investigaciones 2[2014]



Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina

investigaciones

Dirección

Dr. Rodrigo Codino Dra. Mariana Caraballo Dra. Gabriela Gusis 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: 5153512 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 2 [2014] Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2014 en Altuna Impresores S.R.L., Doblas 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. Juan Carlos Maqueda

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

investigaciones 2 [2014]

SUMARIO -Buenos Aires, 2014. Año XVIII-

Secciones	Páginas
Jurisprudencia	9/267
ÍNDICES	269/278

Instituto de Investigaciones y de Referencia Extranjera Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina

Jurisprudencia

*i*nvestigaciones

ABORTO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. RESTRICCIONES. ALCANCES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en el año 2007, el estado de Massachusetts modificó su Ley de Servicios de Salud Reproductiva (*Reproductive Health Care Facilities Act*), ley que había sido sancionada en 2000 para hacer frente a los enfrentamientos que se producían entre opositores y defensores del derecho al aborto fuera de las clínicas donde se practican esas intervenciones. La versión modificada de la ley tipifica como delito al acto de permanecer, a sabiendas, en un "lugar, acceso o acera públicos" a una distancia igual o inferior a 35 pies del lugar de acceso a cualquier "centro de atención de salud reproductiva", definido como "un lugar, ubicado fuera de un hospital o del terreno en donde este se encuentra, en el cual se ofrecen o se practican abortos" (ver, cap. 266, arts. 120E½(a) y (b) de las *Mass. Gen. Laws*). La ley exime del cumplimiento de esta prohibición a cuatro clases de personas, entre los cuales están los "empleados o agentes de esos centros mientras actúan dentro del ámbito de sus funciones" (cit., art. 120E½(b)(2)). Otra disposición de la ley prohíbe la obstaculización a sabiendas del acceso a una clínica donde se realizan abortos (conf., art. 120E½(e)).

McCullen y los otros accionantes intentan brindar a las mujeres que se acercan a las clínicas de abortos de Massachusetts, mientras caminan por la vereda, información sobre alternativas al aborto y ayudarlas a ejercer esas opciones. Afirman que la zona de exclusión de 35 pies los ha desplazado de las posiciones que previamente ocupaban fuera de las clínicas dificultando considerablemente los esfuerzos que realizan para brindar asesoramiento. Sus intentos para comunicarse con las pacientes también se ven frustrados –afirman– por las "acompañantes" de las clínicas, quienes acompañan a las pacientes que llegan por las zonas de exclusión hasta el acceso a la clínica.

Los accionantes demandaron a la Fiscal General Coakley y a otros funcionarios estaduales, solicitando que la ley no se aplique con base en que viola la Primera y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, tanto aparentemente desde una lectura literal de la norma como por la forma en que se les aplica.

El tribunal federal de primera instancia rechazó las impugnaciones constitucionales y la Cámara Federal de Apelaciones confirmó esta decisión. Con respecto a la impugnación principal, la Cámara sostuvo que la ley constituye una reglamentación razonable del "tiempo, lugar y forma" en términos del test formulado en *Ward v. Rock Against Racism* (491 *U.S.* 781 -1989-).

- **2. Sentencia:** se revoca la decisión apelada y se deja sin efecto. La ley del estado de Massachusetts viola la Primera Enmienda.
- (a) Según sus propios términos, la ley restringe el acceso a "vías públicas" y "aceras", lugares que tradicionalmente han estado abiertos para actividades comunicacionales y que, consecuentemente, este Tribunal ha catalogado como "foros públicos tradicionales" (v. *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 *U.S.* 460, p. 469 -2009-). La facultad del Gobierno para reglamentar la libertad de expresión en estos lugares es "muy limitada" (v. *United States v. Grace*, 461 *U.S.* 171, p. 177

- -1983-). Sin embargo, "incluso en un foro público", "el Gobierno puede imponer restricciones razonables al tiempo, lugar o forma del discurso protegido en la medida en que dichas restricciones estén justificadas sin hacer referencia al contenido de las expresiones reguladas, que estén estrictamente diseñadas para satisfacer un interés público relevante y que dejen abiertos amplios canales alternativos para la transmisión de la información (conf. *Ward*, cit. *supra*, p. 791).
- **(b)** Dado que la ley no se basa en el contenido ni en un punto de vista, no requiere ser analizada en términos de un estándar estricto de control de constitucionalidad.
- (1) La ley no se funda simplemente en el contenido por la mera circunstancia de que establezca zonas de exclusión únicamente en las clínicas donde se practican abortos y no en otros tipos de centros de atención. Primero, el texto de la ley no establece distinciones basadas en el contenido. La circunstancia de si los peticionantes violan o no la ley no "depende de lo que dicen" (Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1, p. 27 -2010-), sino de dónde lo dicen. Segundo, aun si una ley aparentemente neutral afecta en forma desproporcionada la libertad de expresión en relación con ciertos temas, lo cierto es que sigue siendo neutral en relación con el contenido en la medida en que esté justificada sin referencia al contenido del discurso regulado (ver Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41, p. 48 -1986-). Entre los objetivos de la ley están la protección de la seguridad pública, el acceso de los pacientes a los centros de asistencia, y el uso no obstaculizado de las aceras y calles públicas. Esta Corte ha considerado previamente que todos estos aspectos son de contenido neutral (ver, Boos v. Barry, 485 U.S. 312, p. 321 -1988-). Del limitado ámbito de aplicación de la ley no puede inferirse un intento de introducir una reglamentación especial de la libertad de expresión sobre el aborto. Los estados adoptan leyes para hacer frente a los problemas que tienen (v. Burson v. Freeman, 504 U.S. 191, p. 207 -1992). Hubo una multitud, una obstaculización e incluso una violencia récord afuera de las clínicas donde se practican abortos en Massachusetts, pero no en otro tipo de centros de salud del estado.
- (2) La excepción que prevé la ley para los empleados y agentes de la clínica que actúen dentro del ámbito de sus funciones no parece ser un intento de favorecer una opinión sobre el aborto frente a otras (ver *City of de Ladue v. Gilleo*, 512 *U.S.* 43, p. 51, en sentido diferente). Dado que cierta clase de excepciones resultaba necesaria para permitir que las personas que trabajan en las clínicas ingresaran o permanecieran dentro de las zonas de exclusión, la restricción del "ámbito de sus funciones" simplemente garantiza que la excepción se limita a su objetivo de permitir que los empleados hagan su trabajo. Aun presumiendo que algunos acompañantes de la clínica han expresado sus opiniones acerca del aborto dentro de las zonas, del expediente no surge que tales expresiones caigan dentro del ámbito de las funciones de los acompañantes. Si resultase que una clínica determinada ha autorizado a sus empleados a hablar sobre el aborto en las zonas de exclusión, esto justificaría una impugnación de la constitucionalidad en que la ley se aplicó (*as-applied*) en las zonas de esa clínica.

- (c) A pesar de que la ley es neutral en relación con el contenido, lo cierto es que no ha sido elaborada en términos precisos y ajustados a su objeto porque impone restricciones sustancialmente mayores de las que resultan necesarias para promover la satisfacción de los intereses legítimos del Gobierno (ver, *Ward, op. cit.*, p. 799).
- (1) Las zonas de exclusión protegen el interés legítimo del Estado en mantener la seguridad pública en las calles y aceras y en preservar el acceso a los centros de salud reproductiva adyacentes (v. Schenck v. Pro-Choice Red de Western NY, 519 U.S. 357, p. 376 -1997-). Sin embargo, simultáneamente imponen serias restricciones a la libertad de expresión de los peticionantes, privándolos de sus dos principales formas de comunicación con los pacientes que llegan a estos centros, a saber, conversaciones privadas y personales y distribución de material impreso. Esas formas de expresión han estado históricamente asociadas estrechamente con la transmisión de ideas. Si bien la ley puede permitir a los peticionantes "protestar" fuera de las zonas de exclusión, lo cierto es que no son manifestantes, dado que no solo tienen por objeto expresar su oposición al aborto, sino realizar conversaciones personales y consensuales con mujeres en relación con las diversas alternativas. Por tanto, no puede responderse que las mujeres siguen pudiendo oír y escuchar a los acompañantes dentro de las zonas de exclusión. Si todo lo que las mujeres pueden ver y oír son opositores vociferantes al aborto, entonces las zonas de exclusión efectivamente han sofocado el mensaje de los peticionantes.
- (2) Las zonas de exclusión imponen restricciones a la libertad de expresión más severas de las que resultan necesarias para alcanzar los intereses invocados por el Estado. El inciso (e) de la ley ya prohíbe la obstaculización deliberada de los accesos a las clínicas. Massachusetts también podría aprobar normas similares a la *Freedom of Access to Clinic Entrances Act* de 1994 (art. 248(a)(1) del Título 18 del Código de los Estados Unidos), que impone sanciones penales y civiles a quien obstaculice, intimide o interfiera con las personas que obtengan o presten servicios de salud reproductiva. La obstaculización de los accesos a la clínica se puede abordar fácilmente mediante las ordenanzas locales de tráfico existentes. Si bien el Estado alega que las personas pueden obstruir involuntariamente el acceso a las clínicas cuando se reúne un grupo de número considerable, ese problema podría abordarse mediante una ley que requiera la dispersión por un plazo determinado —cuando así lo ordene la policía— de las multitudes que bloqueen los accesos a las clínicas. En cualquier caso, las multitudes parecen constituir un problema solo en la clínica de Boston e, incluso allí, solo los sábados a la mañana.

