el procedimiento; 2) la Corte deberá identificar el tipo de medidas correctivas que exigirá al Estado interesado adoptar a nivel nacional; deberá determinar un plazo para la adopción de tales medidas y suspender los casos semejantes que se encuentren pendientes;

3) cuando las partes lleguen a un acuerdo amistoso, el Estado demandado deberá hacer una declaración sobre la implementación de las medidas generales identificadas en la sentencia piloto, así como fijar el resarcimiento a otorgarse a otros recurrentes reales o potenciales, y 4) cuando un Estado no cumpliera con una sentencia piloto, la Corte reanudará el examen de los casos suspendidos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Pilot judgements factsheets, en <http://echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf>.



DERECHO PENAL. PENAS. GRADUACIÓN. DISCRECIONALIDAD. PENA DE MUERTE. PODER JUDICIAL. ATRIBUCIONES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ALCANCES (INDIA).

1. Antecedentes del caso: el 11 de abril de 1993, el agente Dalbir Singh del 36º Batallón Central de Reserva de la Policía se encontraba destacado en el distrito de Amritsar del estado de Punjab (India). Ese día, el Principal del Batallón informó al vicecomandante que Singh se había negado a realizar las tareas de fajina que se le habían asignado. Singh fue conducido ante el vicecomandante y, después de ser advertido verbalmente de su incumplimiento, solicitó que la advertencia le fuera notificada por escrito. El vicecomandante, entonces, ordenó que Singh se presentara en su despacho a la mañana siguiente. Inmediatamente después de tales conversaciones, mientras el Principal y el vicecomandante seguían en su despacho, comenzaron a recibir disparos de un rifle de auto-carga. Presuntamente, el vicecomandante observó que era Singh quien disparaba desde el exterior, y un agente y un subinspector fueron testigos de todo el incidente. Una vez que el fuego cesó, el agente redujo y desarmó a Dalbir Singh, quien fue entregado a la policía. El Principal murió a raíz de los impactos de bala recibidos y el vicecomandante fue trasladado al hospital.

Singh fue acusado ante el tribunal de primera instancia con base en lo dispuesto en los arts. 302 (prisión perpetua) del Código Penal de la India (CP) y 27(3) (pena de muerte obligatoria por el uso de armas prohibidas) de la Ley de Armas (*Arms Act*) de 1959. Singh negó su participación en los hechos, se declaró inocente y sostuvo que había sido acusado injustamente.

La *High Court* de Punjab llegó a la conclusión de que existían algunas contradicciones irreconciliables en los fundamentos de la acusación, por lo que otorgó a Singh el beneficio de la duda y lo absolvió de los cargos presentados en su contra.

Entonces, el estado de Punjab interpuso un recurso de apelación ante la Suprema Corte de la India.

2. Sentencia: se rechaza el recurso de apelación interpuesto y se confirma la sentencia de absolución de la *High Court*. Se declara que el art. 27(3) de la Ley de Armas violenta la letra de la Constitución.

El acusado ha sido imputado con base en el art. 27(3) de la Ley de Armas (ley), por lo que es preciso proceder a un examen de constitucionalidad de dicha norma. Dicho artículo, tal como ha sido reformado en la *Amending*

Act n° 42 de 1988, reza: “Castigos por el uso de armas... (3) Quienquiera que utilice algún arma o munición prohibida o realice un acto contraviniendo el art. 7 (prohibición de adquisición o posesión, de fabricación o venta de armas y municiones prohibidas) y provoque la muerte de una persona será castigado con la pena de muerte”. Cabe destacar que las enmiendas al artículo realizadas en el año 1988 respondieron a un contexto de escalada del terrorismo y de actividades antinacionales.

Ahora bien, la redacción del art. 27(3) es muy amplia, en el sentido de que cualquier acto realizado en contravención a lo dispuesto en el art. 7 es castigado con la pena de muerte obligatoria. Se trata de una disposición muy drástica por diversas razones. Independientemente de que impone la pena capital, la norma es tan amplia que si se produce una muerte como consecuencia del uso accidental o no intencional, o por cualquier accidente que se origine en un acto realizado en vulneración del art. 7, el único castigo previsto es la pena de muerte.

Por otro lado, el art. 302 CP reza: “Quienquiera que cometa un homicidio será castigado con la pena de muerte o con prisión perpetua y también estará sujeto al pago de una multa”. Aquí la pena de muerte no es obligatoria, sino optativa. En cambio, en el caso del art. 27(3), la ley carece por completo de directrices y no establece excepción alguna.

Cuando el Parlamento legisla, debe hacerlo bajo el mandato específico de la Constitución. En virtud del art. 13 de la Carta Magna, el Estado no puede sancionar una ley que quite o limite los derechos conferidos por la Parte III (Derechos Fundamentales) de la Constitución, y toda ley sancionada en contravención a la misma resultará nula. Además, queda claro que solamente el Poder Judicial está facultado para declarar la nulidad de una ley violatoria de la Parte III de la Constitución. Por ello, el control de constitucionalidad es inherente a la Constitución india.

Los jueces de esta Corte han prestado juramento de defender y preservar la Constitución, y es sabido que esta Corte debe proteger la Carta Magna cual centinela contra cualquier limitación de sus principios y preceptos. El art. 27(3) priva a las autoridades judiciales de la facultad de desempeñar su deber constitucional de control de constitucionalidad, conforme al cual las mismas poseen un margen de discrecionalidad en el procedimiento de dictar sentencia.

Cabe destacar que dicho artículo ha sido examinado anteriormente por esta Corte, entre otras, en las sentencias *Jagmohan Singh v. State of U. P.* (3-10-1972), *Dilip Kumar Sharma v. State of M. P.* (10-10-1975), *Bachan Singh v. State of Punjab* (9-5-1980) y *Mithu v. State of Punjab* (7-4-1983). En las mismas, entre otras cuestiones, se ha afirmado que el art. 303 CP viola tanto la garantía de igualdad contenida en el art. 14 como el derecho garantizado en el art. 21 de la Constitución, según el cual ninguna persona será privada de su vida o de su libertad personal con excepción de los procedimientos establecidos por la ley.

Asimismo, en tales sentencias se ha sostenido que el Poder Legislativo no puede privar a los tribunales de su legítima competencia para ejercer su discrecionalidad a fin de no imponer la pena capital en casos apropiados, ni obligarlos a hacer caso omiso de

las circunstancias atenuantes e infligirles el deber dudoso y desmesurado de imponer una pena capital predeterminada. Las características de la justicia son la equidad y la buena conciencia. La pena de muerte obligatoria prevista en el art. 303 CP, sin dejar margen de discrecionalidad alguno al tribunal para evaluar las circunstancias que dieron lugar a la comisión de un delito, es un vestigio de historia antigua. Los ciudadanos de la India están comprometidos con un conjunto de valores diferentes, porque consideran que la ley pierde su respetabilidad y relevancia cuando obliga a los órganos de la justicia a dictar sentencias ciegas, decretando que independientemente de las circunstancias del delito, el reo debe ser colgado del cuello hasta que muera.

Cuando una pena de muerte obligatoria es estandarizada, no toma en cuenta los hechos y las circunstancias de cada caso particular, los cuales constituyen una directriz prudente para determinar las condenas.

En *Bachan Singh*, esta Corte sostuvo que el margen de discrecionalidad que deben tener los órganos de la justicia en el proceso de dictar sentencia debe ser ejercido conforme con lo dispuesto en los arts. 235(2) y 354(3) del Código Procesal Penal. Ahora bien, el art. 27(3) de la ley, al intentar imponer la pena de muerte obligatoria, tiende a invalidar tales disposiciones beneficiosas del Código, contraviniendo lo establecido en *Bachan Singh*. Dicho artículo, entonces, contradice el concepto de revisión.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *State of Punjab v. Dalbir Sing*, sentencia del 1-2-2012, en <<http://indiankanoon.org/doc/166513655/>>.



DERECHO PENAL. PENAS. PROPORCIONALIDAD. GRADUACIÓN. **REINCIDENCIA.** CRITERIOS APLICABLES. **PUEBLOS ORIGINARIOS.** SUJECCIÓN A UN RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN A LARGO PLAZO. INCUMPLIMIENTOS (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: Manasie Ipeelee y Frank Ladue son miembros de pueblos originarios canadienses y tienen importantes antecedentes penales.

El primero, de 39 años de edad, pertenece al pueblo Inuit; nació y creció en Nunavut, territorio situado en el noreste de Canadá. Su madre era alcohólica y murió de frío cuando él tenía 5 años. A los 11 años, mientras estaba bajo el cuidado de sus abuelos maternos, Ipeelee empezó a consumir alcohol y abandonó la escuela. Un año más tarde, gravemente adicto al alcohol, comenzó su interacción con la justicia penal. Durante su juventud, fue condenado más de treinta veces –la mayor parte de las cuales, por delitos contra la propiedad– y, en su adultez, veinticuatro veces por el mismo tipo de delito y por agresiones sexuales.

En 1999, al agredir sexualmente y lesionar a una mujer, fue declarado un criminal con un alto potencial de reincidencia (*long-term offender*) en virtud de lo dispuesto en el art. 753.1 del Código Penal de Canadá (CP). Fue condenado a seis años de prisión y a quedar sujeto a diez años de un régimen de supervisión. Durante la supervisión debía vivir conforme a las pautas fijadas en una orden de supervisión

de largo plazo (LTSO, por sus siglas en inglés), que contiene condiciones, entre ellas, abstenerse del consumo de alcohol. En 2008, fue encontrado en estado de ebriedad y en posesión de dos botellas de alcohol, por lo que la Corte de Justicia de Ontario lo condenó a tres años de prisión por haber violado una de las condiciones fundamentales de la LTSO. Ipeelee presentó un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones de Ontario alegando que la sentencia era claramente injusta y que el juez no se había atendido a lo dispuesto en el art. 718.2 (e) CP, vale decir, que no había considerado adecuadamente su condición de aborigen. El recurso fue rechazado.

Frank Ladue, de 49 años de edad, es miembro de la pequeña comunidad de Ross River en el Territorio de Yukon, en el noroeste de Canadá. Sus padres eran alcohólicos y murieron cuando él era niño. A los 5 años de edad, fue internado en un hogar escuela apartado de su comunidad, donde padeció graves abusos físicos, sexuales y emocionales. Cuando regresó a Ross River para vivir con sus abuelos cuatro años más tarde, era incapaz de hablar su lengua nativa porque en el internado se lo habían prohibido y no pudo transmitir a su familia sus experiencias dolorosas. Entonces, comenzó a beber. Tiempo después, vivió con familias sustitutas y en centros de detención para menores. Siguió bebiendo durante toda su vida, excepto durante un período de seis años que coincidió con la ausencia de condenas penales. Posteriormente, empezó a consumir heroína, cocaína y morfina en las cárceles federales.

Cabe destacar que la comunidad de Ross River sufrió una serie de abusos en la década de 1940 mientras los Estados Unidos construían un gasoducto en la región. De acuerdo con ciertos informes, algunos miembros de la comunidad fueron agredidos o violados por miembros del ejército. Posteriormente, el establecimiento del hogar escuela dio lugar a experiencias traumáticas y los efectos de esa experiencia colectiva siguen manifestándose en los altos índices de abuso de alcohol y en la violencia existente en el seno de la comunidad.

Ladue comenzó a delinquir a los 16 años de edad y fue condenado alrededor de cuarenta veces por delitos contra la propiedad, asaltos, robos y numerosas agresiones sexuales. En 2002 agredió sexualmente a una mujer ebria, por lo que fue condenado a tres años de prisión y declarado un criminal con un alto potencial de reincidencia, razón por la cual se le impuso una LTSO de siete años. En 2006, fue liberado, pero al poco tiempo fue condenado nuevamente y detenido hasta el año 2009 por consumo de estupefacientes. El Servicio Correccional de Canadá ordenó que se lo enviara a *Linkage House*, en Columbia, donde recibiría el apoyo de un anciano perteneciente a su pueblo, pero por un error administrativo Ladue fue enviado a *Belkin House*, en el centro de Vancouver, donde se asoció con un despachante de drogas y volvió a consumir cocaína. El Tribunal Provincial de British Columbia lo condenó a tres años de prisión. Ladue presentó un recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones de British Columbia alegando que la sentencia era claramente injusta y que el juez no había considerado adecuadamente su condición de aborigen. El Tribunal redujo su condena de tres años a un año de prisión.

2. Sentencia: se admite el recurso de apelación interpuesto por Ipeelee y se rechaza el de Ladue.

Los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones del Tribunal de Apelaciones de Ontario y del Tribunal de Apelaciones de British Columbia brindan una oportunidad para revisar y reafirmar la sentencia que esta Corte dictó en *R. v. Gladue* (1999). En efecto, plantean la cuestión de cuáles son los principios que rigen la imposición de las penas por incumplimiento de las órdenes de supervisión de largo plazo (LTSO) en el caso de infractores pertenecientes a pueblos originarios.

Los jueces de primera instancia disponen de un amplio margen de discrecionalidad en el proceso de determinación de la pena y tienen el deber de aplicar todos los principios establecidos en los arts. 718.1 y 718.2 CP a fin de imponer una condena justa, adecuada y respetuosa de los principios y objetivos de la Parte XXIII del Código Penal.

Por otro lado, la proporcionalidad es la condición sine qua non de una sanción justa, y el propósito fundamental de la determinación de la pena es el mantenimiento de una sociedad justa, pacífica y segura mediante la imposición de sanciones justas. Un tribunal de alzada debe cerciorarse de que la pena que está revisando sea proporcionada tanto en relación con la gravedad del delito como con el grado de responsabilidad del infractor.

Además, una LTSO tiene el doble propósito de proteger a la población y, a la vez, de rehabilitar a los infractores para reintegrarlos a la comunidad.

El art. 718.2(e) fue introducido en el Código Penal en 1996 como parte de las enmiendas tendientes a codificar el propósito y los principios relativos a la imposición de la pena. El mismo reza: “[H]an de tomarse en consideración todas las sanciones disponibles no privativas de la libertad que sean razonables en las circunstancias de cada caso para todos los infractores, con particular atención a las circunstancias de aquellos pertenecientes a los pueblos originarios”. Se trata, pues, de una disposición formulada para hacer frente al triste y grave problema de la superpoblación carcelaria de miembros de los pueblos originarios en Canadá. En efecto, en 1998 estos representaban el 10% de los reclusos en las prisiones federales, constituyen solo el 2% de la población total del país y las estadísticas indican que la situación ha ido empeorando. La disposición también apunta a que los jueces puedan optar por un procedimiento reparador al determinar las penas.

Al condenar a un infractor aborigen, los tribunales deben tomar conocimiento tanto de la historia del colonialismo como de los desplazamientos territoriales a los que los miembros de los pueblos originarios fueron sometidos, los hogares escuela y la manera en que esa historia sigue traducéndose en los pueblos indígenas en un bajo rendimiento educativo, menores ingresos, mayor desempleo, índices más elevados de abuso de estupefacientes, suicidios y prisionización.

Los jueces deben tomar en consideración los factores enumerados en *R. v. Gladue* (1999), esto es: a) los singulares factores sistémicos o de fondo que pueden determinar que el infractor aborigen sea llevado ante los tribunales, y b) los tipos de procedimiento para la determinación de la pena y las sanciones adecuadas para el infractor dada su particular herencia indígena. Dichos factores pueden influir hasta tal

punto que pueden servir para esclarecer el grado de culpabilidad moral del infractor. No tomarlos en cuenta implica la violación del principio fundamental que subyace en la determinación de las penas, a saber, que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito y al grado de responsabilidad del infractor. Los principios establecidos en *Gladue* sirven de orientación para los jueces en el proceso de imposición de las penas, y para que estos abandonen el prejuicio de que todos los infractores y todas las comunidades comparten los mismos valores. Por ello, la aplicación de dichos principios es necesaria en todos los casos en que esté comprometido un infractor aborigen, incluso en el caso de incumplimiento de una LTSO. De lo contrario, se incurre en un error que justifica la intervención de los tribunales de alzada.

Cabe destacar que tanto el art 718.2 (e) CP como el caso *Gladue* resuelto por esta Corte no fueron unánimemente bien recibidos. En efecto, se les hicieron las siguientes críticas: 1) el proceso de determinación de la pena no es un medio adecuado para hacer frente a la superpoblación carcelaria de miembros de los pueblos originarios en Canadá; 2) los principios establecidos en *Gladue* proporcionan a los infractores aborígenes una compensación esencialmente basada en la raza, y 3) resulta inherentemente injusto proporcionar un tratamiento especial y determinar penas menores a los infractores aborígenes, ya que esto crea diferencias injustificadas entre infractores que están en la misma situación y vulnera el principio de la paridad de la condena.

Ahora bien, el derecho penal canadiense se funda en la premisa de que la responsabilidad penal deriva solamente de la conducta voluntaria. Muchos infractores aborígenes se encuentran en situaciones de privación socio-económica y de falta de oportunidades y escasas opciones para un desarrollo positivo, y lo cierto es que tales circunstancias pueden reducir su culpabilidad moral.

Por otra parte, los tipos de sanciones apropiadas no tienen influencia en el grado de culpabilidad del infractor, sino en la efectividad de la pena misma. En efecto, tal como esta Corte sostuvo en *Gladue*, es importante reconocer que para muchos o quizás para todos los infractores aborígenes, los criterios actuales de imposición de condenas son inapropiados porque, en general, no han respondido a las necesidades, experiencias y perspectivas de los pueblos originarios. El art. 718.2(e) no crea una compensación basada en la raza en el proceso de la determinación de la pena. La norma no exige que los tribunales remedien la situación de la superpoblación de miembros de los pueblos originarios en las cárceles canadienses mediante una reducción artificial de los índices de prisionización, sino prestar particular atención a las circunstancias de los infractores aborígenes a fin de imponer una pena justa y adecuada en cada caso particular.

La tercera crítica señalada ignora la particular historia de los pueblos originarios canadienses. Según varios informes, los niveles actuales de criminalidad entre los miembros de estos pueblos están íntimamente ligados a las consecuencias del colonialismo. Además, nada en *Gladue* sugiere que los factores sistémicos y de fondo no deban ser también tomados en cuenta en casos de infractores que no pertenecen a los pueblos originarios.

En el presente caso, los tribunales inferiores incurrieron en error al llegar a la conclusión de que la rehabilitación no era un objetivo relevante en la determinación de la pena. Como resultado de ello, concedieron escasa gravitación a la circunstancia

de que Ipeelee era un infractor aborígen. En consecuencia, en opinión de esta Corte la pena de tres años de prisión impuesta a Ipeelee debe sustituirse por la de un año.

En el caso de *Ladue*, la decisión de la mayoría del Tribunal de Apelaciones está bien fundada y refleja adecuadamente los principios y los objetivos relativos a la determinación de la pena. Por ello, el recurso se rechaza y se confirma la condena a un año de prisión.

Nota del Instituto: el art. 753.1 CP de Canadá reza: “(1) El tribunal declarará que un infractor es un criminal con un alto potencial de reincidencia cuando: a) resulte adecuado imponer una pena de prisión de dos años o más por el delito por el cual el infractor ha sido condenado; b) exista un riesgo considerable de que el infractor vuelva a reincidir, y c) exista una posibilidad razonable de control del riesgo en la comunidad”.

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, *R. v. Ipeelee*, sentencia del 23-3-2012, en <<http://scc.lexum.org/en/2012/2012scc13/2012scc13.html>>.



DERECHO PENAL. PENAS. PROPORCIONALIDAD. PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. CADENA PERPETUA. LIBERTAD CONDICIONAL. **MENORES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD** (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en los dos casos que se analizan a continuación, un adolescente de catorce años es declarado culpable de homicidio y condenado a cadena perpetua sin la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional. En la causa 10-9647, Jackson se dirigió con otros dos jóvenes a una tienda de videos para cometer un asalto. En el trayecto, supo que uno de sus compañeros llevaba un arma de fuego. Jackson permaneció fuera del local durante la mayor parte del tiempo en que se realizó el ilícito, pero después de haber ingresado al lugar, uno de sus cómplices disparó y mató al empleado del comercio. El estado de Arkansas acusó a Jackson como adulto de los delitos de homicidio y de robo agravado, y el jurado lo encontró culpable de la comisión de ambos delitos.

El tribunal estadual de primera instancia lo condenó a cadena perpetua sin la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional. Jackson presentó una acción estadual de hábeas corpus alegando que esta condena resultaba violatoria de la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. En una decisión dividida, el tribunal hizo lugar a la solicitud formulada por el estado de Arkansas de que se desestimara esta pretensión. La Suprema Corte de Arkansas confirmó esta decisión.

En la causa 10-9646, Miller y un amigo golpearon a un vecino e incendiaron su tráiler después de haber pasado una noche consumiendo alcohol y estupefacientes. El vecino posteriormente murió. Miller fue inicialmente acusado como menor de edad, pero su caso fue trasladado a un tribunal de adultos ante el cual fue acusado de homicidio doloso en ocasión de incendio. El jurado lo encontró culpable y el tribunal de primera instancia lo condenó a cadena perpetua sin posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional.

La cámara estadual de apelaciones en lo penal de Alabama confirmó el fallo y sostuvo que la condena de Miller no era excesivamente rigurosa en relación con el delito que él había cometido y que su carácter vinculante no violaba lo establecido en la Octava Enmienda.

En cada uno de estos casos, los menores condenados interpusieron *writs of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se revoca la sentencia y se devuelven las actuaciones.

La Octava Enmienda prohíbe un esquema normativo que prevea la imposición a menores de cadena perpetua sin la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional para el delito de homicidio.

(a) La prohibición de la Octava Enmienda de imponer castigos crueles e inusuales “garantiza a las personas el derecho a no ser objeto de sanciones excesivas” (ver *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 560 -2005-). Tal derecho “surge del ‘principio básico de justicia conforme al cual las penas previstas para castigar los delitos deben ser graduadas y proporcionadas’ tanto con respecto a quien cometió el hecho ilícito como al delito en sí (*ibid*).

Dos líneas de precedentes relativas a la cuestión de la proporcionalidad de las penas resultan aquí aplicables. La primera prohíbe categóricamente las prácticas condenatorias basadas en una evidente desproporción entre la culpabilidad del imputado y la severidad de la pena (véase, por ejemplo, *Kennedy v. Louisiana* 554 U.S. 407 -2008-). Varios casos de esta corriente jurisprudencial se han concentrado especialmente en los delincuentes juveniles en razón de su menor grado de culpabilidad. En consecuencia, en *Roper* esta Corte sostuvo que la Octava Enmienda prohíbe imponer la pena de muerte a los menores, y en *Graham v. Florida* (2010) llegó a la conclusión de que la Enmienda solo permite condenar a cadena perpetua sin la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional a un menor cuando haya cometido un homicidio. En *Graham*, además, comparó la prisión perpetua sin libertad condicional de un menor con la pena de muerte y evocó con ello una segunda línea de precedentes.

En aquellos casos, esta Corte ha exigido que, al condenar, los tribunales consideren las características personales de los imputados y las circunstancias del delito que han cometido antes de condenarlos a muerte (v., por ejemplo, *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 -1976-, voto de un grupo de *Justices*). Aquí, la confluencia de estas dos líneas jurisprudenciales conduce a la conclusión de que la condena de menores a cadena perpetua sin el beneficio de la libertad condicional violenta la Octava Enmienda.

En relación con el primer grupo de casos, *Roper* y *Graham* establecen que, a los fines de la imposición de una condena penal, los niños son constitucionalmente diferentes de los adultos. Su “falta de madurez” y la falta de desarrollo de su sentido de la responsabilidad los conduce a la imprudencia, impulsividad y a una desatenta asunción de riesgos (véase, *Roper*, p. 569 cit., *supra*). Ellos “son más vulnerables [...] a las influencias negativas y a las presiones externas”, incluyendo las de su familia y las de sus pares; tienen un “limitado control de su propio entorno” y carecen de capacidad

para salir por sus propios medios de ambientes perjudiciales y que son semilleros de criminales (*ibid*). Y dado que la estructura de la personalidad de un niño no está tan “bien formada” como la de un adulto, sus características están “menos definidas”, por lo que es menos probable que sus acciones constituyan una “prueba de una naturaleza depravada irrecuperable” (*id.*, 570). En *Roper* y en *Graham*, esta Corte destacó que las características distintivas de la juventud reducen los fundamentos criminológicos para imponer las penas más severas a los delincuentes juveniles, aun cuando hayan cometido delitos muy graves.

Si bien en *Graham* se prohibió condenar a cadena perpetua sin beneficio de libertad condicional excepto en los casos de homicidio, lo cierto es que allí esta Corte no manifestó nada en relación con los menores que fuera específico respecto a cada delito. Por lo tanto, el razonamiento allí realizado resulta aplicable a cualquier condena de menores a cadena perpetua sin beneficio de libertad condicional, pese a que lo formulado en dicho precedente se refiere a los delitos con excepción del homicidio. Más importante aún resulta que en *Graham* se insiste en que la juventud, como factor, gravita en la determinación de si resulta apropiada una condena a cadena perpetua sin la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional. Sin embargo, el régimen legal vinculante aquí impugnado que establece las penas impide a quien las impone considerar este elemento y valorar si el plazo máximo de prisión castiga de manera proporcionada a un delincuente juvenil. Esto violenta el principio fundacional de *Graham* (y también de *Roper*), conforme al cual un estado no puede imponer sus penas más severas a los delincuentes juveniles como si estos no fueran niños.

En *Graham* esta Corte también comparó la cadena perpetua sin libertad condicional aplicada a menores con la pena de muerte. Esa decisión reconoció que estas dos sanciones “comparten algunas características que no tiene ninguna otra” y trató a la cadena perpetua sin libertad condicional impuesta a los delincuentes juveniles de la misma forma que los casos de pena de muerte, esto es, prohibiendo su imposición para los delitos que no sean homicidio. Al comparar la cadena perpetua sin libertad condicional impuesta a menores con la pena de muerte, *Graham* otorga especial relevancia a las causas que requieren que se dicten sentencias personalizadas en los casos en que puede imponerse la pena de muerte. En especial, esos casos destacaron que los jueces deben poder considerar que la juventud constituye una circunstancia atenuante. A la luz del razonamiento realizado en *Graham*, estas decisiones también demuestran los defectos que tiene un ordenamiento jurídico que exige imponer cadena perpetua sin libertad condicional a los menores que cometen homicidios.

(b) Los argumentos en contrario formulados por los estados de Alabama y Arkansas no resultan convincentes.

(1) Los estados aducen, en primer lugar, que *Harmelin v. Michigan* (501 U.S. 957 -1991-) impide decidir que un ordenamiento que exige imponer una condena a prisión perpetua sin libertad condicional a los menores violenta la Octava Enmienda. En *Harmelin* esta Corte se negó a extender la exigencia de dictar sentencias personalizadas “debido a la diferencia cualitativa que existe entre la pena de muerte y todas las otras penas” (cit. *supra*, p. 1006, voto del *Justice Kennedy*). Empero, este no es un precedente

vinculado a menores y no está destinado a ser aplicado a los delincuentes juveniles. De hecho, con posterioridad al dictado de esta sentencia, esta Corte ha sostenido en múltiples ocasiones que las condenas autorizadas para los adultos pueden no serlo para los menores (véase *Roper*, cit., *supra*, p. 551; *Graham*, cit., *supra*).

El siguiente argumento de los estados es que las condenas a delincuentes juveniles a cadena perpetua sin libertad condicional no pueden ser inconstitucionales, dado que veintinueve estados las imponen, al menos, a algunos menores condenados por homicidio. Al hacer el control de constitucionalidad de las prohibiciones fundadas en categorías de personas a la imposición de la pena de muerte y a la cadena perpetua sin libertad condicional, esta Corte evalúa, como parte del análisis, si las normas aprobadas por el Poder Legislativo y las prácticas condenatorias actuales muestran un consenso nacional contrario a la imposición de estas condenas a una determinada clase de delincuentes.

De cualquier modo, los “indicios objetivos de los estándares sociales” (*Graham*, cit., *supra*) que los estados señalan no distinguen estos casos de otros que determinan que una práctica condenatoria viola la Octava Enmienda. Es muy inferior el número de estados que exige imponer a menores la cadena perpetua sin libertad condicional por homicidio que el de aquellos que autorizan la imposición de la pena para delitos que no son homicidios, sanción que esta Corte declaró inconstitucional en *Graham*. Y tal como explicamos en *Graham* y en *Thompson v. Oklahoma* (487 U.S. 815 -1988-), la mera enumeración de las normas aprobadas por el Poder Legislativo puede presentar una visión distorsionada. En aquellos casos –al igual que en este–, la pena que se aplicó a los menores se basó en dos disposiciones independientes: una permitía el traslado de las causas de ciertos delincuentes juveniles a tribunales de adultos, mientras que la otra establecía las penas para todas y cada una de las personas juzgadas allí. En esas circunstancias, esta Corte entendió que era imposible determinar si el legislador había avalado la imposición de una determinada pena para los menores (o si lo habría hecho en caso de haber tenido la oportunidad). Lo mismo ocurre en este caso.

(2) El ulterior argumento de los estados es que los jueces y los fiscales prestan suficiente consideración a la edad del menor imputado, así como a sus antecedentes y a las circunstancias en que cometió el delito cuando deciden si lo van a procesar como un adulto. No obstante, este argumento ignora que muchos estados utilizan sistemas de traslados obligatorios. Además, algunos dejan la decisión más en manos de los fiscales que en las de los jueces. Y aun cuando los jueces hayan delegado su discrecionalidad, esto tiene una utilidad limitada porque comúnmente quien toma la decisión solo tiene información parcial sobre el menor o las circunstancias en que cometió su delito. Por último, dadas las limitadas opciones condenatorias que tienen algunos tribunales de menores, la decisión de trasladarlos puede constituir la alternativa entre una condena leve como menor y una condena estándar como adulto. Esto no se puede sustituir discrecionalmente en la etapa posterior al dictado de la sentencia.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Miller v. Alabama*, sentencia del 25-6-2012, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-9646.pdf>>.



DERECHOS POLÍTICOS. ELECCIONES. DERECHO AL SUFRAGIO. ALCANCES. RESTRICCIONES. FUNDAMENTO. **PRESOS.** CONDENADOS PENALES. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el ciudadano italiano Franco Scoppola nació en 1940 y reside en Parma. En el año 1999, tras una violenta discusión familiar, mató a su esposa e hirió a uno de sus hijos. Tres años después, la *Corte d'Assise* de Roma lo condenó a cadena perpetua por homicidio, tentativa de homicidio, maltrato a los miembros de la familia y posesión ilegal de arma de fuego. De conformidad con lo dispuesto por el art. 29 del Código Penal italiano (CP), la condena a cadena perpetua implica la inhabilitación vitalicia para ejercer cargos públicos, lo que a su vez significa la pérdida permanente del derecho al sufragio en virtud del art. 2 del Decreto Presidencial nº 223/1967. Entonces, por aplicación del art. 32 de dicho decreto, en abril del año 2003, el Comité Electoral borró el nombre de Scoppola del padrón electoral.

Scoppola entonces presentó varios recursos fundados en la privación de su derecho al voto, los cuales fueron desestimados. En 2006, la Corte de Casación rechazó uno de esos recursos con base en el art. 29 CP, ya que las condenas a cadena perpetua o superiores a cinco años de prisión implican una privación permanente del derecho al sufragio.

Un año después, la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), en el caso *Scoppola v. Italy* (nº 2), sostuvo que hubo violación de los arts. 6 (derecho a un juicio justo) y 7 (no hay pena sin ley previa) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), tras lo cual la Corte de Casación conmutó la condena de Scoppola a 30 años de prisión.

Scoppola, entonces, presentó un recurso ante la Corte Europea alegando la violación del art. 3 del Protocolo nº 1 de la Convención (derecho a elecciones libres), por haber sido privado del derecho al sufragio después de su condena penal.

2. Sentencia: se declara por dieciséis votos contra uno que no hubo violación del art. 3 del Protocolo nº 1 de la Convención.

Los derechos garantizados por el art. 3 del Protocolo nº 1 son esenciales para establecer y mantener las bases de una democracia efectiva y significativa, regida por el Estado de derecho. Sin embargo, tales derechos no son absolutos, por lo que es preciso otorgar a los Estados contratantes un margen de apreciación dentro del marco de las restricciones que los mismos aplican.

Las partes no han puesto en duda que la privación a la que está sujeto Scoppola equivale a una injerencia en su derecho al sufragio. Sin embargo, habiéndose determinado que tal injerencia persigue objetivos legítimos tales como la prevención del delito, el incremento de la responsabilidad cívica y del respeto por el Estado de derecho, y la garantía del funcionamiento adecuado y de la preservación del régimen democrático, es preciso examinar la proporcionalidad de esta medida.

En las observaciones presentadas en su carácter de tercero, el gobierno del Reino Unido considera que en *Hirst (no. 2) v. the United Kingdom* esta Corte llegó a conclusiones erradas. En dicho fallo, se encontró que había una violación del art. 3 del Protocolo nº 1 a raíz de la naturaleza general, automática e indiscriminada de la medida que privaba a los detenidos del derecho al sufragio. Sin embargo, a partir de *Hirst* nada ha cambiado a nivel europeo o de la Convención que pueda justificar un nuevo examen de los principios enunciados en ese fallo. Por el contrario, el análisis de los documentos europeos e internacionales relevantes y del derecho comparado revela una tendencia hacia la disminución de las restricciones al derecho al sufragio de los detenidos.

Por ello, esta Corte reitera los principios establecidos en *Hirst* y, en particular, que cuando la privación del derecho al sufragio afecta a un grupo de individuos de manera general, automática e indiscriminada sobre la única base de que están cumpliendo una pena de prisión, sin tener en cuenta la duración de la misma ni la naturaleza o la gravedad del delito cometido y de sus circunstancias particulares, no resulta compatible con el art. 3 del Protocolo nº 1.

En el presente caso, con base en *Frodl v. Austria*, la Sala constató una violación del art. 3 del Protocolo nº 1 porque la naturaleza o la gravedad del delito cometido por el recurrente no había sido examinada por el juez. Sin embargo, si bien la intervención de un juez, en principio, puede garantizar la proporcionalidad de las restricciones al derecho al voto de los detenidos, las restricciones no son necesariamente automáticas, generales e indiscriminadas simplemente por la circunstancia de no haber sido ordenadas por un juez. De todas formas, en *Hirst* no se menciona explícitamente que la intervención de un juez constituya uno de los criterios esenciales para determinar la proporcionalidad de una medida de privación del derecho al sufragio.

Por otra parte, de acuerdo con los datos del derecho comparado que posee esta Corte, las restricciones del derecho al voto de los detenidos varían considerablemente de un régimen jurídico al otro, particularmente en cuanto a la exigencia de que sean ordenadas por un tribunal. Solamente diecinueve Estados de los Estados miembros no imponen restricciones al derecho al sufragio de los detenidos. De los veinticuatro Estados restantes que aplican restricciones en diversos grados, once de ellos exigen que un tribunal penal se pronuncie caso por caso.

Las disposiciones legislativas italianas que definen las circunstancias en que los individuos pueden ser privados del derecho al sufragio demuestran la preocupación por ajustar la aplicación de la medida a las circunstancias particulares de cada caso, tomando en cuenta factores tales como la gravedad del delito cometido y la conducta del condenado. La medida se aplica a ciertos delitos contra el Estado o contra el sistema judicial, o a delitos que los tribunales consideran merecedores de una pena de por lo menos tres años de prisión.

Teniendo en cuenta las consideraciones formuladas, la privación del derecho al sufragio dispuesta por la ley italiana no resulta ser general, automática e indiscriminada como en *Hirst*, y, por ello mismo, en Italia un gran número de detenidos no son privados de tal derecho en las elecciones parlamentarias. En consecuencia, no ha habido violación del art. 3 del Protocolo nº 1, ya que el margen de apreciación otorgado al gobierno italiano no ha sido sobrepasado.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Scoppola v. Italy (nº 3)*, sentencia del 22-5-2012, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=908352&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



DIVISIÓN DE PODERES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIALES (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Menachem Binyamin Zivotofsky nació en Jerusalén. Su madre solicitó que se registre “Israel” como lugar de nacimiento en un informe consular de nacimiento en el extranjero y en su pasaporte norteamericano, conforme a lo dispuesto en la §214(d) de la *Foreign Relations Authorization Act* [Ley de Autorización de Relaciones Exteriores] del ejercicio 2003. Esta norma establece que “a los fines del registro del nacimiento, certificación de nacionalidad o emisión del pasaporte de un ciudadano norteamericano nacido en la ciudad de Jerusalén, el Secretario de Estado debe registrar ‘Israel’ como lugar de nacimiento, a pedido del ciudadano o del tutor legal del ciudadano”. Los funcionarios norteamericanos rechazaron la solicitud invocando una política del Departamento de Estado que prohíbe registrar “Israel” como lugar de nacimiento de las personas nacidas en Jerusalén. Entonces, los padres de Zivotofsky promovieron una acción judicial en su nombre contra la Secretaría de Estado.

El tribunal federal de distrito desestimó la acción porque entendió que la misma planteaba una cuestión política no justiciable vinculada al estatus político de Jerusalén. La cámara federal de apelaciones confirmó la sentencia al juzgar que la constitución norteamericana otorga al Poder Ejecutivo la facultad exclusiva de reconocer a los Estados soberanos extranjeros y que el ejercicio de dicha atribución no puede ser revisada judicialmente por los tribunales.

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

2. Sentencia: se anula la sentencia objeto de recurso y se devuelven las actuaciones. La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables no impide la revisión judicial del reclamo formulado por Zivotofsky.

(a) Esta Corte ha sostenido que una controversia “incluye una cuestión política cuando existe una atribución constitucional expresa de la cuestión a uno de los Poderes del Gobierno o cuando no existen estándares susceptibles de ser judicialmente reconocidos o aplicados para resolver[la]” (*Nixon v. United States*, 506 U.S. 224, 228 -1993-). Los tribunales inferiores resolvieron que esta causa presenta una cuestión política porque malinterpretaron el asunto al asumir que la resolución de la demanda promovida por Zivotofsky exige al Poder Judicial definir la política norteamericana vinculada al estatus de Jerusalén. Sin embargo, lo cierto es que esta causa solo requiere que los tribunales determinen si Zivotofsky puede reivindicar el derecho que tiene en términos de la § 214(d) a elegir que

“Israel” quede registrado como su lugar de nacimiento en su pasaporte. Decisiones de esa naturaleza forman parte del ejercicio diario de la actividad judicial. Además, como las partes no controvierten la interpretación de la § 214(d), la única cuestión real planteada a los tribunales es la constitucionalidad de la ley. No existe una “atribución constitucional expresa” de dicha cuestión a otro Poder del Gobierno. Por lo menos, desde *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137 -1803-), esta Corte ha reconocido que es “categóricamente competencia y deber” del Poder Judicial determinar la constitucionalidad de una ley. Tampoco se trata de un supuesto en que no existen “estándares susceptibles de ser judicialmente reconocidos o aplicados para resolver” la cuestión: ambas partes brindan argumentos legales precisos relativos a si las pruebas textuales, estructurales e históricas brindan sustento a la constitucionalidad de la § 214(d).

(b) Dado que los tribunales inferiores erróneamente concluyeron que la causa plantea una cuestión política no justiciable, no abordaron la cuestión de fondo de la pretensión de Zivotofsky. Esta Corte es “un tribunal de última instancia y no uno de primera instancia” (*Adarand Constructors, Inc. v. Mineta*, 534 U.S. 103, 110 -2001-), y normalmente no decide cuestiones no resueltas por los tribunales inferiores (*National Collegiate Athletic Ass. v. Smith*, 525 U.S. 459, 470 -1999-). La cuestión de fondo de la presente causa se deja, por lo tanto, a los tribunales inferiores para que se expidan en primera instancia.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Zivotofsky et ux. v. Clinton*, sentencia del 26-3-2012, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-699.pdf>>.



DIVISIÓN DE PODERES. PODER EJECUTIVO. CONDUCCIÓN DE LA POLÍTICA ECONÓMICA. PACTO EURO PLUS. MECANISMO EUROPEO DE ESTABILIDAD. **PODER LEGISLATIVO. DERECHO A LA INFORMACIÓN** (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el grupo parlamentario “Alianza 90/ Verdes” interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal alemán en el que denunció que el gobierno alemán había violado el derecho de la Cámara Baja del Parlamento Federal (*Bundestag*) a la información consagrado en el art. 23, párr. 2 de la Ley Fundamental (LF) en relación con el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

2. Sentencia: el gobierno alemán infringió el derecho del *Bundestag* a la información tanto en relación con el Mecanismo Europeo de Estabilidad como con el Pacto Euro Plus.

La decisión se basa en las siguientes consideraciones:

2.1. El art. 23 LF concede al *Bundestag* amplios derechos de cooperación, participación e información en asuntos vinculados a la Unión Europea. Esta participación del Parlamento en el proceso de integración tiene como objeto nivelar

el proceso de europeización relacionada con el desplazamiento de competencias del sistema gubernamental de los Estados Miembros. Hay cuestiones del Tratado Originario de la Unión Europea que deben ser revisadas y cambios en los derechos primarios que deben establecerse (art. 23, párrafos 1 y 3 LF). Existen tratados que se rigen por el derecho internacional entre cada Estado Miembro y la Unión Europea. Una relación de este tipo se basa en características selectivas. La consideración global de las condiciones son decisivas, incluyendo el contenido normativo que resulta aplicable, así como los objetivos y efectos, que en función de su peso pueden resultar cruciales tanto en un contexto individual como en su interrelación.

2.2. El art. 23, párr. 2 LF regula la obligación del gobierno alemán de mantener informado oportunamente al *Bundestag* no solo en relación con las cuestiones domésticas en forma global, sino también en todo lo concerniente a la Unión Europea. El Bundestag debe ser informado rápida y eficazmente, con miras a posibilitar su intervención en la toma de decisiones del gobierno alemán. La interpretación y aplicación de este artículo es primordial en términos del principio democrático constitucional parlamentario.

2.2.a. La exigencia de brindar información global tiene por objeto lograr una interpretación exhaustiva del problema existente. Las tareas complejas demandan una profundización mayor en el ámbito legislativo. A su vez, cuando se requiere la adopción de una decisión o de un acuerdo formal, es necesario realizar un análisis más profundo. A partir de esta observación, surge la exigencia de la calidad, cantidad y actualidad de la información brindada. El deber de informar al Parlamento no solo se refiere a las iniciativas y posiciones del Gobierno, sino también a las políticas, su desarrollo y resultado parcial, e incluso el asesoramiento de órganos, gremios etc. donde el Gobierno esté representado. El deber de informar se extiende a la documentación oficial del órgano, gremios y autoridades tanto de la Unión Europea como de los Estados Miembros.

2.2.b. El momento en el que se brinda la información resulta de vital importancia. El art. 23, párr. 2 LF dispone que la información debe brindarse “con la mayor celeridad posible”. El *Bundestag* tiene que tener la posibilidad de adoptar un criterio, fundarlo y ocuparse del proceso antes de que el Gobierno exponga sus explicaciones, en especial vinculadas a los actos legales que sienten precedentes dentro de la Unión Europea y los convenios intergubernamentales.

2.2.c. La información debe ser esencialmente clara, en especial la que sea escrita. Existen limitadas excepciones en las que el Gobierno puede brindarla verbalmente a los fines de no generar demoras.

2.2.d. Los fundamentos de la obligación de brindar información proceden del principio de división de poderes. Dentro del ordenamiento constitucional, el Gobierno tiene una responsabilidad ejecutiva que básicamente no incluye la iniciativa investigativa ni la asesoría. En la medida en que va tomando decisiones,

debe ir informándose al Parlamento. Estos informes pueden ser parciales o totales, y deben realizarse aun cuando sus conclusiones estén en proceso de aprobación por parte de terceros.

2.3. Las solicitudes deben estar justificadas según los estándares.

2.3.1. El gobierno alemán lesionó los derechos del *Bundestag* la información en relación con el MEDE (art. 23, párr. 2 LF).

2.3.1.a. La construcción y conformación del MEDE es una herramienta de la Unión Europea en el sentido del art. 23, párr. 2 LF para exponer las características en una visión global junto a puntos coordinados con el programa de integración de los convenios preexistentes. El MEDE se crea a través de una modificación al Tratado de la Unión Europea. El Tratado que se elabore sobre los órganos de la Unión Europea, especialmente la Comisión Europea y el Tribunal Supremo Europeo, proporciona nuevas posibilidades con respecto a la investigación, ejecución y supervisión de programas financieros a favor de los Estados Miembros que estén en crisis. El MEDE es un tratado de derecho internacional que sirve para complementar y proteger la política económica y financiera. Debido a los vínculos con elementos supranacionales, el MEDE posee una naturaleza híbrida, convirtiéndolo en un programa de la Unión Europea.

2.3.1.b. El Gobierno comunicó al *Bundestag* un texto sobre la Comisión Europea relativo al establecimiento del MEDE, así como el proyecto de un Tratado sobre el mismo bajo la forma de “Proyecto de Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM)”, y fue de esta manera que se lesionó el art. 23, párr. 2 LF.

Posteriormente informaciones verbales y escritas, en especial el informe y su ampliación del grupo Euro, cuyo tratado regula el MEDE, no lesionan el art. 23, párr. 2 LF.

Los primeros requisitos de la información tienen obligaciones. El Gobierno está obligado no solo a que el *Bundestag* delibere o decida con el texto ya remitido, sino que debe desde el primer momento transmitirle los resultados provisionales y las distintas fases del texto.

2.3.2. El Gobierno lesionó de esta manera los derechos del *Bundestag*, pero solo parcialmente con respecto al Pacto Euro Plus.

2.3.2.a. El acuerdo del Pacto Euro Plus se debe al énfasis en el programa de integración como posibilidad de la Unión Europea en consonancia con el art. 23, párr. 2 LF. El Pacto Euro Plus se orienta a los Estados Miembros, en una corrección cualitativa de la política económica y las finanzas públicas, así como también un refuerzo para lograr la estabilidad financiera, cuyo contenido se encuentra consagrado en los tratados políticos de la Unión Europea. En la realización de los objetivos de los pactos se encuentran los órganos de la Unión Europea. El Pacto por el Euro opera

principalmente con el compromiso de los Estados Miembros, sin poner en duda ningún ordenamiento como cuestión básica de la Unión Europea.

El Pacto del Euro Plus afecta funciones importantes del *Bundestag*, especialmente en áreas que competen a las atribuciones legislativas de los Estados Miembros, como por ejemplo derechos tributarios y sociales sobre los cuales el legislador debe vigilar a través de órganos de la Unión Europea. Por lo tanto, es especialmente importante que la información sea integral y oportuna.

2.3.2.b. No fue cumplida esta obligación por el Gobierno, ya que no informó oportunamente sobre lo resuelto en cuanto al pacto y lo relativo a la competitividad posterior del Pacto Euro Plus, el cual fue expuesto en el congreso comunal parlamentario por la canciller junto al presidente francés. Esto debería haber sido informado al *Bundestag* y, de esta manera, hubiera podido el Parlamento presentar una propuesta para reforzar la coordinación de la política económica en el ámbito monetario del euro y así mejorar la competitividad.

Al respecto, el Gobierno le entregó un documento no oficial al presidente de la respectiva comisión del *Bundestag* y del Consejo Europeo titulado “Coordinación de la política económica en la zona Euro – Características principales y conceptos”, sin transmitir la descripción de los temas relevantes del paquete de competitividad – futuro del Pacto Euro Plus. Con posterioridad, se envió un proyecto oficial del Pacto sobre competitividad. Hasta ese momento, el *Bundestag* no tuvo posibilidad de discutir su contenido y tomar una posición o intervenir sobre el tema en cuestión, porque ese mismo día se pusieron de acuerdo al respecto el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y los restantes Estados.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, Sala II, *ESM/Euro Plus*, sentencia del 19-06-2012, en <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20120619_2bve000411.html>.



ESCRIBANOS. NOTARIOS. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. SUPERVISIÓN DE SU ACTUACIÓN PROFESIONAL. CONSTITUCIONALIDAD. **DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.** DERECHO A EJERCER LIBREMENTE LA PROFESIÓN (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: en Alemania, los notarios son funcionarios públicos independientes, designados para certificar y registrar ciertos actos jurídicos y para cumplir otras funciones vinculadas con la administración de justicia en los Länder. Son supervisados por el presidente de cada tribunal regional, a través del presidente del tribunal de apelaciones regional, del Departamento de Justicia del *Land* y de los juzgados administrativos federales (art. 92 del Ordenamiento Notarial Federal (O.N.F.)). Este contralor incluye la revisión periódica y el monitoreo de la forma en que el notario cumple con las obligaciones propias de su cargo. En consecuencia, estos funcionarios están obligados a someterse a inspección y a entregar sus archivos, registros y libros, así como las escrituras de fideicomiso (art. 93 O.N.F.).

Los notarios se matriculan en colegios profesionales que adoptan pautas bajo la forma de estatutos fundados en las leyes y en las normas reglamentarias dictadas en su consecuencia para definir las obligaciones oficiales y no oficiales de sus matriculados.

Entre tales obligaciones se encuentra la de depositar el dinero y los valores que reciben en custodia o para transmitir a terceros. Las Reglamentaciones Oficiales de esta profesión, dictadas por el Departamento de Justicia de los *Länder*, contienen reglas relativas a los servicios de depósito que prestan los notarios.

Esta causa se relaciona con el art. 10 de las Reglamentaciones Oficiales para los notarios de la provincia de Schleswig-Holstein. Este artículo les exige dejar constancia en los libros de ingresos de cada recepción o erogación vinculada con los fondos de terceros que reciban o entreguen. Cuando las operaciones no son en dinero en efectivo, los escribanos deben hacer el asiento el día en que reciben el estado de cuenta o la notificación de la acreditación de los intereses o de los gastos bancarios (art. 10.3 O.N.F.).

El aquí apelante es un notario de Schleswig-Holstein que registró en su libro de ingresos y en su libro de contabilidad transacciones hechas en dinero en efectivo el día en que los fondos se debitaron o acreditaron de su cuenta y que no modificó sus prácticas registrales pese a las objeciones formuladas a las mismas por la autoridad de contralor. Entonces, el Presidente del Tribunal Regional le ordenó por escrito que registrara los ingresos de las transacciones que no fueran hechas en dinero en efectivo conforme a las disposiciones del art. 10.3 O.N.F., advirtiéndole que si violaba nuevamente las Reglamentaciones Oficiales, sería pasible de sanciones disciplinarias.

El notario interpuso infructuosamente un recurso ante el Tribunal Provincial Regional y ante el Tribunal Federal de Justicia alegando que esas decisiones violaban, en esencia, su derecho fundamental a ejercer libremente su profesión, porque el O.N.F. y las instrucciones que le habían sido impartidas, basadas en dichas reglamentaciones, carecían de fundamento legal y, por lo tanto, no satisfacían la exigencia de estar fundadas en una ley específica del art. 12.1 de la Constitución.

2. Sentencia: se desestima el recurso por infundado, dado que la instrucción impugnada y las decisiones judiciales confirmatorias de su validez no violentan la libertad del notario para ejercer libremente su profesión, garantizada por el art. 12.1 de la Constitución.

Los notarios ejercen una profesión controlada por el Estado. Como profesionales independientes que colaboran en la administración de justicia, ejercen funciones similares a las judiciales. En consecuencia, su profesión está estrechamente relacionada con el gobierno y la naturaleza del trabajo que realizan es similar a la de los funcionarios públicos. La garantía constitucional al libre ejercicio de una profesión, consagrada en el art. 12.1 de la Constitución, alcanza a esta profesión del mismo modo que a otras que forman parte de la administración pública en sentido estricto. Dado el paralelismo que existe entre las profesiones controladas por el Estado y la

administración pública, los notarios deben aceptar que su derecho fundamental al libre ejercicio de su profesión está limitado por normas especiales.

Los notarios actúan en diferentes áreas profesionales durante el cumplimiento de sus obligaciones oficiales y, por lo tanto, resulta necesario hacer distinciones fundadas en el exacto grado de similitud que cada una de ellas tiene con la de los funcionarios públicos y determinar si resulta admisible aplicar reglamentaciones especiales en un asunto específico.

En este caso, los servicios de depósito que los notarios prestan conforme a las Reglamentaciones Oficiales constituyen tareas correspondientes al sector público, cuyo desempeño les ha sido delegado. Las normas mencionadas no se relacionan simplemente con la organización interna de las oficinas del notario, aspecto este que constituye materia de libertad personal.

El registro de las transacciones no dinerarias en un libro específico y en un libro contable constituye una parte necesaria del cumplimiento de los deberes oficiales por parte del notario. Dicha documentación no solo sirve para asegurar que la oficina del notario lleva adecuadamente el depósito de los activos de terceros, sino también para garantizar que estas obligaciones oficiales sean supervisadas por las autoridades de contralor.

En consecuencia, la instrucción impugnada por el apelante y la disposición general incluida en el art. 10, párr. 3 O.N.F. en la cual aquella se funda no merecen objeción constitucional alguna en cuanto a su forma ni en cuanto a su contenido. Aun en el supuesto de que la constitucionalidad de estas medidas tuviera que ser evaluada en términos del derecho fundamental al libre ejercicio de una profesión —que es una cuestión que la orden del Tribunal no trata—, lo cierto es que satisfacerían las exigencias constitucionales. Esta afirmación es igualmente válida respecto a la instrucción, a la forma de supervisión y al contenido de la instrucción.

a) La instrucción específica dada al apelante no es constitucionalmente objetable como herramienta de supervisión. Si bien la ley no otorga expresamente derecho a dar a los notarios instrucciones, lo cierto es que los arts. 92 y 93 O.N.F. brindan esta facultad a las autoridades de contralor en el marco de sus atribuciones. Estas normas bastan para satisfacer la exigencia constitucional de que la instrucción tenga fundamento en una ley. El derecho a dar instrucciones es una de las herramientas de contralor. El legislador hace uso de la posibilidad y de los medios de supervisión previstos en los arts. 92 y 93 O.N.F. a efectos de controlar la forma en que los notarios cumplen con sus obligaciones oficiales. Por lo tanto, los tribunales no constitucionales tienen fundamento para interpretar los arts. 92 y 93 O.N.F. de forma de llegar a la conclusión de que las facultades de contralor del Departamento de Justicia de los *Länder* —expresamente reguladas en una ley— presuponen la existencia de un derecho a dar instrucciones y que ese derecho está incluido en un sistema general que gobierna la supervisión de los notarios. Fue el legislador quien reguló, en estos artículos, la forma y los medios de control.

Desde un punto de vista sustantivo, no existen objeciones constitucionales a una instrucción en su calidad de herramienta de contralor, sea esta individual o

general. En ambos casos, sirve al bien público, esto es, a la supervisión de la forma en que los notarios cumplen sus obligaciones oficiales y, por ende, estos responden ante la sociedad en términos del régimen legal de los funcionarios públicos que están fuera de la organización administrativa del Estado. Sirve, además, para asegurar que actúan adecuadamente en relación con la administración de justicia.

b) El contenido de las instrucciones individuales dadas al apelante también satisface las exigencias constitucionales, ya que cuenta con base legal suficiente. Las disposiciones de las Reglamentaciones Oficiales relativas a la documentación de las transacciones de depósitos pueden basarse en las atribuciones que tiene el Departamento de Justicia del *Land* para dictar instrucciones generales conforme al art. 93 O.N.F.

En particular, estas disposiciones autorizan a las autoridades de contralor a establecer en forma pormenorizada cuestiones técnicas específicas relativas a la documentación en la medida en que no afecten seriamente a sus destinatarios. Este es el supuesto aquí en análisis. La disposición relativa a la documentación de las transacciones de depósito incluida en las Reglamentaciones Oficiales es en interés del contralor estatal. La disposición relativa a la fecha contable está, cuanto más, asociada solamente con un pequeño incremento en la carga que tienen los notarios si se compara con otros sistemas contables.

Por otra parte, la instrucción general que contiene el art. 10, párr. 3 O.N.F. no infringe el ordenamiento de orden superior porque impone conformar a la teoría un deber oficial cuya imposición está trasladada a los colegas de notarios conforme a la teoría que subyace en la Regulación Federal de Notarios.

La necesidad de mantener el paralelismo de la profesión de los notarios con la de los funcionarios públicos es la que justifica que las atribuciones de un organismo administrado en forma independiente no puedan excluir por completo el contralor estatal directo de la forma en que los notarios cumplen con sus obligaciones públicas, más allá de que el Estado tiene la plena responsabilidad de la administración de justicia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 1 BVR 3017/09, Notario contra el control oficial en relación con las operaciones de depósito, sentencia del 19-6-2012, en <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120619_1bvr301709.html>.



EUTANASIA. SUICIDIO ASISTIDO. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. INJERENCIA NECESARIA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. APLICACIONES INDIVIDUALES. CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS. **DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** OBLIGACIONES POSITIVAS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: Ulrich Koch es un ciudadano alemán nacido en 1943, que se casó con B.K. en 1980. En el año 2002, tras sufrir una caída frente a la puerta de su casa, B.K. quedó completamente parálitica y debió recurrir

a la respiración artificial y a la constante asistencia de personal de enfermería. Posteriormente, comenzó a tener espasmos. Según las evaluaciones médicas, B.K. tenía una expectativa de vida de por lo menos quince años más. Sin embargo, ella manifestó el deseo de poner fin –con la ayuda de su marido– a lo que consideraba una vida indigna. En noviembre de 2004, solicitó autorización al Instituto Federal de Medicamentos y Dispositivos Médicos (Instituto) para obtener 15 grs. de pentobarbital sódico, una dosis letal que le permitiría poner fin a su vida en su hogar de Braunschweig. En virtud del art. 5(1) (6) de la Ley alemana sobre Narcóticos, el Instituto denegó la solicitud y consideró que el deseo de B.K. de poner fin a su vida se oponía diametralmente al objetivo de dicha ley, orientada a asegurar la necesaria asistencia médica a las personas interesadas. La autorización, pues, solo podía concederse con el fin de mantener o prolongar la vida, y no con el objetivo de ayudar a una persona a poner fin a sus días.

B.K. entonces viajó con su marido a Suiza, donde, el 12 de febrero de 2005, puso fin a su vida con la asistencia de la organización Dignitas.

El 3 de marzo de 2005, el Instituto confirmó su decisión previa. Un mes después, el Sr. Koch presentó una demanda exigiendo la declaración de ilegitimidad de la decisión del Instituto y alegando que este tenía la obligación de conceder la autorización solicitada por su esposa. El 21 de febrero de 2006, el Tribunal Administrativo de Colonia declaró inadmisibile la acción del recurrente sosteniendo que este no estaba legitimado para presentar una demanda porque no podía pretender ser víctima de una violación de sus propios derechos. Asimismo, el tribunal sostuvo que la decisión del Instituto era legítima y conforme al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

En junio de 2007, el Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Renania del Norte-Westfalia desestimó la petición de autorización para apelar presentada por el Sr. Koch. En noviembre del año siguiente, la Corte Constitucional Federal declaró inadmisibile el recurso constitucional interpuesto por el Sr. Koch, sosteniendo que este no podía invocar un derecho póstumo de su esposa a la dignidad humana. El alto tribunal explicó que la protección póstuma de la dignidad humana solo podía extenderse a violaciones del derecho al honor, intrínseco a todos los seres humanos, así como a violaciones a la reputación moral y social adquirida por una persona durante toda su vida. Además, agregó que el recurrente no tenía derecho a interponer un recurso en carácter de sucesor jurídico de su esposa.

Entonces, el Sr. Koch interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) contra Alemania, invocando la violación a los arts. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención.

2. Sentencia: se declara por unanimidad que hubo una violación del art. 8 de la Convención. Asimismo, se dispone que el Estado demandado debe pagar al recurrente la suma de 2.500 en concepto de daño moral y de 26.736.25 en concepto de costas y gastos.

Presunta violación de los derechos del recurrente en virtud del art. 8 de la Convención

Es preciso examinar si los derechos garantizados por el art. 8 de la Convención han sido suficientemente preservados en el curso de los procedimientos internos.

El recurrente denuncia la violación de sus propios derechos garantizados por el art. 8 en razón de que el padecimiento de su esposa y las circunstancias de su deceso lo habrían afectado en su calidad de marido compasivo y protector.

Lo cierto es que el Sr. Koch y su esposa estuvieron casados durante veinticinco años. Él la acompañó en su sufrimiento, aceptó su deseo de poner fin a su vida y viajó con ella a Suiza para cumplir ese deseo. Su compromiso también se puso de manifiesto cuando interpuso un recurso contencioso-administrativo conjuntamente con su esposa y siguió el procedimiento en su nombre después de la muerte de ella. En tales circunstancias excepcionales, es evidente que el Sr. Koch tenía un gran interés de que los tribunales resolvieran el fondo de la demanda inicial.

No es posible suscribir el argumento del gobierno alemán (Gobierno) según el cual no había necesidad de concederle al Sr. Koch el derecho a tramitar la acción iniciada por su esposa, dado que ella podría haber esperado el resultado de los procedimientos que se tramitaban ante los tribunales alemanes. Sin embargo, estos concluyeron tres años y nueve meses después del deceso de B.K., cuando la Corte Constitucional Federal declaró inadmisibile el recurso constitucional presentado por el recurrente.

Por otra parte, en cuanto a las observaciones del Gobierno de que B.K. habría podido solicitar medidas provisionales a fin de acelerar el procedimiento, esta Corte estima que generalmente tales medidas están orientadas a salvaguardar la situación jurídica del demandante durante el procedimiento principal y, en principio, no son concebidas para acelerar el resultado de este. Además, dada la gravedad de la demanda en cuestión y las consecuencias irreversibles que la concesión de una medida tal habría necesariamente ocasionado, esta Corte no está persuadida de que, en este caso, un requerimiento de una medida provisional habría sido adecuada para acelerar el procedimiento ante los tribunales internos.

Habida cuenta de estas consideraciones, en particular de la relación excepcionalmente estrecha existente entre el Sr. Koch y su difunta esposa, esta Corte estima que el recurrente puede pretender haber sido directamente afectado por la circunstancia de que el Instituto denegó la solicitud de autorización presentada por su esposa para adquirir una dosis letal de pentobarbital sódico. Por ello, ha habido una injerencia en los derechos que el art. 8 de la Convención garantiza al recurrente.

En lo referente a si los derechos del recurrente fueron suficientemente salvaguardados durante los procedimientos ante los tribunales alemanes, lo cierto es que estos se negaron a examinar el fondo del caso sosteniendo que el recurrente no podía, de conformidad con el derecho alemán o con el art. 8 de la Convención, reivindicar sus propios derechos y que no tenía legitimación para tramitar el recurso de su esposa después de la muerte de esta. En opinión de esta Corte, la vulneración de los derechos del Sr. Koch no ha servido a ninguno de tales fines legítimos. En

consecuencia, ha habido una violación del derecho del Sr. Koch a que los tribunales examinaran el fondo de su demanda de conformidad con el art. 8.

En cuanto al fundamento de la denuncia del recurrente, en principio les corresponde a los tribunales alemanes examinar el fondo de la cuestión, máxime cuando no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en lo referente a autorizar cualquier forma de suicidio asistido. En efecto, según los resultados de una investigación iuscomparatista, solo cuatro de los cuarenta y dos Estados estudiados autorizan a los médicos a prescribir una dosis letal de un medicamento que le permita a un paciente poner fin a su vida. Esto implica reconocer al Estado demandado un margen de apreciación considerable en este contexto.

Presunta violación del derecho reconocido a la esposa del recurrente por el art. 8 de la Convención

Tanto en *Sanles Sanles c. España* como en *Thévenon c. Francia* y *Mitev c. Bulgaria*, esta Corte ha reafirmado el principio según el cual los derechos contenidos en el art. 8 son intransferibles y, por ende, no pueden ser reivindicados por un pariente cercano u otro heredero inmediato de la víctima. Por ello, en el interés de la seguridad jurídica, de la previsibilidad y de la igualdad ante la ley, esta Corte no se aparta —en ausencia de motivos válidos— de sus propios precedentes ni de la jurisprudencia sentada en sus fallos.

Los argumentos aquí presentados no son suficientes para que esta Corte se aparte de su jurisprudencia. El recurrente no está legitimado para hacer valer los derechos reconocidos a su esposa por el art. 8 de la Convención debido al carácter intransferible de los mismos. En conclusión, la denuncia del recurrente referente a la violación de los derechos de su difunta esposa en virtud de dicho artículo debe ser rechazada por incompatibilidad *ratione personae* con las disposiciones de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Koch v. Germany*, sentencia del 19-7-2012, en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112282>>.



INMUNIDADES E INDEMNIDADES. DIPLOMÁTICOS. INMUNIDAD PENAL. ALCANCES.
DERECHO PENAL. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. SECRETO DE ESTADO. ALCANCES.
TERRORISMO (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el ciudadano egipcio Nasr Osama Mustafa Hassan, alias Abu Omar, residente en Italia desde 1998 con el estatus de refugiado político, era imam de una mezquita en Milán, cuando el 17 de febrero de 2003 fue secuestrado en las calles de esa ciudad por un comando de agentes de la *Central Intelligence Agency* (CIA) y por un agente de los carabinieri, en el marco del programa de las “entregas extraordinarias” (*extraordinary renditions*). Trasladado a

la base militar aeronáutica de la OTAN en Aviano, fue llevado en avión hasta la base de Ramstein en Alemania y de allí a El Cairo, en Egipto, donde fue encarcelado y sometido a torturas y vejaciones.

En el momento del secuestro, Abu Omar fue indagado por las autoridades italianas, imputado de participación y asociación con fines de terrorismo internacional y otros delitos. Recién en mayo de 2005, el juez de instrucción de Milán dispuso su prisión preventiva.

El 4 de noviembre de 2009, el Tribunal de Milán condenó a todos los imputados estadounidenses de la CIA –excepto tres de ellos, quienes gozaban de inmunidad diplomática– por el secuestro de Abu Omar. Robert Seldon Lady, jefe de la CIA en Milán, fue condenado a ocho años de cárcel y los 22 agentes restantes, a cinco años. Los funcionarios del Servicio de Información y Seguridad Militar Italiano (SISMI) Pio Pompa y Luciano Seno fueron condenados a tres años de cárcel por encubrimiento. En relación con los demás imputados italianos también pertenecientes al SISMI que colaboraron en el secuestro (Pollari, Mancini, Di Troia, Ciorra y Di Gregori), el Tribunal declaró la improcedencia de la acción penal por la existencia de un secreto de Estado.

El 15 de diciembre de 2010, el Tribunal de Apelaciones de Milán consideró que Robert Seldon Lady y Sabrina De Sousa –otra agente de la CIA– no podían gozar de la inmunidad diplomática prevista en el art. 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (Convención de Viena), en razón de que no habían estado actuando en el ejercicio de funciones consulares. Asimismo, rechazó la excepción de falta de jurisdicción de la autoridad judicial italiana opuesta por Joseph Romano, coronel de la aeronáutica estadounidense encargado de la seguridad de la base de Aviano, en términos de la hipótesis prevista en el art. VII.2, letra b) del Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas de 1951 (Convenio de Londres) de jurisdicción exclusiva italiana, ya que la conducta de Romano no estaba tipificada como delito por la legislación estadounidense, la cual, por lo menos en ese entonces, consideraba legítimas las prácticas de las entregas extraordinarias. Por ese motivo, no se reconoció el elemento constitutivo de la injusticia del secuestro, necesario para configurar el delito de secuestro previsto en el art. 134 del Código Militar norteamericano. En opinión del Tribunal de Alzada, “también puede afirmarse la jurisdicción italiana en virtud de lo dispuesto por el art. VII.3 de dicho Convenio –jurisdicción concurrente–, que prevé como hipótesis de jurisdicción concurrente preferente del Estado de origen aquellas referentes a los delitos resultantes de cualquier acto u omisión durante la ejecución de actos de servicio oficial (art. VII.3, letra a)”. El Tribunal argumentó que, en rigor, “no es posible considerar que las acciones de Romano [permitir el ingreso del secuestrado a la base de Aviano y su embarque en el avión con destino a Ramstein] habían sido realizadas en calidad de miembro de la aviación estadounidense en ejecución de un servicio”.

Además, el Tribunal sostuvo que todos los imputados estaban perfectamente al tanto de la ilegalidad de su accionar, no solo porque conocían las actividades investigativas de la División de Investigaciones Generales y Operaciones Especiales de Italia (DIGOS) y de la magistratura italiana en relación con Abu Omar –con

las cuales habrían interferido—, sino también porque sabían que la práctica de las entregas extraordinarias era ilegal e ilícita en Italia.

En consecuencia, condenó a Seldon Lady a nueve años de reclusión y a los demás imputados estadounidenses, a ocho años. Pompea y Seno fueron condenados a dos años y ocho meses de encarcelamiento. En relación con los cinco imputados italianos agentes del SISMI, el Tribunal confirmó la declaración de improcedencia de la acción penal, de conformidad con el art. 202 del Código Procesal Penal, tomando en consideración la sentencia de la Corte Constitucional n° 106 del 11 de marzo de 2009 relativa a la adquisición y consiguiente utilización de elementos de conocimiento y de prueba amparados por un secreto de Estado.

Entonces, el Procurador General interpuso un recurso ante la Corte de Casación contra la sentencia de alzada, circunscripto a la absolución de los imputados del SISMI antes mencionados. En su opinión, la colaboración prestada por estos en el secuestro de Abu Omar habría constituido una actividad ajena a la legítima función institucional del Servicio y, por ende, no amparada por el secreto de Estado. Además, recalcó la imposibilidad de que los jefes de los servicios autorizaran el secuestro de una persona.

Las partes civiles —Abu Omar y su esposa— hicieron lo propio contra la absolución de los funcionarios del SISMI y contra la revocación de la condena de Pompea y Seno al resarcimiento de los daños en su favor. Asimismo, todos los imputados estadounidenses interpusieron recursos ante la Corte de Casación, al igual que Pompea y Seno y los demás agentes del SISMI, quienes solicitaron una fórmula absolutoria diferente a la confirmada por el Tribunal de Apelaciones.

2. Sentencia: se acoge el recurso interpuesto por el Procurador General y, parcialmente, el recurso articulado por las partes civiles. Se anula, con reenvío para un nuevo examen, la decisión del Tribunal de Milán de no proceder, por la existencia de un secreto de Estado, en relación con los cinco ex funcionarios del SISMI. Se rechazan los recursos interpuestos por Pompea y Seno y por los 23 agentes de la CIA.

Tras examinar los motivos de los recursos interpuestos, cabe apuntar las siguientes consideraciones.

En relación con la relevancia del secreto de Estado opuesto por todos los imputados italianos y, en particular, por los ex funcionarios del SISMI absueltos en segunda instancia, es preciso reafirmar —recapitulando los principios enunciados por la Corte Constitucional, que resolvió los numerosos conflictos de atribuciones entre poderes del Estado surgidos entre el Primer Ministro, el Ministerio Público y el juez de instrucción preliminar de Milán en el marco de este proceso en la sentencia n° 106/2009— que el secreto de Estado inhibe a la autoridad judicial de la obtención y utilización de información amparada por el mismo, pero no obsta a que aquella compruebe por otras vías los hechos constitutivos de delito.

En efecto, la Corte Constitucional sostuvo que el secreto de Estado nunca tuvo por objeto el secuestro de personas —hecho verificable por la autoridad judicial—, sino exclusivamente las relaciones entre los servicios secretos italianos y extranjeros,

así como las estructuras operativas y organizativas del SISMI (*interna corporis*), particularmente en relación con las órdenes impartidas por su director.

Por ello, los jueces del Tribunal de Apelaciones deberían haber depurado el material probatorio de todos los elementos de prueba que, estando amparados por el secreto, eran inutilizables y proceder a una atenta evaluación de las fuentes de prueba residuales con el fin de establecer si eran suficientes para afirmar la responsabilidad de los imputados. Es preciso, entonces, observar que el problema de la tutela del secreto de Estado no tiene fundamento para ser planteado porque el gobierno italiano expresamente ha declarado que el SISMI –en cuanto tal– es ajeno al secuestro de Abu Omar. De ello debe deducirse necesariamente que la eventual participación de los agentes del SISMI en una operación organizada y gestionada por la CIA se concretó exclusivamente a título personal y que en relación con tales conductas no se ha opuesto ningún secreto de Estado.

De acuerdo con la interpretación brindada por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada, el art. 41.1 de la ley n° 124/2007 prohíbe a todos los oficiales públicos y funcionarios –inclusive a los indagados y a los imputados– referirse a hechos amparados por el secreto de Estado. Sin embargo, esto no puede comportar *per se* una violación del derecho de defensa garantizado por el art. 24 de la Constitución, el cual puede sufrir limitaciones en el marco de un razonable balance con otros valores prevalecientes de rango constitucional, como, por ejemplo, la integridad de la República y de sus instituciones, la independencia del Estado y su defensa militar, cuya tutela es funcional al secreto de Estado.

En cuanto a los planteos concernientes a los límites de la jurisdicción italiana y a la inmunidad penal de los agentes extranjeros que operan en territorio italiano, esta Corte llega, sustancialmente, a las mismas conclusiones manifestadas por los jueces de alzada.

En efecto, en este caso debe aplicarse el art. VII.2, letra b) del Convenio de Londres, porque la conducta del coronel Romano constituye un delito para la legislación italiana, pero no así para las leyes estadounidenses. Por otra parte, el art. 605 del Código Penal castiga, sin ulteriores especificaciones, a quienquiera que prive a otro de la libertad personal. Abu Omar no fue privado de su libertad personal en ejecución de una orden de arresto ni fue encarcelado en los centros penitenciarios italianos. Su secuestro se encuadra en la estrategia de lucha contra el terrorismo internacional islámico prevista en muchas leyes estadounidenses a partir de 1995, a saber: la *Omnibus Counterterrorism Act*, la *Antiterrorism Emendment Act* y la *Comprehensive Terrorism Prevention Act*. Todas prevén la práctica de las entregas extraordinarias de personas sospechosas de la comisión de actos terroristas, que luego son sometidas a interrogatorios y torturas en prisiones secretas. Cabe señalar, además, que en los Estados Unidos no se ha iniciado proceso alguno contra los presuntos autores del secuestro de Abu Omar.

Por otro lado, como lo prevé el Convenio de Londres y como esta Corte anteriormente ha declarado, el ámbito de la inmunidad penal de los agentes consulares extranjeros se limita a los actos realizados en el ejercicio de la función consular. Dicho Convenio, ratificado en Italia mediante ley n° 804/1967, forma parte del ordenamiento jurídico italiano y, como tal, debe ser interpretado y aplicado por el juez italiano.

En cuanto a la inmunidad jurisdiccional de tales agentes, el art. 41.1 del Convenio de Viena dispone que “los funcionarios consulares (...) no pueden ser sometidos a procesos judiciales por las autoridades judiciales (...) del Estado de residencia por los actos realizados en el ejercicio de las funciones consulares”.

Lo cierto es que en el secuestro de Abu Omar, Seldon Lady y De Sousa, agentes consulares y funcionarios de la CIA al mismo tiempo, actuaron exclusivamente como agentes de la CIA, valiéndose eventualmente de las relaciones que habían instaurado como agentes consulares. Es evidente que el secuestro de una persona, perpetrado con el fin de conducirla a un lugar donde es posible someterla a un interrogatorio con métodos brutales como la tortura, no se encuadra en el ejercicio de las funciones consulares y resulta contrario a las leyes italianas. En consecuencia, no puede reconocerse ninguna inmunidad consular a Seldon Lady y a De Sousa. Sin embargo, estos sostienen que la operación no solo se desarrolló en el interés de los Estados Unidos –donde las prácticas de las entregas extraordinarias eran legítimas, útiles y necesarias en el marco de la lucha contra el terrorismo islámico–, sino en el de toda la humanidad, y que por ello podía conceptualizarse como función consular. Semejante tesis resulta infundada a la luz del art. 5 de la Convención de Viena, que indica claramente cuáles son las funciones consulares.

Nota del Instituto: la sentencia de la Corte Constitucional de Italia n° 106 del 11-3-2009 puede consultarse en *investigaciones* 1 [2010], pp. 104/107.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n° 46340 del 19-9-2012, en <<http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaPenale/SezioniSemplici/SchedaNews.asp?ID=1800>>.



JUECES. ELECCIÓN. CONSTITUCIONALIDAD. MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el art. 94, párr. 1 de la Constitución alemana dispone que la mitad de los jueces del Tribunal Constitucional Federal debe ser elegida por el Parlamento Federal y la otra mitad por el Consejo Federal (Bundesrat), pero no establece la forma específica en que debe realizarse dicha elección, cuya determinación deja en manos de la legislatura.

El art. 6 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (LTCF) dispone la elección indirecta de los jueces de dicho Tribunal a través del voto de un comité electoral de doce legisladores que tiene un deber de confidencialidad y que toma decisiones por mayoría de dos tercios.

Se impugnó la forma de integración de este Tribunal con base en que el mismo, como órgano constitucional, requiere una legitimación democrática agravada y la elección de sus miembros tiene que quedar reservada al pleno del Parlamento Federal.

2. Sentencia: se rechaza el recurso por infundado, con el alcance aquí descripto. En términos del art. 6 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, es

constitucionalmente inobjetable que el Parlamento Federal elija indirectamente a los jueces del Tribunal Constitucional Federal a través del voto de un comité electoral.

La reglamentación de la forma de la elección en el art. 6 LTCF se basa en la interpretación de que el art. 94.1, párr. 2 de la Constitución está abierto a la regulación legislativa del proceso electoral, conforme a la cual el voto no tiene necesariamente que ser emitido por la totalidad de los miembros del Parlamento. Esta interpretación fue confirmada por la legislatura y fue reputada constitucionalmente válida por esta Corte Constitucional en una sentencia anterior.

La delegación de la elección de los jueces del Tribunal Constitucional Federal a un comité en virtud de lo dispuesto por el art. 6 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal tampoco violenta la función representativa que el Parlamento Federal, en principio, ejerce en su integridad. El fin perseguido por la norma es fortalecer la reputación de la Corte y la confianza en su independencia, asegurando así su capacidad para funcionar.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 2 BvC 2/10, Nombramiento de jueces del Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 19-06-2012, en <http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20120619_2bvc000210.html>.



LEY. VIGENCIA. DEROGACIÓN A TRAVÉS DE UN REFERÉNDUM. EFECTOS. **FEDERALISMO.** DISTRIBUCIÓN DE ATRIBUCIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES. **SERVICIOS PÚBLICOS.** REGLAMENTACIÓN. **DERECHO COMUNITARIO.** LIBRE COMPETENCIA (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: las regiones italianas de Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria y la Región Autónoma de Sardeña plantearon en forma individual la inconstitucionalidad de varias disposiciones del decreto-ley nº 138 del 3 de agosto de 2011 (medidas ulteriores urgentes para la estabilización financiera y el desarrollo), ratificado, con modificaciones, por la ley nº 148 del 14 de septiembre de 2011, y, en particular, de su art. 4 (en adelante, art. 4).

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad –tanto del texto original como del que resulta de las sucesivas modificaciones– del art. 4 del decreto ley nº 138/2011, ratificado con modificaciones por la ley nº 148/2011.

Tras el referéndum realizado los días 12 y 13 de junio de 2011, mediante decreto presidencial del 18 de julio de 2011, se derogó el art. 23 *bis* del decreto-ley nº 112/2008 (en adelante, art. 23 *bis*) relativo a la gestión del suministro de agua y de otros servicios públicos, el cual estaba orientado a restringir –en comparación con el nivel mínimo establecido por el reglamento comunitario de libre competencia– los presupuestos de gestión pública y, en particular, la gestión *in house* de los servicios públicos locales, autorizándolos solo en casos excepcionales y con determinadas condiciones. La derogación de dicha normativa dio lugar a la aplicación directa de la legislación comunitaria.

Menos de un mes después de la publicación del decreto derogatorio del art. 23 *bis*, el Gobierno intervino adoptando el art. 4, el cual, si bien tenía como título “Adaptación de la normativa sobre los servicios públicos locales al referéndum popular y a la normativa de la Unión Europea”, lo cierto es que constituye una nueva reglamentación de los servicios públicos locales de relevancia económica que no solo se caracteriza por la misma ratio de la normativa derogada reduciendo drásticamente los presupuestos de gestión *in house* independientemente de lo prescripto por la normativa comunitaria, sino que también reproduce literalmente varias disposiciones del derogado art. 23 *bis* y muchas disposiciones del reglamento ejecutivo del mismo contenido en el decreto del Presidente de la República nº 16/2010.

Todas las regiones, excepto la Región Autónoma de Sardeña, plantean la inconstitucionalidad del art. 4 con base en que resulta violatorio de la prohibición contenida en el art. 75 (referéndum popular) de restablecimiento de la normativa formal y sustancial objeto de una derogación mediante un referéndum, con la consiguiente lesión indirecta de las atribuciones constitucionales en materia de servicios públicos locales.

Todas las regiones denuncian, asimismo, que no fue respetada la distribución de competencias entre el Estado y las regiones en materia de gestión y regulación de los servicios públicos locales. En efecto, afirman que, en la parte en que atribuye directamente a los entes locales competencia para decidir las modalidades de erogación de los servicios públicos y en que delimita la decisión de los entes locales estableciendo limitaciones estrictas a las posibilidades de gestión directa, el art. 4 lesiona la competencia regional residual en materia de servicios públicos locales, excediendo el ámbito de la competencia estatal en materia de tutela de libre competencia y dictando normas en materias que están vinculadas a la misma, pero que son diferentes, vulnerando con ello los arts. 5, 114, 117 y 118 de la Constitución italiana, así como los arts. 3 y 4 del Estatuto especial para Sardeña.

Esta Corte ha afirmado en varias ocasiones que las regiones pueden invocar parámetros de legitimidad diferentes a aquellos que garantizan la distribución de atribuciones solo cuando la violación denunciada sea potencialmente idónea para constituir una vulneración de las atribuciones constitucionales de las regiones.

Las recurrentes plantean que mediante la derogación del art. 23 *bis* comenzó a aplicarse la normativa comunitaria, más “favorable” a las regiones y a los entes locales. Por ello, en opinión de las recurrentes, la reintroducción por parte del legislador de la misma normativa que había sido objeto de derogación es lesiva de la voluntad popular expresada a través de la consulta referendaria y, además, determina una lesión potencial de las mencionadas esferas de competencia tanto de las regiones como de los entes locales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia nº 199/2012 del 17-7-2012, en <<http://www.giurcost.org/decisioni/2012/0199s-12.html>>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ALCANCES. RESTRICCIONES NECESARIAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. **DERECHO A LA INFORMACIÓN. DERECHO AL HONOR. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO COMUNITARIO.** MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS. **LIBERTAD DE PRENSA.** PERSONALIDADES PÚBLICAS. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ALEMANIA).

1. Antecedentes de los casos: en el caso de Axel Springer AG, la principal peticionante es la empresa alemana que publica el *Bild*, periódico de amplia circulación. En septiembre de 2004, el *Bild* publicó un artículo en primera plana que decía que X –un actor de televisión muy conocido– había sido arrestado en posesión de cocaína en un puesto del Festival de Cerveza de Munich. El artículo se complementaba con otro más detallado incluido en otra página, ilustrado con tres fotos de X. Allí se comentaba que el mencionado actor había actuado como jefe de policía en una serie televisiva muy popular desde 1998 y que ya en julio de 2000 se le había impuesto una condena a prisión en suspenso por posesión de drogas. En julio de 2005, el periódico difundió un segundo artículo en el que manifestaba que X había sido condenado y que se le había impuesto una multa por posesión ilegal de estupefacientes luego de haber confesado.

Inmediatamente después de la aparición del primer artículo, X promovió una acción tendiente a lograr el dictado de una orden judicial contra Springer ante el Tribunal Regional de Hamburgo, el cual hizo lugar a su solicitud y prohibió a la editorial cualquier ulterior publicación del artículo y de las fotos. La prohibición de publicar el artículo fue confirmada, en junio de 2005, por el Tribunal de Apelaciones. La sentencia relativa a las fotos no había sido materia de recurso por parte de Springer.