El Estado no demostró haber intentado seriamente resolver estos diversos problemas con las medidas menos restrictivas que tenía disponibles. No ha identificado ni un solo procesamiento ni orden judicial dictados desde la década de 1990 contra las personas que se encuentren fuera de las clínicas donde se practican abortos. El Estado alega que estos problemas están demasiado generalizados como para que los procesamientos u órdenes individuales resulten eficaces. Sin embargo, lo cierto es que del expediente surge que los problemas se presentan principalmente solo en la clínica de Boston los sábados por la mañana y que la policía parece estar perfectamente

capacitada para individualizar a quienes actúan en contra de la ley. El Estado también aduce que sería difícil demostrar la obstaculización o intimidación intencional o deliberada y que, por lo tanto, las zonas de exclusión hacen que la tarea de la policía sea más fácil. No obstante, para cumplir con la exigencia de que la norma haya sido elaborada en términos precisos y ajustados a su objeto, el Gobierno debe demostrar que las medidas alternativas que imponen menores restricciones a la libertad de expresión no lograrían proteger los intereses del Gobierno, y no simplemente que la vía escogida es la más fácil. En cualquier caso, para determinar si una persona tiene la intención de bloquear el acceso a una clínica, un agente de policía solo necesita ordenar que se mueva; si se niega a hacerlo, entonces no caben dudas de que su persistente conducta es intencional o a sabiendas. Por el sustento que el Estado busca en razones similares, la aplicación del caso Burson v. Freeman (504 U.S. 191 -1992-) no resulta apropiada. En dicho caso, esta Corte confirma la validez de una ley que establece zonas de exclusión fuera de los lugares de votación con base en que las medidas menos restrictivas resultan inadecuadas. Pero si bien la "intimidación a los votantes y el fraude electoral" son "difíciles de detectar" (ibid., p. 208), lo cierto es que la obstaculización y el hostigamiento en las clínicas donde se practican abortos no son nada sutiles. Y si bien "por lo general a la policía se le prohíbe estar cerca de los lugares de votación para evitar cualquier apariencia de coacción en el proceso electoral" (ibid., p. 207), lo cierto es que tienen una importante presencia fuera de las clínicas de aborto de Massachusetts. En resumen, teniendo en cuenta los intereses vitales de la Primera Enmienda que están en juego, no basta con que el estado de Massachusetts simplemente manifieste que otras medidas no han funcionado.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *McCullen et al. v. Coakley General of Massachusetts, et al.*, sentencia del 26-6-2014, en http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-1168_6k47.pdf.



ADOPCIÓN. ADOPCIÓN SIMPLE. IMPUESTOS. IMPUESTO A LA TRANSMISIÓN GRATUITA DE BIENES. EXENCIONES. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: M. M. Michael y Paul P. de B. denunciaron la inconstitucionalidad de los párrafos 1 y 5 del art. 786 del Código General de Impuestos, que dispone que, a los fines de la percepción del impuesto a la transmisión gratuita de bienes, no se tiene en cuenta el vínculo de parentesco resultante de una adopción simple. Alegan que las disposiciones impugnadas vulneran los principios de igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, en razón de lo establecido en el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Afirman que a través de tales disposiciones la autoridad pública ejerce una injerencia indebida en las relaciones familiares del menor adoptado, llegando a negar el vínculo de adopción, y que, en consecuencia, el párrafo menoscaba el derecho de llevar una

vida familiar normal, garantizado por el Preámbulo de la Constitución. Consideran que el párrafo 5 desconoce los derechos de defensa y especialmente el derecho a un proceso justo y equitativo en cuanto subordina el vínculo de la adopción simple a la prueba de cuidados sin interrupción, lo que para el hijo adoptado de forma simple que hereda al adoptante antes de la edad de cinco años resulta imposible de acreditar. La Corte de Casación, al intervenir en este caso, sometió la cuestión al Consejo Constitucional.

2. Sentencia: los párrafos 1 y 5 del art. 786 del Código General de Impuestos son constitucionalmente válidos.

El legislador fundó el párrafo 1 aquí atacado en las diferencias que establece el Código Civil entre la adopción simple y la plena. Pero teniendo en cuenta los vínculos creados en la circunstancia de que el adoptado recibiera cuidados y atenciones ininterrumpidas del adoptante, atenuó los efectos de la diferencia entre la adopción plena y la simple.

Por otra parte, el legislador no vulnera el principio de igualdad cuando regula situaciones diferentes de manera diferente y, por lo tanto, no acuerda un trato diferente a personas que están en las mismas situaciones.

Las normas aquí impugnadas no violan las reglas relativas a la forma de establecer los vínculos de filiación adoptiva ni dificultan las relaciones entre el niño adoptado en forma simple y el adoptante.

Desde el momento en que el legislador excluye del pago del impuesto al adoptado en forma simple que recibe cuidados y atenciones por parte del adoptante de manera ininterrumpida durante al menos cinco años, no obstaculiza las relaciones entre el adoptado en forma simple y el adoptante.

Los recurrentes denunciaron desconocimiento de los derechos de defensa y a un juicio justo, pero lo cierto es que las disposiciones aquí en cuestión exigen que solo debe probar la situación quien considera que debe beneficiarse y, por lo tanto, no se vulnera ningún derecho de defensa.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia nº 2013-361 del 28-1-2014, en http://www.conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2014/2013-361-qpc/decision-n-2013-361-qpc-du-28-janvier-2014.140050.html.



AMPARO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DEBIDO PROCESO. PROCESO CIVIL. SENTENCIA. REQUISITOS DE VALIDEZ. FUNDAMENTACIÓN. MENORES. INTERÉS SUPERIOR (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Silvia Patricia López Falcón promovió una demanda de amparo contra Patricia Maura De La Cruz, jueza de familia de la Provincia de Barranca, cuestionando la decisión de esta de dar por concluido y archivar el proceso sobre alimentos que interpuso a favor de su hija menor S.M.Z.L. Sustentó su

demanda manifestando que llegó con dos minutos de retraso (por motivos de salud de su hija mayor) a la audiencia única y solicitó—en dicho momento y posteriormente por escrito— que se reprogramara. Sin embargo, la jueza no consideró la justificación presentada y dio por concluido el proceso. La accionante alegó que el accionar de la jueza violó su derecho al debido proceso y, en particular, su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda de amparo.

Si bien es cierto que el Código de los Niños y Adolescentes no establece sanción alguna respecto de la situación sobreviniente por la inasistencia de las partes a la audiencia, lo cierto es que resulta irrazonable y, por tanto, violatorio del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil—que sí lo sanciona con la conclusión del proceso—, sin tener en cuenta que el principio del interés superior del niño comprende, entre otros aspectos, una actuación tuitiva por parte de los jueces, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice a fin de lograr la aplicación más favorable para solucionar la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños y adolescentes, cuyos intereses tienen especial cuidado y prelación frente al Estado.

De esta manera, este Tribunal considera que, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, esta interpretación debe ser establecida como doctrina jurisprudencial vinculante, aun cuando en el caso concreto se produjo una situación de irreparabilidad que no impidió declarar fundada la demanda —en aplicación del segundo párrafo del art. 1º del mismo código—, a efectos de exhortar a las autoridades jurisdiccionales a que en el futuro se abstengan de incurrir en igual o similar conducta lesiva.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Expte. nº 04058-2012-PA/TC, sentencia del 20-5-2014, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.pdf>.