En noviembre de 2005, el Tribunal Regional de Hamburgo prohibió la publicación de casi todo el artículo y ordenó a Springer pagar una indemnización cuyo monto se determinó por acuerdo de las partes. El tribunal sostuvo, en particular, que la protección del derecho de X a la intimidad prevalecía sobre el derecho del público a estar informado, pese a que la veracidad de los hechos descriptos por el periódico no había sido controvertida. El caso no se vinculaba a un delito grave ni existía un interés público especial en saber acerca del delito cometido por X. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Hamburgo y, en diciembre de 2006, por la Corte Federal de Justicia.

En el otro grupo de procesos vinculados al segundo artículo, relativo a la condena impuesta a X, el Tribunal Regional de Hamburgo hizo lugar a la pretensión del actor esencialmente con los mismos fundamentos. La sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Hamburgo y, en junio de 2007, por la Corte Federal de Justicia.

En marzo de 2008, el Tribunal Constitucional Federal declaró inadmisibles una apelación interpuesta por la empresa periodística contra estas decisiones.

En el caso *Von Hannover*, los peticionantes son la princesa Carolina von Hannover, hija del difunto príncipe Rainiero III de Mónaco, y su esposo el príncipe Ernesto Augusto von Hannover. Desde comienzos de la década de 1990, la princesa Carolina ha intentado

impedir la publicación de su vida privada en la prensa. Dos series de fotos, publicadas en 1993 y 1997 en revistas alemanas, dieron lugar a tres grupos de procedimientos ante los tribunales alemanes. Las tres sentencias más importantes de la Corte Federal de Justicia de 1995 y del Tribunal Constitucional Federal de 1999 desestimaron sus pretensiones. Este proceso fue materia de la decisión que la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea) adoptó en el caso *Caroline von Hannover v. Germany* (n° 59320/00) del 24 de junio de 2004, en la cual la Corte sostuvo que las decisiones judiciales alemanas habían violentado el derecho de la princesa Carolina al respeto a su vida privada, garantizado por el art. 8 de la Convención.

Fundándose en esa sentencia, la princesa Carolina y el príncipe Ernesto Augusto posteriormente promovieron varios procesos ante los tribunales civiles alemanes tendientes a obtener órdenes que prohibieran la publicación de otras fotos tomadas sin su consentimiento en las que se los mostraba paseando durante unas vacaciones de ski, que habían aparecido en las revistas alemanas *Frau im Spiegel* y *Frau Aktuell* entre 2002 y 2004.

Si bien la Corte Federal de Justicia, en una sentencia del 6 de marzo de 2007, reconoció la pretensión de la princesa Carolina en relación con la publicación de las dos fotos en cuestión porque entendió que no contribuían a un debate de interés general, desestimó su reclamo vinculado a otra que había aparecido en febrero de 2002 en *Frau im Spiegel* que mostraba a la pareja dando un paseo a pie durante sus vacaciones de ski en St. Moritz y que estaba acompañada por un informe del mal estado de salud del príncipe Rainiero de Mónaco. La Corte Federal encontró que la mala salud del príncipe reinante era un tema de interés general y que la prensa tenía derecho a informar sobre la forma en que sus hijos conciliaban sus obligaciones de solidaridad familiar con las legítimas necesidades de vida privada, entre las cuales se encontraba el deseo de salir de vacaciones. En una sentencia del 26 de febrero de 2008, el Tribunal Constitucional Federal desestimó el planteo constitucional articulado por la princesa Carolina, rechazando en particular su pretensión de que los tribunales alemanes habían pasado por alto o no habían tomado suficientemente en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea. El 16 de junio de 2008, la Corte Constitucional se negó, sin dar fundamento, a considerar otros planteos constitucionales vinculados con la misma foto y con otra similar publicada en *Frau Aktuell*.

Axel Springer AG se agravió, basándose en el art. 10 de la Convención, de la orden judicial que le prohibía toda publicación ulterior de los artículos.

La princesa Carolina von Hannover y el príncipe Ernesto Augusto von Hannover se agraviaron, basándose en el art. 8 de la Convención, de la negativa de los tribunales alemanes a prohibir cualquier ulterior publicación de las fotos que eran materia de controversia. Alegaron en particular que los tribunales no habían tomado suficientemente en cuenta la sentencia dictada por la Corte Europea en el caso *Caroline von Hannover v. Germany* de 2004.

El 30 de marzo de 2010, la Sala de la Corte Europea a la que se asignaron estas peticiones las acumuló y cedió su competencia a la Gran Sala, la cual celebró una audiencia vinculada a los dos casos el 13 de octubre de 2010.

2. Sentencias: la cobertura periodística de las vidas privadas de las personas famosas es aceptable cuando es en interés general y está en un balance razonable con el derecho al respeto de la vida privada.

En el caso de *Axel Springer AG*, la Corte Europea decide, por mayoría, que ha existido una violación del art. 10 (libertad de expresión) de la Convención.

En el caso *Von Hannover (n° 2)*, decide por unanimidad que no ha habido violación del art. 8 (derecho a la vida privada y familiar) de la Convención.

En el caso *Axel Springer AG*, no se ha controvertido que las decisiones de los tribunales alemanes hayan constituido una injerencia en el derecho de Springer a la libertad de expresión, garantizado por el art. 10; tampoco que tal injerencia se encuentre prescrita por el derecho alemán y que persiga un objetivo legítimo, a saber, la protección de la reputación de terceros.

En cuanto a la cuestión de si esta injerencia resulta necesaria en una sociedad democrática, cabe advertir que los artículos en cuestión, vinculados al arresto y condena a un actor, se relacionan con actos públicos judiciales con relación a los cuales el público tiene interés en estar informado. Asimismo, corresponde evaluar cuán conocida es una persona, especialmente cuando lo es fundamentalmente a nivel nacional, como el actor peticionante. El Tribunal de Apelaciones encontró que este es bien conocido y muy popular porque ha interpretado a un jefe de policía durante un largo período. Entonces, consideró que el actor es suficientemente bien conocido como para revestir el carácter de personalidad pública, lo cual refuerza el interés del público en estar informado de su arresto y de los procesos seguidos en su contra.

Si bien esta Corte, en términos generales, podría compartir la evaluación hecha por los tribunales alemanes en relación con que el interés de Springer en publicar los artículos se fundaba exclusivamente en que el peticionante era un actor bien conocido que había cometido un crimen —que no habría sido informado en caso de haber sido cometido por una persona no conocida por el público—, cabe destacar que el actor había sido arrestado en público en el Festival de Cerveza de Munich. Por otra parte, su expectativa de mantener efectivamente protegida su vida privada había quedado, además, reducida por la circunstancia de que él previamente había revelado detalles de la misma en varias entrevistas.

Conforme a la declaración de uno de los periodistas comprometidos, cuya veracidad no fue cuestionada por el gobierno alemán, la información publicada en el *Bild* en septiembre de 2004 en relación con el arresto del actor había sido obtenida de la policía y de la oficina del fiscal de Munich. Por lo tanto, tenía suficiente fundamento fáctico, y la veracidad de la información difundida en ambos artículos no fue materia de controversia entre las partes.

Nada sugiere que Springer no haya hecho un balance entre su interés en publicar la información y el derecho del actor al respeto de su vida privada. Dado que había obtenido la confirmación de la información de parte de la fiscalía, no tenía fundamentos suficientemente sólidos para creer que debía preservar el anonimato del actor. Por lo tanto, esta Corte estima que no puede considerarse que actuó de mala fe. En ese contexto, también cabe manifestar que toda la información revelada por

Springer el día en que apareció el primer artículo fue confirmada por el fiscal a otras revistas y a canales de televisión.

Además, los artículos no revelaron detalles de la vida privada del actor, sino que principalmente se referían a las circunstancias en que se había producido su arresto y al resultado del proceso penal seguido en su contra. No contenían ninguna expresión despectiva ni afirmación infundada, y el Gobierno no había demostrado que su publicación hubiera tenido consecuencias graves para el actor. Si bien las sanciones impuestas a Springer fueron leves, lo cierto es que fueron idóneas para producir un efecto disuasivo en dicha empresa periodística.

Las restricciones impuestas a la empresa no son razonablemente proporcionadas al legítimo interés de proteger la vida privada del actor. Por lo tanto, ha habido una violación del art. 10.

En *Von Hannover (no. 2)*, esta Corte no tiene que examinar si Alemania ha cumplido sus obligaciones al ejecutar la sentencia dictada en el caso *Caroline von Hannover v. Germany*, de 2004, dado que esa es responsabilidad del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el cual, en la resolución adoptada el 31 de octubre de 2007 sobre este tema, declaró que dichas obligaciones estaban cumplidas y decidió concluir el examen del caso. Al resolver este segundo caso, solo corresponde a esta pronunciarse sobre los nuevos procesos promovidos por los peticionantes.

A esos efectos, corresponde observar que con posterioridad al dictado de su sentencia de 2004, la Corte Federal de Justicia de Alemania modificó su jurisprudencia anterior. En particular, destacó la importancia de determinar si una noticia periodística contribuye al debate fáctico y si su contenido sirve un propósito que excede el mero deseo de satisfacer la curiosidad pública. La Corte Federal de Justicia destacó que cuanto mayor valor tiene la información para el público, mayor debe ser el interés que la persona tiene en estar protegida frente a la publicación, y viceversa; y que el interés del lector en entretenerse generalmente tiene menor gravitación que el interés en proteger la esfera de la privacidad. El Tribunal Constitucional alemán confirmó este criterio.

La circunstancia de que la Corte Federal haya evaluado el valor que, en términos de información, tenía la foto en cuestión –la única contra la cual no se había dictado una orden que prohibiera su ulterior publicación– en el contexto del artículo publicado junto con ella no merece críticas en términos de la Convención. La foto, en el contexto del artículo, al menos en algún grado contribuye a un debate de interés general, y la categorización de la enfermedad del príncipe Rainiero como un suceso de la sociedad contemporánea, hecha por los tribunales alemanes, no puede considerarse irrazonable, pese a lo cual habían prohibido la publicación de otras dos fotos que mostraban a los peticionantes en circunstancias similares precisamente con base en que se las publicaba solo con fines de entretenimiento. Además, más allá de la cuestión, en la medida en que puede presumirse que Caroline von Hannover ha asumido funciones oficiales en el Principado de Mónaco, no puede alegarse que los peticionantes –quienes incuestionablemente son personas muy conocidas– sean personas particulares ordinarias. Tienen que ser consideradas personalidades públicas.

Los tribunales alemanes llegaron a la conclusión de que los peticionantes no habían aportado ninguna prueba de que las fotos hubieran sido tomadas en un clima de acoso general –como ellos alegaban– o en secreto. En este caso, los tribunales alemanes no han brindado mayor tratamiento a la determinación de la forma en que se habían tomado las fotografías, puesto que los peticionantes no habían planteado ningún argumento relevante a ese respecto.

En conclusión, los tribunales alemanes han hecho un cuidadoso balance del derecho a la libertad de expresión de las empresas periodísticas frente al derecho de los peticionantes al respeto de sus vidas privadas. Al hacerlo, han tomado expresamente en cuenta la jurisprudencia de esta Corte Europea, incluyendo la sentencia dictada en el año 2004 ya mencionada. En consecuencia, no ha habido una violación del art. 8.

Artículo 41 (justa compensación)

En cuanto al art. 41 (justa compensación), Alemania debe pagar a Axel Springer AG 17.734,28 en concepto de daños y 32.522,80 para cubrir las costas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Axel Springer AG c. Alemania y Von Hannover c. Alemania*, sentencias del 7-2-2012, en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109034>> y en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029>>, respectivamente.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ALCANCES. RESTRICCIONES NECESARIAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. **ORDEN PÚBLICO.** PREVENCIÓN DEL CRIMEN. PROTECCIÓN DE LA SALUD. PROTECCIÓN DE LA MORAL PÚBLICA. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – SUIZA).

1. Antecedentes del caso: el *Mouvement raëlien suisse* (asociación) se creó en 1977 como una ONG inscrita en Rennaz (Cantón de Vaud, Suiza) con el fin de establecer contacto con los extraterrestres. En el año 2001, pidió autorización a la Policía de Neuchâtel para colocar pósters con imágenes de rostros de extraterrestres y de un plato volador, junto con el nombre de su página de Internet y su número de teléfono. Las autoridades (la policía, el Concejo Municipal y la Dirección de Administración de Tierras de Neuchâtel) le denegaron el permiso para colocar los pósters fundándose en que la organización se dedicaba a actividades inmorales y contrarias al orden público, dado que el movimiento promovía la “geniocracia”, un modelo político basado en el intelecto y en la clonación humana. Por otra parte, un tribunal del Cantón de Fribourg encontró que dicha organización “teóricamente” defendía la pedofilia y el incesto, dado que también había sido objeto de acusaciones penales vinculadas a prácticas sexuales que incluían niños.

La asociación alegó que la actitud de las autoridades constituía un acto de censura y afirmó que la simple defensa de la “geniocracia”, de la clonación y de

la meditación sensual en forma alguna resultaba escandalosa. En el año 2005, el Tribunal Administrativo y el Federal confirmaron la ya mencionada decisión de las autoridades. Si bien el Tribunal Administrativo aceptó que la organización tenía derecho a la libertad ideológica y religiosa, lo cierto es que encontró que sus puntos de vista vinculados a la “geniocracia” y sus críticas a las democracias contemporáneas podían debilitar el orden y la seguridad pública, así como la moralidad. Por su parte, el Tribunal Federal desestimó la apelación interpuesta por la organización porque decidió que si se hubiera concedido el espacio público a disposición para la campaña de pósters de esta organización, se podría haber dado la impresión de que el Estado toleraba o aprobaba esa práctica.

En el año 1999, se había autorizado la colocación de pósters similares en varias ciudades suizas, como Zurich y Lausana. La asociación peticionante también había realizado otras campañas con pósters diferentes entre 2004 y 2006 en otras ciudades suizas. Sin embargo, en el año 2004, el Concejo Municipal de Delémont se negó a autorizar una campaña que la asociación quería realizar con un póster en que se leía “Dios no existe”.

La asociación se agravió de que la negativa de las autoridades a autorizar su campaña de pósters violaba sus derechos en términos de los arts. 10 (libertad de expresión) y 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

El 10 de abril de 2006, presentó la petición a la Corte Europea de Derechos Humanos.

En su sentencia de Sala del 13 de enero del 2011, la Corte resolvió, por mayoría, que no había habido una violación del art. 10.

A pedido de la organización, el 20 de junio de 2011 el caso fue remitido a la Gran Sala, en términos del art. 43 del Reglamento de la Corte.

El 16 de noviembre de 2011, se celebró una audiencia en el Edificio de Derechos Humanos en Estrasburgo. La organización fue autorizada a intervenir en el proceso como tercero conforme a lo dispuesto por el art. 36 de la Convención. En los comentarios escritos que presentó, destacó la importancia que la libertad de expresión tiene conforme al derecho internacional y recomendó que los Estados solo tuvieran un estrecho margen de apreciación para reglamentar esas cuestiones.

2. Sentencia: la negativa a autorizar la campaña de pósters promovida por la asociación resultó necesaria en una sociedad democrática y no violó la libertad de expresión de dicha organización.

Artículo 10

No es materia de controversia que la negativa recibida por la asociación tiene fundamento legal (art. 19 de las Regulaciones Administrativas de Neuchâtel) y que persigue los objetivos legítimos de prevenir el crimen y de proteger la salud, la moral y los derechos de los demás. A diferencia de la situación que existía en otros casos que esta Corte ha examinado, la aquí peticionante no se enfrenta a una prohibición

general de difundir ciertas ideas, sino a una prohibición de uso del espacio público, que está regulado y supervisado.

Como ha notado la Sala, las personas no tienen un derecho incondicional e ilimitado al uso de los bienes públicos, especialmente para hacer campañas publicitarias o difundir información.

Cabe reiterar que el margen de apreciación que tienen los Estados para imponer restricciones a la libertad de expresión es limitado en materia política, pero es más amplio en áreas en que la expresión puede causar agravios a creencias religiosas o éticas, y también en relación con cuestiones comerciales o publicitarias. La naturaleza de las expresiones de la asociación peticionante tiene mayor similitud con la de la expresión comercial porque, a través de su portal de Internet, trata de atraer público que se adhiera a su movimiento y no plantea cuestiones incluidas dentro del debate político existente en Suiza. Si bien el póster no promociona un producto, lo cierto es que puede ser comparado con una expresión comercial, puesto que cumple una cierta función proselitista.

Por lo tanto, el gerenciamiento de las carteleras públicas en el contexto de campañas que no son estrictamente políticas puede variar de un Estado a otro, o incluso de una región a otra dentro del mismo Estado, especialmente si la organización es de naturaleza federal. En consecuencia, el examen de la licitud de un póster cae dentro del margen de apreciación que los Estados tienen y la Corte no debe intervenir en esta área.

A diferencia de otros casos, aquí no hay una cuestión vinculada a la eficiencia de la revisión judicial por parte de los tribunales suizos. Cinco autoridades diferentes examinaron el caso, analizando no solo el póster, sino también el contenido del portal de Internet, y brindaron fundamentos pormenorizados de su negativa a permitir la colocación de los pósters, a saber, la promoción por parte de la asociación peticionante de la clonación humana y de la “geniocracia”, sumado a la posibilidad de que sus ideas hubieran dado lugar al abuso sexual de menores por parte de algunos de sus miembros. Si bien algunas de estas razones consideradas en forma individual podrían no ser idóneas para justificar la prohibición de la campaña de pósters, lo cierto es que, consideradas en conjunto, hacen que la negativa resulte indispensable para la protección de la salud, moral y derechos de terceros, y para la prevención del crimen.

La asociación peticionante alega que la prohibición complicó excesivamente la difusión de sus ideas. Sin embargo, esta Corte estima que la prohibición de colocar los pósters en el espacio público tuvo una injerencia mínima en sus derechos. Dado que la asociación pudo seguir difundiendo sus ideas, en especial a través de su portal de Internet o distribuyendo folletos, la prohibición de la campaña de pósters no resultó desproporcionada.

Por lo tanto, por 9 votos contra 8 se resuelve que no hubo violación al art. 10. Las autoridades suizas no fueron más allá del amplio margen de apreciación que tenían en este caso y los fundamentos de sus decisiones fueron “relevantes y suficientes”, y se correspondían con una “necesidad social apremiante”.

Artículo 9

Esta Corte encuentra, al igual que la Sala, que no resulta necesario examinar en forma separada el agravio que el peticionante funda en el art. 9 de la Convención.

Notas del Instituto: 1) En virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la Convención, dentro de los tres meses de la fecha de adopción de una sentencia de Sala, cualquiera de las partes puede, en casos excepcionales, pedir que el caso sea sometido a la consideración de la Gran Sala, integrada por 17 miembros. En esa hipótesis, un panel de cinco miembros considera si el caso plantea cuestiones graves que afecten la interpretación o aplicación de la Convención o de sus Protocolos, una cuestión grave de importancia general, en cuyo caso la Gran Sala dicta una sentencia definitiva. Si el caso no plantea cuestiones de esta naturaleza, el panel rechaza la solicitud y con ello la sentencia deviene definitiva. En los demás supuestos, las sentencias de Sala quedan firmes al vencimiento del plazo de tres meses, o antes si las partes manifiestan que no tienen intención de pedir la remisión de la causa. 2) Las sentencias de la Gran Sala son definitivas conforme a lo dispuesto por el art. 44 de la Convención. Todas las sentencias definitivas se transmiten al Comité de Ministros del Consejo de Europa a fin de que supervise su ejecución (v. más información relativa al proceso de ejecución de las sentencias en <<http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/>>).

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Mouvement raëlien suisse c. Suiza*, sentencia del 13-7-2012, en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112165>>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. EXPRESIONES OBSCENAS. REGLAMENTACIÓN. ESTÁNDARES APLICABLES. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DEBIDO PROCESO (EE.UU.).**

1. Antecedentes del caso: el art. 1464 del Título 18 del Código de los Estados Unidos prohíbe la transmisión de “cualquier expresión obscena, indecente o profana”. La *Federal Communications Commission* (Comisión) comenzó a aplicarlo en la década de 1970. En la causa *FCC v. Pacifica Foundation* (438 U.S. 726 -1978-), la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió que la orden de la Comisión que prohibía la transmisión del monólogo de George Carlin titulado “Malas palabras” cumplía con los criterios establecidos en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, pero no determinó si “un exabrupto ocasional podía justificar la imposición de una sanción” (*id.*, p. 750). Durante los años posteriores, la Comisión pasó de acatar rigurosamente los presupuestos específicos de *Pacifica* a indicar que evaluaría todo el contexto de las transmisiones supuestamente indecentes en lugar de limitar el ámbito de su reglamentación a un listado de palabras o imágenes indecentes. Sin embargo, advirtió la importante diferencia que existía entre una transmisión aislada y una reiterada de material indecente. En una reforma del año 2001, también incluyó como uno de los factores importantes para determinar lo que era manifiestamente ofensivo la “circunstancia de si el material insiste en o reitera varias veces” la descripción o imagen ofensiva.

Los tres incidentes aquí en cuestión ocurrieron en el contexto de este marco regulatorio. Dos de ellos se refieren a la expresión aislada de palabras

obscenas durante dos transmisiones en vivo realizadas por la apelada *Fox Television Stations Inc.* El tercer incidente ocurrió durante la emisión de un episodio de un programa televisivo que transmite la apelada *ABC Television Network*, en el cual se mostraron durante aproximadamente siete segundos los glúteos desnudos de un personaje femenino adulto y el costado de uno de sus pechos durante un momento. Después de estos incidentes, pero antes de enviar notificaciones de responsabilidad aparente (*Notices of Apparent Liability*) a Fox y ABC, la Comisión emitió su *Golden Globes Order*, en la que estableció por primera vez que los exabruptos ocasionales podían generar responsabilidad. Con posterioridad, llegó a la conclusión de que las transmisiones de Fox y de ABC habían violado este nuevo estándar y resolvió que las transmisiones de Fox eran indecentes, pero se negó a imponer sanciones económicas.

La cámara federal de apelaciones decidió que la decisión de la Comisión de modificar su política aplicable al control del material indecente de forma de alcanzar a los exabruptos ocasionales resultaba arbitraria y caprichosa.

La Suprema Corte de los Estados Unidos revocó la sentencia y devolvió las actuaciones para que dicha cámara tratara las pretensiones de las apeladas fundadas en la Primera Enmienda (*FCC v. Fox Television Stations Inc.*, 556 U.S. 502 -2009-).

Cuando recibió las actuaciones, la cámara consideró que la política de la Comisión era inconstitucionalmente vaga y la declaró inválida en su totalidad.

En el caso ABC, la Comisión resolvió que la exhibición era indecente y que su difusión generaba responsabilidad, e impuso una multa de USD 27.500 a cada una de las emisoras asociadas a ABC que habían transmitido el episodio en cuestión. La cámara federal de apelaciones anuló la orden a la luz de la decisión que había adoptado en el caso Fox.

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

2. Sentencia: se anula la sentencia y se devuelven las actuaciones.

Dado que la Comisión no advirtió a Fox ni a ABC, antes de las transmisiones en cuestión, que los exabruptos ocasionales y la exhibición de desnudos momentáneos podían ser considerados indecentes y generar responsabilidad, las normas reglamentarias dictadas por la Comisión, tal como han sido aplicadas a estas transmisiones, resultan vagas.

(a) El principio fundamental conforme al cual las leyes que se aplican a las personas o a los entes deben advertir previamente cuál es la conducta requerida o prohibida (ver *Connally v. General Constr. Co.*, 269 U.S. 385 -1926-) es esencial a los fines de las garantías acordadas en la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda (ver *United States v. Williams*, 553 U.S. 285 -2008-). Esta Cláusula requiere que se declaren inválidas las leyes inadmisiblemente vagas. Una condena o sanción no cumple con el debido proceso si la ley o norma en la cual se funda “no brinda un aviso previo de lo que está prohibido a una persona de inteligencia normal, o si carece hasta tal punto de estándares que autoriza o alienta una

aplicación gravemente discriminatoria” (*ibid*). La doctrina de la nulidad de las leyes en razón de su excesiva amplitud (*void for vagueness doctrine*) se refiere al menos a dos cuestiones vinculadas pero diferentes del debido proceso: las partes que están sujetas a una reglamentación deben saber cuáles son sus obligaciones para poder actuar en consecuencia; y es necesario que exista precisión y orientación para que los encargados de la ejecución de las leyes no actúen de modo arbitrario o discriminatorio. Cuando la libertad de expresión está en juego, es necesaria la satisfacción rigurosa de dichas obligaciones para garantizar que la ambigüedad no desaliente las expresiones protegidas.

(b) Estas cuestiones están comprometidas en este caso, en el cual las emisoras alegan que el largo trámite procesal demuestra que no habían recibido aviso previo de lo que estaba prohibido. En las Pautas de 2001 de la Comisión, que era la reglamentación vigente en el momento en que se realizaron las transmisiones, una consideración crucial era “si el material insiste en o reitera varias veces” la descripción o imagen ofensiva; pero en la *Golden Globe Order* de 2004, adoptada después de las transmisiones, la Comisión cambió su política y determinó que los exabruptos ocasionales podían constituir una violación de la ley. Entonces, aplicó este nuevo principio a estos casos. Al no haber informado previamente a Fox y a ABC su nueva interpretación, la Comisión no les brindó “un aviso razonable de lo que está prohibido” (*Williams, supra*, p. 304).

(c) Ninguno de los argumentos en contrario del Gobierno resulta convincente. Por otro lado, afirma que Fox no puede demostrar que la norma sea inconstitucionalmente vaga porque la Comisión se negó a imponerle una multa y porque determinó que no tendría en cuenta la transmisión indecente a los fines de la renovación de las licencias de las emisoras ni en otros contextos. Sin embargo, lo cierto es que la Comisión tiene atribuciones legales para tomar en cuenta “cualquier antecedente de infracciones anteriores” al imponer una sanción económica (art. 503(b)(2)(E) del Título 47 del Código de los Estados Unidos); y la garantía del debido proceso frente a las reglamentaciones demasiado vagas “no deja [a las partes sujetas a reglamentación] ... a merced del dicho ‘nobleza obliga’” (*United States v. Stevens* -2010-). Las órdenes impugnadas también podrían tener un impacto perjudicial en la reputación de Fox tanto ante su audiencia como ante sus anunciantes.

El Gobierno alega que ABC había sido advertida de que su transmisión sería considerada indecente. Sin embargo, una declaración aislada inserta en una decisión de la Comisión de 1960 que declaraba que la televisación de desnudos podría resultar contraria al art. 1464 no es suficiente para satisfacer la exigencia del “aviso previo” cuando el Gobierno pretende imponer una multa superior a un millón de dólares por formular expresiones supuestamente inadmisibles. Por otra parte, las decisiones previas de la Comisión se habían negado a considerar que los desnudos breves y aislados eran indecentes y generaban responsabilidad. A la luz de estas decisiones de la Comisión y ante la inexistencia de cualquier tipo de aviso en las Pautas de 2001 de

este organismo de que la transmisión de una imagen de glúteos desnudos durante siete segundos era considerada indecente, ABC no recibió un aviso constitucionalmente suficiente como para ser sancionada.

(d) Es necesario hacer tres observaciones con respecto al alcance de esta decisión. Primero, dado que esta Corte resuelve estas causas vinculadas al aviso previo en términos de la Cláusula del Debido Proceso, no necesita tratar las consecuencias de la política de indecencia de la Comisión en términos de la Primera Enmienda ni reconsiderar ahora lo resuelto en el caso *Pacifica*.

Segundo, dado que esta Corte resuelve que Fox y ABC no habían recibido un aviso previo antes de la transmisión de que su material podía ser considerado indecente y generarles responsabilidad en términos de las políticas por entonces existentes, esta Corte no necesita abordar la constitucionalidad de la política actual relativa a la indecencia expresada en la *Golden Globes Order* y en las decisiones posteriores. Tercero, esta opinión deja a la Comisión la posibilidad de modificar su política actual relativa a la indecencia a la luz de la determinación del interés público que genere y de las exigencias legales aplicables, y también deja a los tribunales en libertad para revisar la política actual o cualquier modificación de la misma a la luz de su contenido y aplicación.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *FCC et al. v. Fox Television Stations Inc. et al.*, sentencia del 21-6-2012, en <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1293#writing-ZS>>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS. **LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.** ALCANCES. REGLAMENTACIÓN. ORGANIZACIONES ESTUDIANTILES (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: no hace mucho tiempo, el gobierno de Québec decidió aumentar un 80% el costo de la matrícula universitaria en un período de cinco años. A partir de febrero de 2011, varios movimientos estudiantiles comenzaron a manifestarse masivamente en las calles de Montréal, Québec y otras ciudades en contra de tal decisión. En el territorio de la *Île de Montréal* se realizaron 387 protestas entre febrero y mayo de 2012, algunas de las cuales provocaron piquetes y hechos violentos, daños y heridos tanto entre los agentes de la policía como entre los estudiantes. En la gran mayoría de los casos, no se proveyó información previa alguna a las autoridades policiales sobre el recorrido de las manifestaciones ni su número de participantes. Además, se asistió a un boicot de las clases en varios institutos de enseñanza general y profesional (CÉGEPs, por sus siglas en francés) y facultades de la universidad de Québec, que dejó a un 30% del estudiantado sin poder cursar. A raíz de ello, entre mediados de abril y mediados de mayo de 2012, se dictaron más de cincuenta órdenes judiciales exigiendo la reanudación de las clases, principalmente a pedido de los estudiantes y de los establecimientos educativos.

En este contexto, el 18 de mayo de 2012, la Asamblea Nacional sancionó la ley N° 12 (ley) titulada “Ley que permite a los estudiantes recibir la enseñanza impartida en los establecimientos que frecuentan a nivel post-secundario”, una ley de emergencia que tendría vigencia hasta el 1° de julio de 2013 y que prevé la suspensión de los semestres de los cursos que fueron interrumpidos, las condiciones y las modalidades relativas a la reanudación de tales cursos, así como ciertas medidas tendientes a asegurar la validez de los semestres de invierno y de otoño de 2012 y de invierno de 2013, además de ciertas disposiciones que permiten garantizar la continuidad de la enseñanza de los demás cursos y otras tendientes a preservar la paz, el orden y la seguridad pública, junto con varias medidas administrativas, civiles y penales orientadas a asegurar la aplicación de la ley.

Ante esta situación, la *Fédération Étudiante Collégiale du Québec* pidió al Tribunal Supremo de Québec que suspendiera la vigencia de los arts. 16 a 21 de la ley relativos a las modalidades de las manifestaciones y a las consecuencias previstas para el caso de no respetar sus arts. 13 y 14, que establecen el libre acceso a los cursos de los estudiantes interesados en reanudar sus clases.

2. Sentencia: se rechaza la demanda de suspensión con costas.

La apelante sostiene que los arts. 16 a 21 de la ley vulneran la libertad de expresión porque limitan el derecho a manifestarse y declaran ilegal cualquier manifestación espontánea. Además, afirma que ponen en peligro la existencia y la supervivencia de las asociaciones estudiantiles. Por otra parte, sostiene que la violación de un derecho fundamental como la libertad de expresión no es susceptible de una reparación económica. Por ello, las personas perjudicadas como consecuencia de la aplicación de la ley no pueden ser adecuadamente compensadas.

Agregó también, en cuanto a la aplicación de los arts. 18 a 21, que las asociaciones estudiantiles sufrirían un perjuicio irreparable en caso de no recibir las cuotas de sus asociados y de ser privadas de los locales y otros elementos que los establecimientos universitarios ponen a su disposición.

Por otro lado, la apelante afirma que la obligación de dar aviso a la policía de la realización de una manifestación con las ocho horas de antelación que exige la ley constituye una exigencia demasiado rigurosa. En su opinión, el fin perseguido por la ley –a saber, permitir que los estudiantes interesados reciban la enseñanza impartida por los establecimientos de enseñanza post-secundaria– no se vería afectado si se suspendiera el efecto de los mencionados arts. 16 a 21.

Asimismo, los demandantes afirman que el interés público requiere la suspensión de la vigencia de los arts. 18 a 21 porque existe una necesidad actual de que las asociaciones de estudiantes gocen completamente de su libertad de expresión, de asociación y de manifestación. El silencio de las asociaciones estudiantiles así como su debilitamiento resultan contrarios al interés público porque dichas agrupaciones participan en los debates públicos y los enriquecen en el seno de una sociedad libre y democrática. Además, la aplicación de la ley tendría un efecto disuasivo en los ciudadanos interesados en participar en manifestaciones de naturaleza política, lo

cual también resulta contrario al interés público. Finalmente, las modificaciones de naturaleza penal previstas por la ley constituirían penas extraordinarias también contrarias al interés público.

El fiscal general de Québec se manifestó contrario al pedido de suspensión porque entendió que el mismo no satisfacía los criterios definidos por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Canadá (Suprema Corte) en los casos *Manitoba (Procureur Général) c. Métropolitan Stores Ltd.*, *RJR-MacDonald Inc. c. Canadá (Procureur Général)* y *Harper c. Canadá (Procureur Général)*.

Ahora bien, a fin de conceder una medida excepcional como suspender la vigencia de una ley, este Tribunal debe estar convencido de que se han satisfecho los criterios establecidos por la Suprema Corte en los mencionados fallos. En consecuencia, la apelante debe demostrar: a) la verosimilitud del derecho que invoca; b) que tiene un perjuicio solo reparable con la suspensión solicitada, y c) sobre cuál de las partes pesan prioritariamente los perjuicios según se conceda o se rechace la suspensión.

En este caso, el primer criterio se encuentra satisfecho.

El segundo consiste en demostrar que se produciría un perjuicio irreparable si la suspensión no fuera concedida. Evidentemente, tal como consta en varias sentencias de la Suprema Corte, no es común que un juez pueda pronunciarse sobre la validez de una ley en la fase interlocutoria. En el presente caso, cuando se decida el fondo de la cuestión, se deberá determinar si las disposiciones impugnadas vulneran derechos fundamentales y, en tal caso, si tales lesiones son razonables y se justifican en el marco de una sociedad libre y democrática. Al aplicar estos principios a este caso y después de analizar la prueba, este Tribunal no se halla persuadido de que la apelante haya demostrado un perjuicio irreparable y que la preponderancia de los perjuicios la favorezca para la obtención de la suspensión que solicita.

Los arts. 16 y 17 de la ley reglamentan pero no prohíben las manifestaciones, pese a que las sujetan a ciertas restricciones. Además, estos artículos no se refieren a los participantes de las manifestaciones, sino a los organizadores, a las asociaciones estudiantiles y a las federaciones que participan en las mismas.

En lo que respecta a las manifestaciones organizadas, el art. 16 de la ley prevé que ha de darse preaviso a la policía sobre el itinerario ocho horas antes del comienzo de las mismas cuando asistan 50 o más personas. La prueba demuestra que las dificultades y los desvíos se originaron porque tal preaviso no fue dado.

En consecuencia, no existe nada que prohíba la realización de una manifestación. ¿La determinación de ciertos parámetros, es decir, en el presente caso, la exigencia de informar sobre un determinado itinerario ocho horas antes del comienzo de la manifestación vulnera la libertad de expresión? En tal caso, ¿la vulneración es un límite razonable y justificado en el marco de una sociedad libre y democrática? Este análisis deberá ser hecho a fondo en el marco del proceso.

¿Produce un perjuicio irreparable la aplicación de los arts. 16 y 17 de la ley? Si existe un perjuicio, la preponderancia de los perjuicios favorece netamente al interés público si se tienen en cuenta los fines perseguidos por la ley y los hechos constatados durante los eventos de los últimos meses (violencia, daños y desmanes).

Si bien existen otras disposiciones legislativas que garantizan el orden y la seguridad, lo cierto es que esta circunstancia no permite eludir la presunción de que la ley ha sido aprobada para proteger el interés público.

Es cierto que la legislación impone a una asociación de estudiantes o a una federación de asociaciones que participan en las manifestaciones sin ser los organizadores la obligación de arbitrar los medios adecuados para que tales manifestaciones se realicen conforme con las indicaciones brindadas por los incisos 1º y 2º del primer párrafo del art. 16. Sin embargo, este Tribunal no es de la opinión de que tal disposición autorice a conceder la suspensión de la ley, teniendo en cuenta la aplicación de los principios mencionados.

En suma, la presente demanda de suspensión no satisface todos los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Suprema Corte para obtener la suspensión de los arts. 16 a 21 de la ley impugnada.

Nota del Instituto: **1) a)** art. 16: “Cualquier persona, organismo o grupo que organice una manifestación de 50 o más personas a realizarse en un lugar accesible al público por lo menos ocho horas antes del comienzo de la misma debe presentar por escrito al departamento de policía con jurisdicción en el lugar en que la manifestación tendrá lugar la siguiente información: 1) la fecha, la duración, el lugar y el itinerario de la manifestación; 2) los medios de transporte utilizados para tal fin. En caso de que el departamento de policía con jurisdicción en el lugar en que la manifestación tendrá lugar juzgue que el lugar o el itinerario programado comporta graves riesgos para la seguridad pública, el mismo puede, antes de que se realice la manifestación, exigir un cambio de lugar o la modificación del itinerario programado a fin de mantener la paz, el orden y la seguridad pública. Entonces, el organizador deberá presentar al departamento de policía, dentro del plazo acordado con este, el nuevo lugar o el nuevo itinerario, y dar aviso a los participantes”; **b)** art. 17: “Cualquier persona, organismo o grupo que organice una manifestación, así como cualquier organización estudiantil o federación de asociaciones estudiantiles que participe sin ser el organizador deben arbitrar los medios necesarios para que la manifestación se realice de conformidad con la información brindada en cumplimiento del art. 16.1 y, si es necesario, del 16.2”; **2)** medidas administrativas y civiles: **a)** art. 18: “Tan pronto como un establecimiento constata que no le es posible impartir la enseñanza a todos o a una parte de los estudiantes que a ella tienen derecho, debe, sin pérdida de tiempo, presentar un informe al Ministro de Educación, Entretenimiento y Deporte indicando, en primer lugar, las circunstancias que crearon tal situación, los grupos de estudiantes afectados y, por cada uno de esos grupos, las asociaciones estudiantiles de las que forman parte, así como cualquier otra información útil para la aplicación de la presente ley. Si el establecimiento constata que la imposibilidad de impartir enseñanza es atribuible al incumplimiento por parte de una asociación de estudiantes de una obligación impuesta por la presente ley, el Ministro puede ordenar al establecimiento que deje de percibir, pese a cualquier disposición en contrario, la cuota fijada para esa asociación estudiantil o para cualquier asociación estudiantil que le suceda y de otorgarle gratuitamente un local, muebles, carteleras y anaqueles. Esta cesación es válida por un período equivalente a un trimestre por día o fracción de días durante los que no ha sido posible ofrecer servicios de enseñanza por causa de ese incumplimiento”; **b)** art. 19: “Pese a cualquier disposición en contrario, ningún estudiante representado por una asociación estudiantil en términos del art. 18.2 está obligado a pagar una cuota, una contribución o cualquier otra suma de dinero a esta asociación estudiantil, a cualquier otra asociación estudiantil que le suceda o a un tercero en nombre de una u otra, por un período de cesación equivalente al que resultare de la aplicación del art. 18”; **c)** art. 20: “Si el Ministro de Educación, Entretenimiento y Deporte constata que, por parte de una federación de asociaciones, ha habido un incumplimiento de una obligación prevista por la presente ley y que tal incumplimiento ha tenido el efecto de obstaculizar los servicios de enseñanza impartidos a estudiantes que a ella tienen derecho, puede ordenar, pese a cualquier disposición en contrario, a cualquier asociación estudiantil que deje de pagar toda cuota, contribución o cualquier otra suma de dinero a esta federación de asociaciones, a cualquier otra federación de asociaciones que le suceda o a

un tercero en nombre de una u otra. Tal cesación es válida por un período equivalente a un trimestre por día o fracción de días durante los que no ha sido posible ofrecer servicios de enseñanza por causa de ese incumplimiento; **d**) art. 21: “Pese a cualquier disposición en contrario, ninguna asociación estudiantil que forme parte de una federación de asociaciones de las características enunciadas en el art. 20.2 está obligada a pagar una cuota, una contribución o cualquier otra suma de dinero a esta federación de asociaciones, a cualquier otra federación de asociaciones que le suceda o a un tercero en nombre de una u otra, por un período de cesación equivalente al que resultare de la aplicación del art. 20”.

TRIBUNAL FEDERAL DE QUÉBEC, *Fédération étudiante collégiale du Québec c. Gouvernement du Québec*, sentencia del 27-6-2012, en <<http://www.jugements.qc.ca/php/decision.php?liste=61668465&doc=1E7C28A0FD894C5D48DD477946D162B2B843AA376F3D8E92EEC91929EB375A7D&page=1>>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RESTRICCIONES. ALCANCES. DERECHO PENAL. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. GENOCIDIO. NEGACIÓN. TIPICIDAD. GENOCIDIOS RECONOCIDOS POR EL DERECHO NACIONAL. CONSTITUCIONALIDAD (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: un grupo de diputados y senadores, en ejercicio de las atribuciones que les confiere el art. 61.2 de la Constitución, recurrieron ante el Consejo Constitucional francés en relación con la ley de represión de la negación de los genocidios reconocidos por la ley, sancionada a fines del año 2011.

2. Sentencia: la ley de represión de la negación de los genocidios reconocidos por la ley es inconstitucional.

El art. 1 de dicha ley introduce el art. 24ter en la ley de libertad de prensa del 2 de julio de 1881. Este artículo castiga con una pena de un año de prisión y una multa de 45.000 a quien, con independencia del medio de expresión o de comunicación utilizado, “niegue o minimice de manera excesiva [...] la existencia de uno o más delitos de genocidio reconocidos como tales por la ley francesa y definidos por el art. 211-1 del Código Penal”. Asimismo, el art. 2 de la misma ley modifica el art. 48-2 de la ley de 1881 y extiende a ciertas asociaciones el derecho a presentarse como querellante.