AMPARO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR. DERECHO DEL TRABAJO. TRASLADO DEL TRABAJADOR. OPOSICIÓN POR RAZONES DE FAMILIA. DESPIDO. RAZONABILIDAD. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. INCAPACES ABSOLUTOS. CURADOR (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el Banco de la Nación Sucursal de Arequipa dispuso el traslado de Humberto Aguirre Frisancho, quien se desempeñaba como recibidor-pagador, a su sucursal de Sicuani-Cusco, a lo que este se opuso alegando razones de unidad familiar, pues es el curador de sus hermanos Luis Humberto y Juan Carlos, personas con incapacidad absoluta, responsabilidad que le exige permanecer en la sucursal de Arequipa. Dado que Aguirre Frisancho no se presentó durante tres días a su trabajo en Sicuani-Cusco, fue despedido por abandono de trabajo.

Entonces, Aguirre Frisancho, por derecho propio y como curador judicial de sus hermanos, promovió una acción de amparo contra el banco denunciando la vulneración de sus derechos al trabajo y a la unidad familiar.

2. Sentencia: se declara nulo el despido del demandante y se ordena al Banco de la Nación reponer a Felipe Humberto Aguirre Frisancho en el cargo que venía ocupando en la sucursal de Arequipa, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el Código Procesal Constitucional, con costas.

Esta Corte acepta conocer en este proceso porque se ha acreditado una necesidad de tutela urgente, ya que el traslado de Felipe Humberto, curador judicial, podría causar perjuicio a sus hermanos Luis Humberto y Juan Carlos, cuya incapacidad absoluta acreditó el Consejo Nacional de la Persona con Discapacidad (CONADIS).

Las razones por las cuales el banco pretendía trasladar al demandante a un lugar distinto al de su domicilio han desaparecido, toda vez que existe una plaza presupuestada y vacante en Arequipa. Por otra parte, Aguirre Frisancho no puede abandonar a su familia por el estado en que se encuentran sus hermanos, argumento que resulta suficiente para que se reconsidere su traslado a un lugar distinto al que reside, en términos del art. 7 de la Constitución, que garantiza una protección especial de parte del Estado respecto de la persona con discapacidad.

Cabe recordar, finalmente, que conforme a lo dispuesto por el art. 576 del Código Civil, "el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento (...)".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Expte. nº 02904-2011-PA/TC, sentencia del 14-1-2014, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02904-2011-AA.pdf>.



AMPARO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. COLEGIOS PROFESIONALES. COLEGIACIÓN OBLIGATORIA. MATRICULACIÓN. CONDICIONES. PLAZO PARA EXPEDIRSE (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Rosa Janeth Moreno Lozano inició una acción judicial a fin de que se ordenara al Consejo Nacional del Colegio de Enfermeros del Perú (Consejo) entregarle su colegiatura, toda vez que si bien ella satisfacía las exigencias previstas reglamentariamente y había convalidado los cursos de la carrera profesional de enfermería con los de obstetricia, el Consejo aún no se había expedido. Pidió también que se prohibiera a este dejar cualquier constancia en su título profesional relativa a que la entrega de su título se hacía en mérito a una sentencia judicial. Denunció que se habían vulnerado sus derechos a la colegiación, a la igualdad ante la ley, a no ser discriminada por ningún motivo y a trabajar con sujeción a la ley. El Tribunal de Primera Instancia hizo lugar a la demanda por resultar excesiva y arbitraria la actuación de la emplazada y dispuso que el Colegio de Enfermeros

del Perú la incorporara. La Sala Revisora revocó la sentencia apelada por considerar que el alegado derecho a la colegiatura carecía de fundamento constitucional y por estimar necesaria la producción de pruebas. Entonces, Moreno Lozano interpuso un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional de Perú.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda de amparo por la violación al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de la demandante.

Los colegios profesionales, en tanto instituciones con personería de derecho público, cuentan con autonomía a efectos de establecer su propia regulación y organización, conforme a la definición de los mismos incluida en el art. 20 de la Constitución. Son instituciones autónomas que no deben vulnerar derechos fundamentales, siendo este el parámetro sobre el cual deben establecer su autonomía, por lo que se convierten en entes vigilantes del desarrollo profesional, competentes para regular los presupuestos de admisión de aquellos profesionales que soliciten su colegiatura. Se trata, pues, de entidades que han sido creadas con la finalidad de tutelar intereses públicos, así como los intereses profesionales propios de sus integrantes.

En ese sentido, con la constitucionalización de los colegios profesionales se ha incorporado una garantía frente a la sociedad, pues dado que las actuaciones de los profesionales agrupados en estos entes pueden afectar directamente a los ciudadanos que soliciten sus servicios, la existencia de los colegios profesionales facilita al Estado la supervisión de la práctica profesional.

El libre desenvolvimiento de la personalidad es un derecho no enumerado, esto es, un derecho implícito, que se fundamenta en el principio-derecho fundamental a la dignidad de la persona humana. Se lo puede vulnerar cuando no se le expide a un profesional su colegiatura, toda vez que quien la solicita tiene la legítima expectativa de ejercer la profesión para la cual ha sido habilitado por la universidad en que terminó sus estudios. Por ello, este Tribunal considera que una respuesta ficta o una denegatoria sin fundamento pueden lesionar tal derecho, al igual que una respuesta cuyo contenido sea irracional, irrazonable o desproporcionado según los parámetros establecidos en la Constitución.

El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad se plasma también en la libre actuación del individuo que, cumpliendo con los requisitos, solicita la expedición de la colegiatura, a fin de lograr alcanzar su desarrollo profesional en la sociedad.

El retardo en que el colegio profesional puede incurrir para emitir pronunciamiento sobre la procedencia o no de la colegiación debe ser razonable. Dada su personalidad jurídica de derecho público, le corresponde actuar de conformidad con el debido proceso, pues la solicitante se encuentra a la espera de un pronunciamiento que, en caso de ser desfavorable a sus intereses, se le permita recurrir en sede administrativa o, en su caso, impugnar judicialmente.

El retraso en el que pueda incurrir el colegio profesional en cuanto concierne a la procedencia o no de la solicitud de la colegiatura puede amenazar el derecho de la peticionante al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que solo a través de tal título habilitante podrá la demandante ejercer la carrera profesional de enfermería teniendo en cuenta que la colegiación es requisito indispensable a esos fines.

Lo que cuestiona la demandante en este caso es la actuación del Consejo Nacional del Colegio de Enfermeros del Perú, el cual, hasta la fecha, no ha respondido, lo que, a su criterio, lesiona su derecho a la igualdad.

Este Tribunal estima que no existe el derecho fundamental a la colegiación, sino simplemente el derecho a la obtención de la colegiación –siempre que se cumplan los requisitos establecidos a tal efecto–, lo cual forma parte del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Sin embargo, de la contestación de la demanda surge que hasta la fecha la entidad emplazada no ha emitido pronunciamiento alguno, causando un permanente estado de incertidumbre en la solicitante y, en consecuencia, afectando su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Si bien ni en la norma estatutaria ni en el Reglamento del Consejo existe un plazo para que este se pronuncie, ha de entenderse que dicho plazo es uno que no vulnere derechos fundamentales, debiendo el Consejo brindar una respuesta en un tiempo razonable. En otros términos, y si bien es atribución del Consejo evaluar la documentación presentada por los solicitantes, dicha responsabilidad no puede ser ejercida de manera indefinida, sino que requiere de un tiempo razonable.

Este Tribunal, por lo tanto, y a la luz de los hechos acreditados, reitera que la actuación de la emplazada ha afectado el derecho de la demandante al libre desenvolvimiento de la personalidad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Expte. nº 03893-2008-PA/TC, sentencia del 4-3-2010, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03893-2008-AA.html.



AMPARO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO DE PROPIEDAD. DERECHO AL USO Y GOCE. RESTRICCIONES FUNDADAS EN RAZONES DE SEGURIDAD. PLAZO. RAZONABILIDAD (PERÚ).

- 1. Antecedentes del caso: Ezio Ulio Romano Scottini Meléndez promovió una demanda de amparo contra la Sub-Gerencia de Control, Operaciones y Sanciones de la Municipalidad Distrital de Ate y otro, manifestando que pese a ser propietario, con derecho debidamente inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, del Palco Suite signado con el nº E-175, ubicado en el edificio perimetral colindante al Estadio Monumental del Club Universitario de Deportes, la mencionada comuna distrital dispuso —como consecuencia de los lamentables hechos de violencia que culminaron con el fallecimiento de Walter Arturo Oyarce Domínguez en referido escenario deportivo— la clausura transitoria de los palcos suite ubicados en el mencionado edificio perimetral hasta que se tomen las medidas necesarias que garanticen la seguridad de sus instalaciones.
- **2. Sentencia:** la Municipalidad Distrital de Ate debe abstenerse de impedir el ejercicio del derecho de propiedad respecto del Palco Suite signado con el nº E-175 bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas por el numeral 22º

del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de que los órganos competentes exijan que se implementen razonables y pertinentes medidas de seguridad.

Evaluados los hechos y, en particular, el acto administrativo emitido por la autoridad edil que dispuso la clausura transitoria de los palcos suite, se llega a la conclusión de que resulta irrazonable –y, por ende, violatorio del derecho de propiedad del actor– que la aludida medida transitoria carezca de un plazo determinado, convirtiendo así lo transitorio en permanente, agravado por la circunstancia de que, a la fecha, tal restricción se ha mantenido por un lapso de aproximadamente tres años sin que pueda el actor acceder al palco de su propiedad, anulando sus potestades de uso, posesión y disfrute.

Si bien resulta razonable que la autoridad municipal emplazada –y demás órganos competentes– exijan que se adopten las medidas de seguridad pertinentes, lo cierto es que resulta irrazonable la limitación impuesta sobre el derecho de propiedad del actor, que en los hechos supone un acto de secuestro de la propiedad privada, constitucionalmente garantizada por los arts. 2.16 y 70 de la Constitución Política del Perú.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Expte. nº 03418-2013-PA/TC, sentencia del 10-4-2014, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03418-2013-AA.pdf>.



BIOTECNOLOGÍA. TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA. FECUNDACIÓN HETERÓLOGA. FILIACIÓN. DERECHO A LA INFORMACIÓN. OBLIGACIÓN DEL MÉDICO INTERVINIENTE DE INFORMAR LA ASCENDENCIA DE LA PERSONA CONCEBIDA MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO DEL DONANTE AL ANONIMATO. MÉDICOS. SECRETO PROFESIONAL (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: la accionante fue concebida artificialmente en el instituto médico de inseminación artificial demandado. Cuando solicitó al médico interviniente que le informara la identidad del donante de esperma para conocer sus orígenes genéticos, recibió una respuesta negativa fundada en la cláusula contractual del anonimato en la donación de esperma. El médico afirmó, además, que el derecho a la intimidad prevalecía sobre el derecho a acceder a la información genética. También invocó el secreto profesional que lo obligaba a no divulgar los datos del donante. Por otra parte, sostuvo que los registros de los donantes no se encontraban disponibles, ya que solo existía obligación de mantener la documentación durante diez años.

Entonces, la mujer promovió una acción judicial. El tribunal de primera instancia de Essen rechazó su pretensión.

Esta decisión fue recurrida entonces ante el Tribunal Superior de Hamm.

2. Sentencia: se revoca la sentencia objeto de recurso. La persona concebida mediante inseminación artificial heteróloga tiene derecho a solicitar al médico interviniente información sobre su ascendencia genética.

El derecho de la apelante a conocer sus orígenes genéticos prevalece sobre la obligación del demandado a respetar el secreto profesional y a mantener la privacidad de los datos del donante.

La recurrente tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad y al respeto de la dignidad humana, área autónoma de reserva para desarrollar y proteger su personalidad; debe poder conocer sus orígenes genéticos a fin de comprender y ser capaz de desarrollarse como persona.

Frente a esta tesis tutelar de los derechos fundamentales, cede la invocación del derecho del demandado al libre ejercicio de su profesión, así como el derecho a la intimidad y al anonimato del donante de esperma. Estos derechos no se ven afectados en su núcleo esencial. El demandado y el donante requieren, por este motivo, menos protección, ya que las consecuencias de la donación anónima de esperma se evalúan con anticipación y se pueden acomodar a las peticiones de los niños así concebidos. El derecho de la actora a conocer su filiación tiene jerarquía superior porque no es un derecho disponible. Tanto al demandado como al donante les debe quedar claro que, en los procesos de procreación artificial, en algún momento el niño así concebido puede querer conocer sus orígenes. Y esto implica un reconocimiento judicial de la paternidad del donante de esperma, con todas las consecuencias jurídicas que de ello derivaran. En este contexto, también han de considerarse las directrices y pautas de la Asociación Médica Alemana, dado que el demandado está obligado a informar sobre cualquier violación de confidencialidad médica para no perpetrar ningún delito.

El demandado no ha acreditado la imposibilidad de aportar la información requerida ni este Tribunal ha podido comprobar que haya agotado todas las instancias de averiguación interrogando seriamente a sus antiguos empleados ni haciendo una búsqueda exhaustiva de los documentos supuestamente faltantes.

TRIBUNAL SUPERIOR DE HAMM (ALEMANIA), caso I-14 U 7/12, sentencia del 6-2-2013, en http://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/02_aktuelle_mitteilungen/19-heterologe-Insemination.pdf.



BIOTECNOLOGÍA. TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA. FECUNDACIÓN HETERÓLOGA. RESTRICCIONES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: los tribunales italianos de Milán, Florencia y Catania plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 4.3, 9.1, 9.3 (solo de la parte que reza "en violación de la prohibición prevista en el art. 4.3") y 12.1 de la ley nº 40/2004 (Disposiciones en Materia de Procreación Médicamente Asistida), por considerarlos violatorios de los arts. 2, 3, 31 y 32 de la Constitución, así como de los arts. 29 y 117.1 de la misma en relación con los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El art. 4.3 de la ley nº 40/2004 establece que "[e]stá prohibido el recurso a técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo"; el art. 9.1, que "[t]oda vez que se recurra a técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo en violación de la prohibición dispuesta en el art. 4.3, el cónyuge o el conviviente de cuyo consentimiento se tiene constancia no tiene derecho a promover una acción de desconocimiento de la paternidad en los casos previstos por el art. 235.1, nos. 1) y 2) del Código Civil, ni a impugnarla en términos del art. 263 del mismo"; el art. 9.3 prevé que "[e]n caso de aplicación de técnicas de tipo heterólogo en violación de la prohibición dispuesta en el art. 4.3, el donante de gametos no establece ninguna relación jurídica parental con el recién nacido ni puede hacer valer ningún derecho en relación con este ni asumir obligaciones". Finalmente, el art. 12.1 establece que "[q]uienquiera que utilice con fines procreativos gametos de personas extrañas a la pareja solicitante en violación de lo previsto en el art. 4.3 será castigado con una sanción administrativa de entre 300.000 y 600.000 euros".

Los recurrentes alegan que dado que la finalidad de la ley nº 40/2004 es favorecer la solución de los problemas reproductivos que derivan de la esterilidad o de la infertilidad humana, el art. 4.3 violaría los arts. 3 y 31 de la Constitución porque los principios de no discriminación y de razonabilidad admiten el establecimiento de límites a los derechos, pero también prohíben el trato diferente en situaciones idénticas o análogas cuando no existen justificaciones razonables. Asimismo, según los recurrentes, dicho artículo viola los arts. 2, 29 y 31 de la Constitución porque vulnera el derecho fundamental a la plena realización de la vida privada y familiar, y el derecho a la autodeterminación de las parejas afectadas por la esterilidad o la infertilidad irreversibles. En efecto, el art. 2 de la Constitución garantiza el derecho a la formación de una familia, mientras que el art. 30 de la misma establece la justa y debida tutela de los hijos, y presupone, reconoce y tutela la finalidad procreadora del matrimonio.

2. Sentencia: el art. 4.3 de la ley nº 40/2004 resulta inconstitucional en la parte en que establece, de conformidad con el art. 5.1 de la misma, la prohibición de recurrir a técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo cuando se haya diagnosticado una patología causante de esterilidad o infertilidad absolutas e irreversibles en la pareja. Asimismo, se declara la inconstitucionalidad de los arts. 9.1 y 9.3 (solo de la parte que reza "en violación de la prohibición prevista en el art. 4.3"), así como del art. 12.1 de la misma ley.