Según los recurrentes, la ley en examen ignora la libertad de expresión y de prensa proclamada en el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Declaración), así como el principio de legalidad proclamado en su art. 8. Al reprimir solamente la negación de los genocidios reconocidos por la ley francesa y excluir otros crímenes contra la humanidad, estas disposiciones también vulneran el principio de igualdad.

Los recurrentes también alegan que el legislador ha desconocido sus propias atribuciones y los principios de la división de poderes, de legalidad penal y el de libertad de investigación (arts. 16 y 8 de la Declaración, respectivamente), así como el contenido en el art. 4 de la Constitución, conforme al cual las partes ejercen su actividad libremente.

Por un lado, es preciso considerar que, en términos del art. 6 de la Declaración, “la ley es expresión de la voluntad general...”, y que, conforme con otras normas de rango constitucional, sin perjuicio de ciertas disposiciones previstas en la Constitución, la ley tiene como finalidad la enunciación de normas y debe, por lo tanto, revestir un alcance normativo.

Por otra parte, en términos del art. 11 de la Declaración, “la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; por ello, todos los ciudadanos pueden hablar, escribir y publicar sus ideas por la prensa libremente, pero serán responsables por los abusos a esta libertad en los casos determinados por la ley”. Asimismo, el art. 34 de la Constitución dispone que “la ley establece la reglamentación de [...] los derechos civiles y de las garantías fundamentales otorgados a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas”. Con base en ello, el legislador tiene la posibilidad de sancionar normas reglamentarias relativas al ejercicio del derecho a la libre expresión y a la libertad de hablar, escribir y publicar sus ideas por la prensa. De igual forma, puede establecer penalidades que repriman el abuso del ejercicio de la libertad de expresión y de prensa, violatorio del orden público y de los derechos de terceros. Sin embargo, dicha libertad debe considerarse como un bien aún máspreciado cuando su ejercicio constituye una condición esencial de la democracia y una de las garantías de respeto a los demás derechos y libertades. En consecuencia, las restricciones al ejercicio de esta libertad deben ser necesarias, apropiadas y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido.

Una disposición legislativa que tenga por objeto “reconocer” un delito de genocidio no está revestida del alcance normativo que se atribuye a la ley. Sin embargo, el art. 1 de la ley recurrida reprime la impugnación o la minimización de la existencia de uno o más delitos de genocidio “reconocidos como tales por la ley francesa”. Al reprimir la negación de la existencia y de la calificación jurídica de delitos que el mismo legislador ha reconocido y calificado como tales, este último ha impuesto una limitación inconstitucional al ejercicio de la libertad de expresión y de prensa. Por todo ello, los arts. 1 y 2 de la ley recurrida son inconstitucionales.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia nº 2012-647 DC del 28-2-2012, en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-647-dc/decision-n-2012-647-dc-du-28-fevrier-2012.104949.html>>.



LIBERTAD DE PRENSA. ALCANCES. **CALUMNIAS E INJURIAS.** INFORMACIÓN DIFAMATORIA. **DERECHO A LA INFORMACIÓN.** PUBLICACIÓN EN ARAS DEL INTERÉS PÚBLICO. ALCANCES (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el 2 de junio de 2006, el periódico *The Times* publicó un artículo que decía que el detective Sergeant de la Unidad de Extradición de la Policía Metropolitana (MPS) había sido acusado de recibir dinero por revelar

información confidencial en materia de extradición a la empresa de seguridad ISC Global (UK), entre cuyos clientes se encontraban ciudadanos rusos de alto perfil que estaban sujetos a pedidos de extradición. El detective era amigo del señor Hunter, socio de ISC. Se dijo que un informante con acceso a información confidencial (*insider*) de ISC había identificado pagos en dinero en efectivo por un total de £ 20.000 a un destinatario registrado en las cuentas, en forma codificada, bajo el nombre Noah, que podía aludir a Sergeant. Al *Times* se le comunicó esta circunstancia y, a partir de diciembre de 2005, pasó a estar interesado en la posibilidad de acceder a esta información. Posteriormente, el informante de ISC entregó una carpeta de información a la MPS y al periódico.

El artículo citaba a un vocero de la MPS confirmando que esta estaba “investigando las declaraciones de que un oficial en servicio había transmitido ilícitamente información a otra persona a cambio de dinero”. El artículo informaba la negativa formulada por Sergeant de haber cometido un ilícito.

De hecho, la MPS no adoptó ninguna medida para investigar las mencionadas denuncias hasta el momento en que el *Times* se puso en contacto con ella en abril de 2006. En ese momento, se obtuvieron órdenes judiciales y se registró la casa de Sergeant. Este fue transitoriamente trasladado de la Unidad de Extradición, a la que volvió en enero de 2007. En septiembre de ese mismo año, la MPS informó a las partes que la investigación había concluido y que no había recomendado promover ningún proceso disciplinario ni penal contra Sergeant.

Entonces, Sergeant promovió una acción por calumnias e injurias, alegando que el artículo daba a entender que existían fundamentos sólidos para sospechar que había abusado de la posición que tenía como oficial de policía. El *Times* opuso, entre otras, la especial defensa de las publicaciones de interés público, conocida como el privilegio *Reynolds*. A la admisibilidad de esta defensa en las circunstancias de este caso se la resolvió como cuestión preliminar.

El 16 de octubre de 2009, la *High Court* encontró que la publicación del artículo en el periódico (y en la página de Internet hasta el día en que concluyó la investigación) gozaba de la protección del privilegio *Reynolds*. Esta conclusión fue revocada el 13 de junio de 2010 por la *Court of Appeal*.

Entonces, el *Times* interpuso un recurso ante la Suprema Corte del Reino Unido.

2. Sentencia: por unanimidad, se hace lugar a la apelación y se decide que el artículo gozaba de la protección del privilegio *Reynolds*.

Este privilegio protege la publicación de información difamatoria ante el mundo en general cuando: (i) la información debe publicarse en aras del interés público y (ii) el editor ha actuado responsablemente al publicar la información.

La presente apelación plantea tres cuestiones de principio en relación con el privilegio: cómo abordar la cuestión del sentido difamatorio del artículo periodístico, si satisface el interés general hacer referencia a los detalles de las denuncias formuladas contra Sergeant y qué verificación de la información se exigía para satisfacer las exigencias del periodismo responsable.

Sentido difamatorio del artículo periodístico

La seriedad de las denuncias realizadas constituye un factor importante de evaluación necesario para hacer el balance entre lo deseable que resulta que el público reciba información y el daño potencial que se causa si la persona es difamada. Es corriente que la invocación del privilegio Reynolds sea resuelta como una cuestión preliminar, pero ello hace necesario determinar el sentido difamatorio del artículo, el cual también resultará relevante a los fines de la verificación de la información. La forma sensata de lograr esto es que las partes acuerden que este caso sea resuelto solo por un juez, quien podrá decidir, al mismo tiempo, cualquier controversia en cuanto al significado del artículo periodístico. Aquí, las partes son contestes en que los diversos sentidos difamatorios del artículo que cada una de ellas postula –que había serios fundamentos para investigar a Sergeant o que existían fundamentos para justificar una investigación policial– eran tan similares que no era necesario elegir entre ellos a los fines de resolver la cuestión preliminar. Sin embargo, cuando una publicación puede dar lugar a una diversidad de interpretaciones, Lord Phillips y Lord Brown estiman que un periodista tiene que tomar en cuenta toda esa gama de posibles sentidos al decidir si va a publicar y al intentar verificar la información.

Interés público

Sergeant sostuvo que si bien el tema general del artículo –la corrupción policial– era de interés público, en términos de principio, la publicación de los hechos que habían dado lugar a la denuncia que se estaba investigando no lo era. Esto puede ser así, pero todo depende de las circunstancias de cada caso y, en esta ocasión, la publicación de esos detalles se encuentra justificada. La historia tenía gran importancia pública. Por otra parte, las denuncias contra Sergeant constituían la totalidad de la historia y fueron publicadas con el legítimo objetivo de asegurar que fueran debidamente investigadas por la policía en circunstancias en que el periodista tenía buenas razones para dudar que así se haría. La decisión de identificar a Sergeant también estaba justificada, ya que, de todos modos, iba a ser identificado por sus compañeros de trabajo para que ninguna sospecha recayera sobre los otros miembros de la Unidad de Extradición.

El juicio periodístico y la libertad de prensa dan derecho a evaluar cuantos detalles deben publicarse, pero, al hacerlo, todo periodista debe considerar cuidadosamente el interés público cuando las denuncias no han sido investigadas o su precisión no se haya establecido.

Verificación de la información

Este no es un caso de reportaje, en el cual el interés público yace en el hecho de que se ha formulado una denuncia. Aquí, el interés público radica en el contenido de la denuncia y en la circunstancia de que pueda ser verídica. La publicación solo

goza de privilegio si el periodista creyó honesta y razonablemente que los hechos publicados eran verdaderos.

Los rigurosos principios vinculados a la defensa de justificación no se aplican al considerar la verificación de la información. La existencia de fundamentos de sospecha puede estar basada en información de fuentes confiables o puede razonablemente inferirse del hecho de que se esté realizando una investigación policial. En este caso, el juez encontró que los hechos fundamentales eran ciertos y que habían sido verificados como tales. Era razonable que los periodistas llegaran a la conclusión, a partir de la investigación policial y de la solicitud de un pedido de requisas, de que la acusación contra Sergeant podía estar bien fundada. Había sólida prueba circunstancial en su contra.

Dado que en este caso no se han recibido alegatos orales a este respecto, esta Corte no va a tratar la forma en que, en términos de principio, la *Court of Appeal* debe abordar un cuestionamiento a la decisión de un juez de primera instancia relativa a una defensa del privilegio.

La apelación pendiente relativa a la continuación de la publicación del artículo en la página de Internet, luego de que concluyera la investigación de Sergeant, fue suspendida para una futura audiencia.

Nota del Instituto: *Reynolds v. Times* (su texto puede consultarse, en inglés, en <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/rey01.htm>>) fue un caso resuelto por la Cámara de los Lores el 28 de octubre de 1999 que otorga una inmunidad limitada a la prensa por la publicación de información difamatoria cuando ello se realiza en aras del interés público. Esta defensa se puede oponer en los casos en que resulta claro que el periodista tiene el deber de publicar aun cuando la información terminara no siendo verdadera. A los fines de resolver la admisibilidad de esta defensa, el juez investiga tanto la conducta del periodista como el contenido de la publicación.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Flood v. Times Newspapers Limited*, sentencia del 21-3-2012, en <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0166_Judgment.pdf>.



LIBERTAD RELIGIOSA. ALCANCES. CIRCUNCISIÓN. **MENORES.** INTERÉS SUPERIOR. **DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. FILIACIÓN.** PATRIA POTESTAD. DERECHO A CRIAR A SUS HIJOS EN SU FE RELIGIOSA (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el Dr. K., en su consultorio privado y de acuerdo con las prácticas bautismales musulmanas, circuncidó con un bisturí y puso cuatro puntos de sutura con anestesia local a un niño de cuatro años a pedido de sus padres. Dos días más tarde, la madre del niño, a raíz de las hemorragias que este presentaba, lo llevó a la guardia de un hospital, donde frenaron el sangrado e hicieron la correspondiente denuncia policial alegando que el médico lo había maltratado físicamente y había perjudicado su salud con un instrumento peligroso (arts. 223 (1). y 224 (1), inc. 2 del Código Penal alemán).

El tribunal local de Colonia absolvió al imputado e impuso las costas al Estado. El fiscal apeló dicha sentencia ante el tribunal que la dictó.

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

Durante el juicio, los presupuestos fácticos de la acusación formulada por el fiscal quedaron acreditados. El Dr. K. admitió los hechos en su totalidad. Además, se confirmó que la familia del niño pertenece a la fe islámica y que el imputado había realizado la circuncisión a pedido de los padres. Por otra parte, los peritos estimaron que el médico no había incurrido en ningún error médico, y que la circuncisión no es una práctica habitual del centro de Europa ni necesaria.

Sin embargo, corresponde confirmar la sentencia por razones jurídicas.

Se encuentra satisfecho el *actus reus* del art. 223 (1) del Código Penal de Alemania (CP) pero no los requisitos del art. 224 (1), inc. 2 de dicho cuerpo normativo. El bisturí no es un instrumento peligroso en términos de esta norma cuando es usado por un médico para los fines para los cuales está destinado.

La circuncisión de un niño incapaz de prestar el consentimiento a una práctica médica correctamente realizada por un profesional, con el consentimiento de sus padres fundado en razones religiosas, no queda excluida de la tipificación del delito por lo que se conoce como “adecuación social”. Por el contrario, parte de la doctrina estima que ni los padres ni la persona que realiza la circuncisión están excusados en términos del art. 17 CP. Se considera que los padres no están justificados para hacer circuncidar a su hijo porque el derecho que tienen a criarlos en su fe religiosa no prevalece sobre el derecho de estos a la integridad física y a la autodeterminación. En consecuencia, el consentimiento que los padres prestan para la circuncisión contradice el interés superior de los menores.

Empero, se afirma que la acción que violenta el interés superior del menor y no está excusada es socialmente indiscernible: es generalmente aceptada y habitual a lo largo de la vida. Por lo tanto, está eliminada de aquellas formalmente consideradas criminales. Esta tesis no resulta convincente.

Conforme al criterio que este tribunal estima correcto, la adecuación social no tiene una importancia independiente. Antes bien, la adecuación social de una conducta simplemente es el reverso de la circunstancia de que es imposible dictar una sentencia de desaprobación. No tiene la función de dejar sin efecto una sentencia de desaprobación existente.

El acto tampoco estaba justificado por el consentimiento. No hubo consentimiento del niño, quien por entonces tenía cuatro años de edad: y dado que no tenía suficiente madurez para comprender la situación, no había posibilidad alguna de que lo prestara. El consentimiento fue dado por los padres, pero esto no pudo justificar la comisión del delito de lesiones personales.

Conforme a lo dispuesto por el art. 1627 del Código Civil alemán, la patria potestad solo permite adoptar medidas tendientes a la crianza y que sirvan al interés superior del menor. Según la doctrina probablemente prevaleciente, la circuncisión de un niño que no puede prestar consentimiento no satisface su interés superior,

tanto si se considera la eventual exclusión del entorno social y religioso relevante como en términos del derecho de los padres a criar a sus hijos.

Los derechos fundamentales de los padres (arts. 4 (1), 6 (2) de la Ley Básica (LB)), por su parte, están limitados por el derecho fundamental del niño a la integridad física y a la autodeterminación previsto en el art. 2 (1) y (2), 1º párrafo de la Ley Básica. Es posible que esta conclusión incluso derive del art. 140 LB en conjunción con el art. 136 (1) de la Constitución de Weimar, la cual dispone que los derechos de los ciudadanos no están limitados por el ejercicio de la libertad religiosa. En cualquier caso, es el propio art. 2 (2), 1º párrafo de la Ley Fundamental el que pone un límite implícito a la Ley Básica en lo que hace a los derechos fundamentales de los padres. Cuando se sopesan derechos fundamentales, se debe acordar la debida gravitación al principio de proporcionalidad.

La circuncisión para criar religiosamente a un niño constituye una violación a la integridad física, y si resulta realmente necesaria es, en todo caso, irrazonable. Esto resulta de la evaluación del art. 1631 (2), primer párrafo del Código Civil alemán. Por otra parte, deja al cuerpo del niño permanente e irreparablemente modificado. Esta modificación está en conflicto con el interés del menor en adoptar posteriormente su propia decisión en materia de afiliación religiosa.

Por el contrario, el derecho de los padres a criar a sus hijos no se ve irrazonablemente perjudicado si se les exige esperar para ver si el niño, cuando es mayor, decide circuncidarse como signo visible de su afiliación al Islam. Parte de la doctrina toma en cuenta los criterios de derecho constitucional y estima que el consentimiento constituye una justificación, pero solo tomando en consideración los derechos de los padres previstos en los arts. 4 y 6 de la Ley Básica, y no –como resulta necesario– los propios derechos que tiene el menor en términos del art. 2 de la Ley Fundamental. Por esta razón, su opinión no resulta convincente.

No obstante, el médico imputado actuó por un error excusable en cuanto a la naturaleza ilícita del acto y, por lo tanto, sin responsabilidad penal (art. 17 párrafo 1 CP). Actuó subjetivamente de buena fe como verosíblemente demostró en la audiencia. Firmemente creyó, como musulmán devoto y buen médico, que podía hacer la circuncisión del niño a pedido de los padres por motivos religiosos. También asumió que sus actos eran lícitos. Su error de derecho era inevitable y, por lo tanto, excusable. Si bien no hizo consultas a este respecto, lo cierto es que esta circunstancia no puede hacerse valer en su contra, dado que si hubiera obtenido asesoramiento jurídico, no habría llegado a una clara conclusión: en el caso de cuestiones jurídicas que no están resueltas en forma unánime por la doctrina –especialmente cuando son poco claras– se presume que ha existido un error excusable de derecho. Esto es lo que ha sucedido en este caso. La cuestión de la licitud de las circuncisiones de niños basadas en el consentimiento de sus padres encuentra una respuesta dividida en la jurisprudencia y en la doctrina. Existen decisiones judiciales que, sin discutir las cuestiones esenciales en forma pormenorizada, parten del supuesto de que las circuncisiones bien realizadas por médicos son lícitas. Otras opiniones doctrinarias responden a esta cuestión en forma diferente a esta Corte y ciertamente con fundamentos serios.

Nota del Instituto: el 12 de diciembre de 2012, el Parlamento alemán aprobó una ley que autoriza expresamente la circuncisión de niños varones, en respuesta a la decisión aquí resumida, que si bien se limitaba a la región de Colonia, había provocado indignación en las comunidades religiosas y había dado lugar a que los médicos se negaran a realizar estas prácticas por temor a ser sancionados. La nueva ley, aprobada con 434 votos a favor, 100 en contra y 46 abstenciones, autoriza a los padres a hacer circuncidar a sus hijos mayores de 6 meses de edad por un profesional entrenado o por un médico. El texto de la nueva norma puede consultarse, en alemán, en <http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/42042381_kw50_de_beschneidung/index.html>.

TRIBUNAL FEDERAL DE COLONIA, *Ärztessen und Strftaten nach dem Heilpraktikergesetz*, sentencia del 7-5-2012, en <http://www.ja-aktuell.de/root/img/pool/urteile_im_volltext/8-2012/151_ns_169-11.pdf>.



LIBERTAD RELIGIOSA. EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. PROGRAMA OBLIGATORIO DE CULTURA ÉTICA Y RELIGIOSA. PRUEBA OBJETIVA DE INJERENCIA EN LA PRÁCTICA O CREENCIA RELIGIOSA (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: en el año 2008, en las escuelas de Québec comenzó a regir la obligatoriedad de implementar el denominado Programa de Cultura Ética y Religiosa (Programa), que reemplazó a los programas católicos y protestantes de instrucción religiosa y moral. L y J solicitaron al consejo escolar de la escuela a la que asistían sus hijos que estos fueran eximidos de asistir a las clases del Programa, alegando que, en su opinión, estas podían ocasionarles un grave perjuicio en términos del art. 222 de la Ley de Educación. El director de recursos educativos de la escuela rechazó la solicitud, por lo que L y J pidieron al Consejo de Comisionados que reconsiderara esa decisión, pero esta fue confirmada.

Entonces, L y J recurrieron al Tribunal Superior para obtener una declaración de que el Programa infringía su derecho y el de sus hijos a la libertad de conciencia y religión protegido por las Cartas Canadiense y de Québec, y una revisión judicial de las decisiones que rechazaban su solicitud de eximición de las clases del Programa. A esos fines, alegaron que tales decisiones se habían tomado por orden del Ministerio de Educación, Recreación y Deporte (Ministerio). El Tribunal Superior rechazó ambas solicitudes. Ante las peticiones del Consejo Escolar y del Procurador General de Québec para que se rechazara la apelación, el Tribunal de Apelaciones se negó a considerar la apelación de L y J conforme a derecho y también rechazó el recurso de apelación al superior interpuesto ante ella.

Entonces, L y J recurrieron a la Suprema Corte de Canadá.

2. Sentencia: se rechaza la apelación interpuesta.

Voto de la mayoría

Si bien la honestidad con que una persona cree que una determinada práctica religiosa debe ser observada resulta relevante a la hora de saber si el derecho

a la libertad religiosa de esa persona está en juego, no puede establecerse la existencia de una violación de tal derecho sin una prueba objetiva de una injerencia en la observancia de esa práctica. No es suficiente con que una persona declare que sus derechos han sido infringidos. Es preciso que pruebe tal vulneración haciendo un balance de las probabilidades de que ello haya ocurrido.

En este caso, L y J creen sinceramente que tienen la obligación de transmitir los preceptos de la religión católica a sus hijos, y esa creencia no es un hecho controvertido. A fin de cumplir con su carga de probar una vulneración, L y J debían demostrar que, objetivamente, el Programa interfería con su posibilidad de transmitir su fe a sus hijos. En este sentido, ellos alegan que el Programa no es religiosamente neutral y que los estudiantes que participan en esas clases están expuestos a una forma de relativismo que interfiere con la posibilidad que tienen como padres de transmitir su fe a sus hijos. También sostienen que exponer a los niños a la realidad de varias religiones resulta confuso.

En principio, la prueba demuestra que el propósito formal del Ministerio no parece haber sido transmitir una filosofía basada en el relativismo ni influenciar en las creencias específicas de los jóvenes. Exponer a los niños a una presentación global de varias religiones, sin forzarlos a adherir a las mismas, no constituye un adoctrinamiento capaz de infringir la libertad de religión de L y J. Es más, la exposición temprana de los niños a realidades que difieren de la de su medio familiar inmediato es parte de la vida en sociedad. Por otra parte, sostener que la exposición de los niños a diversas realidades religiosas infringe su libertad religiosa o la de sus padres equivale a negar la realidad multicultural de la sociedad canadiense e ignorar las obligaciones del gobierno de Québec vinculada a la educación pública.

L y J no han probado que el Programa vulnere su libertad religiosa ni, en consecuencia, que la negativa del consejo escolar a eximir a los niños de dicho curso viole su derecho constitucional. Tampoco han demostrado la existencia de error alguno que justifique la desestimación de la conclusión a la que llegó el juez a quo según la cual la decisión del consejo escolar no respondía a la orden de terceros.

Votos de los jueces LeBel y Fish

La vulneración del derecho a la libertad religiosa que denuncian L y J se vincula con las obligaciones que tienen los padres con respecto a la educación religiosa de sus hijos y a la transmisión de su fe. Siguiendo el enfoque analítico adoptado en el fallo *Amselem*, L y J debían, en primer lugar, establecer que su creencia religiosa era sincera y, posteriormente, que el Programa infringía ese aspecto de su libertad religiosa. Esta segunda parte del análisis debe seguir siendo de naturaleza objetiva. No es suficiente con estar en desacuerdo con el Programa y sus objetivos. La prueba presentada por L y J concerniente a la violación de su libertad religiosa consistió en la afirmación de su credo y de su convicción de que el Programa interfería con su obligación de enseñar y transmitir su credo a sus hijos. Por otra parte, presentaron el Programa y el libro de texto utilizado para su enseñanza. Sin embargo, en su forma

actual, el Programa dice poco acerca del contenido real de la enseñanza y del enfoque que los maestros han de aplicar en el trato con sus alumnos. El Programa tampoco determina el contenido de los libros de texto o de los materiales de estudio, ni un enfoque particular sobre los hechos religiosos o sobre las relaciones entre los valores religiosos y las opciones éticas disponibles a los alumnos. El Programa contiene afirmaciones generales, diagramas y descripciones de los objetivos y competencias que deben desarrollarse, así como varias recomendaciones para su implementación. En realidad, no es posible evaluar las consecuencias que tendrá la implementación del Programa. Independientemente de la presentación de un libro de texto, la prueba concerniente a los métodos de enseñanza, al contenido y al espíritu con que se enseña el Programa es muy vaga. En consecuencia, con base en las normas de la prueba civil, la prueba documental producida no permite hallar una violación de la Carta Canadiense ni de la de Québec. Sin embargo, el estadio de estas actuaciones tampoco permite llegar a la conclusión de que el Programa y su implementación no puedan, en el futuro, infringir los derechos garantizados a L y a J, o a otras personas en su misma situación.

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, *L. v. Commission Scolaire des Chênes*, sentencia del 17-2-2012, en <<http://scc.lexum.org/en/2012/2012scc7/2012scc7.html>>.



LIBERTAD RELIGIOSA. SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA. ESTADO LAICO. **DERECHO DEL TRABAJO.** PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. **PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DESPIDO.** INJERENCIA DEL ESTADO EN LAS DECISIONES INTERNAS ECLESIASTICAS (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la Iglesia Evangélica Luterana Hosanna-Tabor y su escuela son miembros de la congregación de la Iglesia Luterana Missouri Synod. Esta última clasifica a sus maestros de escuela en dos categorías: los “escogidos” (*called*) y los “laicos”. Considera que la vocación de los maestros “escogidos” es un llamado de Dios. Los elegidos y luego considerados “escogidos” deben cumplir ciertas exigencias académicas, entre las cuales se incluye un curso de estudios teológicos. Una vez convocados, estos maestros reciben el título formal de “Ministro de Religión Comisionado”. Los maestros “laicos”, por su parte, no tienen que ser entrenados por la Synod ni ser luteranos. Si bien tanto los maestros escogidos como los laicos generalmente realizan las mismas funciones, lo cierto es que los laicos solo son contratados cuando los escogidos no están disponibles.

Cuando Cheryl Perich completó la formación necesaria, Hosanna-Tabor le propuso desempeñarse como maestra escogida. Perich aceptó la propuesta y fue designada Ministra Comisionada. Además de la enseñanza de asignaturas seculares, Perich impartía clases de religión, conducía a sus alumnos a la oración diaria y a los ejercicios de devoción y, una vez por semana, llevaba a sus alumnos de toda la escuela al servicio religioso en la capilla donde dirigía el servicio dos veces al año.

Perich desarrolló narcolepsia e inició el año escolar 2004/2005 con una licencia por discapacidad. En enero de 2005, notificó al director de la escuela que se reincorporaría al trabajo en el mes subsiguiente. El director le respondió que la escuela ya había contratado a un maestro laico para ocupar su cargo por el resto de ese año escolar y le transmitió su preocupación por la circunstancia de que ella aún no estuviera lista para volver a las aulas. Posteriormente, la congregación se ofreció a pagarle una parte de las cuotas del seguro de salud a cambio de su renuncia al cargo de maestra escogida. Perich se negó a renunciar. En febrero, se presentó en la escuela y se negó a salir de allí hasta recibir una constancia escrita de que se había presentado a trabajar. Más tarde, el director la llamó y le dijo que probablemente sería despedida. Ella respondió que había hablado con un abogado a los fines de hacer valer legalmente sus derechos. En una carta posterior, el presidente del consejo escolar le indicó que la congregación iba a estudiar la posibilidad de rescindir su contrato. Como causales de rescisión, la carta invocaba la “conducta insubordinada y negativa” de Perich, así como el daño que ella le había infligido a la “relación de trabajo” que tenía con la escuela al amenazar con iniciar acciones legales en su contra. La congregación votó a favor de la rescisión del contrato de Perich y Hosanna-Tabor le envió una carta de despido.

Perich presentó una denuncia ante la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) alegando que había sido despedida en violación de lo dispuesto por la *American with Disabilities Act* (ADA).

La EEOC interpuso una demanda judicial contra Hosanna-Tabor alegando que Perich había sido despedida como represalia por haber amenazado con presentar una demanda fundada en la *American with Disabilities Act*. Perich intervino en el litigio. Para fundar lo que se conoce como “excepción ministerial”, Hosanna-Tabor argumentó que la demanda era inadmisibile en virtud de lo dispuesto por la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, dado que el objeto del litigio se vinculaba con la relación laboral entre una institución religiosa y uno de sus ministros.

El tribunal federal de distrito dictó sentencia de puro derecho acogiendo la pretensión de Hosanna-Tabor. La cámara federal de apelaciones dejó sin efecto la decisión del a quo y reconoció la existencia de una excepción ministerial fundada en la Primera Enmienda, pero llegó a la conclusión de que Perich no calificaba como “ministro” en términos de la excepción.

En este estado, Hosanna interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se revoca la sentencia.

2.1. Las Cláusulas del Establecimiento y del Libre Ejercicio de la Primera Enmienda de la Constitución no brindan sustento a las demandas planteadas en nombre y en representación de los ministros religiosos contra sus propias iglesias en las que las denuncian por despidos violatorios de las leyes contra la discriminación en el empleo.

(a) La Primera Enmienda establece, entre otras cuestiones, que el “Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o prohíba practicarla libremente o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

Estando familiarizada con una vida que satisfacía los estándares de la Iglesia de Inglaterra –que era la establecida–, la generación fundadora de los Estados Unidos quiso excluir la posibilidad de que se estableciera una iglesia nacional. Al prohibir el establecimiento de una religión y garantizar el libre ejercicio de la religión, las Cláusulas Religiosas garantizaron que el nuevo Gobierno Federal –a diferencia de la Corona inglesa– no cumpliría ningún rol en la designación de quienes ocuparían cargos eclesiásticos.

(b) Esta Corte consideró por primera vez la cuestión de la injerencia del gobierno en el derecho de una iglesia a seleccionar a sus propios ministros en el contexto de las controversias vinculadas a los bienes de las iglesias. Las decisiones de este Tribunal en esa área confirman que es inadmisibles que el gobierno contradiga la determinación de una iglesia de quién puede actuar como uno de sus ministros (ver *Watson v. Jones* (13 Wall. 679 -1871-); *Kedroff v. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America* (344 U.S. 94 -1952-); *Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada v. Milivojevich* (426 U.S. 696 -1976-)).

(c) Desde la sanción del Título VII de la *Civil Rights Act* de 1964 y de otras leyes contra la discriminación laboral, las cámaras federales de apelaciones han reconocido uniformemente la existencia de una “excepción ministerial” fundada en la Primera Enmienda, que excluye la aplicación de esas leyes a las demandas vinculadas a las relaciones laborales entre una institución religiosa y sus ministros.

Esta Corte coincide en que existe dicha excepción ministerial. Exigir a una iglesia que acepte o siga trabajando con un ministro contra su voluntad, o castigarla por no hacerlo constituye una intromisión de mayor trascendencia que una mera decisión laboral. Una acción de esa naturaleza interfiere en el gobierno interno de la iglesia, privándola del control de la selección de aquellos que personifican sus creencias. Al imponerle un ministro no deseado, el Estado viola la Cláusula del Libre Ejercicio, que protege el derecho de un grupo religioso a otorgarse sus propios lineamientos de fe y misión a través de las personas que elige para que trabajen con él. Conceder al Estado la potestad de determinar qué personas atenderán a los fieles también viola la Cláusula del Establecimiento, que prohíbe al gobierno participar en esas decisiones eclesiásticas.

La EEOC y Perich aducen que las organizaciones religiosas pueden defenderse de las demandas por discriminación en el empleo mediante la invocación del derecho a la libertad de asociación que les reconoce la Primera Enmienda. Ellos no ven, por lo tanto, necesidad –ni fundamento– para que exista una regla especial para los ministros fundada en las propias Cláusulas Religiosas. Sin embargo, su posición es difícil de conciliar con el texto de la Primera Enmienda, que brinda una

especial atención a los derechos de las organizaciones religiosas. Esta Corte no puede admitir la singular tesis de que las Cláusulas Religiosas no tienen vinculación alguna con la libertad de una organización religiosa para seleccionar a sus propios ministros.

La EEOC y Perich también plantean que el precedente *Employment Div., Dept. of Human Resources of Ore. v. Smith* (494 U.S. 872 -1990-) impide el reconocimiento de una excepción ministerial. No obstante, *Smith* solo se refería a la regulación gubernamental de los actos físicos de la iglesia en su relación con el mundo exterior. El presente caso, por el contrario, se refiere a la injerencia del gobierno en una decisión interna de la iglesia que afecta la fe y la misión propias de ella.

2.2. Dado que Perich era una ministra en términos de la excepción ministerial, la Primera Enmienda exige la desestimación de la demanda por discriminación laboral contra su empleador religioso.

(a) El ámbito de aplicación de la excepción ministerial no está solo limitado a la máxima autoridad de una congregación religiosa. Esta Corte, sin embargo, no adopta una fórmula rígida para determinar cuándo un empleado reviste la calidad de ministro. En este caso, basta con decidir que la excepción alcanza a Perich teniendo en cuenta todas las circunstancias de su empleo. Hosanna-Tabor mantuvo a Perich como ministra, con una función distinta a la de la mayoría de sus miembros. Quienes ostentan este título poseen un importante grado de formación religiosa y un posterior proceso formal de designación. Perich también se presentaba a sí misma como ministra, por ejemplo, cuando aceptó la propuesta formal de brindar el servicio religioso. Las obligaciones de Perich reflejaban el rol que cumplía en la transmisión del mensaje y en el cumplimiento de la misión de la iglesia: como fuente de instrucción religiosa, Perich desempeñó un papel importante en la transmisión de la fe luterana.

Al arribar a la conclusión de que Perich no fue una ministra en términos de la excepción, la cámara de apelaciones cometió tres errores. Primero, no acordó ninguna importancia a la circunstancia de que Perich fuera una ministra comisionada. Si bien ese título, por sí solo, no asegura quedar alcanzado automáticamente por la excepción, la circunstancia de que un empleado haya sido ordenado o comisionado como ministro es, sin duda, relevante, así como el hecho de que el rol que el empleado ocupa en la iglesia exige tener una importante formación y una reconocida misión religiosas. Segundo, la cámara dio demasiada trascendencia a la circunstancia de que los maestros laicos desempeñaran en la escuela funciones similares a las de Perich. Si bien esto reviste importancia, lo cierto es que no puede resultar decisivo que otros empleados no reconocidos oficialmente como ministros de la iglesia realicen las mismas funciones, especialmente cuando —como en el caso de autos— lo hacían solamente porque los ministros encargados no estaban disponibles. Tercero, la cámara puso demasiado énfasis en que Perich desempeñara funciones laicas. Si bien la cantidad de tiempo que un empleado dedica a ciertas actividades resulta relevante a los fines de la determinación de su estatus, ese factor no puede ser valorado de forma aislada.

(b) Dado que Perich era una ministra a los fines de la excepción, esta demanda debe ser desestimada. Una orden de reincorporación de Perich como maestra escogida violaría directamente la libertad que la iglesia tiene conforme a las Cláusulas Religiosas para seleccionar a sus propios ministros. Si bien Perich ya no busca la reincorporación, sigue pretendiendo el pago de los salarios adeudados hasta el dictado de la sentencia, daños punitivos, una indemnización por daños y las costas. Una reparación semejante operaría como una sanción a la iglesia por haber despedido a una ministra con la que no quería trabajar y estaría tan prohibida por la Primera Enmienda como una orden que revocara el despido. La condena al pago de esa reparación se fundaría en la determinación de que Hosanna-Tabor ha actuado mal al despedir a Perich y precisamente esa es la decisión que resulta inadmisibile en términos de la excepción ministerial.

Toda sugerencia de que las razones religiosas invocadas por Hosanna-Tabor para despedir a Perich fueron un pretexto hace dejar sin contenido la excepción ministerial. El objeto de la excepción no es preservar la decisión de una iglesia de despedir a un ministro solo por razones religiosas. Antes bien, la excepción asegura que la iglesia sea la única que posee la facultad de seleccionar y controlar a quien llevará el ministerio a los fieles.

(c) Hoy, esta Corte sostiene que la excepción ministerial impide la procedencia de demandas por discriminación en el empleo incoadas en nombre y en representación de un ministro que impugna la decisión de su iglesia de despedirlo. Este Tribunal no decide si la excepción impide otro tipo de demandas.

Notas del Instituto: sobre este tema, véanse las siguientes sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos: *Schüth v. Germany*, N° 1620/3, del 23-9-2010; *Obst v. Germany*, N° 425/03, del 23-9-2010, y *Siebenhaar v. Germany*, N° 18136/02, del 3-2-2011.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission et al.*, sentencia del 11-1-2012, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-553.pdf>>.



MENORES. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA IDENTIDAD. INTERNET. REDES SOCIALES. IDENTIDAD DIGITAL. SUPLANTACIÓN EN LAS REDES SOCIALES. CYBERBULLYING. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: una adolescente de 15 años descubrió que alguien había abierto en Internet una cuenta de Facebook falsa en la que se utilizaba su foto con apenas una modificación en su nombre y en otras particularidades que la identifican. La foto estaba acompañada de un comentario desafortunado sobre su aspecto físico y de referencias sexuales explícitas. A través de su padre como representante legal, la niña pidió que se ordenara al proveedor de Internet que revelara la identidad de la o las personas que habían utilizado la dirección IP para publicar el perfil, de manera que ella pudiera identificar a los potenciales demandados para iniciar una acción por

difamación. Como parte de su pedido, ella solicitó una autorización con el objeto de buscar en forma anónima la identidad del creador del perfil y de obtener una prohibición de la publicación sobre la base de su contenido. Dos grupos de medios de comunicación se opusieron al pedido de investigación anónima y al de prohibición.

La Suprema Corte de Nova Scotia concedió el pedido en cuanto a que el proveedor de Internet debele la información sobre quién publicó el perfil, pero lo denegó en lo que respecta al anonimato y a la prohibición de la publicación debido a que no hubo prueba suficiente del daño específico a la niña. El juez dejó en suspenso la parte del fallo en la que requería al proveedor de Internet que debele la identidad de quien abrió la cuenta hasta tanto en un recurso de apelación se le conceda la autorización a la niña para proceder en forma anónima o hasta que ella presente una orden en la que haga uso del verdadero nombre de su padre y del suyo.

El Tribunal de Apelaciones sostuvo la decisión, en primer lugar, sobre la base de que la niña no se había liberado de la responsabilidad de ofrecer la prueba del daño que le produjo, lo que justificó la restricción al acceso al medio de comunicación.

2. Sentencia: el recurso de apelación se concede en parte.

La importancia fundamental del principio de la publicidad de los procesos judiciales ha sido reiteradamente establecida en la jurisprudencia. Sin embargo, en este caso existen intereses suficientemente importantes que justifican la restricción de tal acceso, a saber, la privacidad y la protección de los niños del *cyberbullying*.

El reconocimiento de la inherente vulnerabilidad de los niños tiene fundamento y una profunda raigambre en el derecho canadiense, y da lugar a la protección de los derechos a la privacidad de los jóvenes con base en su edad y no en la susceptibilidad de un niño en particular. En una petición que incluya este *cyberbullying*, no es necesario que un niño demuestre que ha conformado personalmente ese paradigma legal. La ley atribuye el aumento de la vulnerabilidad a la cronología, no al temperamento.

En el antecedente *Canadian Newspapers Co. v. Canadá* (Attorney General), esta Corte resolvió que la prohibición de revelar la identidad constituía una mínima afectación a la libertad de expresión. El grave daño que implicaría fracasar en la protección de los jóvenes víctimas de *bullying* a través del anonimato, por lo tanto, prevalece ante la mínima vulneración. Empero, una vez que la identidad de la niña es protegida a través de su derecho a proceder de manera anónima, existe una justificación menor para la prohibición de una publicación con contenido no identificado del perfil. Si la información no identificada es hecha pública, no existe daño que impacte sobre la niña, ya que la información no puede ser vinculada a ella. El derecho público a recurrir a los tribunales ante los cuales tramitan procesos públicos –y la libertad de prensa–, por lo tanto, prevalecen sobre el contenido no identificado de Facebook.

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, *A. B. v. Bragg Communication Inc.*, sentencia del 27-9-2012, en <<http://scc.lexum.org/en/2012/2012scc46/2012scc46.html>>.



PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. DERECHO A LA INTIMIDAD (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el Gobierno obtuvo una orden judicial de búsqueda que le permitía instalar un dispositivo de localización (*Global Positioning System GPS*) en un automóvil registrado a nombre de la esposa del demandado Jones. La orden judicial autorizó su instalación en el distrito de Columbia y dentro del plazo de diez días, pero los agentes instalaron el dispositivo el día undécimo y en el estado de Maryland. Luego, el Gobierno siguió los movimientos del vehículo durante veintiocho días. Posteriormente logró acusar a Jones y a otras personas por los delitos de tráfico de estupefacientes y de conspiración.

El tribunal federal de primera instancia descartó los datos del GPS obtenidos mientras el automóvil había estado estacionado en la casa de Jones, pero consideró el resto de los datos admisibles porque Jones no tenía ninguna expectativa razonable de privacidad cuando el vehículo se encontraba en la vía pública. Jones fue condenado.

El Tribunal Federal de Circuito con asiento en el estado de Columbia revocó la sentencia y consideró que la admisión de las pruebas obtenidas mediante el uso del dispositivo GPS sin orden judicial viola la Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la instalación del dispositivo GPS en el vehículo, ordenada por el Gobierno, y la utilización de ese recurso para controlar los movimientos del automóvil constituyen un registro en términos de la IV Enmienda.

(a) La Cuarta Enmienda protege el “derecho de las personas a gozar de protección en su integridad física, en sus domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias”. En el presente caso, la intromisión física del Gobierno sobre un “efecto” con el propósito de obtener información constituye una “pesquisa”. Este tipo de intromisión en un área enumerada en la Enmienda habría sido considerada una pesquisa en los términos que tuvo la Enmienda al tiempo de su adopción.

(b) Esta conclusión se compece con la jurisprudencia de este Tribunal relativa a la interpretación de la Cuarta Enmienda, la cual hasta la segunda mitad del siglo XX estuvo ligada a la acción de daños y perjuicios del *common law*. En los casos recientemente resueltos, esta Corte se ha apartado de ese criterio basado exclusivamente en la propiedad y ha aplicado el análisis propuesto en el voto concurrente del Justice Harlan en *Katz v. United States* (389 U.S. 347 -1967-), conforme al cual la Cuarta Enmienda protege la “expectativa razonable de privacidad” de una persona (*id.*, p. 360).