Las cuestiones aquí planteadas abordan temas éticamente sensibles. La prohibición en cuestión carece de fundamento constitucional. En efecto, esta no resulta de una elección consolidada en el tiempo, ya que fue introducida en el ordenamiento italiano por el impugnado art. 4.3. Anteriormente, la aplicación de las técnicas de fecundación heteróloga era lícita y se admitía sin límites subjetivos ni objetivos. En el año 1997, por ejemplo, esas técnicas se practicaban en setenta y cinco centros médicos privados que operaban de conformidad con circulares del Ministerio de Salud Pública.

La elección de las parejas absolutamente estériles o infértiles de formar una familia con hijos es una expresión de la libertad fundamental de autodeterminarse.

En consecuencia, las restricciones a esa libertad deben ser justificadas razonable y coherentemente por la imposibilidad de tutelar de otro modo intereses de igual rango constitucional. La Constitución no plantea una noción de familia indisolublemente vinculada a la presencia de hijos. Sin embargo —como lo demuestra la reglamentación de la adopción—, el ordenamiento jurídico favorece el proyecto de formación de una familia caracterizada por la presencia de hijos, incluso independientemente del dato genético. La circunstancia de que el instituto de la adopción esté orientado a garantizar una familia a los menores pone de manifiesto que el origen genético no constituye un requisito imprescindible de la familia.

La libertad y la voluntariedad del acto de fundación de una familia no implica que esa libertad pueda ejercerse ilimitadamente. Sin embargo, los límites – aun cuando se inspiren en consideraciones y convicciones de orden ético— no pueden constituir una prohibición absoluta, a menos que, como ya se ha dicho, la misma sea el único medio para tutelar otros intereses de rango constitucional.

La prohibición en examen incide, por lo tanto, en bienes constitucionalmente protegidos como la libertad y la salud, pero ello no es suficiente para considerarla inconstitucional.

La procreación médicamente asistida de tipo heterólogo se orienta a favorecer la vida y plantea problemáticas relativas al momento posterior al nacimiento. La circunstancia de que la prohibición haya sido impugnada en la parte en que impide el recurso a dicha técnica cuando se haya comprobado la existencia de una patología causante de esterilidad o infertilidad absolutas debe excluir, de raíz, una eventual utilización de la misma con fines eugenéticos ilícitos.

El único interés que se opone a los mencionados bienes constitucionales es el de la persona nacida mediante la aplicación de las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo. Según la Fiscalía de la Nación, ese interés se vería lesionado por el riesgo psicológico vinculado a una progenitorialidad no natural y por la violación del derecho a conocer la propia identidad genética.

La prohibición en examen es el resultado de un balance irracional de los intereses en juego que vulnera la *ratio* del ordenamiento. En efecto, la negación absoluta del derecho a formar una familia con hijos —que, además, incide en el derecho a la salud— constituye un perjuicio para las parejas afectadas por esterilidad o infertilidad irreversibles.

Si bien la reglamentación de los efectos de la procreación médicamente asistida de tipo heterólogo practicada en otros países persigue el objetivo de ofrecer la debida tutela al recién nacido, al mismo tiempo pone en evidencia un elemento ulterior de irracionalidad ínsito en la norma aquí impugnada. En efecto, esta acuerda un trato diferente e injustificado a las parejas estériles o infértiles, basado en la capacidad económica de las mismas, la cual se constituye en requisito del ejercicio de un derecho fundamental que se les niega a aquellas parejas que carecen de los recursos financieros necesarios para poder recurrir a esa práctica en otros países. Este es un efecto directo de las disposiciones en examen. En definitiva, si bien el objetivo de las normas impugnadas es garantizar la tutela a través de un valor de rango constitucional, lo cierto es que no respetan el vínculo de la menor restricción posible de los demás intereses y valores constitucionalmente protegidos y, además,

producen una evidente e irreversible lesión a algunos de estos en violación de los parámetros constitucionales mencionados.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia nº 162/2014 del 9-4-2014, en http://www.cortecostituzionale.it/schedaUltimoDeposito.do.



CÁRCELES. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. RESTRICCIONES EN ARAS DE LA SEGURIDAD Y EL BUEN ORDEN DEL INSTITUTO PENITENCIARIO. MEDIDAS DE SEGURIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD. REGISTROS CORPORALES (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: un interno del Centro Penitenciario de Jaén mantuvo encuentros íntimos con su pareja sin la presencia de funcionario alguno – comunicación "vis à vis"—. Con base en lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario, posteriormente se registró su cuerpo mientras estaba totalmente desnudo, con base en la sospecha de que podía tener oculto algún objeto o sustancia prohibida tras la comunicación.

El interno interpuso entonces una queja ante el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria alegando la lesión de su derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 de la Constitución Española (CE), pero su pretensión fue rechazada. La Audiencia Nacional confirmó esta decisión.

En consecuencia, el interno interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando la vulneración de su derecho a la intimidad personal al haber sido objeto –sin motivo que lo justificase– de registros corporales mientras estaba desnudo, después de haberse comunicado "*vis à vis*" con su pareja. Alegó que estas medidas deben fundarse en motivos de seguridad concretos y específicos.

- **2. Sentencia:** se hace lugar al recurso de amparo interpuesto.
- **2.1.** Los hechos tuvieron lugar después de una "comunicación *vis a vis*". El cacheo integral que posteriormente se realizó al interno estuvo fundado en la sospecha de que, tras la comunicación, podría tener oculto en su cuerpo algún objeto o sustancia prohibida y de que podría introducir en el penal objetos o sustancias que puedan suponer un riesgo para la seguridad del establecimiento o sus internos.

El derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona humana.

De la intimidad personal forma parte la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quiera imponerse contra la voluntad de la persona, con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal.

Sin embargo, con referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias de la imposición de una pena de cárcel es la pérdida de la libertad

con la reducción de la intimidad: muchas de las actividades que normalmente se consideran privadas e íntimas de los que sufren la privación de la libertad quedan expuestas al público o sujetas a autorización.

En el presente caso, la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración Penitenciaria. Esta, en virtud de tal situación, ha de velar por la seguridad y el buen orden del establecimiento penitenciario conforme le exige la Ley Orgánica General Penitenciaria, por lo que está habilitada para imponer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos.

2.2. El Reglamento Penitenciario prescribe que las medidas de seguridad se rigen por los principios de necesidad y proporcionalidad y que se deben llevar siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, en especial cuando se practiquen directamente sobre las personas. La citada norma también establece que, por motivos de seguridad concretos y específicos, y cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del establecimiento, se pueden realizar registros corporales a internos que están desnudos, con autorización del Jefe de Servicios. Esta medida puede constituir un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario.

En el caso *sub examine*, falta toda mención de los motivos de seguridad concretos y específicos que determinaron la necesidad del registro realizado. No es suficiente la justificación genérica de que las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes.

Las decisiones recurridas se limitan a citar la normativa que autoriza los cacheos personales, pero eluden explicar por qué, en el caso concreto, tales registros eran necesarios, procedentes y se justificaba la invasión de la privacidad del interno, adoleciendo, por ende, de una patente falta de motivación.

La falta de fundamentación específica vulnera el derecho a la intimidad personal en el caso en análisis, provocando así la nulidad de las resoluciones que acordaron la práctica de los cacheos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sala Segunda, recurso de amparo 6147-2011, sentencia del 7-10-2013, en http://www.tribunalconstitucional.es/Documents/NOTA_INFORMATIVA_60_2013/2011-02907STC.pdf.



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ESTADO DE EMERGENCIA. ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA. PRESUPUESTOS. CONSTITUCIONALIDAD (COLOMBIA).

- 1. Antecedentes del caso: mediante el decreto 4580 de 2010, el Presidente de la República declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica, por razón de grave calamidad pública, cuya constitucionalidad se impugnó ante la Corte Constitucional.
- **2. Sentencia:** se declara exequible el decreto 4580 de 2010 "[p]or el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública".

Esta Corte tiene competencia para realizar un control integral del decreto declaratorio de un estado de excepción, esto es, su conformidad con la normativa constitucional tanto desde el punto de vista formal como del cumplimiento de los presupuestos materiales para tal declaratoria.

Habiendo revisado el decreto, se observa que se han satisfecho cabalmente los siguientes presupuestos formales: a) fue firmado por el Presidente de la República y todos los ministros, uno de ellos, encargado del despacho del Ministro de Comercio, Industria y Turismo; b) establece un plazo de duración del estado de emergencia que no supera el tope de treinta días; c) fundamenta la declaración del estado de emergencia, organizando las razones en tres acápites relativos a la existencia de hechos sobrevinientes constitutivos de grave calamidad pública, su impacto de orden económico, social y ecológico, y la insuficiencia de los medios ordinarios para enfrentar la crisis e impedir la extensión de sus efectos; d) habida cuenta de que la declaratoria de emergencia se produjo durante el período de sesiones ordinarias de las cámaras, no se tuvo que convocar al Congreso de la República; e) determina el ámbito territorial de la declaratoria del estado de emergencia, que se extendió a todo el territorio nacional, y f) al día siguiente de su emisión, se notificó la declaración del estado de emergencia al Secretario General de las Naciones Unidas y al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, así como los motivos que condujeron a dicha declaratoria.

En cuanto al control material del decreto con base en las pruebas aportadas al proceso, esta Corte verificó el cumplimiento del presupuesto fáctico del estado de emergencia, conformado en el caso concreto por: (i) la existencia de hechos sobrevinientes constitutivos de grave calamidad pública: la formación del denominado fenómeno de La Niña, precipitaciones pluviales por encima de niveles históricos, que agudizaron ese fenómeno, e incremento significativo del caudal de los principales ríos del país; (ii) la evidente especificidad de los hechos que dan sustento al decreto, por cuanto son diferentes de aquellos previstos en los arts. 212 y 213 de la Constitución –estado de guerra exterior y estado de conmoción interior—, con lo cual se supera el juicio de identidad del presupuesto fáctico; (iii) aunque el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales había anunciado la probabilidad de que se presentara el fenómeno de La Niña, si se lo compara con el ocurrido en años anteriores (1954, 1964, 1970, 1973 y 1998), ha sido el de mayor magnitud,

de manera que esos hechos adquirieron carácter sobreviniente, su intensidad fue traumática y su ocurrencia fue ajena a lo que regular y cotidianamente sucede respecto de dicho fenómeno.

En relación con el primer presupuesto valorativo del control material, encaminado a verificar que la perturbación, la amenaza de perturbación o la calamidad que da base a la declaración del estado de emergencia revista gravedad, esta Corte estima que en el presente caso las valoraciones efectuadas por el Gobierno Nacional en relación con la gravedad de la calamidad pública y su impacto en el orden económico, social y ecológico no resultan ni arbitrarias ni manifiestamente erradas. Por el contrario, abundan los argumentos objetivos que denotan la gravedad y los inmensos traumatismos y afectaciones a los derechos fundamentales, sociales, económicos y ambientales ocasionados en razón del fenómeno de La Niña y que permiten apreciar que las dimensiones fueron devastadoras. Como resultado de este fenómeno, se constató que, por diversas razones, hubo más de un millón y medio de personas afectadas. Además, de las pruebas allegadas al proceso se encontró que se han afectado vastas extensiones agrícolas, distritos de riego, causando la muerte de decenas de miles de semovientes y el traslado o migración de más de un millón de animales. Asimismo, la red vial ha resultado afectada y, por lo tanto, fue necesario proceder al cierre total de vías en más de 30 sitios y cierres o pasos restringidos en más de 80. Igualmente, se presentaron fallas en diques, obras de contención, acueductos y alcantarillados. Algunos municipios se encuentran aislados como consecuencia de estos eventos. Por otro lado, se certificó que más de medio millón de establecimientos educativos en 18 departamentos y 150 municipios se han visto seriamente afectados por la ola invernal. Los más afectados como consecuencia de la situación descripta han sido los habitantes de las zonas rurales, dentro de las cuales se han visto afectados, con pérdidas materiales y humanas, los asentamientos humanos informales ubicados en suelo urbano, entre los cuales se encuentra la población en situación de desplazamiento y población vulnerable, principalmente. Por estos motivos, existen grandes necesidades de atención en materia alimentaria, de agua, saneamiento, protección, albergues, educación y salud.

De las pruebas aportadas al proceso de constitucionalidad se encontró que la gravedad de la perturbación y, en algunos casos, la inminencia de ella se ve reflejada en los sectores educativo (afectación de la continuidad de la prestación del servicio educativo a centenares de miles de niños, niñas y jóvenes); de transporte (cierre o restricción de vías); ambiental (agua potable y saneamiento, vivienda, pérdida de biodiversidad y de cobertura vegetal, aumento de procesos de sedimentación, desmejora de la calidad del agua, desestabilización de taludes, taponamientos de cauce de agua, cambios geomorfológicos, cambios de uso del suelo y modificación del curso de fuentes hídricas, prestación del servicio de salud, inundación de predios dedicados a la agricultura, ganadería y cría de animales).

En cuanto al segundo presupuesto valorativo, concerniente al juicio de necesidad de los poderes de excepción, esto es, la insuficiencia de las medidas ordinarias utilizadas por parte del Gobierno Nacional respecto de la atención de la crisis, la Corte constató que dada la magnitud del suceso climático de La Niña vivido en el país y la dimensión de las consecuencias del mismo, aparecen insuficientes los

mecanismos ordinarios de que se disponía para conjurar una situación tan crítica. En efecto, si bien el decreto 919 de 1989, mediante el cual se organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, establece una serie de dispositivos ordinarios para conjurar una crisis, estos mecanismos atienden situaciones dentro de cierto rango de gravedad, pero no resultan idóneos para solucionar acontecimientos de carácter catastrófico. Ante la gravedad de los hechos climáticos sufridos y de las consecuencias desastrosas generadas, resultaba impropio acudir a mecanismos ordinarios para abordar la catástrofe ocurrida. De esta forma, el juicio calificado de la insuficiencia de los mecanismos ordinarios efectuado por el Gobierno Nacional no se muestra manifiestamente errado ni arbitrario, sino que se revela razonable y necesario para conjurar la grave crisis e impedir la extensión de sus efectos, de modo que, para esta Corte, se cumplió con el presupuesto valorativo para declarar la conformidad del decreto declaratorio del estado de emergencia con la normativa constitucional (art. 215 C.P.) y estatutaria (ley 137 de 1994).

En ese orden, se arriba a la conclusión de que los sucesos acaecidos a raíz del fenómeno climático de La Niña 2010, agudizados a partir del mes de noviembre del mismo año, la dimensión de la perturbación de orden económico, social y ecológico constitutivos de grave calamidad pública, y la insuficiencia de los mecanismos ordinarios para enfrentar la crisis, según lo demostrado en el presente proceso constitucional, conducen a la declaración de exequibilidad del decreto 4580 de 2010, por el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública. A juicio de esta Corte, esta declaratoria cumplió con el presupuesto fáctico, el presupuesto valorativo y la calificación sobre la insuficiencia de los medios ordinarios exigidos por la Constitución y la ley estatutaria 137 de 1994 para declarar un estado de excepción.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-194/11 del 9-3-2011, en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-194-11.htm.



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ORDEN PÚBLICO. FUERZAS DE SEGURIDAD. OBSERVADORES VOLUNTARIOS. PREVENCIÓN DE DELITOS. FEDERALISMO. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS (ITALIA).

- **1. Antecedentes del caso:** las Regiones Toscana, Emilia-Romaña y Umbría plantearon la inconstitucionalidad del art. 3, incs. 40, 41, 42 y 43 de la ley N° 94/2009 (Disposiciones en Materia de Seguridad Pública) (Ley), por considerarlo violatorio de los arts. 117.2, letra *h*), 117.4, 117.6 y 118 de la Constitución. La Región Toscana también denunció que violentaba el principio de cooperación leal. Se interpusieron tres recursos ante la Corte Constitucional, que esta resolvió en una única sentencia.
- **2. Sentencia: s**e declara la inconstitucionalidad del art. 3, inc. 40 de la Ley solo en la parte que reza "o bien situaciones de descontento social". Asimismo, se

declara infundada la denuncia de inconstitucionalidad del art. 3, incs. 41, 42 y 43, de la Ley.