En este caso, no existen motivos para analizar el argumento del Gobierno de que Jones no tenía una “expectativa razonable de privacidad” porque los derechos de la Cuarta Enmienda de Jones no aumentan ni disminuyen con el fundamento de Katz. Esta Corte debe “asegurar la preservación de ese grado de intimidad

frente a la injerencia gubernamental que existía cuando la Cuarta Enmienda fue adoptada” (*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, p. 34 -2001-). En *Katz* no se desestimó la consideración de que la Cuarta Enmienda pone un énfasis particular en la intromisión del Gobierno en áreas que la misma enumera. La evaluación de la expectativa razonable de privacidad establecida en *Katz* ha sido agregada –no sustituida– al criterio de análisis de injerencia gubernamental en la propiedad privada del *common law* (*v. Alderman v. United States*, 394 U.S. 165, p. 176 -1969-; *Soldal v. Cook County*, 506 U.S. 56, p. 64 -1992-).

United States v. Knotts (460 U.S. 276 -1983-) y *United States v. Karo* (468 U.S. 705 -1984-) –casos posteriores a *Katz* que rechazan los cuestionamientos de la Cuarta Enmienda a los “localizadores”, dispositivos electrónicos de seguimiento que representan otra forma de monitoreo electrónico– no descartan la conclusión de que aquí haya tenido lugar una pesquisa. Tampoco *Nueva York v. Clase* (475 U.S. 106 -1986-) ni *Oliver v. United States* (466 U.S. 170 -1984-) brindan sustento a la posición del Gobierno.

(c) El argumento alternativo del Gobierno –de que si la instalación y el uso del dispositivo constituía una pesquisa, esta era razonable– no puede ser materia de análisis por esta Corte, dado que no fue planteado oportunamente.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States v. Jones*, sentencia del 23-1-12, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>>.



PROCESO PENAL. DERECHO A LA INTIMIDAD. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Shelly Kelly temía ser agredida por su novio Jerry Ray Bowen cuando saliera de su departamento y, por lo tanto, solicitó protección policial. Dos oficiales de policía se presentaron en dicho inmueble, pero recibieron una llamada de emergencia y debieron marcharse. Apenas partieron, Bowen se presentó en el departamento insultándola por haber recurrido a la policía y la atacó, tratando de tirarla desde un segundo piso. Cuando Kelly logró escaparse hasta su auto, Bowen le apuntó una escopeta recortada y amenazó con matarla si intentaba irse. Sin embargo, Kelly aceleró y Bowen disparó cinco veces contra su automóvil perforando uno de los neumáticos.

Posteriormente, Kelly se reunió con el detective Curt Messerschmidt para denunciar lo que había ocurrido. Describió el ataque en forma detallada, mencionó que su novio la había atacado con anterioridad, que estaba vinculado con una banda y que probablemente se estaba alojando en la casa de su antigua madre adoptiva Augusta Millender. Luego de esta denuncia, Messerschmidt realizó una minuciosa investigación en la cual confirmó que Bowen tenía vinculación con la familia de los Millender, que era miembro de dos bandas, y descubrió que había sido arrestado y

condenado por varios delitos violentos relacionados con armas de fuego. Basándose en esta investigación, redactó una solicitud de orden de allanamiento que autorizaba a registrar la vivienda de los Millender en busca de armas de fuego y municiones, y de pruebas que demostraran que era miembro de la banda.

Messerschmidt incluyó dos declaraciones en la solicitud de la orden de allanamiento. La primera detallaba su amplia experiencia en la ejecución de la ley y su capacitación especializada en materia de delitos cometidos por bandas. La segunda, incorporada expresamente a la orden de allanamiento, describía el incidente y explicaba las razones por las cuales consideraba que existían fundamentos suficientes para hacer el allanamiento. Asimismo, solicitaba que la diligencia se pudiera llevar a cabo durante la noche, dado el vínculo de Bowen con las bandas. Entonces, Messerschmidt presentó la solicitud a un juez, quien emitió la orden. Durante el registro, solamente se encontró la escopeta de Millender, una carta del Servicio Social de California dirigida a Bowen y una caja de municiones calibre 45.

Los Millender promovieron una acción judicial fundada en la § 1983 del Título 42 del Código de los Estados Unidos contra Messerschmidt y Lawrence alegando que los oficiales los habían registrado de un modo irrazonable en violación a lo dispuesto por la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

El tribunal federal de distrito resolvió la cuestión de puro derecho a favor de los Millender, y llegó a la conclusión de que los aspectos relacionados con el arma de fuego y con el material de las bandas eran demasiado amplios y que los oficiales no tenían derecho a gozar de una inmunidad calificada frente a la demanda por daños y perjuicios.

La cámara federal de apelaciones en pleno confirmó que carecían de la inmunidad invocada porque juzgó que la orden de allanamiento era inconstitucionalmente amplia, dado que las declaraciones y la orden no aportaban pruebas o antecedentes suficientes para presumir que las armas de fuego, el material hallado relacionado con armas de fuego y la evidencia relacionada con la existencia de bandas fueran material de contrabando o pruebas de un delito. Y sostuvo que un oficial razonable hubiera sido consciente de la deficiencia de la orden.

Entonces, Messerschmidt y Lawrence interpusieron un writ of ceritorari ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se revoca la sentencia objeto de recurso. Los oficiales gozan de inmunidad calificada frente a las demandas promovidas contra ellos en este tipo de casos.

(a) La inmunidad calificada “exime a los funcionarios del gobierno ‘de responsabilidad civil en la medida en que su conducta no viole derechos constitucionales o legales claramente establecidos o que una persona razonable hubiera conocido” (*Pearson v. Callahan*, 555 U.S. 223, 231 -2009-).

Cuando la supuesta violación a la IV Enmienda se refiere a un allanamiento o secuestro fundado en una orden judicial, la circunstancia de que un juez neutral haya librado una orden es la más clara indicación de que los oficiales han actuado de un modo objetivamente razonable o de “buena fe” (*United States v. Leon*, 468 U.S. 897, pp. 922/923 -1984-). Sin embargo, esa circunstancia no pone fin al

control de razonabilidad objetiva. Esta Corte ha reconocido una excepción que autoriza a accionar cuando “resulta obvio que ningún oficial razonablemente competente hubiera llegado a la conclusión de que debía expedirse una orden de allanamiento” (*Malley v. Briggs*, 475 U.S. 335, 341 -1986-). “El escudo de la inmunidad”, que de otro modo brinda la orden (*id.*, p. 345), se quiebra, por ejemplo, si la orden estuviera “fundada en una declaración que carecía hasta tal punto de indicios de fundamentación que tornaba la convicción del funcionario de su legitimidad en totalmente irrazonable” (*Leon, cit., supra*, p. 923). El umbral para reconocer la existencia de esta excepción es alto. “En lo ordinario, no puede esperarse que un oficial cuestione la determinación de un juez de que existan motivos suficientes”, ya que “la responsabilidad del juez es determinar si las manifestaciones del oficial brindan elementos suficientes que justifiquen la medida y, en ese caso, emitir una orden que satisfaga las exigencias de la IV Enmienda” (*Leon, cit., supra*, p. 921).

(b) Este caso no cae dentro del ámbito de esta limitada excepción. No era totalmente irrazonable que un oficial creyera que existían elementos suficientes que justificaran allanar el lugar en busca de todas las armas de fuego y del material relacionado con armas de fuego. En las circunstancias expuestas en la orden judicial, un oficial podía llegar razonablemente a la conclusión de que existía una “probabilidad razonable” de que la escopeta recortada no fuera la única arma de Bowen (*Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 238 -1983-) y de que la misma fuera ilegal (*cf.* §§ 5845 (a) y 5861(b) del Título 26 del Código de los Estados Unidos). Considerando que Bowen tenía un arma ilegal, que era miembro de una banda, que tenía la intención de usar el arma para matar a alguien y su preocupación con respecto a la policía, no era irrazonable que un oficial llegara a la conclusión de que Bowen podía tener otras armas ilegales. Un oficial también podía haber estimado razonablemente que el secuestro de las armas de fuego era necesario para prevenir futuras agresiones a Kelly. El ordenamiento jurídico de California permite que un juez emita una orden de allanamiento en busca de los objetos “que tenga una persona con la intención de usarlos como instrumento para cometer un delito de acción pública” (§ 1524(a) (3) del Código Penal Comentado de California), y la solicitud de la orden de allanamiento presentada por los oficiales hacía referencia específica a esta disposición como fundamento del allanamiento.

(c) En cuanto a la autorización de la orden para hacer el registro en busca de pruebas relacionadas con las bandas, un oficial con un criterio razonable podía haber considerado que el ataque de Bowen no había estado motivado por la pérdida de la relación afectiva que tenía con Kelly, sino por el deseo de impedir que ella revelara a la policía los detalles de la actividad que desarrollaba con la banda. Por lo tanto, no sería irrazonable –basándose en los hechos mencionados en la declaración– que un oficial creyera que las pruebas de la vinculación de Bowen con la banda serían útiles para procesarlo por el ataque a Kelly, para permitir formular acusaciones adicionales en su contra por agresión o para refutar sus defensas.

Por otra parte, incluso si este fuera un simple conflicto doméstico, un oficial con un criterio razonable aun así podría llegar a la conclusión de que las pruebas vinculadas a las bandas encontradas en la residencia de los Millender podían demostrar el control que Bowen ejercía en el lugar o su vinculación con otras pruebas encontradas allí.

(d) La circunstancia de que los oficiales hayan solicitado y obtenido la aprobación de la solicitud de orden de allanamiento por parte de un superior y de un fiscal suplente de distrito antes de presentársela al juez brinda mayor sustento a la conclusión de que un oficial podía razonablemente haber considerado que el alcance de la orden estaba fundado en elementos suficientes que justifiquen el allanamiento. Una conclusión opuesta significaría no solo que Messerschmidt y Lawrence eran “evidentemente incompetentes” por considerar que la orden estaba adecuadamente fundada (*Malley, supra*, p. 341), sino que su supervisor, el fiscal suplente de distrito y el juez también lo eran.

(e) Para resolver que la orden dictada en esta causa era tan evidentemente defectuosa que ningún oficial razonable podría haberla considerado válida, la cámara cometió un error al buscar sustento en *Groh v. Ramírez* (540 U.S. 551 -2004-). En este último caso, los oficiales que realizaron un allanamiento autorizado en una orden judicial no gozaban de inmunidad calificada porque la orden no describía ninguno de los objetos a secuestrar e “incluso una lectura superficial de la orden” revelaba este defecto (*id.*, p.557). Por el contrario, en la presente causa, cualquier supuesto defecto solo hubiera devenido evidente haciendo un análisis profundo de la solicitud de la orden y una comparación de la declaración que la fundaba con los términos de la orden para determinar si la declaración estaba fundada en elementos suficientes que justificaran el registro de los objetos detallados en la orden. A diferencia del caso *Groh*, aquí ningún error podría resultar evidente con una lectura superficial de la orden.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Messerschmidt et al. v. Millender*, sentencia del 22-2-2012, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-704.pdf>>.



PROCESO PENAL. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO DE UN CONCUBINO A NO DECLARAR CONTRA SU PAREJA. EQUIPARACIÓN A ESTOS EFECTOS DEL MATRIMONIO CON EL CONCUBINATO NO REGISTRADO. **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** PREVENCIÓN DEL CRIMEN. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – PAÍSES BAJOS).

1. Antecedentes del caso: Gina Gerdina van der Heijden es holandesa y vive en ‘s-Hertogenbosch (Holanda). En mayo de 2004, fue citada a declarar como testigo en un proceso penal promovido contra su pareja –Sr. A– por haber disparado y asesinado a un hombre en una cafetería de su lugar de residencia. Van der Heijden compareció ante el tribunal, pero se negó a declarar con base en que, si bien no estaba

casada ni unida civilmente con el Sr. A, hacía dieciocho años que convivían y tenían dos hijos, por lo que debía gozar del derecho a no declarar contra él, derecho que el art. 217, inc. 3 del Código Procesal Penal (CPP) reconoce a los cónyuges y a las parejas unidas civilmente.

El 2 de junio de 2004, los tribunales nacionales decidieron que Van der Heijden no gozaba del derecho a no declarar contra su pareja y que el interés de la fiscalía en la obtención de pruebas prevalecía sobre su interés personal en permanecer en libertad. Van der Heijden fue inmediatamente detenida por no cumplir una orden judicial. Al día siguiente, el tribunal rechazó su pedido de excarcelación y un día más tarde extendió su detención por doce días más.

El 15 de junio de 2004, el tribunal rechazó el pedido de la fiscalía de extender la detención y ordenó la liberación de Van der Heijden, destacando que su interés personal en ser liberada prevalecía sobre el de la fiscalía en descubrir la verdad.

Finalmente, en mayo de 2005, la Corte Suprema de los Países Bajos desestimó la pretensión de Van der Heijden de que la obligación de declarar violaba su derecho al respeto a la vida privada y familiar, y constituía una forma de discriminación en términos de los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Este Alto Tribunal explicó que el bien jurídico protegido por el art. 217, inc. 3 del CPP es la “vida familiar” en el sentido utilizado en el art. 8 de la Convención, esto es, la que existe entre cónyuges y parejas unidas civilmente. La diferencia entre el tratamiento acordado a los cónyuges y parejas unidas civilmente y el acordado a las otras parejas se justifica porque el deber de declarar es una obligación impuesta por la ley, y las excepciones –como la prevista para los cónyuges y para parejas unidas civilmente– están limitadas en forma clara y viable para garantizar la seguridad jurídica. Esa decisión no fue recurrida.

El 30 de noviembre de 2005, Van der Heijden presentó un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) invocando la violación de los arts. 8 y 14 de la Convención. El 7 de diciembre de 2010, la sala interviniente cedió su jurisdicción a la Gran Sala de la Corte.

2. Sentencia: por 10 votos contra 7, se decide que no hubo violación del art. 8 de la Convención, y por 10 votos contra 7, que no hay necesidad de examinar la denuncia de violación al art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención.

Van der Heijden puso especial énfasis en alegar que el respeto por la vida privada no debe depender de un requisito puramente formal como la existencia de un acta de matrimonio. Alegó, basándose en el art. 8, que ella debería tener derecho a no declarar contra su pareja, ya que la relación estable que tenía con él era, a todos los efectos, idéntica a un matrimonio o una unión civil. Luego buscó sustento en el art. 14 para denunciar como discriminatoria la diferencia de tratamiento brindado, por un lado, a los cónyuges y a las parejas unidas civilmente, y, por otro, a las parejas que conviven sin estar casadas ni unidas civilmente.

Presunta violación del art. 8 de la Convención

La “vida familiar” de Van der Heijden con el Sr. A no es materia de controversia, ya que mantienen una relación desde hace dieciocho años, durante los cuales han convivido –salvo mientras el Sr. A estuvo en prisión– y han tenido dos hijos.

El intento de obligar a Van der Heijden a declarar contra quien era su pareja desde hace tanto tiempo interfirió con su derecho al respeto de su vida familiar. Dicha injerencia, prevista en el Código Procesal Penal de los Países Bajos, se hizo “conforme a la ley” y tuvo como “objetivo legítimo” el procesamiento de los delitos. En primer lugar, esta Corte observa que en los Estados miembros del Consejo de Europa existe una amplia variedad de prácticas en materia de derecho a no declarar y una amplia discrecionalidad para hacer un balance de los intereses contrapuestos, a saber, el interés público en juzgar un delito grave y el interés en proteger la vida familiar de la injerencia del Estado.

Los Países Bajos son uno de los Estados que optaron por otorgar, a través de una ley, el derecho a negarse a declarar a cierta categoría de testigos. El derecho a estar exento del cumplimiento de un deber cívico ordinario como es prestar declaración debe estar sujeto a ciertas condiciones y formalidades, y las categorías de los beneficiarios de dicho derecho deben estar claramente estipuladas. Tal como indicó la Corte Suprema de los Países Bajos, la categorización y determinación de las condiciones que rigen en dicho país están establecidas de “modo claro y viable”.

Asimismo, los Estados miembros tienen atribuciones para fijar límites al alcance del derecho a no declarar, y para atribuir este derecho solo a los miembros de matrimonios y de uniones civiles. Sin perjuicio de ello, esta Corte no acepta que la relación de Van der Heijden con el Sr. A tenga que producir los mismo efectos jurídicos que las uniones formalizadas, pese a las semejanzas que, en términos sociales, tiene con un matrimonio o con una unión civil. El factor determinante no es la duración ni el carácter solidario de la relación, sino la existencia de un compromiso público que conlleva un conjunto de derechos y obligaciones de naturaleza contractual. La inexistencia de este acuerdo jurídicamente vinculante hace que la relación de Van der Heijden con el Sr. A sea sustancialmente diferente de la de una pareja casada o unida civilmente.

Si bien algunos Estados miembros como los Países Bajos acuerdan un mismo tratamiento a los matrimonios y a las relaciones similares al matrimonio – como la de Van der Heijden– en materia de locación, seguridad social y tributaria, lo cierto es que las reglamentaciones de estas solo se fundan en consideraciones que nada tienen que ver con el importante interés público en juzgar los delitos graves.

Al parecer, no se impidió a Van der Heijden casarse o unirse civilmente con el Sr. A y la peticionante no debe ser criticada por haber decidido no hacerlo. No obstante, al haber tomado esa decisión, debe aceptar las consecuencias jurídicas que de ella derivan, esto es, quedar fuera del ámbito de la relación familiar “tutelada” a la cual el Poder Legislativo de los Países Bajos ha decidido otorgarle el derecho a no declarar.

Esta Corte tampoco considera que la decisión de detener a Van der Heijden durante trece días haya sido desproporcionada, ya que las normas jurídicas internas que fundaron su detención contenían suficientes garantías procesales.

Por lo tanto, no hubo una violación del art. 8.

Presunta violación del art. 14 de la Convención

Esta Corte ya ha considerado la esencia de la denuncia de discriminación formulada por Van der Heijden en términos del art. 8. Por lo tanto, decide que no es necesario analizarla en términos del art. 14 en conjunción con el art. 8.

Nota del Instituto: las sentencias de la Gran Sala son definitivas. Todas las sentencias definitivas de la Corte Europea de Derechos Humanos se transmiten al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que supervise su ejecución.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Van der Heijden c. Países Bajos*, sentencia del 3-4-2012, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=905556&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. VIOLACIÓN. INTERNET. RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET (AUSTRALIA).

1. Antecedentes del caso: una alianza de treinta y cuatro compañías cinematográficas australianas y norteamericanas propietarias o licenciatarias exclusivas de los derechos de autor de un gran número de películas y programas televisivos (en conjunto, AFACT) alegaron que el tercer proveedor australiano de servicios de acceso a Internet iiNet había permitido que sus clientes descargaran películas *online* a través del sistema BitTorrent de uso compartido de archivos *peer-to-peer*, infringiendo de esa manera sus derechos de autor garantizados en los arts. 101(1) y 101(1A) de la Ley australiana de Propiedad Intelectual de 1998.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda con costas porque entendió que la AFACT había engañado al tribunal en cuanto al número de usuarios que violentaban los derechos de propiedad intelectual y que, si bien los usuarios de iiNet sí cometían esas infracciones, no era responsabilidad de iiNet hacerse cargo de las mismas, dado que la ley no le imponía la carga de proteger los derechos de autor de terceros. Por otra parte, afirmó que iiNet había establecido una política contra la piratería que, si bien no satisfacía los estándares pretendidos por la AFACT, lo cierto es que resultaba bastante aceptable que no autorizara la comisión de violaciones a estos derechos en su red. El tribunal entendió también que la provisión del servicio de acceso a Internet no era un “medio” a través del cual se cometía la violación; antes bien, que este medio era la explotación de BitTorrent –sobre la cual iiNet carecía de control– de una forma deliberadamente tendiente a violar derechos de autor. Dado que iiNet no tenía control sobre la red BitTorrent y que se aplicaban las normas

relativas al ISP Safe Harbour, resolvió que iiNet no podía ser condenada a responder por ningún acto cometido por los usuarios de su red.

Entonces, la AFACT interpuso un recurso ante el pleno del Tribunal Federal de Australia, el cual también desestimó el recurso. La mayoría de sus jueces sostuvo que no existía responsabilidad porque los titulares de los derechos de autor no habían brindado suficiente información ni pruebas en sustento de sus afirmaciones.

El dictado de esta sentencia dio lugar a negociaciones en el Poder Legislativo y a la búsqueda de soluciones en la industria para intentar poner fin a las violaciones online a la propiedad intelectual, pero estos intentos no habían llegado a dar frutos cuando se resolvió el recurso interpuesto por la AFACT ante la *High Court* de Australia.

2. Sentencia: se rechaza la apelación interpuesta y se ordena el pago de las costas.

Con base en el art. 101(1A) de la Ley de Propiedad Intelectual, no es posible –como pretenden los recurrentes– llegar a la conclusión de que iiNet es responsable de que sus clientes hayan infringido los derechos de autor de las compañías. En efecto, iiNet no tiene un poder técnico directo que le permita evitar que sus clientes incurran en violaciones del derecho de autor de las películas. Además, la información brindada por la AFACT no constituyó un fundamento razonable para que iiNet decidiera enviar a determinados clientes amenazas de suspensión o de cese de los servicios. Por estas razones, de la falta de acción de iiNet ante la información brindada por la AFACT no puede inferirse que el proveedor de servicios de Internet haya autorizado los actos de violación de derechos de autor realizados por sus clientes.

En consecuencia, queda claro que el concepto y los principios mismos del acto ilícito de autorizar violaciones a la propiedad intelectual no resultan apropiados para hacer respetar los derechos de los titulares de los derechos de autor frente a las infracciones masivas ocasionadas por el uso de archivos compartidos *peer-to peer* a través del sistema BitTorrent. Las dificultades en la aplicación de la legislación que tales infracciones plantean a los titulares de los derechos de autor han sido resueltas por otros regímenes constitucionales mediante normas legislativas especiales, algunas de las cuales incorporan protocolos industriales cooperativos, mientras que otras exigen la intervención judicial para disponer el cese de los servicios de Internet, a la vez que otras contemplan la posibilidad de compartir las costas entre el proveedor de Internet y los titulares de los derechos de autor.

Nota del Instituto: Ley de Propiedad Intelectual de 1998, art. 101(1): “Con arreglo a esta ley, un derecho de autor que subsista en virtud de lo dispuesto en la Parte IV es infringido por aquella persona que, al no ser titular de ese derecho y no poseer licencia otorgada por el titular del derecho, cumpla o permita cumplir en Australia cualquier acto alcanzado por el derecho de autor”. Art. 101(1A): “A fin de determinar, a los efectos del inciso (1), si una persona ha permitido en Australia el cumplimiento de cualquier acto alcanzado por un derecho de autor en virtud de esta Parte sin contar con la licencia otorgada por el titular del derecho de autor, deben tomarse en consideración las siguientes cuestiones: a) el alcance del poder de la persona (siempre y cuando lo tenga) para evitar que se cumpla el acto referido; b) la naturaleza de la relación existente entre la persona y la persona que cumplió el acto referido; c) si

la persona tomó alguna otra medida razonable para prevenir o evitar la realización del acto, inclusive si la misma se ajustó a algún código de práctica industrial”.

HIGH COURT DE AUSTRALIA, *Roadshow Films Pty v. iiNet Limited*, sentencia del 20-4-2012, en <<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2012/16.html>>.



PROPIEDAD INTELECTUAL. MARCAS Y PATENTES. BIOTECNOLOGÍA. LEYES DE LA NATURALEZA. APLICACIONES (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: si bien según *Diamond v. Diehr* (450 U.S. 175 -1981-), las leyes de la naturaleza, los fenómenos naturales y las ideas abstractas no son materia patentable en virtud de lo dispuesto por el art. 101 de la Ley de Patentes, la aplicación de una ley de la naturaleza a una estructura o a un método conocidos puede ameritar la protección de una patente. Sin embargo, conforme a lo resuelto en *Gottschalk v. Benson* (409 U.S. 63- 1972-), para transformar una ley de la naturaleza no patentable en una aplicación patentable de la misma, una patente debe ser capaz de hacer algo más que simplemente establecer la ley de la naturaleza en cuestión agregando la palabra “aplicar”: debe limitar su alcance a una aplicación concreta e inventiva de la ley.

El demandado, *Prometheus Laboratories, Inc.* (Prometheus), es el único y exclusivo licenciario de las dos patentes en cuestión relativas al uso de tiopurina, droga utilizada para tratar enfermedades autoinmunes. Al ingerir esta droga, el cuerpo la metaboliza produciendo metabolitos en el torrente sanguíneo. Dado que los pacientes metabolizan esta droga de manera diferente, resulta difícil para los médicos determinar cuándo la dosis particular de un paciente es demasiado alta y por ello le genera el riesgo de sufrir efectos secundarios adversos, o cuándo es demasiado baja y, por lo tanto, inefectiva.

En este caso, las demandas se fundan en métodos encontrados por investigadores capaces de identificar con precisión las correlaciones entre los niveles de metabolitos y el probable daño o ineficacia de la droga. Cada demanda enuncia: 1) un paso de “administración”, en el que se instruye al médico a administrar la droga a su paciente; 2) un paso de “determinación”, en el que se solicita al médico la medición de los niveles de metabolitos en la sangre del paciente, y 3) un paso “delimitación”, en el que se describen las concentraciones de metabolitos por encima de las cuales existen probabilidades de que se generen efectos secundarios adversos y por debajo de las cuales hay probabilidades de que la dosis de droga sea inefectiva, y en el que también se informa al médico que las concentraciones de metabolitos por encima o por debajo de estos umbrales “indican la necesidad” de disminuir o aumentar respectivamente la dosis.

Los demandantes, *Mayo Collaborative Services* y *Mayo Clinic Rochester* (Mayo), adquirieron y utilizaron pruebas de diagnóstico basadas en las patentes de Prometheus. Sin embargo, en el año 2004, Mayo anunció que tenía la intención de comercializar su propia prueba de diagnóstico, algo diferente a la de la demandada.

Entonces, Prometheus demandó a Mayo sosteniendo que la prueba de diagnóstico de este infringía sus patentes. El tribunal federal de distrito sostuvo que la prueba violaba las patentes, pero dictó sentencia de puro derecho a favor de Mayo, con base en que los métodos reivindicados por las patentes describían leyes o fenómenos naturales, a saber, las correlaciones entre los niveles de metabolitos y la toxicidad y eficacia de la tiopurina, y que, por lo tanto, no eran patentables. La cámara federal de apelaciones revocó la sentencia y sostuvo que los procesos eran patentables conforme al estándar elaborado en ese circuito judicial federal denominado “test de la máquina o transformación”. Al volver a recibir las actuaciones por devolución de la Suprema Corte para que reconsiderara el caso a la luz de la doctrina adoptada en el caso *Bilski v. Kappos* (2010), conforme a la cual el “test de la máquina o transformación” no resulta determinante a los fines de la posibilidad de patentar, la cámara reconfirmó su decisión anterior.

2. Sentencia: el método de Prometheus no es patentable.

(a) Dado que las leyes de la naturaleza enunciadas en las demandas de Prometheus —a saber, las relaciones entre las concentraciones en sangre de ciertos metabolitos y la probabilidad de que una dosis de tiopurina pueda ser inefectiva o causar daños— no son patentables, los métodos alegados tampoco lo son a menos que cuenten con otras características adicionales que en la práctica aseguren que son aplicaciones genuinas de aquellas leyes en lugar de intentos de formulación diseñados para monopolizar las correlaciones. Los tres pasos adicionales de los métodos aquí en cuestión no son, per se, leyes naturales, pero tampoco son suficientes para transformar la naturaleza de las pretensiones. El paso de “administración” simplemente identifica a un grupo de personas que van a estar interesadas en las correlaciones, a saber, los médicos que utilizaron la tiopurina para tratar a los pacientes que sufren enfermedades autoinmunes. Los médicos habían utilizado estas drogas con este fin mucho antes de que existieran estas patentes. Además, según el criterio adoptado en *Bilski, cit.*, la prohibición de patentar ideas abstractas no puede eludirse intentando limitar el uso de la fórmula a un determinado contexto tecnológico. En el paso de “delimitación” simplemente se informan las leyes naturales relevantes, añadiéndose, a lo sumo, la sugerencia de que se deberían tomar en consideración los resultados de las pruebas en el momento de decidir los tratamientos que van a indicar. En el paso de “determinación”, se indica al médico que mida los niveles de metabolitos en los pacientes, utilizando el proceso que mejor estime conveniente. Dado que los métodos para hacer esas determinaciones ya eran bien conocidos en esa rama de la ciencia, este paso simplemente indica a los médicos que realicen una actividad bien conocida, rutinaria y convencional previamente practicada por los científicos del área. Normalmente, tal actividad no es suficiente para transformar una ley natural no patentable en una aplicación patentable de la misma (*conf. Parker v. Flook, 437 U.S. 584 -1978-*).

(b) Una consideración más pormenorizada de los precedentes aquí arribada.

(i) Tanto *Diamond v. Diehr* como *Parker v. Flook* –que son los casos más directamente vinculados al tema a decidir– abordaron la cuestión de los métodos en los que se utilizaban fórmulas matemáticas, las cuales, al igual que las leyes naturales, no son per se patentables. En el primer caso, el proceso global resultaba patentable en razón de la forma en que sus pasos adicionales integran el mismo a la ecuación. Tales pasos adicionales transformaron el método en una aplicación inventiva de la fórmula. Pero en *Parker v. Flook*, el paso adicional del método no limitó la pretensión a una aplicación determinada, y todos los procesos químicos específicos en cuestión eran bien conocidos hasta el punto en que –más allá de la fórmula– no había ningún “concepto inventivo” en la pretendida aplicación de la fórmula. Aquí, la posibilidad de patentamiento es menor que en *Diamond v. Diehr* y no más sólida que en *Parker v. Flook*. Los tres pasos no agregan nada específico a las leyes naturales, a no ser por la actividad bien conocida, rutinaria y convencional que anteriormente desarrollaban quienes trabajaban en ese campo.

(ii) Lo resuelto en *O’Reilly v. Morse*, *Neilson v. Harford*, *Webster’s Patent Case*, *Bilski v. Kappos* y *Gottschalk v. Benson* brinda sustento adicional al criterio de que el simple agregado de pasos convencionales, especificados en términos sumamente genéricos, a las leyes y fenómenos naturales y las ideas abstractas no puede convertir a estos en patentables.

(iii) En varias oportunidades, esta Corte ha destacado su interés en que el derecho de marcas y patentes no desaliente los futuros descubrimientos al inmovilizar indebidamente el uso de las leyes naturales y de otras similares (*Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. 63 -1972-). En efecto, el recompensar con el otorgamiento de patentes a quienes descubren leyes naturales puede fomentar posteriores descubrimientos de las mismas. Pero, dado que esas leyes y principios son las herramientas básicas del trabajo científico y tecnológico, existe un peligro de que el otorgamiento de patentes que inmovilicen su uso pueda inhibir futuras innovaciones. Tal peligro resulta grave cuando un método patentado solo consiste en una indicación general de la aplicación de una ley natural o bien cuando excluye mayores invenciones futuras de las que el descubrimiento subyacente podría razonablemente justificar. Los pretensiones de patentes aquí en cuestión se relacionan con este interés. En efecto, indicar a un médico que mida los niveles de metabolitos y que considere tales mediciones a la luz de las correlaciones que las pruebas de diagnóstico en cuestión describen inhibe su decisión acerca del tratamiento a seguir, independientemente de que modifique la dosis con base en las conclusiones que extraiga al utilizar tales correlaciones. Además, existe el peligro de que se inhiban recomendaciones de tratamientos más perfeccionados que combinan las correlaciones de *Prometheus* con descubrimientos posteriores. Esto refuerza la conclusión de que los métodos en cuestión no son patentables, a la vez que elimina cualquier tentación de apartarse de la jurisprudencia precedente.

Finalmente, cabe destacar que los siguientes argumentos en defensa de la postura de *Prometheus* no llevan a una conclusión diferente: 1) que el proceso es patentable porque pasa el “test de la máquina y transformación”; 2) que, dado que

las particulares leyes de la naturaleza mencionadas en los reclamos son reducidas y específicas, las patentes deberían ser confirmadas; 3) que la Corte no debería invalidar estas patentes en virtud del art. 101 porque los demás requisitos de validez de la Ley de Patentes excluirán patentes demasiado amplias, y 4) que un principio jurídico que aquí niegue la patentabilidad desalentará las inversiones en el descubrimiento de nuevas leyes naturales de diagnóstico.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Mayo Collaborative Services, dba Mayo Medical Laboratories, et al. v. Prometheus Laboratories, Inc.*, sentencia del 20-3-2012, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1150.pdf>>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – VENEZUELA).

1. Antecedentes del caso: el 12 de noviembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió este caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte).

Los hechos presentados por la Comisión se enmarcan en las protestas que se llevaron a cabo en Venezuela, particularmente en la Plaza Francia de Altamira de Caracas, iniciadas en octubre de 2002 y que se extendieron durante parte del año 2003, y que se relacionan con los hechos ocurridos el 25 de febrero de 2003 en que estallaron dos artefactos explosivos en el Consulado General de Colombia y en la Oficina de Comercio Internacional de España, situados en Caracas, y específicamente con la detención de Raúl José Díaz Peña por su presunta responsabilidad en los mismos. Según alegó la Comisión, su detención habría sido ilegal y arbitraria, y habría estado sometido a un régimen de detención preventiva que habría sobrepasado los límites establecidos en la ley penal, invocando una presunción de peligro de fuga. Durante el tiempo en que habría permanecido en detención preventiva en la sede de la entonces Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), Díaz Peña no habría contado con una revisión judicial efectiva de su situación. Mientras permaneció bajo custodia del Estado, habría sido sometido a condiciones de detención que habrían tenido un grave impacto sobre su salud y no habría recibido oportunamente la atención médica correspondiente.

2. Sentencia:

Excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos

Se admite dicha excepción en lo que respecta a los hechos relativos a la detención preventiva de Díaz Peña y la duración del proceso, considerando que no se ha cumplido con el requisito de previo agotamiento de los recursos internos establecido en el art. 46.1.a) de la Convención Americana. Cuando la Comisión dio

traslado de la petición inicial al Estado el 23 de febrero de 2007, aún no se había emitido la decisión del 11 de mayo de 2007 que supuestamente habría agotado los recursos internos. Tampoco podría considerarse que el agotamiento de los recursos internos se haya operado mediante las solicitudes interpuestas por la defensa de Díaz Peña dentro del proceso penal entonces en curso. El recurso adecuado era la apelación de la sentencia que se dictase al término del proceso, pero Díaz Peña renunció expresamente a interponer dicho recurso.

En cambio, esta Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado en lo tocante a las condiciones de reclusión y al deterioro de la salud de Díaz Peña, y entra a conocer el fondo sobre el particular.

Supuesta violación al derecho a la integridad personal en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos

Raúl José Díaz Peña permaneció recluido desde el 25 de febrero de 2004 hasta el 13 de mayo de 2010 en el Control de Aprehendidos, ubicado en El Helicoide de la ciudad de Caracas, sede de la entonces DISIP. Al respecto, esta Corte considera probado que las condiciones de detención fueron sumamente deficientes, en particular, por la falta de acceso a la luz y ventilación natural, y las salidas restringidas al aire libre, durante más de seis años, así como el encierro en las noches y, con este, las restricciones de acceder al único baño disponible para diez celdas individuales, por más de tres años.

Asimismo, declara probado que Díaz Peña sufrió un serio deterioro progresivo en su salud y que los servicios de asistencia médica no se prestaron de manera oportuna, adecuada y completa respecto de los problemas que Díaz Peña presentaba en su oído izquierdo, en particular, en lo tocante a la indicación del especialista otorrinolaringólogo de que era necesario un examen y evaluación en un centro externo especializado en ese tipo de afección del oído que contara con instrumental adecuado para tratarla, y a la demora de varios meses en practicarle una tomografía axial computarizada (TAC) de oído medio y mastoides, así como una audiometría tonal.

En vista de los hechos indicados, se llega a la conclusión de que las condiciones de detención de Díaz Peña no cumplieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno y, en consecuencia, constituyeron en su conjunto tratos inhumanos y degradantes violatorios de lo dispuesto en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Díaz Peña.

Reparación

Esta Corte dispone que su sentencia constituye una forma de reparación y adicionalmente ordena como medidas de reparación que el Estado: a) publique el resumen oficial de la sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como la sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial; b) adopte las medidas necesarias para que las condiciones de detención en el Control de Aprehendidos de la ex Dirección

General de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), actualmente, Servicio Bolivariano de Inteligencia (SEBIN), ubicado en El Helicoide de la ciudad de Caracas, Venezuela, se adecuen a los estándares internacionales relativos a esta materia, *inter alia*: i) celdas ventiladas y con acceso a luz natural; ii) acceso a sanitarios y duchas limpias y con suficiente privacidad; iii) alimentación de buena calidad, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de la salud y fuerza de la persona privada de libertad; y iv) atención en salud necesaria, adecuada, digna y oportuna; y c) pague determinadas sumas en concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y reintegro de costas y gastos.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Díaz Peña v. Venezuela, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26-6-2012, en <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PLAZO RAZONABLE. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. **MENORES.** DERECHOS DEL NIÑO. INTERÉS SUPERIOR. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el 16 de junio de 2000, nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del señor Fornerón. Al día siguiente, la señora Enríquez entregó a su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.

Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo, sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Por su parte, la señora Enríquez manifestó ante la Defensoría que Fornerón no era el padre de la menor. Un mes después del nacimiento de M, Fornerón reconoció legalmente a su hija.

El 11 de julio de 2000, la fiscalía solicitó al juez de instrucción la adopción de medidas previas ante la incertidumbre sobre el destino de la niña y las contradicciones en que había incurrido la madre, señalando que no se podía descartar que se hubiera cometido un delito correspondiente a la supresión y a la suposición del estado civil y de la identidad. Si bien el fiscal y el juez a cargo de la investigación establecieron la existencia de indicios de que M habría sido entregada por su madre a cambio de dinero, el juez de instrucción ordenó en dos oportunidades el archivo de la

investigación penal, dado que a su criterio los hechos relativos a la alegada venta de la niña no encuadraban en ninguna figura penal. Finalmente, la Cámara en lo Criminal de Gualeguay confirmó el archivo de la causa.

Por otra parte, el 1° de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad. Posteriormente, el juez ordenó la práctica de una pericia psicológica, la cual concluyó que “el traspaso de [la] familia a la que reconoce [...] a otra a la que desconoce” sería sumamente dañino psicológicamente para la niña.

El 17 de mayo de 2001, el juez de primera instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. Se recurrió la sentencia, y esta fue revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso, tras la práctica de medidas probatorias que habían sido omitidas en primera instancia.

El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de la ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003, el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. El Superior Tribunal provincial consideró, primordialmente, el tiempo transcurrido, e indicó que la demora en el trámite del proceso de guarda judicial incidió en la decisión de confirmar la guarda, en consideración del interés superior de M, quien había vivido desde su nacimiento y por más de tres años con el matrimonio B-Z. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M al matrimonio B-Z.

Paralelamente, el 15 de noviembre de 2001 Fornerón promovió un juicio de derecho de visitas. Dos años y medio después, el juez de primera instancia de Victoria se declaró competente. Fornerón, entre otras actuaciones, solicitó una audiencia y en varias ocasiones requirió que se acelerara el proceso y se dictara una sentencia. El 21 de octubre de 2005, se llevó a cabo el único encuentro entre Fornerón y su hija, por 45 minutos. En mayo de 2011, se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó a la niña, así como a Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron, entre otros, establecer un régimen de visitas de común acuerdo y en forma progresiva.

2. Sentencia: se resuelve, por unanimidad, que el Estado de Argentina es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección de la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como de los derechos del niño en perjuicio de esta última.

Previo a analizar los procesos mencionados, corresponde valorar las acciones del Estado para alcanzar una solución amistosa en el presente caso y aquellas

destinadas a lograr el establecimiento de vínculos entre el señor Fornerón y su hija, las cuales involucraron a diversas autoridades. Asimismo, el Tribunal toma nota de lo informado por el Estado sobre pronunciamientos de diversas autoridades nacionales respecto del presente caso. Entre otros, el entonces Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación sostuvo que el presente “se trata de un caso paradigmáticamente grave, con una reprochable conducta de funcionarios judiciales quien[es] en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de una niña y su progenitor, optaron por dilatar el proceso y fabricar un contexto fáctico irreversible que luego les sirvió de fundamento para su decisión”.

Igualmente, el actual Ministro de Justicia y Derechos Humanos suscribió la postura de su antecesor y señaló: “los procesos judiciales que llevó adelante la provincia de Entre Ríos no garantizaron las normas constitucionales y los tratados internacionales con jerarquía constitucional que otorgan derechos y garantías tanto al padre como a la niña”.

Esta Corte ha examinado las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección de la familia y a los derechos del niño a la luz del *corpus juris* internacional de protección de los niños y niñas, el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Asimismo, recuerda los criterios establecidos en su jurisprudencia y, entre otras consideraciones, afirma que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto de ciertos conceptos tradicionales de la familia.

En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

El mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto.

De acuerdo con lo alegado por la Comisión Interamericana y por los representantes, corresponde analizar si los procedimientos internos de guarda judicial y de régimen de visitas cumplieron con el requisito de plazo razonable de conformidad con el art. 8.1 de la Convención. El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, y la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Corresponde analizar los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Diversas autoridades internas, como la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia, y dos Ministros de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se refirieron, entre otros aspectos, a la dilación en que incurrieron las autoridades judiciales de la Provincia de Entre Ríos. Incluso, dos jueces del Superior Tribunal de Entre Ríos que intervinieron en el proceso de guarda se pronunciaron sobre la dilación del juicio. Por lo tanto, esta Corte llega a la conclusión de que la duración total de los procedimientos de guarda judicial y de régimen de visitas, de más de tres y diez años, respectivamente, sobrepasó excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable.

Asimismo, debe examinarse si en el proceso de guarda que antecedió a la decisión de otorgar la adopción simple de la niña al matrimonio adoptante, las autoridades judiciales internas actuaron con la debida diligencia que correspondía, teniendo en cuenta la situación particular del caso, así como la obligación de proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran menores de edad. A este respecto, se llega a la conclusión de que el proceso de guarda no fue llevado adelante con la debida diligencia debido a: a) la inobservancia de requisitos legales; b) omisiones probatorias; c) utilización de estereotipos, y d) uso del retraso judicial como fundamento de la decisión. Entre otras consideraciones, corresponde destacar que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del menor para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.