Las normas jurídicas nacionales dictadas en los años 2008 y 2009 ("paquetes de seguridad") brindaron a los intendentes, como instrumento adicional, la facultad de valerse de grupos de observadores voluntarios (llamados "rondas") para controlar el territorio, a fin de salvaguardar la seguridad pública. Se encuentra aquí cuestionado el valor que corresponde asignar a las expresiones "seguridad urbana" y "situaciones de descontento social", utilizadas para identificar las actividades de las asociaciones de voluntarios en el inc. 40 del art. 3 de la Ley, que dispone: "previa concertación con el Prefecto, el recurso a las asociaciones de voluntarios, previsto por las normas impugnadas, quede circunscripto al ámbito de la competencia legislativa estatal a la que se refiere el art. 117.2, letra h) de la Constitución, porque ello significaría confiar a ciudadanos particulares una función necesariamente pública, como las de prevención de los delitos y mantenimiento del orden público. Esta objeción no toma en consideración la circunstancia de que las asociaciones de voluntarios desarrollan una actividad de mera observación y descripción, y que cualquier ciudadano puede denunciar los delitos de acción pública de que tenga conocimiento (art. 333 del Código Procesal Penal) e incluso proceder al arresto in fraganti en los casos previstos por el art. 380 del mismo código (v. también art. 383 de dicho cuerpo legal). Además, el art. 24 de la ley N° 121/1981 (Nuevo Ordenamiento de la Administración de la Seguridad Pública) prevé que la Policía del Estado ejerza sus funciones al servicio de las instituciones democráticas y de los ciudadanos "solicitando su colaboración".

Por el contrario, la expresión "situaciones de descontento social" no se compadece con el texto constitucional, ya que, al ser genérica, puede incluir diversas situaciones de marginación o de dificultad de inserción de los individuos en el tejido social (fundadas en causas económicas, de salud, de edad, de relaciones familiares, etc.), las cuales demandan acciones de política social en el ámbito de los servicios sociales. Por ello, la referencia a "situaciones de descontento social" constituye un elemento espurio y extraño respecto de la *ratio* que inspira a las normas impugnadas. De hecho, la intervención del Prefecto, la prioridad concedida a las asociaciones integradas por agentes de las fuerzas del orden que estén de licencia, la circunstancia de que las descripciones de los voluntarios solo sean comunicadas a la fuerza policial (y no a los organismos de servicios sociales) son todas previsiones plenamente coherentes con una tutela de la "seguridad urbana", entendida como actividad de prevención y represión de los delitos en el ámbito urbano, que perderían ese carácter si pretendieran remediar condiciones de descontento y marginación social.

Por ello, el art. 3, inc. 40 de la ley N° 94/2009 se declara inconstitucional por violentar el art. 117.4 de la Constitución solo en la parte que reza "o bien situaciones de descontento social".

Debe excluirse la aseveración formulada por las Regiones Emilia-Romaña y Umbría de que, una vez circunscripta la actividad de las asociaciones de voluntarios a la denuncia de situaciones peligrosas para la seguridad urbana, el legislador nacional sigue estando obligado a establecer las formas de coordinación de tal actividad con la normativa de la policía administrativa local. El art. 118.3 de la Constitución prevé una reserva de ley a los fines de las formas de coordinación entre el Estado

y las Regiones en las materias a las que se refieren las letras b) y h) del art. 117.2 (inmigración, orden público y seguridad), pero ello no implica que cualquier ley del Estado que contenga disposiciones relativas a tales materias deba siempre y en todos los casos proveer en tal sentido.

La lesión a la distribución constitucional de las competencias deriva exclusivamente de la excesiva amplitud del inc. 40. La declaración de la inconstitucionalidad parcial de este, que reconduce la actividad de las asociaciones de voluntarios al ámbito del "orden público y seguridad" —de exclusiva competencia nacional—, hace que la normativa complementaria que traen los incisos sucesivos no sea incompatible con los parámetros constitucionales evocados, sin necesidad de intervenciones ulteriores.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 226 del 21-6-2010, en .">http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/scheda_ultimo_deposito.asp?sez=ultimodep&Comando=LET&NoDec=226&AnnoDec=2010&TrmD=&TrmM>.



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PODER EJECUTIVO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DECLARACIONES PÚBLICAS PRESIDENCIALES DURANTE UNA CAMPAÑA ELECTORAL. ELECCIONES. DERECHOS POLÍTICOS. PARTIDOS POLÍTICOS. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el Presidente Federal participó, durante una campaña electoral, en un debate con varios cientos de alumnos de terciarios técnicos de entre 18 y 25 años en la escuela de *Berlin-Kreuzberg*, evento que tuvo como lema "22 de septiembre de 2013: ¡Tu voz cuenta!". En esa oportunidad, el Presidente destacó la importancia que las elecciones libres tienen en la democracia, y alentó a los alumnos a participar en la vida social y política.

Una estudiante del público le preguntó su opinión sobre ciertos incidentes vinculados a las protestas que los miembros del Partido Nacional-Demócrata alemán (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands* o NPD) habían realizado contra un centro de atención de peticionantes de asilo en *Berlin-Hellersdorf*. La prensa que cubrió el debate citó al Presidente respondiendo: "Necesitamos ciudadanos que salgan a la calle y les muestren a los locos cuáles son sus límites. Todos ustedes tienen esa obligación", y agregó: "Estoy orgulloso de ser Presidente de un país donde los ciudadanos defienden su democracia".

El NPD se sintió agraviado y lo denunció judicialmente.

- **2. Sentencia:** las declaraciones cuestionadas del Presidente Federal no merecen reproche constitucional y, por lo tanto, no violan el derecho del peticionante a que se respete la igualdad de oportunidades de los distintos partidos políticos.
- **2.1.** El Presidente Federal representa al Estado y al pueblo de la República Federal de Alemania tanto externa como internamente, y está obligado a personificar

la unidad del Estado. El Presidente Federal, en términos generales, tiene libertad para decidir cómo poner en práctica sus funciones representativas y tareas integrativas vinculadas con su cargo. Si una de sus funciones esenciales es hacer visible la unidad de la comunidad mediante sus apariciones públicas y promover la unidad mediante el ejercicio de la autoridad de su cargo, debe contar con un amplio margen de discrecionalidad en esta área. El Presidente Federal solo puede satisfacer las expectativas de desarrollo social asociadas a su cargo si puede dar respuesta a las necesidades y exigencias sociales conforme a su propio criterio y, a tal fin, puede hacer una libre elección de los temas y de la forma de tratarlos en un determinado contexto. Por lo tanto, el Presidente Federal no necesita estar autorizado para hacer declaraciones públicas inherentes a su cargo, aun cuando señale sucesos indeseables o haga advertencias de peligros y, al hacerlo, nombre a los grupos o personas a quienes considere responsables.

- **2.2.** Las acciones del Presidente Federal están limitadas por la Constitución y las leyes. Entre los derechos que el Presidente debe respetar se encuentra el derecho de los partidos políticos a la igualdad de oportunidades, garantizado por el art. 21, párr. 1 de la Constitución, y, en lo que hace a la igualdad de oportunidades que debe existir en materia electoral, por el art. 21, párr. 1 en conjunción con el art. 38, párr. 1 o art. 28, párr. 1 también de la Ley Fundamental. Las declaraciones que contengan juicios negativos de valor sobre los objetivos y actividades de un partido político pueden tener un efecto negativo en su igualdad de oportunidades para competir.
- 2.3. Al revisar la constitucionalidad de las declaraciones del Presidente de la República que afecten a la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, esta Corte Constitucional debe tener en cuenta que el Presidente tiene la responsabilidad exclusiva de decidir de qué forma cumplir con sus funciones y con las tareas integrativas propias de su cargo. El grado con que el Presidente Federal tome como pauta el concepto de "Presidente Federal neutral" no se encuentra, en términos generales ni en particular, sujeto a revisión judicial. Por otro lado, resultaría contrario a los principios del Estado de derecho si los partidos políticos —cuyo derecho a la igualdad de oportunidades constituye un elemento esencial del orden democrático básico— no tuvieran protección legal frente al Presidente de la República. En este contexto, parece tanto necesario como suficiente revisar judicialmente los comentarios negativos que realizara el Presidente sobre un partido político para determinar si fueron realizados en claro descuido de la función integrativa de su cargo y, en consecuencia, arbitrarios.
- **2.4.** Según este estándar, las declaraciones del Presidente no merecen reproche constitucional.
- **2.4.a.** En la medida en que el peticionante considera que el respaldo público que el Presidente acordó a los manifestantes en su contra en Hellersdorf-Berlin violentaba sus derechos, la acción no puede prosperar conforme a una interpretación necesariamente objetiva. De las declaraciones del Presidente no puede inferirse que haya respaldado ni aprobado las violentas protestas contra el peticionante. Al

comenzar sus comentarios, el Presidente Federal señaló expresamente que incluso la ruptura de partes resultaba inaceptable. Posteriormente, habló sobre libertad de expresión y libertad de reunión, y llamó a la participación en la contienda política. Estaba autorizado para hacerlo. Para todo ello se encontraba facultado y autorizado.