Adicionalmente, se ha violado el derecho a un recurso efectivo, dado que los recursos judiciales interpuestos por Fornerón no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho y el de su hija M a la protección de la familia. Además, en cuanto a este último derecho, entre otros argumentos, se llega a la conclusión de que el Estado no observó el requisito de legalidad de la restricción al derecho de protección de la familia ni el requisito de excepcionalidad de la separación de padres e hijos, al no tener en cuenta el juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción la voluntad de Fornerón de cuidar y no continuar separado de su hija, ni determinar la existencia de algunas de las circunstancias excepcionales establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija.

El derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta uno de los estándares normativos más relevantes derivados

de los arts. 17 y 19 de la Convención, así como de los arts. 8, 9, 18 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De allí que el derecho a la familia de todo niño y niña es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. En consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madre u otros familiares biológicos.

Finalmente, esta Corte llega a la conclusión de que Argentina no cumplió con su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno al no tipificar la “venta” de un niño o niña. De la lectura conjunta de los arts. 19 de la Convención y 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño surge que esta última norma precisa y determina el contenido de algunas de las “medidas de protección” aludidas en el art. 19 de la Convención, entre otras, la obligación de adoptar todas las medidas de carácter nacional necesarias para impedir la “venta” de niños, cualquiera sea su fin o forma. La sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos, y la entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad. Al momento de los hechos, el Estado no impedía penalmente la entrega de un niño o niña a cambio de dinero. La “venta” de un niño o niña no estaba impedida o prohibida penalmente, sino que se sancionaban otros supuestos de hecho, como, por ejemplo, el ocultamiento o supresión de la filiación. Dicha prohibición no satisface lo establecido por el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño en el sentido del deber de adoptar todas las medidas necesarias para impedir la “venta” de niños, cualquiera sea su forma o fin. La obligación de adoptar todas las medidas para impedir toda “venta”, incluyendo su prohibición penal, se encontraba vigente desde el momento en que Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990.

Con base en lo anterior, se llega a la conclusión de que:

1. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio de Fornerón y de su hija M, así como en relación con el art. 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última.

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de la familia reconocido en el art. 17.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio de Fornerón y de su hija M, así como en relación con el art. 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última.

3. El Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el art. 2 de la Convención, en relación con los arts. 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la niña M y de Fornerón.

En consecuencia, se dispone que esta sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, se ordena como medidas de reparación que el

Estado: a) establezca de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre Fornerón y su hija M; b) verifique la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establezca las responsabilidades que correspondan; c) adopte las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas; d) implemente un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación; e) publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de este fallo, el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Boletín Oficial de la Provincia de Entre Ríos, y f) pague determinadas cantidades en concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y reintegro de costas y gastos, así como por el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Esta Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Forneron e hija c. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 27-4-2012, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA VIDA. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – REPÚBLICA DOMINICANA).

1. Antecedentes del caso: Narciso González Medina fue un reconocido activista y crítico del régimen dictatorial de Rafael Leonidas Trujillo, así como del Presidente Joaquín Balaguer. Era abogado y fue profesor de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD), así como, *inter alia*, columnista, poeta, ensayista, animador cultural de grupos populares y periodista, y “se dedicó por su cuenta a producir revistas humorísticas de corte político en las que satirizaba a los dirigentes políticos en el poder”.

En medio de una crisis política y socioeconómica, el 16 de mayo de 1994 se celebraron elecciones presidenciales en la República Dominicana, en las cuales resultó reelecto el Presidente Balaguer. Las elecciones se llevaron a cabo en un ambiente de alta polarización entre los partidos políticos participantes, lo cual, aunado a una estrecha diferencia en el resultado de los comicios, generó serias dudas

sobre su legitimidad. La oposición denunció que había ocurrido un fraude electoral. Al respecto, la Junta Central Electoral de la República Dominicana conformó una Comisión de Verificación, la cual determinó que se había producido una falsificación del padrón electoral enviado a las mesas de votación. El alegado fraude electoral “generó una crisis política y social de grandes magnitudes” y ocasionó que el Presidente Balaguer reconociera la poca legitimidad de los comicios y firmara un acuerdo con los partidos de la oposición para convocar nuevas elecciones dos años antes de lo que correspondía.

Días antes de dichas elecciones de mayo de 1994, Narciso González Medina había publicado un artículo de opinión en la revista *La Muralla* titulado: “10 pruebas que demuestran que Balaguer es lo más perverso que ha surgido en América”. En dicho artículo, González Medina utilizaba diez sinónimos de la palabra perverso para alegadamente demostrar que “Joaquín Balaguer [era] la perversidad elevada a su máxima expresión”.

Asimismo, el 25 de mayo de 1994 Narciso González Medina pronunció un discurso en la UASD, en el cual urgió a los profesores, empleados y estudiantes universitarios y, en particular, a las autoridades universitarias a que asumieran una posición fuerte de condena frente al alegado fraude electoral, realizando un llamado a combatirlo con “la desobediencia civil” y no “con simples documentos”, para evitar que se repitieran situaciones del pasado. Adicionalmente, en su discurso González Medina insinuó que los jefes de la Policía, del Ejército y de la Fuerza Aérea habían apoyado el denunciado fraude electoral debido a que “el Presidente de la República [Joaquín Balaguer] le[s] d[io] la oportunidad [...] de ganarse 25 millones de pesos en contratas, sin ser ingenieros”. Dicho discurso fue filmado y algunos declarantes ante la Corte sugirieron que el video llegó a manos de los cuerpos de seguridad del Estado. El 27 de mayo de 1994, la familia de González Medina se dio cuenta de que este no había dormido en la casa la noche anterior. González Medina padecía de una “enfermedad epiléptica refractaria”, por lo cual ese mismo día su esposa, Luz Altagracia Ramírez, acudió a la Policía Nacional para revisar los registros policiales pertinentes y, junto a demás familiares y amigos de González Medina, lo buscó en hospitales, morgues, cuarteles y centros de detención.

El 28 de mayo de 1994, los familiares de González Medina interpusieron una denuncia por su desaparición ante la Policía Nacional. A partir de entonces, se difundió la desaparición por los medios de comunicación y los familiares recibieron múltiples llamadas telefónicas, comunicaciones anónimas, “pasquines” y visitas de personas que daban diferentes versiones sobre lo ocurrido a González Medina, con indicaciones de lugar, fecha y hora, en algunas de ellas, indicando que se encontraba en instalaciones militares o policiales.

En octubre de 1994, familiares, amigos y conocidos de Narciso González Medina conformaron una organización que denominaron “Comisión de la Verdad”, para exigir que el caso de González Medina se esclareciera, ya que consideraban que la investigación realizada hasta ese momento no había sido diligente. Dicha organización se encargó de realizar las gestiones para la búsqueda de González Medina, brindar apoyo a la familia y remitir a las autoridades a cargo de la investigación la información que recibía sobre lo sucedido.

Las primeras investigaciones realizadas por el Estado respecto de lo sucedido a González Medina se iniciaron el 3 de junio de 1994 y fueron llevadas a cabo por una junta o comisión extrajudicial de la Policía Nacional, denominada “Junta Policial”, compuesta por dos coroneles y un teniente.

En junio de 1998, tres años y medio después de que la Junta Policial concluyera su investigación, se creó una “Junta Mixta” de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional para investigar lo sucedido a González Medina, en respuesta a un pedido del entonces Presidente de la República. Esta Junta Mixta realizó su investigación paralelamente a la investigación judicial que estaba llevando a cabo el Juzgado de Instrucción. La Junta Mixta estuvo conformada por miembros de la Secretaría de Estado de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional y del Departamento Nacional de Investigaciones (DNI), y contó con la “asistencia” de la Procuraduría General de la República. A principios de agosto de 1998, la Junta Mixta entregó un informe al Presidente y al Procurador General de la República en el cual no emitió conclusión alguna respecto a lo sucedido a González Medina, sino que, *inter alia*, recomendó que se remitiera en última instancia a la jurisdicción de instrucción competente, para “contribuir en su auto decisorio en torno a la ‘desaparición’ del Profesor Narciso González Medina”.

El 12 de junio de 1995, Luz Altigracia Ramírez y sus hijos interpusieron una querrela con constitución en parte civil ante el juez de instrucción de la Séptima Circunscripción del Distrito Nacional por los delitos de secuestro, asociación ilícita y asesinato en perjuicio de Narciso González Medina, ya que en la República Dominicana no se encuentra tipificado el delito de desaparición forzada. En la investigación judicial fueron imputados un general que al momento de la desaparición de González Medina era el encargado de inteligencia de la Fuerza Aérea Dominicana; un teniente coronel que era el Director de Planes y Operaciones del Departamento de Inteligencia de la Fuerza Aérea (A-2), y un mayor general que había sido el Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas.

El 24 de agosto de 2001, el Séptimo Juzgado de Instrucción del Distrito Nacional dictó las resoluciones mediante las cuales decidió “no enviar [...] a juicio criminal” a dos de los imputados y enviar ante el tribunal criminal al entonces Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas por la detención ilegal de Narciso González Medina. El 27 de agosto de 2001, tanto los familiares de Narciso González Medina como el procesado apelaron dicha providencia del juez de instrucción. El 18 de diciembre de 2002, la Cámara de Calificación de Santo Domingo resolvió ambos recursos de apelación revocando la decisión del juzgado de instrucción en relación con el ex Secretario de Estado de las Fuerzas Armadas y confirmando la decisión en relación con los otros dos procesados. La investigación fue archivada.

Posteriormente, el 2 de mayo de 2007 el Estado comunicó a la Comisión Interamericana su decisión de “rea[brir] la investigación por parte del Ministerio Público”. Sin embargo, la República Dominicana no presentó al Tribunal información detallada y concreta sobre la “reapertura” de la investigación penal en el año 2007 ni la copia del expediente correspondiente, a pesar de habersele solicitado.

2. Sentencia: la República Dominicana (“el Estado” o “la República Dominicana”) es internacionalmente responsable por la desaparición forzada de Narciso González Medina y por las consiguientes violaciones a los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica en perjuicio de Narciso González Medina, así como por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la integridad personal en perjuicio de sus familiares: su cónyuge Luz Altagracia Ramírez y sus hijos Ernesto, Rhina Yokasta, Jennie Rosanna y Amaury, todos de apellido González Ramírez.

Excepciones Preliminares

El Estado interpuso cinco excepciones preliminares y, posteriormente, desistió de una de ellas. En particular, el Estado alegó la inadmisibilidad de la demanda por: (i) la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos, (ii) la supuesta “caducidad” del Informe del art. 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana” o “la Convención”), (iii) la “aplicación del principio de la ‘cuarta instancia’” y (iv) la supuesta incompetencia *ratione temporis* de esta Corte para conocer de las violaciones a la Convención Americana y a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura alegadas en perjuicio de González Medina, así como en perjuicio de sus familiares.

Esta Corte desestima las primeras tres excepciones preliminares interpuestas por la República Dominicana y parcialmente la excepción de incompetencia *ratione temporis*. Este Tribunal es competente para examinar y pronunciarse sobre la supuesta desaparición forzada de Narciso González Medina y las alegadas violaciones en su perjuicio, a partir de la fecha de reconocimiento de la competencia de esta Corte por parte de la República Dominicana (25 de marzo de 1999), en virtud del carácter permanente o continuo de la desaparición forzada. En relación con las violaciones alegadas en perjuicio de los familiares de González Medina, este Tribunal solamente es competente para pronunciarse sobre los hechos acaecidos con posterioridad al referido reconocimiento de competencia, debido a que los hechos que fundamentan dichas violaciones se refieren a actos y omisiones de ejecución instantánea y no forman parte de los elementos constitutivos de la supuesta desaparición forzada de González Medina.

Conclusiones y determinaciones respecto a la desaparición forzada

Esta Corte considera suficientemente acreditado que Narciso González Medina fue desaparecido forzosamente el 26 de mayo de 1994, sin que se conozca su paradero hasta la presente fecha, tomando en cuenta los siguientes indicios:

(i) existía un contexto de alta tensión política y de vigilancia a opositores y críticos al Gobierno, así como de prácticas de detenciones ilegales y de tratos crueles, inhumanos o degradantes y tortura por parte de organismos de seguridad;

(ii) González Medina ejercía influencia en la sociedad dominicana como periodista crítico, y sus intervenciones y escritos tenían repercusión pública;

(iii) si bien no se interpuso una denuncia al respecto antes de su desaparición, existen fuertes indicios de que Narciso González Medina fue objeto de seguimiento antes de su desaparición;

(iv) existen cuatro testimonios, recibidos a nivel interno, según los cuales Narciso González Medina estuvo en la Dirección o División de Inteligencia de la Secretaría de Estado de las Fuerzas Armadas (J-2), en la Policía Nacional y en el Departamento de Inteligencia de la Fuerza Aérea Dominicana (A-2) en el día de su desaparición y siguientes, bajo custodia de autoridades estatales, aparentemente golpeado y en mal estado físico en estas últimas dos dependencias, cuya autenticidad o veracidad no han sido puestas en duda fundadamente;

(v) el Estado no ha esclarecido los hechos ni ofrecido una versión definitiva y oficial de lo sucedido a González Medina hace diecisiete años y nueve meses, ni tampoco ha aportado prueba en el presente caso que permita contradecir las pruebas e indicios que surgen del expediente sobre la comisión de una desaparición forzada por parte de autoridades estatales en contra de González Medina.

Por consiguiente, la República Dominicana violó los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocidos en los arts. 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Narciso González Medina.

De forma específica, esta Corte considera que, en el presente caso, se ha constatado que Narciso González Medina fue detenido el 26 de mayo de 1994 y se encontraba bajo custodia estatal esa noche y los días siguientes a su desaparición, así como que luego de diecisiete años y nueve meses desde su detención se desconoce su paradero, lo cual es contrario al art. 7 de la Convención Americana. Asimismo, es razonable presumir que González Medina sufrió maltratos físicos y psicológicos mientras se encontraba en custodia estatal, lo cual fue agravado por la falta de atención a su enfermedad epiléptica, por lo cual esta Corte llega a la conclusión de que Narciso González Medina sufrió tratos crueles, inhumanos y degradantes y, por lo tanto, se configuró una violación de los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. Además, considera que por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encontró en una situación agravada de vulnerabilidad, lo que significó una violación de su derecho a la vida, reconocido en el art. 4 de la Convención. Adicionalmente, este Tribunal considera que Narciso González Medina fue puesto en una situación de indeterminación jurídica que impidió su posibilidad de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, por lo cual también conllevó una violación de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Conclusiones y determinaciones respecto a las investigaciones de la desaparición forzada

a) Investigaciones realizadas por la Junta Policial y la Junta Mixta

Por motivos de su competencia *ratione temporis*, esta Corte no puede derivar consecuencias jurídicas de la actuación de las juntas extrajudiciales creadas para la investigación de la desaparición de González Medina. No obstante, destaca que las omisiones en que pudieran haber incurrido condicionan o limitan las posteriores investigaciones desarrolladas a nivel judicial y del Ministerio Público.

b) Debida diligencia en la investigación judicial

En el presente caso, la investigación judicial concluyó en diciembre de 2002, sin que se hubiera determinado lo sucedido a González Medina, dado con su paradero ni atribuido ninguna responsabilidad al respecto. De un análisis de las decisiones emitidas por el Juzgado de Instrucción y la Cámara de Calificación, el Tribunal consideró que ambos órganos judiciales no comprendieron la complejidad de conductas cuya acumulación permite que se configure una desaparición forzada. Tales omisiones y falta de comprensión derivaron en la ausencia de seguimiento de líneas lógicas de investigación propias de una desaparición forzada, lo que conllevó a la ineffectividad de la investigación y la consecuente falta de identificación y sanción de las personas que de distintas formas pudieran haber participado en dicha violación.

En particular, se observa que los motivos expuestos por el juez de instrucción ponen de manifiesto la falta de comprensión del fenómeno de la desaparición forzada. Asimismo, esta Corte constata la ausencia de una línea de investigación sobre los indicios de pérdida, alteración y destrucción de documentos oficiales que surgieron en diversas declaraciones prestadas ante la Junta Mixta y en la investigación judicial, así como sobre la incineración de toda la documentación “de carácter rutinario” previa al año 2000 de la Fuerza Aérea Dominicana, incluyendo las listas de servicio correspondientes a los días del inicio de la desaparición de González Medina; asimismo, que en la investigación judicial no se desarrolló una línea de investigación sobre los motivos de la retractación de dos declarantes, a pesar de que uno de ellos inicialmente había afirmado haber participado en el operativo de detención de González Medina. Adicionalmente, cabe destacar que en las decisiones judiciales no se tomaron en cuenta todos los diferentes testimonios que afirmaban la participación de agentes estatales en la desaparición de González Medina y su detención en varios organismos estatales de seguridad, sin que conste ningún motivo fundado para restarles valor o no estimarlos confiables. Además, por tratarse de la investigación de una desaparición forzada, para cumplir adecuadamente con la obligación de investigar, las autoridades estatales debieron haber realizado una valoración conjunta de lo declarado por varios testigos, así como otros medios de prueba e indicios que apuntaban a que Narciso González Medina habría estado detenido en varias dependencias estatales, y que se habrían perdido, destruido o alterado documentos oficiales, en aras de indagar en profundidad lo que le ocurrió a González Medina,

más allá de dirigirse a la sola determinación de si había elementos suficientes para acusar a las tres personas consideradas como sospechosas.

c) Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

La falta de una adecuada utilización de normas o prácticas que garantizaran una investigación efectiva, que tomara en cuenta la complejidad y extrema gravedad de la desaparición forzada, implicó un incumplimiento de la obligación dispuesta en el art. 2 de la Convención Americana de adoptar las disposiciones internas necesarias para garantizar los derechos protegidos en los arts. 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención, a través de la investigación de la desaparición forzada de Narciso González Medina y la identificación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables.

d) Reapertura de la investigación por el Ministerio Público y acceso al expediente

Respecto de la investigación reabierta en 2007, esta Corte considera que al no presentar de forma completa la información relativa a esta investigación, sino solo documentos aislados y seleccionados, el Estado no aportó los elementos probatorios que demostraran la debida diligencia en la investigación en trámite, reabierta hace cuatro años y nueve meses.

Asimismo, al limitar a los familiares el acceso al expediente reabierto ante el Ministerio Público en el año 2007 por supuestas “reservas procesales”, a pesar de su calidad de víctimas, el Estado incumplió su obligación de respetarles el derecho de participar plenamente en la investigación penal relativa a los hechos del presente caso.

e) Plazo razonable de las investigaciones

Finalmente, si bien el presente caso es complejo, el Estado no demostró que la demora prolongada de doce años y once meses que han durado la investigaciones no sea atribuible a la conducta de sus autoridades, por lo cual las investigaciones a cargo del Juzgado de Instrucción, de la Cámara de Calificación y del Ministerio Público han excedido un plazo razonable.

En virtud de las consideraciones previas, debido a la ausencia de una investigación efectiva de los hechos, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables, el Estado incumplió su deber de garantizar los derechos consagrados en los arts. 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma y con los arts. 1, 6 y 8 de la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Narciso González Medina, así como los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma y con los arts. 1, 6 y 8 de la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Luz Altagracia Ramírez y de Ernesto, Rhina Yocasta, Jennie Rosanna y Amaury, todos de apellido González Ramírez.

Integridad personal de los familiares

En el presente caso, esta Corte considera que el Estado no desvirtuó la presunción por la cual se entiende que, en casos de desaparición forzada, la

violación al derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo. Adicionalmente, constata que Luz Altagracia Ramírez y sus hijos han padecido gran incertidumbre y profundo sufrimiento y angustia en detrimento de su integridad física, psíquica y moral debido a la desaparición forzada de González Medina, lo cual se ha agravado por la actuación de las autoridades estatales respecto de la investigación de lo sucedido. En consecuencia, llega a la conclusión de que el Estado violó el derecho a la integridad personal reconocido en los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Luz Altagracia Ramírez, Ernesto González Ramírez, Rhina Yokasta González Ramírez, Jennie Rosanna González Ramírez y Amaury González Ramírez.

Libertad de expresión

Finalmente, esta Corte decide que no procede emitir un pronunciamiento respecto de las alegadas violaciones del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el art. 13 de la Convención Americana, así como de la alegada violación del derecho a la protección de la familia, consagrado en el art. 17 de la Convención.

Reparaciones y costas

Respecto de las reparaciones, la sentencia de esta Corte constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, ordena al Estado: *(i)* continuar y realizar las investigaciones y procesos necesarios, en un plazo razonable, con el fin de establecer la verdad de los hechos, así como de determinar y, en su caso, sancionar a los responsables de la desaparición forzada de Narciso González Medina; *(ii)* efectuar, a la mayor brevedad, una búsqueda seria para determinar el paradero de Narciso González Medina; *(iii)* brindar, de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten; *(iv)* publicar el presente resumen oficial de la sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la sentencia en un sitio web oficial; *(v)* realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; *(vi)* colocar una placa conmemorativa en el Centro Cultural Narciso González, en la que se haga alusión a esta sentencia, a los hechos del caso y a las circunstancias en que ocurrieron; *(vii)* realizar un documental audiovisual sobre la vida de Narciso González Medina, en el que se haga referencia a su obra periodística, literaria y creativa, así como su contribución a la cultura dominicana; *(viii)* garantizar que la aplicación de las normas de su derecho interno y el funcionamiento de sus instituciones permitan realizar una investigación adecuada de la desaparición forzada y, en caso de que estas sean insuficientes, realizar las reformas legislativas o adoptar las medidas de otro carácter que sean necesarias para alcanzar dicho objetivo, y *(ix)* pagar las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de indemnización por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, así como reintegrar

al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana la cantidad establecida en la sentencia.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *González Medina y Familiares c. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 27-2-2012, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_240_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. HOMOSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. IGUALDAD ANTE LA LEY. **MENORES.** INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. **DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO A SER OÍDO. GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD. INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – CHILE).

1. Antecedentes del caso: los hechos del presente caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R. contra Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas.

En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó dos decisiones. La primera de ellas se centró en decidir sobre la tenencia provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003, dicho juzgado concedió la tenencia provisional al padre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En dicha decisión, el juzgado motivó la decisión, *inter alia*, con los siguientes argumentos: i) “que [...] la demandada, haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas con su pareja [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas”, y ii) “que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos que, en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, cobra[n] gran importancia”.

El 29 de octubre de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó una segunda decisión en la que rechazó el pedido de concesión de la tenencia considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento

para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004, el Tribunal de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia.

Posteriormente, el padre de las niñas presentó un recurso de queja contra esta decisión. El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja, concediendo la tenencia definitiva al padre. En dicha sentencia, indicó que “en todas las medidas que les conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlos de sus padres”. Además, fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: *i)* “se ha prescindido de la prueba testimonial [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual, y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”; *ii)* “el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna, que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; *iii)* la señora Atala “ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”; *iv)* “la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”, y *v)* “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”. Por tanto, la Corte consideró que las condiciones descritas constituían “causa calificada” de conformidad con el art. 225 del Código Civil para justificar la concesión de la tenencia al padre, dado que la situación actual configuraba “un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración”.

Por otra parte, el presente caso también se relaciona con la investigación disciplinaria y la visita extraordinaria que fue llevada en contra de la señora Atala en abril de 2003. Dicha investigación fue ordenada por el Pleno del Tribunal de Apelaciones de Temuco con el fin de indagar sobre dos hechos fundamentales: uno, las publicaciones aparecidas en los diarios *Las Últimas Noticias* [...] y *La Cuarta* [...] en las que se ha[ría] referencia al carácter de lesbiana que se atribu[ía] en dichas publicaciones a la [señora] Atala, y el otro, la utilización de elementos y personal

para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Menores de Villarrica en las que ella era parte. Respecto a la orientación sexual de la señora Atala, el ministro visitador que realizó la visita extraordinaria concluyó en su informe que la “peculiar relación afectiva [de la señora Atala] ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen tanto de la [señora] Atala como del Poder Judicial” y que ello “reviste una gravedad que merece ser observada por el [...] Tribunal” de Apelaciones.

Como consecuencia de esa visita, el Tribunal de Apelaciones de Temuco formuló cargos en contra de la señora Atala por la utilización de elementos y personal para cumplir diligencias decretadas por el Juez de Menores, la utilización indebida de un sello del Tribunal y las publicaciones aparecidas en la prensa que informaron sobre el proceso de tuición y su orientación sexual.

2. Sentencia: se declara a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: *i)* el derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrado en el art. 24.2 (igualdad ante la ley), en relación con el art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en perjuicio de Karen Atala Riffo; *ii)* el derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrado en el art. 24 (igualdad ante la ley), en relación con los arts. 19 (derechos del niño) y 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; *iii)* el derecho a la vida privada consagrado en el art. 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el art. 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo; *iv)* el derecho a la vida privada y familiar consagrado en los arts. 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; *v)* el derecho a ser oído consagrado en el art. 8.1 (garantías judiciales), en relación con los arts. 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención, en perjuicio de las niñas M., V. y R., y *vi)* la garantía de imparcialidad consagrada en el art. 8.1 (garantías judiciales), en relación con el art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención, respecto a la investigación disciplinaria en perjuicio de Karen Atala Riffo. Por otra parte, la Corte declaró que el Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el art. 8.1 (garantías judiciales) de la Convención Americana en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica.

Cabe analizar, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema chilena y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica.

Esta Corte no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”, razón por la cual no le corresponde establecer si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, valorar la prueba para ese propósito específico ni resolver sobre la tenencia de las niñas M., V. y R., aspectos que se encuentran fuera del objeto del presente caso.

Conclusiones en relación con las controversias respecto al proceso en que se otorgó la tenencia de las menores

(1) Igualdad y no discriminación, la orientación sexual como categoría protegida por el art. 1.1 de la Convención

El art. 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es por se incompatible con la misma.

Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, se establece que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención bajo el término “otra condición social” establecido en el art. 1.1 de la Convención. Por ello, está proscrito por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatorio basado en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En el mismo sentido, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere “cuidados especiales”, y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

Al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podría conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación de la madre o el padre por la

orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre la tenencia.

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas de la capacidad e idoneidad parental para poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características de las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

(a) Presunta discriminación social

Para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el art. 2 de dicho instrumento interamericano, por lo que deben propender, precisamente, a enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.

En el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, madres o padres solteros o parejas divorciadas, los cuales en otros momentos no habían sido aceptados por la sociedad. En este sentido, el derecho y los Estados deben ayudar al avance social; de lo contrario, se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.

Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, lo cierto es que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social, es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad las niñas podrían presuntamente haber sido discriminadas debido a su orientación sexual.

Por tanto, el argumento de la posible discriminación social no resulta adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R.

(b) Alegada confusión de roles

Frente a la alegada confusión de roles en las tres niñas que podría generar la convivencia de la señora Atala con su pareja, esta Corte considera que tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de considerable peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de demostrar que la decisión judicial objeto de debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. En el presente caso, la Corte Suprema de Justicia no falló con base en un análisis *in abstracto* del alegado impacto de la orientación sexual de la madre en el desarrollo de las niñas, sino que invocó la supuesta existencia de pruebas concretas. Sin embargo, se limitó en sus consideraciones a la aplicación de un test de daño especulativo limitándose a hacer referencia, respecto al supuesto daño, a la “eventual confusión de roles sexuales” y la “situación de riesgo para el desarrollo” de las niñas. Por tanto, no cumplió con los requisitos de un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas a causa de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo.

(c) Alegado privilegio de intereses

Respecto al alegado privilegio de los intereses de la señora Atala, el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad.

En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”.

Dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad. Además, si la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona, no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia. No se puede considerar como “reprochable o reprobable jurídicamente” que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida. Además, no se encontró probado un daño que haya perjudicado a las tres niñas.

En consecuencia, exigirle a la madre que condicione sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos y que en pos de esto la Sra. Atala hubiera debido privilegiar la crianza de las niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad. Por tanto, bajo esta motivación del supuesto privilegio de los intereses personales de la señora Atala, tampoco se cumplía con el objetivo de proteger el interés superior de las tres niñas.

(d) Alegado derecho a una familia “normal y tradicional”

Finalmente, ante el presunto derecho de las niñas de vivir en una familia “normal y tradicional”, en la Convención no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege solo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

Conclusión

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente reseñado, se arriba a la conclusión de que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión relativa a la tenencia provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja haya afectado de manera negativa el interés superior de las menores de edad. Por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola los arts. 24 y 1.1 de la Convención Americana.

Además, las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre.

Al haber tomado como fundamento para su decisión la orientación sexual de la madre, la decisión de la Corte Suprema discriminó, a su vez, a las tres niñas, puesto que tomó en cuenta consideraciones que no habría utilizado si el pedido de otorgamiento de la tenencia hubiera sido entre dos padres heterosexuales. En

particular, cabe reiterar que el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que ellas no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma. Por tanto, esta Corte llega a la conclusión de que se vulneró el art. 24, en relación con los arts. 19 y 1.1. de la Convención, en perjuicio de las niñas M., V. y R.

(2) Derecho a la vida privada y familiar

El art. 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectarla hacia los demás.

Dado que los tribunales nacionales tuvieron como referente de peso la orientación sexual de la señora Atala al momento de decidir sobre la tenencia, expusieron diversos aspectos de su vida privada a lo largo del proceso. La razón esgrimida por dichos tribunales para interferir en la esfera de la vida privada de la señora Atala es la misma que fue utilizada para el trato discriminatorio, es decir, la protección de un alegado interés superior de las tres niñas. Si bien dicho principio se relaciona in abstracto con un fin legítimo, la medida es inadecuada y desproporcionada para cumplir este fin, por cuanto los tribunales chilenos tendrían que haberse limitado a estudiar conductas parentales —que podían ser parte de la vida privada—, pero sin efectuar una exposición y escrutinio de la orientación sexual de la señora Atala.

Durante el proceso tendiente al otorgamiento de la tenencia de las menores, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad. Por tanto, esta Corte llega a la conclusión de que el Estado vulneró el art. 11.2, en relación con el art. 1.1. de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

En cuanto al derecho a la protección de la vida familiar, corresponde reiterar que el art. 11.2 de la Convención está estrechamente relacionado con el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el art. 17 de la Convención, según el cual el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Diversos órganos de derechos humanos

creados por tratados han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. En el presente caso, resulta visible que se ha constituido un núcleo familiar que, al serlo, se encuentra protegido por los arts. 11.2 y 17.1 de la Convención, pues existe una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, esta Corte llega a la conclusión de que la separación de la familia constituida por la madre, su pareja y las niñas constituyó una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

(3) Garantías judiciales

Respecto a la presunta violación de las garantías judiciales de independencia e imparcialidad en detrimento de la señora Atala, esta Corte considera que no se aportaron elementos probatorios específicos para desvirtuar la presunción de imparcialidad subjetiva de los jueces ni elementos convincentes que permitieran cuestionar la imparcialidad objetiva en la sentencia de la Corte Suprema. De manera que una interpretación de las normas del Código Civil chileno en forma contraria a la Convención en materia del ejercicio de la custodia de menores de edad por una persona homosexual no es suficiente, en sí misma, para declarar una falta de imparcialidad objetiva.

En consecuencia, esta Corte decide que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el art. 8.1 de la Convención en relación con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el presente caso.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el art. 8.1, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la Convención, ya que dicha Corte Suprema no explicó allí cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias de las menores de edad que constan en el expediente. En efecto, la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia que atribuía a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y a las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad, pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de atribución de la tenencia, teniendo en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas, y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por tanto, esta Corte Interamericana llega a la conclusión de que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y a ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el art. 8.1, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la Convención, en perjuicio de las niñas M., V. y R.

Conclusiones sobre las controversias respecto a la investigación disciplinaria

En cuanto a los hechos relacionados con la investigación disciplinaria, esta Corte no observa relación alguna entre un deseo de proteger la “imagen del Poder

Judicial” y la orientación sexual de la señora Atala, ya que la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Por ello, resulta discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con la orientación sexual. Por ello, el Estado vulneró el art. 24, en relación con el art. 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Por otra parte, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, lo cierto es que sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una injerencia en el derecho a la vida privada de la señora Atala, que se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el art. 11.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Respecto a la protección de la garantía de imparcialidad subjetiva, existieron prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe emitido por el ministro visitador, que demuestran que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto y que, por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no resulta aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho, por lo que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria. Por tanto, esta Corte llega a la conclusión de que el Estado vulneró el art. 8.1, en relación con el art. 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Reparaciones

Respecto de las reparaciones, la sentencia de esta Corte constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, se imponen al Estado las siguientes medidas de reparación: *i)* brindar atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas que así lo soliciten; *ii)* publicar el resumen oficial de la sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la sentencia en un sitio web oficial; *iii)* realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; *iv)* continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y *v)* pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo en ella dispuesto.

Notas de pie de página de la síntesis oficial de la Corte: a solicitud de la Comisión Interamericana y de los representantes, se reservó la identidad de las tres hijas de Karen Atala Riffo, a quienes se identificará con las letras “M., V. y R.”. Sobre la participación de las niñas M., V. y R. en el presente caso, una delegación de la Corte Interamericana realizó una diligencia privada con las niñas M. y R. Durante la diligencia, no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. A partir de lo manifestado por las niñas, la Corte las consideró presuntas víctimas en el presente caso. Por otra parte, la niña V. no participó en dicha diligencia por motivos de fuerza mayor. Al respecto, el Tribunal consideró que no hallaba ningún elemento para considerar que la niña V. no se encontraba en la misma condición que sus hermanas. Sin embargo, a los efectos de las reparaciones, la autoridad nacional competente para la infancia deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña V. sobre si desea ser considerada parte lesionada.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Atala Riffo y Niñas v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24-2-2012, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. OBLIGACIONES POSITIVAS. CÁRCELES. DERECHO A LA VIDA. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. INSANOS. ESTUPEFACIENTES. TOXICÓMANOS. SUICIDAS. MEDIDAS DISCIPLINARIAS. ALCANCES (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: las recurrentes, Houria Serghine y Noura Khat, ciudadanas francesas nacidas en 1969 y 1975, respectivamente, residentes en Francia, son hermanas de Kamel Ketreb (Ketreb).

El 10 de junio de 1998, Ketreb fue encarcelado en la prisión de La Santé en París por asaltar a mano armada a su pareja, quien, a raíz de ello, quedó incapacitada para trabajar durante ocho días. Al día siguiente, en razón de su adicción a varias drogas desde hacía algunos años, a Ketreb le fue permitido hacer una consulta con un psiquiatra del Servicio Médico y Psicológico Regional de la cárcel (SMPR) y, a partir de julio del mismo año, pudo entrevistarse con un psiquiatra entre una y tres veces por semana. El 4 de octubre fue trasladado a un pabellón disciplinario después de provocar un incidente con un guardiacárcel. El 8 de enero de 1999, le fue impuesta una sanción disciplinaria de diez días por insultar y empujar a un miembro del personal. Ese mismo día, un médico le prescribió Mogadon y una inyección de Valium, y le ordenó una consulta con un psiquiatra. El médico dejó constancia en su historia clínica de que, según los guardias, Ketreb había intentado suicidarse en dos oportunidades. Cinco días después, un psiquiatra del SMPR observó que Ketreb no se encontraba bien y parecía decidido a convertir en realidad sus intenciones suicidas.

El 16 de marzo de 1999, Ketreb fue condenado a cinco años de encarcelamiento.

El 20 de mayo de ese año, Ketreb fue llevado ante la Comisión Disciplinaria por haber herido a otro interno con un vidrio roto y haber insultado a dos oficiales. Fue acusado de almacenar medicamentos y sancionado con la reclusión en una celda

disciplinaria durante dos semanas. El primer día fue trasladado a otra celda por haber roto una ventana. En la nueva celda, desarmó parte de una mesa de hormigón, rompió las instalaciones sanitarias y lanzó pedazos de hormigón contra la ventana. Al día siguiente, al recibir la visita de una de sus hermanas, Ketreb rompió un vidrio del salón de visitas, y se cortó la frente y una mano. Después de ese incidente, fue examinado por un médico de la Unidad de Pacientes Ambulatorios, quien le administró un ansiolítico. El día 23 del mismo mes, fue atendido por otro médico de esa unidad, quien lo encontró en mal estado.

Al día siguiente, entre las 20:00 y las 20:20 hs., mientras cumplía con su ronda, un guardia manifestó haber visto a Ketreb de pie en el centro de su celda. A las 21:15 hs., el mismo guardia lo encontró colgando de una barra de la puerta interna de su celda de un cinturón de tela ajustado con una hebilla metálica. El personal médico de la cárcel y el equipo de emergencias médicas intentaron reanimarlo, pero fue en vano. Murió a las 21:30 hs.

Las recurrentes presentaron un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos contra Francia invocando la violación de los arts. 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), alegando que las autoridades no habían protegido la vida de su hermano cuando fue colocado en la celda de castigo y que la medida disciplinaria impuesta había sido inadecuada para una persona que se encontraba en ese estado mental.

2. Sentencia: se declara por seis votos contra uno que hubo una violación del art. 2 y, por unanimidad, que hubo una violación del art. 3 de la Convención. Asimismo, se declara por 6 votos contra 1 que el Estado demandado debe pagar a las recurrentes un total de 40.000 en concepto de daño moral.

Presunta violación del art. 2 de la Convención

Esta Corte ha señalado en fallos anteriores que las personas detenidas se encuentran en una posición vulnerable y que las autoridades tienen el deber de protegerlas. En el caso de personas que sufren enfermedades mentales, es necesario tomar en consideración su particular vulnerabilidad.

Es cierto que a partir del día siguiente a su arresto, Ketreb hizo una consulta con un psiquiatra del SMPR y con un psicólogo. También se ha afirmado que algunos meses antes de suicidarse, Ketreb había intentado suicidarse en dos oportunidades cuando fue colocado en el pabellón disciplinario. Además, el día 13 de enero de 1999, el psiquiatra observó que Ketreb manifestaba abiertamente su intención de quitarse la vida.

Los días anteriores a su suicidio estuvieron caracterizados por incidentes violentos que, si bien no evidenciaron una crisis psicológica grave, mostraron un acentuado deterioro del estado de salud de Ketreb. Según los peritos, es posible que su traslado al pabellón disciplinario haya ocurrido en un momento en que su equilibrio mental era frágil. En su opinión, independientemente del estado de depresión y de

angustia, las condiciones de detención en ese pabellón y el dictado de la sentencia de condena a cinco años de prisión predispusieron a Ketreb a quitarse la vida.

Es preciso, pues, determinar si las autoridades hicieron todo lo razonablemente posible para prevenir el riesgo de un nuevo intento de suicidio.

Lo cierto es que desde el momento de su encarcelamiento, Ketreb fue atendido por médicos clínicos y especialistas, y fue controlado por el médico a cargo del departamento de drogadicciones del SMPR. Las consultas eran bastante frecuentes y además incluían entrevistas con un psicólogo de la cárcel dos o tres veces por semana. Según la opinión de los peritos y la información recabada por el juez de instrucción, los tratamientos prescritos se justificaban por su afección psiquiátrica y su estado de agitación.

Sin embargo, es preciso señalar algunas insuficiencias. Por ejemplo, el servicio médico competente no fue notificado ni antes ni en el momento de tomar la decisión de colocar al interno en una celda de castigo. Tampoco se dictaron instrucciones especiales de vigilancia para garantizar la compatibilidad de las medidas disciplinarias con el estado de salud mental en el que se encontraba Ketreb. Cabe recordar que la Recomendación R (98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda que el riesgo de suicidio debe ser constantemente evaluado por el personal médico y de vigilancia.

En efecto, los dos intentos de suicidio de Ketreb en el pabellón de castigo, su auto-mutilación y su comportamiento en el momento de ser dictadas las medidas disciplinarias tendrían que haber alertado a las autoridades sobre su vulnerabilidad psicológica. No existen razones especiales para justificar que no se haya hecho una consulta al departamento de psiquiatría del SMPR de la cárcel, que era el responsable de controlar la salud mental del prisionero. Durante los días anteriores al suicidio, varios médicos de la Unidad de Pacientes Ambulatorios habían examinado a Ketreb durante su estadía en el pabellón disciplinario y no lo habían encontrado bien. Sin embargo, no informaron al SMPR ni solicitaron de manera urgente la asistencia de un psiquiatra externo, si bien, tal como lo manifestó el informe de la División de Investigaciones, un psiquiatra del Hospital Sainte Anne se encontraba de guardia.

Tanto las autoridades carcelarias como el personal médico tendrían que haber inferido que el estado de Ketreb era crítico y que el hecho de colocarlo en una celda disciplinaria empeoraría su situación. De ese modo, las autoridades habrían podido anticipar las intenciones suicidas de Ketreb y alertar a los servicios psiquiátricos. Además, las autoridades tampoco establecieron medidas especiales, tales como una vigilancia apropiada o inspecciones regulares por medio de las cuales habrían podido encontrar el cinturón utilizado para cometer el suicidio.

Las autoridades, por lo tanto, no han cumplido con su obligación de proteger la vida de Ketreb.

Presunta violación del art. 3 de la Convención

Si bien según los peritos Ketreb no padecía de desorden mental crónico o de síntomas psicóticos graves, lo cierto es que su historial de intentos de suicidio,

su afección psicológica, su diagnóstico de *borderline* y su comportamiento extremadamente violento requerían de una vigilancia especial por parte de las autoridades. Estas por lo menos deberían haber hecho una consulta con su psiquiatra antes de colocarlo en el pabellón disciplinario y deberían haberlo mantenido bajo una supervisión adecuada durante su estadía allí. En consecuencia, ha habido una violación del art. 3 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Ketreb v. France*, sentencia del 24-5-2012, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=887944&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



TEXTOS ESCOGIDOS

investigaciones

TEXTOS ESCOGIDOS

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO DE SECESIÓN (CANADÁ).

1. Introducción

Luego de una historia violenta y turbulenta, las relaciones entre los canadienses francófonos y anglófonos siguen siendo difíciles en Canadá.

En 1976, el *Parti Québécois* (PQ) ganó las elecciones en la provincia de Québec y, en 1980, promovió la celebración de un referéndum independentista cuyo resultado fue un rotundo fracaso.

Tras varias tentativas infructuosas de reformar la Constitución para satisfacer algunas exigencias de los separatistas quebequenses, en 1995 se celebró un segundo referéndum que también fracasó, pero por un margen muy estrecho. La forma en la que estaba formulada la pregunta de dicho referéndum –determinada exclusivamente por el gobierno de Québec– fue muy controvertida y fue objeto de importantes debates vinculados al costo que representaría una posible separación, a cuáles serían las relaciones de una Québec independiente con el resto de Canadá, a cuál sería su moneda, a su viabilidad económica, y a su eventual admisión y participación en las organizaciones internacionales.

Después de la celebración del referéndum de 1995, la Suprema Corte de Canadá (Suprema Corte) resolvió que Québec no estaba legitimada para decidir unilateralmente su separación y que el resto de Canadá estaba políticamente obligado a negociar la secesión si la mayoría de los quebequenses votaba a favor de ella.

Se realiza aquí una breve reseña del fenómeno separatista de Québec. Muchos de los argumentos planteados en Canadá están siendo actualmente esgrimidos en el debate sobre la futura relación de Escocia con el resto del Reino Unido con vistas al referéndum por la independencia de Escocia a celebrarse en septiembre de 2014.

2. Antecedentes

Después de su derrota militar, Nueva Francia fue oficialmente cedida a Gran Bretaña en 1763 a través del Tratado de París. La Iglesia Católica, entonces, instó a los francófonos de Canadá a abstenerse de participar en la vida pública y a apartarse de los anglófonos con la esperanza de que esto ayudaría a preservar su cultura, su estilo de vida esencialmente rural y su religión. Tal circunstancia contribuyó a su marginación –incluso en Québec, donde eran mayoría– y permitió que los anglófonos dominaran la actividad comercial.

Entre 1837 y 1838, se sucedieron varias rebeliones contra el dominio británico. Los líderes francófonos de la rebelión conocida como la “*Guerre des patriotes*” emitieron una declaración a favor de la sucesión de Québec, pero la rebelión fue aplastada por las fuerzas británicas.

El ideal separatista quedó latente en Québec durante un siglo, período en que los canadienses anglófonos llevaron adelante una agresiva campaña contra la cultura francesa. En 1890, por ejemplo, en Manitoba se declararon ilegales las escuelas católicas y la enseñanza del idioma francés a nivel secundario y, en 1930, se prohibió la enseñanza del francés fuera del horario escolar en Saskatchewan.

La polarización entre Québec y las restantes provincias se agudizó durante las dos Guerras Mundiales, cuando los francófonos se opusieron a enrolarse como conscriptos mientras que los anglófonos accedieron a hacerlo.

A fin de los años '50 y comienzos de los '60, resurgió el movimiento separatista en Québec como fuerza política. En 1966, el grupo izquierdista *Rassemblement pour l'Indépendance Nationale* y otros partidos separatistas ganaron más del 9% de los votos en las elecciones de la Asamblea Nacional de Québec. En este período también aparecieron grupos más radicales como el *Front de la Libération du Québec* (FLQ), que, en 1970, secuestró al Comisionado de Comercio en Montréal (el británico James Cross) y al Ministro de Trabajo e Inmigración de Québec. En razón de ello, se declaró el estado de emergencia, se suspendió el ejercicio de los derechos fundamentales y el FLQ fue proscripto.

A medida que la influencia del nacionalismo fue creciendo en Québec, se fue traduciendo en una lucha por el predominio del idioma y la educación franceses. En un principio, el gobierno de Québec insistió para que los carteles comerciales solo estuvieran escritos en francés, pero el Tribunal de Apelaciones de Québec y la Suprema Corte Federal resolvieron que prohibir los carteles comerciales escritos en inglés implicaba una vulneración del derecho a la libertad de expresión. En 1993, se dictó una ley que exigía exhibir en Québec los carteles comerciales en otros idiomas además del francés.

3. El referéndum de 1980

En 1968, el Parti Québécois, fundado por el carismático René Lévesque, popularizó notablemente la política independentista. Luego, con su derrota ante los liberales, el PQ modificó su política planteando un acercamiento gradual a la independencia y a la soberanía de Québec, así como una estrecha asociación económica con el resto de Canadá, y propuso la celebración de un referéndum.

En 1976, el PQ ganó las elecciones provinciales e inmediatamente presentó un proyecto de ley para imponer al idioma francés como única lengua oficial en esa provincia y para crear el *Conseil Supérieur de la Langue Française*.

En la campaña por el referéndum independentista, la propuesta “Soberanía y Asociación” del PQ proyectaba declarar a Québec como una nación soberana y renegociar su relación con el resto de Canadá.

La campaña por el “No”, por su parte, acusó a los separatistas de presentar una propuesta deliberadamente vaga y de minimizar la importancia de su objetivo principal –la independencia– para no atemorizar a los votantes. Por su parte, todas las provincias anglófonas se negaron a garantizar un posible acuerdo de asociación económica con una Québec soberana.

En febrero de 1980, el liberal Pierre Trudeau ganó sorpresivamente las elecciones federales. De ascendencia tanto francófona como anglófona y de gran popularidad personal – inclusive en Québec–, Trudeau se convirtió en un acérrimo opositor al separatismo. Cuestionó la viabilidad económica de una Québec independiente, argumentando que una separación daría lugar a la pérdida de 200.000 puestos de trabajo, lo cual requeriría incrementar en un 19% los impuestos para mantener el nivel por entonces existente de los servicios gubernamentales. Asimismo, sus participantes se mostraron escépticos en cuanto a que Québec estuviera en condiciones de pagar las jubilaciones, capturando así el voto de las personas de más avanzada edad aún indecisas. Además, se dirigieron enérgicamente a las minorías no francófonas de Québec, es decir, a los inmigrantes y a los pueblos originarios canadienses.

Los defensores del “Sí” argumentaron que si Québec perdía tantos puestos de trabajo vinculados con la actividad comercial, esto también repercutiría en las demás provincias y que, por lo tanto, estas tendrían un gran interés en negociar un acuerdo que asegurara la continuación de los intercambios comerciales. También afirmaron que Québec tenía una economía moderna con un enorme potencial agrícola, recursos naturales, energía hidroeléctrica y minerales, y que argumentar su inviabilidad económica era irrazonable.

Otro argumento clave de la campaña fue el de la moneda. Los defensores del “No” sostuvieron que el resto de Canadá no permitiría una unión monetaria con una Québec independiente y que a esta le resultaría difícil seguir utilizando el dólar canadiense.

Durante la campaña también se registró una divergencia de criterios entre mujeres y hombres. Estos se mostraron más propensos a votar por el “Sí”, mientras que las mujeres por el “No”, debido a que la incertidumbre financiera pareció preocuparlas más que a los hombres.

Si bien el debate en torno a la independencia de Québec estuvo signado por el resentimiento y la discordia tanto en el seno de la sociedad quebequense como entre esta y los canadienses anglófonos, lo cierto es que durante y después de la campaña se registraron escasos actos de violencia.

La pregunta referendaria de 1980 fue la siguiente: “El gobierno de Québec ha hecho pública su propuesta de negociar un nuevo acuerdo con el resto de Canadá basado en la igualdad de las naciones. Dicho acuerdo permitirá a Québec tener el poder exclusivo de dictar sus leyes, administrar sus impuestos y establecer relaciones con el extranjero –en otras palabras, tener soberanía– y, al mismo tiempo, mantener una asociación económica con Canadá que incluya una moneda común. Ningún cambio a nivel político que resultare de estas negociaciones se realizará sin la aprobación del pueblo a través de otro referéndum. En estos términos, ¿concede usted al gobierno de Québec el mandato para negociar el acuerdo propuesto entre Québec y Canadá?”

Los resultados de la votación fueron un 59,50% para el “No” y un 40,50% para el “Sí”.

4. El fracaso de los Acuerdos de Meech Lake y de Charlottetown

En 1982 la Constitución canadiense fue “repatriada” o “traída a casa”. Esta Constitución estaba inserta en leyes aprobadas por el Parlamento del Reino Unido y, posteriormente, por el canadiense luego de que a Canadá se le otorgara el derecho a reformar ciertas partes de su Constitución. Después de 1982, Canadá tuvo pleno control de su Constitución, incorporada a una ley canadiense, la *Constitution Act* de 1982. Para ciertos sectores, esto significó un debilitamiento de la autonomía de las provincias en general y de la de Québec en particular. En efecto, la *Charter of Rights* redujo la libertad legislativa que tenía Québec y las reformas introducidas abolieron su derecho de veto sobre eventuales cambios relevantes a nivel constitucional. El gobierno de Québec se negó a ratificar la “repatriación” –circunstancia que marcó un debilitamiento en las relaciones entre Québec y el gobierno federal– y presentó cinco pedidos de reforma constitucional antes de ratificar la Constitución repatriada: 1) el reconocimiento de Québec como una “sociedad distinta”; 2) el derecho de todas las provincias al veto de futuras enmiendas constitucionales; 3) mayores atribuciones provinciales en materia de inmigración; 4) mayor derecho a la compensación financiera para todas las provincias que renunciaran a los programas federales en las áreas de jurisdicción provincial, y 5) participación de las provincias en el nombramiento de senadores y de los jueces de la Suprema Corte de Canadá.

Tras la elección de Brian Mulroney como Primer Ministro de Canadá en 1984, la escena política cambió rotundamente. El *Premier* de Québec René Lévesque llegó a un acuerdo con el nuevo gobierno federal, abandonó su intención separatista y accedió a negociar una reforma constitucional. Sin embargo, las negociaciones no prosperaron y el Acuerdo de Meech Lake – como se dio en llamar– fracasó.

Posteriormente, el sentimiento separatista resurgió en Québec y, en 1992, el Partido Liberal de Québec propuso la celebración de un nuevo referéndum y un nuevo acuerdo en Charlottetown que previera reformas constitucionales no solo vinculadas al caso de Québec, sino también al estatus de los pueblos originarios, al equilibrio de atribuciones entre los gobiernos provinciales y el federal, a la reforma del Senado y a otras cuestiones. Se realizaron dos referéndums –uno a nivel federal y otro en Québec–, pero los resultados de ambos rechazaron el Acuerdo de Charlottetown.

5. El referéndum de 1995

En 1994, el PQ volvió a acceder al poder en Québec con la promesa de que propondría un nuevo referéndum. Los partidos quebequeses que favorecían la independencia llegaron a un acuerdo y propusieron la celebración de un referéndum en 1995.

5.1. La campaña

La campaña por el “Sí” desplegó la siguiente estrategia:

- apelar a los sentimientos de solidaridad nacional de los quebequeses;

- destacar que la estructura federal existente era inamovible y, por lo tanto, desventajosa para Québec;
- demostrar que la soberanía produciría ganancias;
- convencer a los votantes de que la asociación con el resto de Canadá daría lugar a una protección contra el aislamiento político y posibles problemas económicos.

Al igual que en 1980, en 1995 la idea de la independencia estuvo matizada por una propuesta de continuidad con el estrecho vínculo con el resto de Canadá y de estabilidad en las relaciones internacionales de Québec.

El gobierno de Québec presentó un proyecto de ley que prometía negociar la asociación económica con el resto de Canadá y una serie de garantías tendientes a minimizar las preocupaciones de los indecisos vinculadas a la eventual secesión de Canadá. El proyecto proponía lo siguiente:

- los quebequenses tendrían la posibilidad de acceder a ambas ciudadanías: la de Québec y la canadiense;
- Québec utilizaría el dólar canadiense;
- Québec negociaría una participación equitativa de las deudas y los bienes de Canadá;
- Québec formaría parte de las Naciones Unidas, la NATO, NORAD (Mando Norteamericano de Defensa Aero-espacial) y de la Organización Mundial del Comercio;
- Québec asumiría las obligaciones y gozaría de los derechos establecidos en todos los tratados canadienses.

Por su parte, la campaña por el “No” confió desde un comienzo en la victoria. Destacó la circunstancia de que la separación del resto de Canadá llevaría a rupturas e incertidumbres, y ofreció flexibilidad constitucional prometiéndole a Québec algunas de las reformas pretendidas.

Según un sondeo realizado en septiembre de 1995, la población todavía estaba confundida con respecto a lo que se estaba ofreciendo. El 62% de los quebequenses pensaba que si ganaba el “Sí” utilizarían el dólar canadiense; el 45% pensaba que iba a poder utilizar el pasaporte canadiense, y el 69%, que se concretaría una unión económica con el resto de Canadá.

Los federalistas argumentaron que las propuestas de la campaña por el “Sí” –tales como la utilización del dólar canadiense y la adhesión a organizaciones internacionales– dependían en mayor o menor medida tanto del consentimiento del resto de Canadá como de los otros países y de las organizaciones internacionales. En relación con los tratados y convenciones, tanto los Estados Unidos como Canadá y México declararon que no estaba garantizado el ingreso automático de Québec al NAFTA.

La campaña por el “No” procuró infundir en los quebequenses cierto temor por la posibilidad de que se generara inestabilidad en caso de que ganara el “Sí”. Sin embargo, lo hizo sin crear una atmósfera de hostilidad –circunstancia que favorecería al “Sí”– y sin menoscabar la imagen de un Canadá construido en base al respeto y a la conciliación.

A último momento y debido a la presión ejercida por los quebequenses partidarios del “No”, la campaña por el “No” decidió proponer una reforma constitucional más clara. El 25 de octubre, Jean Chrétien apareció en televisión planteando que Canadá debía aceptar las exigencias básicas de Québec, excepto la de soberanía. Se expresó de este modo: “Debemos reconocer que el idioma, la cultura y las instituciones de Québec la convierten en una sociedad distinta. No deben efectuarse reformas constitucionales que afecten a Québec sin el consentimiento de los quebequenses. Todos los gobiernos, tanto federales como provinciales, deben responder a los deseos de los canadienses –de todo el país– a fin de lograr una mayor descentralización”.

Otro de los temas importantes del debate fue la diferencia en el estándar de vida existente entre las provincias anglófonas y Québec. Algunos sectores favorables al “Sí” atribuyeron la relativa pobreza de Québec a la “dominación” ejercida por las provincias anglófonas. Lo cierto es que dentro de Québec también existen disparidades económicas. En 2012, el ingreso promedio de los anglófonos quebequenses todavía era mayor que el de los francófonos. Además, según ciertas proyecciones realizadas recientemente, en las próximas décadas Québec se convertiría en una de las provincias más pobres de Canadá. La provincia de Alberta y otras provincias del oeste canadiense se han desarrollado rápidamente en parte gracias a la industria energética.

Los posibles efectos de la secesión en la economía de Québec y el interrogante acerca de qué moneda utilizaría una Québec independiente también fueron algunas de las cuestiones más relevantes debatidas durante la campaña. El “No” dejó en claro que Québec contaba con importantes recursos económicos que hacían viable una economía independiente. Sin embargo, enfatizó que las rupturas e incertidumbres ocasionadas durante todo el proceso referendario así como durante un eventual proceso de separación tendrían un costo altísimo. Argumentó que la economía de Québec sería intrínsecamente menos estable y más vulnerable a las fuerzas externas y que Québec no tendría gravitación alguna en los foros internacionales ni en las tratativas comerciales. El debate también se centró en el interrogante de si Québec, como nuevo Estado soberano, heredaría automáticamente los derechos y las obligaciones que implica adherir a acuerdos tales como el GATT o NAFTA, o si tendría que renegociar los términos de los acuerdos comerciales con las otras partes.

Resulta evidente que las preocupaciones por los problemas económicos determinaron la votación de los quebequenses. Los votantes de mayor edad y las mujeres tendieron a rechazar la soberanía, sobre todo debido al costo y a la inestabilidad financiera que una secesión podía entrañar. Lo cierto es que tanto Québec como Ontario estaban en una situación de déficit fiscal y la circunstancia de tener que financiarlo en forma independiente podía dar lugar a un alza de la tasa de interés que el gobierno de Québec debería pagar para acceder a créditos en los mercados financieros. Paralelamente, los impuestos deberían elevarse para reducir el déficit.

Otro tema controvertido en el período previo al referéndum fue el de los derechos de los pueblos originarios canadienses. En efecto, una parte del territorio de

Québec había sido cedida por Canadá a Québec a principios del siglo XX, garantizando ciertos derechos concedidos por la legislación canadiense a los pueblos originarios que vivían allí. Surgió, entonces, la necesidad de determinar si tales derechos serían trasladados a la legislación quebequense en caso de separación del resto de Canadá. Lo cierto es que varios grupos indígenas habían acordado con el gobierno federal diversas cuestiones tales como la construcción de un proyecto hidroeléctrico en James Bay, en tierras sobre las que los pueblos originarios tenían derechos. Además, el proyecto de ley del '94 –que proponía una declaración unilateral de soberanía– afirmaba que la nueva Constitución de Québec reconocería los derechos constitucionales existentes de los pueblos originarios. Los Cree de Québec se manifestaron en desacuerdo con el mismo y declararon que si los quebequenses tenían derecho a separarse de Canadá, ellos tenían derecho a conservar su territorio dentro de Canadá. También argumentaron que, conforme al derecho internacional, ellos constituían una nación y que Québec no tenía derecho a incorporar sus territorios a una Québec independiente. Junto con los Inuit, los Cree celebraron sus propios referéndums, en los que la gran mayoría de los votantes se opuso a que sus territorios fueran incorporados unilateralmente a una Québec independiente. Del mismo modo, otros grupos manifestaron su deseo de permanecer dentro de Canadá. Por su parte, el PQ y otros separatistas quebequenses rechazaron la idea de que los grupos aborígenes tuvieran el mismo derecho a la libre determinación que los quebequenses.

En otro orden de cosas, ciertos sectores de la campaña por el “No” acusaron a los separatistas quebequenses de xenofobia y de que excluían a los quebequenses no francófonos o no blancos. Sin embargo, la política oficial del movimiento separatista proclamó que la nacionalidad se basaría en el lugar de nacimiento y de residencia, y no en el grupo étnico, y que los derechos de las minorías serían protegidos en una Québec independiente.

Por otra parte, en 1995 la política de defensa –que prácticamente no había sido debatida durante la campaña independentista de 1980– se convirtió en un importante tema de debate. Los separatistas pretendían mantener la adhesión de Québec a la NATO y a NORAD, y se discutió si los demás miembros de dichas organizaciones invitarían a Québec a convertirse en un nuevo miembro. En el seno de la NORAD se planteó que no era necesaria la adhesión de una Québec independiente y, además, que los Estados Unidos se opondrían a ella.

La pregunta referendaria de 1995 fue la siguiente: “¿Está usted de acuerdo con que Québec se convierta en un Estado soberano después de presentar una propuesta formal a Canadá de integrar una nueva asociación económica y política en el ámbito de aplicación del proyecto de ley sobre el futuro de Québec y del acuerdo firmado el 12 de junio de 1995?”. El 50,58% votó por el “No” y el 49,42%, por el “Sí”.

Es evidente que los argumentos económicos y la cuestión de la asociación con el resto de Canadá resultaron cruciales en la votación. El temor por los problemas económicos y el aislamiento político constituyeron quizás el mayor obstáculo para que ganara el “Sí”. En efecto, los sondeos demostraron que los votantes eran más propensos a votar a favor si se les garantizaba que la asociación con el resto de Canadá

podía negociarse exitosamente, mientras que sin tal asociación, la soberanía sería decisivamente rechazada.

6. Después del referéndum de 1995

Al igual que en 1980, el gobierno federal de Chrétien propuso algunas reformas constitucionales tras el fracaso de la campaña por el “Sí”. Sin embargo, en la práctica hubo muy pocos cambios constitucionales.

Un año después de la celebración del referéndum, la Universidad McGill publicó un informe independiente sugiriendo que había habido fraude en la votación. Asimismo, según otra investigación publicada en 2007, la campaña por el “No” había violado el reglamento de campaña porque había utilizado fondos federales (una suma de CAD 539.000) cuyo uso no había autorizado el funcionario responsable del comité por el “No”.

La controversia por la conducta demostrada durante las elecciones aún continúa. En 2013, a raíz de una exhaustiva investigación realizada en relación con la corrupción por la Charbonneau Commission, se supo que en el referéndum de 1995, un miembro del Partido Liberal de Québec había utilizado miles de dólares provenientes de fondos no contabilizados para comprar espacios publicitarios que serían destinados a la colocación de afiches favorables al “No” y para emplear personal que vigilara que los mismos no fueran arrancados.

Por otra parte, el gobierno federal solicitó a la Suprema Corte que se expidiera sobre los siguientes puntos:

(1) Conforme a la Constitución de Canadá, ¿están legitimadas la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Québec para llevar adelante unilateralmente la secesión de Québec del resto de Canadá?

(2) ¿Garantiza el derecho internacional a la Asamblea Nacional, a la legislatura o al gobierno de Québec el derecho a llevar adelante unilateralmente la secesión de Québec del resto de Canadá? ¿Reconoce el derecho internacional un derecho a la autodeterminación que garantice a la Asamblea Nacional, a la legislatura o al gobierno de Québec el derecho a llevar adelante unilateralmente la secesión de Québec del resto de Canadá?

(3) En caso de conflicto entre el derecho nacional y el internacional sobre el derecho de la Asamblea Nacional, de la legislatura o del gobierno de Québec a llevar adelante unilateralmente la secesión de Québec del resto de Canadá, ¿cuál prevalecería en Canadá?

En 1998, respondiendo a la primera pregunta, la Suprema Corte sostuvo que el referéndum no legitimaba a Québec a decidir unilateralmente la secesión y, al mismo tiempo, que no debía ser ignorada la voluntad de Québec de separarse del resto de Canadá: Québec no está legitimada –independientemente de un referéndum con un resultado claro– para invocar un derecho a la autodeterminación con el fin de imponer los términos de una secesión a las demás partes de la federación. El voto democrático –no importa cuán categórica sea la mayoría– no produce un efecto jurídico propio y tampoco desplaza los principios del federalismo y el Estado

de derecho, ni los derechos de las personas y de las minorías, ni la vigencia de la democracia en las otras provincias o en todo Canadá. Los derechos democráticos que garantiza la Constitución no pueden divorciarse de las obligaciones constitucionales. Tampoco es aceptable lo contrario: el ordenamiento constitucional de Canadá no puede mantenerse indiferente frente a la expresión genuina de la voluntad de la mayoría de los quebequenses de separarse del resto de Canadá.

En respuesta a la segunda pregunta, la Suprema Corte sostuvo que el derecho internacional únicamente reconoce el derecho de secesión a los pueblos oprimidos o colonizados: el derecho de secesión se funda únicamente en el principio de autodeterminación de los pueblos, es decir, existe en el supuesto en que un pueblo se encuentra dominado por un imperio colonial, cuando está sometido a la subyugación, dominación o explotación extranjera y se le niega el ejercicio de su derecho a la autodeterminación dentro del Estado del que forma parte. En efecto, se supone que los pueblos adquieren autodeterminación dentro del ámbito del Estado existente. Un Estado cuyo gobierno representa a la totalidad del pueblo o de los pueblos que residen en su territorio sobre la base de la igualdad y la no discriminación y respeta los principios de autodeterminación en sus acuerdos internos tiene derecho a mantener su integridad territorial de acuerdo con lo que dispone el derecho internacional y a que los demás Estados la reconozcan. Québec no es un pueblo colonizado u oprimido y tampoco puede aducirse que a los quebequenses se les haya negado el acceso al gobierno para poder desarrollarse política, económica, cultural y socialmente. En este contexto, el derecho internacional no reconoce a la Asamblea Nacional, a la legislatura y al gobierno de Québec el derecho a decidir unilateralmente su secesión del resto de Canadá.

Respondiendo a la tercera pregunta, la Suprema Corte sostuvo que no existía conflicto alguno entre el derecho internacional y la Constitución de Canadá.

En diciembre de 1999, el gobierno federal canadiense trató de hacer efectiva la decisión de la Suprema Corte mediante la presentación de un proyecto de ley (*Bill C-20*) que fue aprobado el 15 de marzo de 2000 y que establecía lo siguiente:

(1) El papel de la Cámara de los Comunes en la formulación de la pregunta referendaria: la Cámara de los Comunes tiene treinta días para determinar si la pregunta relativa a la secesión es suficientemente clara. La pregunta solo puede referirse a la secesión y no a otros asuntos tales como futuras negociaciones con Canadá.

(2) El papel de la Cámara de los Comunes en la evaluación de los resultados: la Cámara de los Comunes deberá tomar en cuenta a qué porcentaje asciende la mayoría de votos válidos favorables a la secesión, el porcentaje de votantes empadronados que efectivamente votaron y demás consideraciones. El proyecto no estipula una mayoría que constituya, *per se*, un umbral mínimo a estos fines.

(3) La prohibición de que los ministros del gobierno federal participen en las negociaciones vinculadas a los aspectos prácticos de la secesión, a menos que la Cámara de los Comunes haya corroborado que la expresión de la voluntad de la población de una provincia es auténtica.

(4) La secesión debe efectivizarse a través de una reforma constitucional en la que deben participar el gobierno federal y todas las provincias.

(5) La prohibición de que los ministros del gobierno federal reformen la Constitución para efectivizar la secesión, a menos que sean abordadas las siguientes cuestiones: la división de activos y pasivos; cualquier cambio relativo a las fronteras de la provincia; los derechos, intereses y reclamos territoriales de los pueblos aborígenes, y la protección de los derechos de las minorías.

7. Epílogo: pasado y futuro del separatismo

Después de la derrota de 1995, el PQ perdió popularidad y el movimiento separatista se dividió en dos sectores: uno moderado y otro más intransigente.

En septiembre de 2012, dicho partido sostuvo que un referéndum sobre la soberanía de Québec era inviable en el futuro inmediato. Asimismo, en un sondeo de opinión, se intentó determinar si el resto de los canadienses estaría a favor de pactar con Québec un acuerdo de negociación en caso de que un referéndum sobre la soberanía ganara, y alrededor del 60% de los encuestados respondió que no: que en esas circunstancias estarían a favor de una total separación.

Recientemente, solo el 32% de los quebequenses manifestó estar a favor de una Québec independiente. El 28% sostuvo que Québec debería contar con mayor independencia pero permanecer dentro de Canadá. Pero la mayor proporción, el 36%, afirmó que Québec tenía soberanía suficiente y que debía seguir siendo parte de Canadá.

Todo esto indica que, contrariamente a lo que podría sugerir el “mito nacional” de Québec, a partir del fracaso del referéndum de 1995, el apoyo al separatismo ha ido debilitándose. Lo mismo ha ocurrido en otras provincias. En efecto, la escena política federal ha cambiado por completo. El poder del Partido Liberal se ha reducido notablemente, mientras que el Partido Conservador se ha vuelto a imponer en la mayor parte del oeste del país. En las elecciones de 2011, un nuevo partido, el Nuevo Partido Democrático, arrasó en Québec.

¿El separatismo en Québec está viviendo un debilitamiento a largo plazo a raíz del fracaso del referéndum de 1995 o es, acaso, víctima de un giro hacia la derecha en la política? No es fácil responder a esta pregunta. Lo cierto es que el movimiento separatista tendió a generar inestabilidad política en el resto de Canadá. Además, es posible que las fuerzas económicas que están elevando el estándar de vida en la provincia de Alberta impliquen que la próxima amenaza importante para el sistema federal de Canadá puede provenir del oeste del país más que de los habitantes francófonos.

También es cierto que el electorado de Québec parece cansado de la idea separatista. Es indudable que los dos referéndums provocaron grandes controversias a nivel nacional. Las campañas revelaron las dificultades prácticas y legales que la separación traería aparejadas y muchos argumentaron que la incertidumbre con respecto al destino de Québec produjo perjuicios económicos en los años '80 y '90. La moral también parece haber sido perjudicada por una serie de escándalos de corrupción, y muchos quebequenses sienten que actualmente Québec no se encuentra en una situación suficientemente sólida como para enfrentar una secesión del resto de Canadá.

Sin embargo, existen ciertos indicios que muestran que la cuestión de la secesión de Québec puede resurgir. El Canadá anglófono ha reafirmado su herencia inglesa: la Armada y la Fuerza Aérea han vuelto a anteponer la palabra “Real” a sus títulos.

Independientemente de que se haya dado un claro giro hacia el conservadurismo en todo Canadá, las actitudes hacia el separatismo en Québec se han vuelto más hostiles. En efecto, un estudio realizado en 2006 sobre el tratamiento que el periódico más importante del país –el *Globe and Mail*– dio al caso del separatismo de Québec demostró la existencia de un considerable endurecimiento a partir de las elecciones de 1995, reflejando el sentimiento de que los quebequenses “habían ido demasiado lejos” en 1995 y la difusión de la idea –hasta ese momento, circunscripta al oeste del país– de que los anglófonos deberían “dejar que Québec se separe”. Si en las provincias anglófonas se acentúa el giro pro-inglés y hacia la derecha, y los canadienses anglófonos siguen distanciándose del multiculturalismo y mostrando una postura menos complaciente con respecto al separatismo, es probable que los sentimientos separatistas vuelvan a aflorar entre los francófonos. Además, el notable aumento de la prosperidad en Alberta y en el oeste del país puede agudizar la polarización.

El historiador quebequense Marc Chevrier argumenta que el movimiento separatista de Québec puede resultar difícil de comprender desde afuera: en su opinión, se trata de una minoría que se queja de su estatus en una sociedad pacífica y próspera en la que el respeto por los derechos humanos tiene una gran relevancia. Además, Chevrier explica que la sociedad quebequense –así como otras sociedades– se está enfrentando a una serie de problemas tales como la globalización de la economía, la erosión de las barreras entre los países y los pueblos, el surgimiento de los regionalismos y de las identidades políticas. En efecto, cómo reconciliar el nacionalismo y la democracia, la autonomía política y la interdependencia económica, el liberalismo y el pluralismo social, son problemas con los que los quebequenses se enfrentan a diario y que probablemente expliquen por qué tienen tantas dudas respecto de su futuro político.

Por otra parte, según un comentarista, después del referéndum de 1995 los canadienses anglófonos se muestran más propensos a pensar en un Canadá sin Québec. Lo cierto es que las cuestiones sobre el tapete no solo conciernen a la soberanía de Québec y a la descentralización del poder a favor de las provincias, sino también a la controvertida cuestión de la reforma del Senado, al rol de la monarquía en la política canadiense y al estatus constitucional de los pueblos originarios. Si bien reabrir el debate sobre la reforma constitucional puede no resultar muy popular, tarde o temprano esto sucedería. Las posibilidades de que las negociaciones sobre la Constitución sean exitosas dependerán probablemente de la cuestión primordial: el futuro de Québec.

CÁMARA DE LOS COMUNES DEL REINO UNIDO, *The Quebec Referendums*, Research Paper 13/47 del 25-7-2013, en <<http://www.parliament.uk/briefing-papers/RP13-47>>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO DE SECESIÓN (ESCOCIA).

1. *Introducción*

En mayo de 2011, el Partido Nacional Escocés (SNP, por sus siglas en inglés) –promotor de la independencia de Escocia– ganó la mayoría de las bancas en las elecciones del Parlamento escocés. Desde entonces gobierna en el marco de la devolución de poderes acordado por la Scotland Act (SA) de 1998, que fue reformada en 2012. El 15 de octubre de ese año, el gobierno del Reino Unido y el de Escocia firmaron un acuerdo para convocar a un referéndum sobre la independencia de esa nación del Reino Unido.

2. *Un referéndum de autodeterminación propuesto por el Partido Nacional Escocés*

Según el SNP, la soberanía popular es característica de Escocia. En efecto, el 6 de abril de 1320, algunos nobles escoceses, deseosos de reforzar la legitimidad de Roberto I de Escocia frente a las pretensiones de Eduardo II de Inglaterra, publicaron una declaración en Arbroath, reservándose el derecho de rebelión en caso de que el monarca inglés faltara a sus obligaciones. Posteriormente, esta doctrina fue reconocida en varias ocasiones, en particular en un fallo de la *Court of Session* de 1953. Asimismo, en nombre de dicho principio, en el año 1998, representantes de los partidos laborista, liberal-demócrata y nacional escocés redactaron la *Claim of Right* instando a la creación de una convención constitucional para elaborar un proyecto de devolución de poderes, que fue publicado en 1995 y constituyó el fundamento de la SA de 1998.

El SNP ha considerado durante mucho tiempo que la obtención de la mayoría absoluta de las bancas escocesas en la Cámara de los Comunes le brindaría el poder necesario para realizar negociaciones con el gobierno británico para la independencia de Escocia. Sin embargo, incluso en el momento de su histórico avance en 1974, el SNP no obtuvo más que 11 de las 71 bancas escocesas.

Ahora bien, en el año 2000 los dirigentes del SNP –principal partido de oposición después de los laboristas– tomaron nota de las reticencias del electorado y revisaron su postura. En 2007, accedieron al poder porque muchos electores votaron su programa social-demócrata más ambicioso que el de los laboristas, sabiendo que más adelante iban a tener que pronunciarse sobre el estatuto escocés. El SNP obtuvo 47 bancas sobre 129, contra 46 de los laboristas.

Entre 2007 y 2011, el SNP estuvo obligado a formar un gobierno minoritario. En efecto, los liberal-demócratas –que gobernaban con los laboristas desde 1999– se negaban a aliarse con un partido independentista. Sin embargo, en 2007, el Primer Ministro escocés Alex Salmond inició conversaciones a nivel nacional a través de reuniones públicas y un sitio en Internet. Esta iniciativa llevó a los partidos unionistas (inclusive a los conservadores) a crear una comisión de reflexión (presidida por Sir Kenneth Calman) para reformar la SA de 1998. En noviembre de 2009, al

constatar que las recomendaciones de dicha comisión –el Informe Calman– tenían más popularidad que su propio proyecto de independencia, Salmond redactó un segundo *libro blanco*, en vistas a un referéndum de dos preguntas: una relativa a la independencia y otra a la devolución de poderes. Asimismo, reorientó su campaña con el propósito de denunciar las insuficiencias del Informe Calman –sobre todo después de que el gobierno de David Cameron presentara el *Scotland Bill* fundado en dicho Informe–, el cual autorizaba al Parlamento escocés a recabar alrededor del 30% de sus gastos en forma de impuestos. El SNP no solo consideró insuficiente dicha proporción, sino que exigió la transferencia de ciertos impuestos que le permitiera llevar adelante políticas diferentes. A pesar de su victoria en las elecciones de 2011, el gobierno británico no concedió al SNP más que ciertas garantías para la reducción de su dotación correspondiente a los nuevos ingresos. La SA fue aprobada por unanimidad por el Parlamento británico en abril de 2012 y el gobierno británico no pudo seguir ignorando el objetivo último del SNP.

3. Las modalidades del referéndum de 2014

En enero de 2012, el representante escocés en la Cámara de los Comunes y Secretario de Estado para Escocia, Michel Moore, publicó un documento que reconocía la legitimidad política del gobierno escocés, pero planteaba las siguientes condiciones: el referéndum debía ser legal (es decir que debía contar con el consentimiento del Parlamento británico), equitativo (respetuoso de las reglas establecidas por la ley y por la Comisión Electoral) y decisivo (la pregunta no debía dar pie a ambigüedades y debía ser formulada rápidamente).

El vice-primero ministro Sturgeon llevó adelante negociaciones con Michel Moore para arribar a un acuerdo entre los dos Primeros Ministros. El 15 de octubre de 2012, David Cameron autorizó a Alex Salmond a organizar un referéndum de autodeterminación y, en enero de 2013, el Parlamento británico aprobó una serie de reglamentaciones en términos del art. 30 de la SA de 1998 tendientes a modificar su anexo 5º, que enumera los *domaines réservés*. Los representantes y los lords se lamentaron de su falta de poder al verse imposibilitados de enmendar el texto a pesar de su brevedad y del margen discrecional otorgado al gobierno escocés.

El referéndum deberá tener lugar antes de la finalización del año 2014 (art. 3.3). El SNP prevé su realización en el otoño de ese año a fin de convencer a los indecisos (20-25%); también aspira a sacar provecho de los Juegos del *Commonwealth*, que se realizarán en Glasgow, y del 700º aniversario de la victoria del rey Robert I de Escocia contra los ingleses, en Bannockburn. Asimismo cuenta con la creciente impopularidad de la política de austeridad implementada por la coalición, la cual preconizaba una consulta rápida, ya que solo un tercio de los escoceses eran favorables a la independencia en 2012.

El referéndum deberá referirse únicamente a la independencia de Escocia del resto del Reino Unido (art. 3.4). De esta manera, todas las cuestiones relativas a una devolución de competencias suplementarias al Parlamento escocés que trascienda la SA de 2012 quedan descartadas, ya que el gobierno británico considera que la

devolución solo se origina en el Parlamento británico. En tercer y último lugar, el reglamento prohíbe realizar otras consultas sobre el mismo tema por iniciativa del Parlamento escocés (art. 3.1).

En cuanto a las modalidades, el reglamento prevé que la *Political Parties, Elections and Referendums Act de 2000* (PPERA) se debe aplicar a dos aspectos relevantes de la competencia del Parlamento británico (art. 4): la campaña en los medios audiovisuales públicos y privados (que deben permanecer imparciales) y el material electoral (que debe ser enviado gratuitamente).

El padrón electoral será el mismo que el de las elecciones para cubrir bancas en el Parlamento escocés (punto 9), el cual hace prevalecer el criterio de la residencia. Los residentes de la Unión Europea que viven en Escocia podrán votar —a diferencia de los escoceses residentes en el resto del Reino Unido—, circunstancia que los parlamentarios unionistas han lamentado, en particular por lo que hace a los militares llamados a servir en una Escocia independiente. Sin embargo, el SNP rechaza todo criterio étnico. Es más, el gobierno escocés podrá extender el derecho de voto a los jóvenes de 16 y 17 años de edad, los cuales, por otra parte, están autorizados a votar en los Consejos Regionales que administran el Servicio Sanitario Público. Además, espera aprovechar el entusiasmo de los jóvenes respecto de su proyecto y deberá confeccionar listas electorales complementarias, proceso que, tratándose de menores, es costoso y delicado.

En enero de 2012, el gobierno escocés formuló la siguiente pregunta referendaria: “¿Está usted de acuerdo con que Escocia debería ser un país independiente?”. Tal como lo prevé el acuerdo del 15 de octubre, la pregunta ha sido sometida a la evaluación de la Comisión Electoral, que examinará su inteligibilidad por medio de muestras representativas del electorado. Ahora bien, según la Comisión de Asuntos Escoceses de la Cámara de los Comunes (que solo cuenta con representantes unionistas desde la salida del SNP), los términos “Está usted de acuerdo” invitan a la aquiescencia, mientras que el término “país” no es de naturaleza jurídica. Además, según dicha Comisión, la pregunta soslaya toda referencia al resto del Reino Unido.

La organización del referéndum será establecida en una ley que votará el Parlamento escocés (punto 14). El gobierno escocés podrá solicitar a la *Electoral Management Board*—comisión escocesa creada para las elecciones locales— la conducción del escrutinio y el anuncio de los resultados. Además, deberá elevar esta cuestión en consulta a la Comisión Electoral, sin que la opinión que emita sea vinculante.

El asunto de la financiación está en discusión. Tratándose de recursos, el gobierno escocés no desea recibir financiamiento público. Si bien su objetivo es inspirarse en las disposiciones de la PPERA según las cuales las donaciones superiores a £500 deben provenir de los residentes en el Reino Unido, el SNP podría aceptar pequeñas contribuciones provenientes del extranjero. Los unionistas, por su parte, son contrarios a la posibilidad de que personas que no viven en Escocia ejerzan su influencia. En lo concerniente a los gastos, el gobierno escocés prevé imponer límites inferiores a la mitad de los autorizados para las elecciones de su Parlamento.

El Parlamento escocés deberá fundamentar toda disposición contraria a la opinión de la Comisión Electoral (puntos 8 y 27). Si bien el referéndum será *made in Scotland*, deberá respetar los principios de equidad a fin de prevenir cualquier impugnación ulterior.

4. Los argumentos políticos

4.1. La estrategia del SNP

Yes Scotland lleva adelante la campaña por el “Sí”. Su comité directivo está integrado por algunas personalidades mediáticas, un ex diputado laborista (Dennis Canavan) y el pequeño Partido Verde. Su director Blair Jenkins no adhiere al SNP: en mayo de 2012 lanzó una declaración de intención que procura hacer firmar a un millón de electores; además, ha constituido algunos subgrupos (mujeres, homosexuales, “New Scots”, es decir, los inmigrantes y sus descendientes) encargados de convencer a las personas afines. Cuenta con dos ventajas sin igual en la vida política escocesa: el archivo informático actualizado del SNP de los hogares escoceses, y el gran estrategia y político popular A. Salmond.

Según el SNP, Escocia debe liberarse de una unión que limita sus posibilidades de acción y conservar, a la vez, una relación estrecha con Inglaterra y con la Reina como jefe de Estado (remitiéndose al Tratado de 1707 y no a la Unión de las Coronas de 1603). Fundándose en los derechos adquiridos, el nuevo Estado defendería los valores escoceses, cuyo conjunto se encuentra garantizado por una Constitución escrita. Se otorgaría la ciudadanía a todos los residentes en suelo escocés. Se preservaría el Estado de bienestar, dado que el Parlamento escocés ya ha restaurado sus principios originales y la gratuidad para todos, independientemente de los ingresos que perciba. En principio, el financiamiento sería garantizado por los recursos energéticos, por el petróleo del Mar del Norte que se encontraría esencialmente en aguas escocesas y también por las energías renovables. Además, Escocia disminuiría la presión fiscal a las empresas a fin de atraer a los inversores, siguiendo el modelo de la República de Irlanda. En fin, administraría eficazmente los fondos públicos reduciendo gastos de administración y liberándose del armamento nuclear británico que se encuentra en su territorio.

El SNP le promete a Escocia cumplir un rol en el plano internacional no obstante su pequeña superficie. Sin embargo, en 2012 debió revisar su programa que había sido objeto de duras críticas. A pesar de prometer una adhesión automática a la Unión Europea, Salmond tuvo que admitir que debería negociar las modalidades de la misma. En cuanto a la moneda única, si bien el SNP se habría comprometido a adoptarla, la crisis financiera llamó a adoptar una actitud más prudente. Los nacionalistas sostienen que el nuevo Estado continuaría utilizando la libra esterlina y a la vez podría hacer escuchar sus exigencias ante el Banco de Inglaterra. Además, el SNP ha operado un cambio radical en relación con la OTAN, de la que aspira a formar parte.

Por su parte, los adversarios del SNP procuran denunciar las lagunas existentes en este programa.

4.2. La posición de los partidos “unionistas”

Los tres partidos unionistas constituyeron una organización llamada *Better Together*, dirigida por el diputado escocés laborista ante la Cámara de los Comunes Alistair Barling, los conservadores a los que se asocia con el neoliberalismo de Margaret Thatcher y los liberal-demócratas que sufren los efectos de su alianza con estos últimos en Londres. Esta asociación de tres partidos habituados a la confrontación entre sí no deja de suscitar el sarcasmo del SNP.

Los diputados unionistas del Parlamento escocés procuran influir en el proyecto de ley sobre la organización del referéndum y reencontrar el consenso recibido en todas las reformas anteriores. A principios del 2013, Sturgeon prometió asociarlos a las negociaciones con el gobierno británico luego de la realización del referéndum.

A pesar del optimismo de la campaña unionista, esta se focaliza en los riesgos de la independencia. En efecto, varias comisiones parlamentarias en Westminster han realizado encuestas sobre las consecuencias del “separatismo” del SNP. La Comisión de Asuntos Escoceses publicó informes con títulos muy elocuentes sobre el proyecto de referéndum del gobierno escocés o sobre la pérdida de empleos en las bases nucleares y los astilleros navales de Clyde. Además, los diputados unionistas dudan de la viabilidad económica de un Estado fundado en recursos fluctuantes o potenciales y dependiente de la política monetaria del Banco de Inglaterra.

5. Conclusión

El gobierno escocés puede jactarse de estar dando un paso histórico, ya que podrá definir, de forma absolutamente legal, las modalidades de organización del referéndum, su objetivo último. A. Salmond valida de este modo la vía progresiva que persigue desde su ascenso a la cabeza del SNP en 1990 frente a los “fundamentalistas” que rechazan cualquier tipo de compromiso para alcanzar la independencia. Esta consulta se ha convertido en el centro de la vida política escocesa.

Por otra parte, lo cierto es que el gobierno británico, visceralmente hostil a esta amenaza de fragmentación del Reino Unido, ha optado por facilitar la consulta, haciendo prevalecer el pragmatismo y el respeto por el espíritu de la devolución de poderes. El Parlamento escocés se ha impuesto en la vida política británica como el representante del pueblo escocés, al que el Parlamento británico confiere ciertos poderes de forma permanente o puntual.

Post-scriptum

En marzo de 2013, el gobierno del SNP ha manifestado su propósito en dos proyectos de ley y en una declaración en el Parlamento escocés. El referéndum tendrá lugar el 18 de septiembre de 2014. Un padrón complementario será creado para los menores y la divulgación de la identidad de estos será fuertemente controlada. El SNP se atenderá a la opinión emitida por la Comisión Electoral a fines del mes

de enero tanto con respecto a la formulación de la pregunta como a los límites de gastos (£1.5 millones para cada campaña multipartidaria; límites variables para los partidos políticos de acuerdo con los resultados que hayan obtenido en las elecciones de 2011 dando lugar a que se entreguen £1.3 millones al SNP y £150.000 a los demás participantes autorizados).

Notas del Instituto: “libro blanco” es un documento o guía con autoridad destinada a ayudar a los lectores a comprender un tema, resolver o afrontar un problema o tomar una decisión. Son utilizados especialmente en el ámbito gubernamental y en el marketing.

CAMP-PIETRAIN, Edwige, “Le référendum d'autodétermination en Écosse”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, N° 94, pp. 259/267.



PODER JUDICIAL. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (ISRAEL).

Introducción: la historia institucional de Israel

Israel es un país joven, en términos relativos, a nivel mundial. Cuando la ONU adoptó, en noviembre de 1947, el Plan de Partición de Palestina, el poder británico llegó a su fin y el Estado de Israel proclamó su independencia en mayo de 1948, momento en el que dispuso organizar las instituciones del Estado en términos de una Constitución, que sería aprobada por una asamblea constituyente llamada “Primera Kneset”. Sin embargo, una fuerte oposición paralizó los debates, y esto dio lugar a que se disolviera la Primera Kneset sin haber aprobado una Carta Magna y a que se adoptara la “decisión *Harari*”, conforme a la cual la Constitución se elaboraría “capítulo por capítulo”. Cada uno de estos tomaría el nombre de Ley Fundamental, formando en su conjunto la Constitución israelí. Se encomendó a la Comisión de Leyes y de Justicia del Parlamento la elaboración de estas Leyes Fundamentales.

Cuando se disolvió la Primera Kneset, en 1951, se adoptó una ley de transición hacia la Segunda Kneset, según la cual las atribuciones de la primera pasaban a la segunda y sucesivamente a las futuras integraciones del Parlamento. El segundo Parlamento comenzó a trabajar en la elaboración de las Leyes Fundamentales. La decisión *Harari* tuvo como consecuencias el abandono de la idea de adoptar una Constitución definitiva para el Estado de Israel, sustituyéndola por la elaboración gradual de la Carta Magna. Actualmente existen once Leyes Fundamentales, pero no una Constitución israelí.

Para 1992, se había aprobado la casi totalidad de las Leyes Fundamentales sobre las instituciones israelitas, pero la Kneset no había adoptado el capítulo de derechos humanos. A fines de ese año, se promulgaron solamente dos Leyes Fundamentales de derechos humanos: la Ley Fundamental sobre la Dignidad del Hombre y su Libertad, y la Ley Fundamental sobre la Libertad de Ocupación Profesional. La decisión de aprobar Leyes Fundamentales en forma gradual permitió obtener el apoyo de la mayoría de los diputados para otorgar rango constitucional

a algunos derechos fundamentales. El objetivo era permitir la aprobación de Leyes Fundamentales de derechos humanos y dejar pendientes temas “problemáticos” como la libertad de culto, la libertad de expresión, la libertad de conciencia, el derecho a la igualdad, etc. Esta idea original permitió a la Kneset vencer la oposición de algunos de sus miembros y lograr la aprobación de las dos Leyes Fundamentales mencionadas.

Su adopción trajo aparejado un profundo cambio en el derecho constitucional israelí denominado “revolución constitucional”. En la sentencia *Bank Mizrahi* de 1995, la Corte Suprema estableció la supremacía constitucional al resolver que las Leyes Fundamentales en materia de derechos humanos limitan el poder de la Kneset aunque puedan ser modificadas por mayoría simple, y que Israel posee una Constitución en buena y debida forma. Es una Constitución limitada y que no es rígida. Pero, conforme a ella, una ley que violenta un derecho amparado en las Leyes Fundamentales y no respeta los criterios mencionados en las mismas puede ser declarada nula por la Corte Suprema. Las consecuencias de esta revolución constitucional son numerosas y no solo de naturaleza jurídica, sino que se extienden también al ámbito político. De esta manera, Israel pasó a ser un Estado constitucional.

Como consecuencia de la revolución constitucional, la Kneset y la opinión pública tomaron conciencia de la importancia de las Leyes Fundamentales. La existencia de un control de constitucionalidad de las leyes ha obligado a la Kneset a asegurarse de que estas se compadezcan con las reglas establecidas en las Leyes Fundamentales y a examinar su constitucionalidad. Es de destacar, empero, que el control de constitucionalidad ha sido ejercido restrictiva y moderadamente. Paralelamente, se produjo una paralización del proceso constitucional, ya que la Kneset no aprobó otras Leyes Fundamentales ni finalizó la elaboración de la Constitución. La suspensión de este proceso ha obligado a la Corte Suprema a llenar las lagunas dejadas por el poder político y a reconocer derechos del hombre no incluidos en las Leyes Fundamentales. La rica jurisprudencia de la Corte en materia de derecho público ha cambiado el derecho constitucional del Estado de Israel.

1. La Corte Suprema y el control de constitucionalidad de las leyes

La Corte Suprema es la última instancia del sistema judicial del Estado de Israel y funciona también como el más Alto Tribunal de Justicia, con competencia para juzgar en primera y última instancia los asuntos de carácter público en los cuales puede acordar un recurso en aras de la justicia.

En la actualidad, la Corte Suprema, en su calidad de Alto Tribunal de Justicia, ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, cuestión que la decisión recaída en el caso *Bank Mizrahi* había dejado abierta, quizá para intentar –infructuosamente– que el legislador la regulara en el marco de la Ley Fundamental sobre Legislación. La Corte Suprema ejerce el control de constitucionalidad de las leyes con un criterio similar al adoptado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Madbury v. Madison*, sin que se le haya atribuido explícitamente esa competencia.

Desde el punto de vista del procedimiento, cualquier persona que invoque la violación de un derecho reconocido por las Leyes Fundamentales de derechos humanos puede presentar ante la Corte Suprema, en su calidad de Alto Tribunal, un recurso directo impugnando la constitucionalidad de esa violación. A esos fines, debe alegar que la ley viola derechos protegidos por las Leyes Fundamentales y que la violación de ese derecho es ilegal, es decir, que violenta las condiciones estipuladas en la cláusula de limitación de la Ley Fundamental, una cláusula bastante similar a la disposición derogatoria de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Esto implica que esta violación es desproporcionada, no se compadece con el carácter judío y democrático del Estado de Israel, o no fue adoptada con un fin apropiado.

En Israel no hay un procedimiento para la “selección” de los recursos fundado en sus perspectivas de éxito. Asimismo, los apelantes que invocan intereses colectivos pueden presentarse ante el Alto Tribunal de Justicia; entre los recursos existen también numerosos casos de *actio popularis*. Por otro lado, en los últimos años se presentaron recursos contra la violación de derechos que no están incluidos expresamente en las Leyes Fundamentales de 1992. A partir de la creación del Estado de Israel y ante la falta de una Constitución escrita, la Corte Suprema ha jugado un rol importante en la defensa de los derechos humanos, creando una carta judicial de derechos humanos que se construye caso por caso.

En un principio, la Corte Suprema defendió los derechos humanos haciendo una interpretación liberal de los mismos, fundada en las reglas de interpretación del derecho y de la declaración de la independencia, pero en los últimos años, ante la falta de nuevas Leyes Fundamentales, careciendo de una Constitución escrita y para cubrir un vacío legal, comenzó a emplear un nuevo método de interpretación que consiste en incluir dentro del ámbito del derecho a la dignidad derechos no reconocidos expresamente por las Leyes Fundamentales, como el derecho a la educación, a la igualdad, a la libertad de expresión y, sobre todo, a la expresión política.

2. La jurisprudencia constitucional de los últimos años

Desde la “revolución constitucional” producida a partir de la aprobación de las Leyes Fundamentales de 1992 y del dictado de la sentencia Bank Mizrahi, el control de constitucionalidad de las leyes ha sido ejercido con mucha cautela. En un plazo de más de quince años, la Corte Suprema solo declaró menos de diez leyes o artículos de leyes contrarios a las Leyes Fundamentales de derechos humanos. Se detallan a continuación los fallos más destacados de los últimos años:

a) Privatización de las cárceles

En noviembre de 2009, la Corte Suprema declaró inconstitucional la privatización de las cárceles en Israel, prevista en una reforma a la Ordenanza de Cárceles. Consideró que cuando el Estado transfiere atribuciones en materia penitenciaria a un concesionario privado que actúa con fines de lucro, infiere una grave lesión al derecho fundamental de la libertad personal y de la dignidad de los

internos. En este fallo, la Corte subrayó que la ley confiere al concesionario privado y a sus empleados atribuciones cuyo ejercicio atenta contra los derechos humanos de los prisioneros –por ejemplo, la libertad personal y la dignidad– cuando ordenan el aislamiento de prisioneros o el empleo de la fuerza para registrarlos, entre otros supuestos. En efecto, conforme a los principios fundamentales del régimen político israelí, el uso generalizado de la fuerza organizada y la aplicación de la ley penal para imponer penas de privativas de la libertad, en particular, forman parte de las prerrogativas del Estado frente a sus ciudadanos. “El Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza organizada”, afirma la Corte cuando se trata de privar a las personas de su libertad para aplicar la ley penal. En un centro penitenciario privado, los presos se convierten, en los hechos, en una herramienta de la empresa para la consecución de sus fines de lucro. Aun en el supuesto de que la ley persiga un objetivo legítimo, lo cierto es que la lesión a los derechos resulta desproporcionada porque la ganancia económica que esta reforma representa para el Estado no puede justificar la violación de los derechos de los prisioneros de esta cárcel privada.

La Corte, asimismo, interpretó que el art. 1 de la Ley Fundamental sobre el Gobierno –que es la autoridad ejecutiva del Estado– inserta a nivel constitucional la existencia de un núcleo de funciones soberanas que este no puede delegar a los particulares. Esta afirmación resulta indudablemente interesante y bien podría tener repercusiones en las posibles futuras privatizaciones de Israel. Sin embargo, la sentencia no excluye que se puedan confiar a empresas privadas diversas cuestiones logísticas en el interior de las cárceles, como las relativas a la restauración, construcción o lavandería.

b) Audiencia sobre de la prórroga de la prisión preventiva de una persona sospechosa de haber actuado contra la seguridad del Estado sin la presencia del sospechoso

En 2006, la Kneset adoptó una ley temporal que permitía la celebración de una audiencia vinculada a la prórroga de la prisión preventiva de una persona sospechosa de haber actuado contra la seguridad del Estado sin que ella estuviera presente.

La Corte Suprema declaró, en 2010, la inconstitucionalidad de esta ley por encontrarla contraria a la Ley Fundamental sobre la Dignidad del Hombre y su Libertad, a pesar de que el caso había devenido abstracto.

El principal argumento invocado a favor de la constitucionalidad de esta norma aludía al supuesto en que un tribunal considerara que una interrupción de la investigación podía impedir a las fuerzas de seguridad frustrar la comisión de un delito contra la seguridad del Estado o de un acto que podría costar vidas humanas. El Vicepresidente de la Corte Suprema sostuvo que una de las reglas fundamentales del derecho penal es no juzgar a una persona que no está presente. El derecho de una persona detenida preventivamente a estar presente en su juicio forma parte del derecho a un juicio justo.

La Corte consideró válido el fin perseguido por la ley, puesto que esta norma está dirigida a permitir a las fuerzas del orden realizar mejor las investigaciones y

frustrar la comisión de actos terroristas. Pero el daño causado a las libertades del hombre es desproporcionado porque afecta el derecho de defensa del sospechoso y, además, se suma a la posibilidad ya existente (conforme a otra ley) de impedir a un sospechoso detenido por un delito contra la seguridad del Estado encontrar un abogado. Es decir, existe un daño que se suma a otro y un efecto de acumulación de los dos recursos.

Dado que el abogado no se encuentra con el sospechoso detenido preventivamente y que el tribunal no puede formularle preguntas, la capacidad de ejercer el control jurisdiccional de modo eficaz y equitativo está muy limitada. En consecuencia, la Corte declaró nulo el artículo impugnado, dada la falta de proporcionalidad entre el fin perseguido y la medida adoptada para lograrlo.

c) Constitucionalidad de una Ley Fundamental provisoria y de la doctrina de las reformas no constitucionales a la Constitución

En 2011, la Corte Suprema rechazó un recurso que solicitaba, por primera vez, el control de constitucionalidad de una Ley Fundamental y, por lo tanto, de un acto del poder constituyente.

La norma cuestionada era una reforma de la Ley Fundamental sobre la Economía Nacional que se había logrado mediante la adopción de una ley de reforma temporal de dicha norma que, antes de que perdiera su vigencia, la Kneset modificó a fin de prorrogarla por dos años más.

La reforma se refería al presupuesto del Estado, que se aprueba anualmente; pero en 2009, se decidió, de manera excepcional, que el presupuesto fuera bianual y que, por lo tanto, ello se establecería en una Ley Fundamental temporaria. Un año después de la adopción de esa nueva Ley Fundamental, el Gobierno consideró que el presupuesto bianual resultaba muy conveniente y decidió prorrogar la vigencia de la Ley por dos años más, es decir, prorrogó una ley provisoria que, por su esencia, debe estar limitada en el tiempo. Esta “enmienda constitucional provisoria” planteó a la Corte Suprema numerosos problemas de orden constitucional.

Por unanimidad, la Corte rechazó el recurso contra la constitucionalidad de la reforma de la Ley Fundamental. Si bien la Corte decidió no intervenir, lo cierto es que en esta situación se encuentran agudas afirmaciones relativas al procedimiento adoptado por la Kneset.

Sin embargo, la Corte consideró que en esta causa no se justificaba una intervención suya sin precedentes en las Leyes Fundamentales, que la Kneset dicta en calidad de poder constituyente. La Presidenta de la Corte también aludió en esta decisión a los problemas que plantea la Constitución israelí, que a veinte años de la “revolución constitucional” continúa sin reconocer ciertos derechos. Por otro lado, ciertas disposiciones de esta Constitución solo pueden ser modificadas con una mayoría calificada y otras solo por mayoría simple. Algunas están formuladas de manera solemne, mientras que otras son largas y complicadas. No existe en Israel un marco que establezca de qué manera se distinguen, adoptan, modifican o reforman las Leyes Fundamentales.

Cuando existe un procedimiento formal para reformar la Constitución, es poco probable que se la modifique de forma transitoria. Pero en Israel no existe tal procedimiento. En consecuencia, no se puede declarar inválida una Ley Fundamental solamente por haber sido adoptada a título temporario.

El otro argumento invocado en el recurso se refiere a que la reforma menoscaba un principio constitucional, dado que el presupuesto anual constituye, en un régimen parlamentario, el medio por el cual el Parlamento controla al Gobierno. Frente a esta pretensión, la Corte evoca, por primera vez en la historia de la jurisprudencia constitucional, la doctrina de las reformas no constitucionales a la Constitución y la posibilidad de aplicarla al derecho israelí. Considera que resulta complejo determinar si una Ley Fundamental puede ser declarada inválida por contradecir los principios fundamentales del régimen político, cuestión que remite a la fuente de la legitimidad del poder constituyente y de la práctica del control de constitucionalidad. Israel reconoce ciertos principios inalienables, como aquel según el cual Israel es un Estado judío y democrático. Pero en el presente caso, el daño causado a la Kneset y a su capacidad de control sobre el Gobierno en el marco del presupuesto anual no es tan grave como para afectar los principios fundamentales del sistema político, circunstancia esta que justificaría la invalidación de la norma.

En la sentencia, la Corte Suprema hace un llamado a la Kneset para que complete la elaboración de la Constitución y establezca los procedimientos de aprobación y reforma de las Leyes Fundamentales. De esta manera, brinda a la Kneset una hoja de ruta donde detalla lo permitido y lo prohibido en materia de Leyes Fundamentales, al mismo tiempo que limita el poder jurisdiccional.

3. Conclusión

Como consecuencia de la situación especial que existe en Israel, la Corte Suprema se enfrenta a cuestiones que en otros países encuentran respuesta en la Constitución. Una de las que resultan más interesantes –aún sin respuesta– se refiere a la situación de los referéndums. Israel es una democracia representativa que no ha previsto en su Constitución este tipo de procesos. Desde la creación del Estado de Israel y hasta los años ‘80, se presentaron ante la Kneset numerosas propuestas de realizar un referéndum que fueron rechazadas aun antes de que se cristalizaran en un proyecto de ley. En la actualidad, se debate el uso de un referéndum en torno a la restitución de territorios de Cisjordania.

En 1999, la Kneset aprobó la “ley de Golan”, en la que dispone que, en el supuesto de que el Gobierno decida transferir territorios donde se aplicaba el derecho israelí –como es el caso de la meseta de Golan–, la Kneset debe aprobar este proyecto por mayoría absoluta y por un referéndum cuyas características se establecerían en una Ley Fundamental. De esta manera, la Kneset tomó conciencia de que en Israel, para aprobar un método para los referéndums, resulta necesario aprobar una Ley Fundamental. Sin embargo, la Kneset actual aprobó la Ley del Referéndum como una ley “estándar”. Si bien esta ley fue votada por una mayoría absoluta, lo cierto es que la Kneset se negó a ejercer su poder de asamblea constituyente.

Contra esta ley se presentó un recurso –actualmente en trámite– ante la Corte Suprema a fin de aclarar si existen decisiones que pueden adoptarse a través de una Ley Fundamental. Para esta cuestión –al igual que la relativa al presupuesto bianual–, el derecho constitucional israelí no tiene respuesta. Cabe preguntarse si llegará el día en que una ley será declarada inconstitucional solo con base en que no fue aprobada por el Poder adecuado.

En la actualidad, la Constitución de Israel es formal, no está completa ni es perfecta, pero sus capítulos –las Leyes Fundamentales– cubren una parte importante de los aspectos que las Constituciones formales de otras democracias tienen incorporados. Si bien es una Constitución formal parcial –incluso no firme–, lo cierto es que protege los derechos humanos más importantes y permite un control de constitucionalidad limitado pero efectivo.

Israel se diferencia de las democracias occidentales en que allí no existe consenso nacional sobre algunas cuestiones fundamentales, pero sí un procedimiento claro para establecer las reglas constitucionales. A pesar de sus diferencias políticas, parece que los israelíes están de acuerdo en la necesidad de alcanzar una Constitución definitiva.

No existe consenso en relación con cuál será la institución encargada de interpretar esta Constitución y de evaluar la constitucionalidad de las leyes adoptadas por la Kneset. ¿Será ella, la Corte Suprema –como lo hace actualmente–, o un tribunal constitucional especial? Esta es una cuestión que indudablemente reviste importancia, pero más aún la tiene el reconocimiento de todas las corrientes políticas en ponerse de acuerdo sobre las reglas de juego. Mientras no se resuelvan todas las cuestiones políticas fundamentales, parece difícil que se complete la última etapa del proceso constitucional: la finalización de las Leyes Fundamentales y su codificación en una Constitución completa.

Notas del Instituto: 1) en la nota de pie de página n° 4, la autora cita la sentencia HCJ 6821/93, *United Bank v. Migdal*, 49 (4) PD 221, y aclara que diferentes extractos de este fallo se tradujeron al inglés y se publicaron en la *Israeli Law Review* (1997), n° 31, p. 754; 2) asimismo, en su nota de pie de página n° 5, manifiesta que al día de hoy, la Corte Suprema anuló ocho leyes o artículos de leyes violatorios de los derechos humanos incluidos en las Leyes Fundamentales sin que las cláusulas que los limitan sean respetadas. Propone una comparación con la sentencia HCJ 6055/95, *Tzemah v. Minister of Defence* (PD 53 (5) 241 -1999-), en la cual la Corte Suprema anuló un artículo de la Ley sobre la Justicia Militar que permitía mantener a un soldado detenido durante veinticuatro horas sin llevarlo ante el juez; con la sentencia HCJ 1715/97, *Chamber of Investment managers v. Minister of Finance* (PD 51 (4) 367 -1997-), en la que se anularon artículos de la Ley sobre la Gestión de Inversiones que vulneraban la libertad de ocupación profesional de los administradores de portafolios que ejercían la profesión antes de la adopción de la Ley; con la sentencia HCJ 1030/99, *Oron v. President of the Knesset* (PD 56 (3) 640 -2002-), en la que se anularon artículos de la Ley sobre la Autoridad de Radiodifusión; con la sentencia HCJ 8276/05, *Adalah v. Minister of Defence*, del 12 de diciembre de 2006, en la que se anuló el art. 5(c) de la Ley sobre Daños Civiles, la cual impedía de manera absoluta reclamar los daños y perjuicios resultantes de acciones de seguridad efectuadas por el Estado; con la sentencia HCJ 2605/05, *Department for Human Rights v. Minister of Finance*, del 19 de noviembre de 2009, en la que se anuló el capítulo anexo en la reforma n° 28 del Reglamento sobre las Cárceles, que preveía la creación de un establecimiento penitenciario dirigido por una empresa privada; con las diversas acciones penales 8823/07, *X. v. State of Israel*, del 11 de febrero de 2010, en la que se anuló un artículo de la Ley del Proceso Penal que autorizaba la prórroga de la prisión preventiva en ausencia del sospechoso. Compárese

también con tres sentencias en las cuales se invocaron argumentos constitucionales esenciales contra las leyes, pero que fueron rechazados y las leyes, sancionadas; con la sentencia HCJ 1661/05, *Hof Aza Regional Council v. The Kneset* (PD 59 (2) 481 -2005-), relativa a la constitucionalidad de la Ley sobre el Retiro de la Franja de Gaza; con la sentencia HCJ 6427/02, *The Movement for Wuality Government v. The Kneset*, del 11 de mayo de 2006, sobre la constitucionalidad de la “Ley Tal”, que exceptúa del servicio militar a los estudiantes ultraortodoxos; con la sentencia HCJ 7052/03, *Adalah v. Minister of Interior*, del 14 de mayo de 2006, sobre la constitucionalidad de la Ley relativa al Ingreso al Territorio Israelí (ley sobre la nacionalidad), que prohíbe el ingreso a Israel de familias de árabes israelíes casados con palestinos.

NAVOT, **Suzie**, “La Cour suprême israélienne et le contrôle de constitutionnalité des lois”, en <http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=NCCC_035_0243#s2n1>.



ÍNDICES

investigaciones

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ALEMANIA:** 128, 131, 134, 141, 144, 162.
ARGENTINA: 187.
AUSTRALIA: 180.
AUSTRIA: 68, 75.
CANADÁ: 47, 117, 154, 165, 171, 217.
CHILE: 200.
COLOMBIA: 95.
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: 95, 185, 187, 192, 200.
CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 65, 68, 87, 90, 99, 125, 134, 144, 148, 177, 210.
CORTE PENAL INTERNACIONAL: 93.
EE.UU.: 121, 127, 151, 167, 173, 174, 182.
ESPAÑA: 90.
- FRANCIA:** 158, 210.
GRECIA: 87.
INDIA: 115.
INTERNACIONAL: 104, 108.
ISRAEL: 233.
ITALIA: 57, 99, 125, 137, 142.
MÉXICO: 50.
PAÍSES BAJOS: 177.
REINO UNIDO: 159, 228.
REPÚBLICA DOMINICANA: 192.
SINGAPUR: 61.
SUECIA: 65.
SUIZA: 148.
UNIÓN EUROPEA: 75, 76, 78, 81, 83, 85.
VENEZUELA: 185.

TEMÁTICO

- ABOGADOS:** 47.
 Administración Pública: 47.
 Código de Ética Profesional: 47.
 Libertad de expresión: 47.
- ACCESO A LA INFORMACIÓN:** 65.
 Información pública: 65.
 Material confidencial: 65.
- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:** 47.
 Decisiones administrativas, discrecionalidad: 47.
- ADOPCIÓN:** 68.
 Homosexuales: 68.
 Progenitor biológico, inexistencia de desvinculación jurídica: 68.
- BIOTECNOLOGÍA:** 182.
 Leyes de la naturaleza, patentabilidad: 182.
- BLANQUEO DE CAPITAL:** 78.
 Financiación de actividades terroristas: 78.
 Operaciones sospechosas, obligación de informar a la UIF por parte de las entidades financieras: 78.
- CALUMNIAS E INJURIAS:** 159.
 Información difamatoria: 159.
- CÁRCELES:** 210.
 Insanos, medidas disciplinarias: 210.
 Responsabilidad internacional del Estado: 210.
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 210.
- CONTRATO DE TRABAJO:** 90.
 Principio de buena fe: 90.
- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:** 11, 115, 121, 127, 233.
 Alcances: 115.
 Cuestiones políticas no justiciables: 127.
 Sistemas concentrado y difuso: 11.
- CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD:** 158.
 Genocidio: 158.
- CRÍMENES DE GUERRA:** 93.
 Autoría mediata: 93.
 Niños soldados: 93.
- DAÑO MORAL:** 87.
- DEBIDO PROCESO:** 87, 108, 134, 151, 173, 174, 187, 200.
 Allanamientos y registros: 173, 174.
 Derecho de defensa: 87, 134, 187, 200.
 Prueba, admisibilidad: 173.
 Sentencia, efectos en el ámbito de la CEDH: 87.
 Sentencias piloto de la CorteEDH: 108.
- DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN:** 162.
 Menores, fe religiosa: 162.
- DERECHO A LA IDENTIDAD:** 171.
Cyberbullying: 171.
 Menores: 171.
- DERECHO A LA IGUALDAD:** 50, 57, 61, 68, 200.
 Categorías sospechosas: 50.
 Discriminación con base en la orientación sexual: 50, 57, 61, 68, 200.
 Homosexuales: 50, 57, 61, 200.
 Igualdad ante la ley: 61, 200.
- DERECHO A LA INFORMACIÓN:** 65, 128, 144, 159.
 Acceso a la información pública: 65.
 Alcances: 65.
 División de poderes: 128.
 Interés público: 144, 159.
 Material confidencial: 65.
- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL:** 95, 162, 185, 192.
 Desaparición forzada de personas: 192.
 Menores, circuncisión: 162.
 Responsabilidad internacional del Estado: 95,

- 185, 192.
Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 185.
- DERECHO A LA INTIMIDAD:** 68, 144, 173, 174, 175.
Allanamientos y registros: 173, 174.
Cyberbullying: 171.
Inviolabilidad del domicilio: 174.
Libertad de prensa: 144.
Menores: 171.
- DERECHO A LA LIBERTAD:** 192.
Desaparición forzada de personas: 192.
Responsabilidad internacional del Estado: 192.
- DERECHO A LA VIDA:** 95, 192, 210.
Desaparición forzada de personas: 191.
Responsabilidad internacional del Estado: 95, 192, 210.
- DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR:** 65, 68, 134, 144, 177, 200.
Homosexuales: 68, 200.
Injerencia necesaria en una sociedad democrática: 134, 144.
Libertad de prensa: 144.
Margen de apreciación de los Estados miembros: 68, 134.
- DERECHO AL HONOR:** 90, 144.
- DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA:** 192.
Responsabilidad internacional del Estado: 192.
- DERECHO AL SUFRAGIO:** 125.
Alcances: 125.
Condenados penales: 125.
Fundamento: 125.
Restricciones: 125.
- DERECHO AMBIENTAL:** 75.
Contaminación sonora, aeropuertos: 75.
Daño patrimonial, reparación: 75.
Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado: 75.
Impacto ambiental, evaluación previa: 75.
- DERECHO BANCARIO:** 76, 78.
Derecho de la competencia: 76.
Operaciones sospechosas, obligación de informar a la UIF por parte de las entidades financieras: 78.
Tarjetas de crédito, tasas multilaterales de intercambio: 76.
- DERECHO COMUNITARIO:** 75, 76, 78, 81, 83, 85, 144.
Blanqueo de capitales: 78.
Derecho a la información: 144.
Derecho a la vida privada y familiar: 144.
Derecho al honor: 144.
Derecho ambiental: 75.
Derecho bancario: 76.
Derecho de la competencia: 76, 142.
Derechos de autor: 83, 85.
Libertad de establecimiento: 78.
Libertad de expresión: 144.
Libertad de prensa: 144.
Libre prestación de servicios: 78.
Marcas y patentes: 85.
Margen de apreciación de los Estados miembros: 144.
Política exterior y de seguridad común: 81.
Propiedad intelectual: 83, 85.
- DERECHO DE DEFENSA:** 87, 108, 134, 187, 192, 200.
Derecho a las garantías y protección judiciales: 187, 192, 200.
Derecho a ser oído: 200.
Derecho a un juicio justo: 87.
Derecho a un recurso efectivo: 87, 134, 187.
Garantía de imparcialidad: 200.
Plazo razonable: 87, 108, 187.
Responsabilidad internacional del Estado: 134, 187, 192.
Sentencias piloto de la CorteEDH: 108.
- DERECHO DE LA COMPETENCIA:** 76, 142.
Efectos restrictivos de las tasas bancarias multilaterales de intercambio: 76.
- DERECHO DE PROPIEDAD:** 95, 108.
Sentencias piloto de la CorteEDH: 108.
- DERECHO DEL MAR:** 99.
Jurisdicción en alta mar: 99.
- DERECHO DEL TRABAJO:** 90, 167.
Contrato de trabajo: 90.
Despido: 90, 167.
Libertad de asociación: 90.
Personas con discapacidad: 167.
Principio de buena fe: 90.
Principio de no discriminación e igualdad de trato: 167.
Sanciones, principio de proporcionalidad: 90.
- DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO:** 93, 95, 104.
Crímenes contra la humanidad: 104.
Crímenes de guerra: 93.
Desplazamientos forzados: 95.
Genocidio: 104.
Niños soldado: 93.
Principio de precaución: 95.
- PÚBLICO:** 99, 104, 108, 217, 228.
Derecho de secesión: 217, 228.
Inmunidad de jurisdicción: 104.
Jurisdicción en alta mar: 99.
Jurisdicción universal: 104.
Sentencias piloto de la CorteEDH: 108.
- DERECHO PENAL:** 115, 117, 121, 137, 158.
Bien jurídico protegido, secreto de Estado: 137.
Cadena perpetua: 121.
Genocidio, tipicidad: 158.
Inmunidad diplomática: 137.
Libertad condicional: 121.
Menores: 121.
Pena de muerte: 115.
Penas, discrecionalidad: 115.
graduación: 115, 117.
proporcionalidad: 117, 121.
Penas privativas de la libertad: 121.
Reincidencia: 117.
- DERECHOS DE AUTOR:** 83, 85, 180.
Bases de datos: 83.
Internet, responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet: 180.
Programas informáticos: 85.
- DERECHOS POLÍTICOS:** 125.

- Presos,
derecho al sufragio: 125.
- DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES:** 131.
Derecho a ejercer libremente la profesión: 131.
- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:** 192.
- DESPIDO:** 90, 167.
Personas con discapacidad: 167.
Principio de proporcionalidad: 90.
- DIVISIÓN DE PODERES:** 127, 128.
Control de constitucionalidad: 127.
Cuestiones políticas no justiciables: 127.
- EDUCACIÓN:** 154, 165.
Establecimientos educativos: 165.
Libertad religiosa: 165.
Organizaciones estudiantiles: 154.
- ELECCIONES:** 108, 125.
Presos,
derecho al sufragio: 108, 125.
- ESCRIBANOS:** 131.
Responsabilidad de los funcionarios públicos: 131.
Supervisión de su actuación profesional, constitucionalidad: 131.
- ESTUPEFACIENTES:** 210.
Toxicómanos,
medidas penitenciarias: 210.
- EUTANASIA:** 134.
Suicidio asistido: 134.
- EXTRANJEROS:** 99.
Inmigrantes ilegales,
expulsión colectiva: 99.
- FEDERALISMO:** 142.
Distribución de atribuciones de los gobiernos locales: 142.
- FILIACIÓN:**
Patria potestad: 162.
- GENOCIDIO:** 104, 158.
Holocausto: 104.
Negación: 158.
Reconocimiento en el derecho interno: 158.
Tipicidad: 158.
- HOMOSEXUALES:** 50, 57, 61, 68, 200.
Adopción: 68.
Matrimonio: 50, 57.
Menores,
tenencia: 200.
Orden público,
ultraje a la moral pública: 61.
- INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN:** 104.
Inmunidad soberana: 104.
- INMUNIDADES E INDEMNIDADES:** 137.
Diplomáticos,
inmunidad penal: 137.
- INSANOS:** 210.
Suicidas,
medidas penitenciarias: 210.
Toxicómanos: 210.
- INTERNET:** 171, 180.
Cyberbullying: 171.
Identidad digital: 171.
Redes sociales: 171.
Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet: 180.
- JUECES:** 141.
Elección,
constitucionalidad: 141.
- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** 99, 104.
Inmunidad de jurisdicción: 104.
Jurisdicción en alta mar: 99.
Jurisdicción universal: 104.
- LEY:** 142.
Derogación vía referéndum: 142.
Vigencia: 142.
- LIBERTAD DE ASOCIACIÓN:** 90, 154.
Alcances: 154.
Contrato de trabajo: 90.
Organizaciones estudiantiles: 154.
- LIBERTAD DE CIRCULACIÓN:** 95.
Residencia: 95.
- LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO:** 78.
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 47, 65, 90, 144, 148, 151, 154, 158, 159, 171.
Alcances: 144, 148, 158.
Calumnias e injurias: 159.
Cyberbullying: 171.
Expresiones obscenas: 151.
Manifestaciones espontáneas: 154.
Principio de proporcionalidad: 47.
Restricciones necesarias en una sociedad democrática: 144, 148.
- LIBERTAD DE PRENSA:** 144, 151, 159, 171.
Alcances: 159.
Calumnias e injurias: 159.
Cyberbullying: 171.
Expresiones obscenas,
estándares aplicables: 151.
Información difamatoria: 159.
Personalidades públicas: 144.
Principio de proporcionalidad: 144.
Restricciones necesarias en una sociedad democrática: 144, 148.
- LIBERTAD RELIGIOSA:** 162, 165, 167.
Alcances: 162.
Circuncisión: 162.
Derecho de los padres a criar a sus hijos en su fe religiosa: 162.
Educación,
injerencia en la fe religiosa: 165.
- LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS:** 78.
- MARCAS Y PATENTES:** 85, 182.
Biotecnología: 182.
Programas informáticos: 85.
- MATRIMONIO:** 50, 57, 177.
Efectos,
equiparación con el concubinato: 177.
Homosexuales: 50, 57.
Matrimonios celebrados en el extranjero,
inscripción registral: 57.
validez: 57.
Presupuestos,
heterosexualidad de los cónyuges: 57.
- MENORES:** 93, 95, 121, 162, 171, 187, 200.
Cadena perpetua: 121.
Conflictos armados: 93, 95.
Cyberbullying: 171.
Derecho a la autodeterminación: 162.
Derecho a la identidad: 171.
Derecho a la integridad personal: 95, 162.
Derecho a la intimidad: 171.

- Derecho a la protección de la familia: 187.
 Interés superior: 162, 187, 200.
 Niños soldado: 93.
 Patria potestad: 162.
 Tenencia,
 homosexuales: 200.
- MUJER:** 29.
 Violencia doméstica: 29.
- NOTARIOS:** 131.
 Responsabilidad de los funcionarios públicos: 131.
 Supervisión de su actuación profesional, constitucionalidad: 131.
- ORDEN PÚBLICO:** 61, 148.
 Homosexuales,
 ultraje a la moral pública: 61.
 Margen de apreciación de los Estados: 148.
 Prevención del crimen: 148.
 Protección de la moral pública: 148.
 Protección de la salud pública: 148.
- PENA DE MUERTE:** 115.
PENAS: 115, 117, 121.
 Cadena perpetua: 121.
 Discrecionalidad: 115.
 Graduación: 115, 117.
 Menores: 121.
 Pena de muerte: 115.
 Penas privativas de la libertad: 121.
 Proporcionalidad: 117, 121.
 Régimen de supervisión a largo plazo: 117.
- PERSONAS CON DISCAPACIDAD:** 167.
 Despido: 167.
- PODER EJECUTIVO:** 128.
 Conducción de la política económica: 128.
- PODER JUDICIAL:** 115, 233.
 Atribuciones: 115.
 Control de constitucionalidad: 233.
 Jueces,
 elección: 141.
- PODER LEGISLATIVO:** 128.
 Derecho a la información: 128.
 División de poderes: 128.
- POLÍTICA EXTERIOR:** 81.
 Congelación de fondos: 81.
 Medidas restrictivas para impedir la proliferación nuclear: 81.
- PRESOS:** 125.
 Derecho al sufragio: 125.
- PRINCIPIO DE BUENA FE:** 90.
 Contrato de trabajo: 90.
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** 151.
PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: 95.
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: 47, 81, 90, 125, 144, 177.
- PROCESO PENAL:** 87, 173, 174, 177.
 Allanamientos y registros: 173, 174.
 Derecho a no declarar contra el cónyuge, equiparación con el concubinato: 177.
 Derecho de defensa: 87.
 Inviolabilidad del domicilio: 174.
 Prueba,
 admisibilidad: 173.
- PROPIEDAD INTELECTUAL:** 83, 85, 180, 182.
 Bases de datos: 83.
 Biotecnología: 182.
 Derechos de autor: 83, 85, 180.
- Internet,
 responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet: 180.
- Marcas y patentes: 85, 182.
 Programas informáticos: 85.
- PUEBLOS ORIGINARIOS:** 117.
- REINCIDENCIA:** 117.
 Criterios aplicables: 117.
- RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS:** 131, 174.
 Allanamientos y registros: 174.
 Escribanos: 131.
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:** 177.
 Prevención del crimen: 177.
- RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO:** 99, 134, 185, 187, 192, 200, 210.
 Cárceles,
 insanos: 210.
 Derecho a la igualdad: 200.
 Derecho a la integridad personal: 185, 192.
 Derecho a la libertad: 192.
 Derecho a la vida: 192, 210.
 Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: 192.
 Derecho de defensa: 187, 192.
 Desaparición forzada de personas: 192.
 Extranjeros,
 expulsión colectiva: 99.
 Obligaciones positivas: 99, 134, 210.
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 185, 210.
- SENTENCIA:** 87, 108.
 Efectos en el ámbito de la CEDH: 87.
 Ejecución: 108.
 Sentencias piloto de la CorteEDH: 87, 108.
- SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA:** 167.
 Estado laico: 167.
 Injerencia del Estado en las decisiones internas eclesiásticas: 167.
- SERVICIOS PÚBLICOS:** 142.
 Reglamentación: 142.
- TERRORISMO:** 78, 137.
 Financiación: 78.
- TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES:** 108, 185, 210.
 Cárceles: 210.
 Responsabilidad internacional del Estado: 185, 210.
 Sentencias piloto de la CorteEDH: 108.
- UNIVERSIDADES:** 154.
 Organizaciones estudiantiles: 154.
- VIOLENCIA DOMÉSTICA:** 29.
 Acceso a la justicia: 29.

Se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2013
en *Altuna Impresores S.R.L.*, Doblas 1968, (C1424BMN) Buenos Aires, Argentina.
altunaimpresores@altunaimpresores.com.ar