2.4.*b.* El uso de la palabra "locos" en este contexto específico también resulta constitucionalmente inobjetable. Con el uso de esta expresión, el Presidente hizo un juicio de valor negativo del peticionante, de sus afiliados y sus seguidores que –considerado en forma aislada– realmente podría ser considerado difamatorio y podría indicar una exclusión no objetiva de las personas así calificadas. Aquí, sin embargo, surge del estilo general de las declaraciones del Presidente que la palabra "locos", además de "ideólogos" y "fanáticos", alude a la acepción de aquellos que no han aprendido las lecciones de historia y que, al no haber sentido el impacto de las consecuencias devastadoras del Nacionalsocialismo, son de convicciones nacionalistas y antidemocráticas. La exageración que constituye la palabra "locos" no solo estaba dirigida a dejar en claro que las personas así denominadas nunca cambiarían, sino también a destacar que conservan solo una *vana* esperanza de triunfar con su idiología si los ciudadanos "les muestr[a]n [...] cuáles son sus límites".

Partiendo de las lecciones dejadas por el imperio tiránico del Nacionalsocialismo, el Presidente llamó a la participación de la ciudadanía contra las opiniones que –según su criterio– atentan contra el orden democrático básico libre al cual el Presidente considera defender. Al hacerlo, propone una forma de hacer frente a estas opiniones que se compadece con la Constitución. Por lo tanto, con sus comentarios negativos no cruzó los límites que, en relación con los partidos políticos, le impone la Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvE 4/13, sentencia del 10-06-2014, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-051.



CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. DEFENSA NACIONAL. SERVICIO MILITAR. SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. INCUMPLIMIENTO. SANCIONES. CONSTITUCIONALIDAD (PERÚ).

- 1.Antecedentes del caso: varios legisladores impugnaron la constitucionalidad del Decreto Legislativo n° 1146, que modifica diversos artículos de la Ley 29.248, del Servicio Militar, que determinan que los sorteados al servicio militar obligatorio (SMO) podían pagar una multa para exceptuarse de él y ordenan la suspensión de los efectos del Documento Nacional de Identidad para los infractores.
- 2. Sentencia: resulta inconstitucional la alternativa de pagar una multa para exceptuarse del cumplimiento del SMO porque esta es una válvula de escape

que permite que determinadas personas se sustraigan de su deber constitucional de contribuir al sistema de defensa nacional.

Con relación a la suspensión de los efectos del DNI para los infractores al SMO, se exhorta al Congreso a que, a la mayor brevedad, establezca un mecanismo alternativo dirigido a evitar que la sanción de suspensión de los efectos de este documento de identificación derive en una condena de muerte civil al privar a una persona de su capacidad de ejercicio de forma indefinida.

Debe señalarse que en los demás extremos de la demanda, la petición de declarar inconstitucional el sorteo para realizar el SMO solo obtuvo cuatro votos favorables —en lugar de un mínimo de cinco— de los jueces de este Tribunal Constitucional, por lo que la demanda es infundada en dichos extremos, como prevé el segundo párrafo del art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Expte. n° 0015-2013-PI/TC, sentencia del 23-5-2014, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00015-2013-AI.pdf.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. HOMOSEXUALES. MATRIMONIO. ANALOGÍA CON LA UNIÓN CIVIL (BRASIL).

- 1. Antecedentes del caso: el Procurador General de Brasil y el gobierno del estado de Río de Janeiro interpusieron recursos ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF). El primero de ellos solicitó el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar, y que a los miembros de las uniones entre personas del mismo sexo estables se les garantizaran los mismos derechos y deberes de las parejas heterosexuales. El segundo, por su parte, afirmó que la falta de reconocimiento de la unión homosexual contradice preceptos fundamentales tales como la igualdad, la libertad y el principio de dignidad de la persona humana contenidos en la Constitución Federal y solicitó la aplicación del régimen jurídico de las uniones heterosexuales, previsto en el art. 1723 del Código Civil (CC), a las uniones homosexuales de funcionarios públicos civiles de Río de Janeiro.
- 2. Sentencia: se hace lugar a las pretensiones de los recurrentes. En consecuencia, el art. 1723 del Código Civil no puede interpretarse de manera que impida el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar, puesto que el art. 3.IV de la Constitución prohíbe toda discriminación en virtud del sexo, raza y color, y que, en consecuencia, nadie puede ser discriminado en función de su orientación sexual. El sexo de las personas, salvo disposición contraria, no se puede prestar para crear una desigualdad jurídica.

En opinión del Ministro Ricardo Lewandowski, dado que no existe ninguna norma constitucional que contemple este nuevo tipo de unidad familiar, debe aplicarse la "técnica de integración análoga", es decir, una delimitación de la nueva legislación hasta que el Congreso sancione la ley. La norma constitucional más cercana en este caso es el art. 226.3, que reza: "A efectos de la protección por el Estado, se reconoce

la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio".

Por su parte, la Ministra Carmen Lucia afirmó que todas las formas de prejuicio merecen ser repudiadas. Aquellos que optan por la unión homosexual no pueden ser considerados ciudadanos diferentes o de segunda clase por no haber adoptado un modelo de vida coherente con lo que la mayoría considera válido o legítimo.

Finalmente, el Ministro Marco Aurelio afirmó que el concepto de familia ha evolucionado y que en la Constitución Federal no existe prohibición expresa alguna para la aplicación de tales matrimonios. En su opinión, la visión tradicional de la familia se ha alterado, ya no sirve a fines meramente patrimoniales y existe para que los respectivos miembros puedan tener una vida plena en común. Se ha dado una modificación paradigmática en el derecho de familia. Este pasa a ser el derecho "de las familias", es decir, de las familias plurales y no solamente de la familia matrimonial resultante del casamiento. En detrimento del patrimonio se elije el amor, el cariño, la afectividad entre los miembros como elementos centrales de la caracterización de la entidad familiar.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, sentencia del 4-5-2011, en http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf (voto del Mtro. Ayres Britto, redactor); http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178938 (voto de la Mtra. Carmen Lucia); y http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178928 (voto del Mtro. Marco Aurelio).



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. TRANSEXUALES. CAMBIO DE SEXO. INSCRIPCIÓN REGISTRAL. MATRIMONIO. PRESUPUESTOS. HETEROSEXUALIDAD DE LOS CÓNYUGES. DISOLUCIÓN. CONVERSIÓN EN UNA UNIÓN CIVIL. HOMOSEXUALES. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – FINLANDIA).

1. Antecedentes del caso: Heli Hämäläinen nació en 1963 y reside en Helsinki. En 1996, se casó con una mujer con la que tuvo una hija. Varios años después, se sometió a una cirugía de cambio de sexo de hombre a mujer. Sin embargo, después de haber cambiado su nombre en 2006, no logró obtener un nuevo documento de identidad que consignara su género actual, ya que la condición para ello era que su esposa accediera a consentir la conversión de su matrimonio en una unión civil o a pedir el divorcio, a lo que ella no accedió. La pareja optó por permanecer casada, ya que el divorcio era contrario a sus convicciones religiosas, y consideró que una unión civil no brinda la misma seguridad que un matrimonio. Por ello, la solicitud presentada por Hämäläinen para inscribirse en el registro civil como mujer fue rechazada. Poco tiempo después, ella promovió un juicio administrativo ante los tribunales locales, pero su solicitud fue rechazada en mayo de 2008 y en

febrero de 2009. Los tribunales consideraron que la legislación finlandesa sobre transexualidad no prevé el casamiento entre personas del mismo sexo. En agosto de 2010, la Suprema Corte Administrativa rechazó la apelación extraordinaria de Hämäläinen, quien, entonces, recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), alegando que la circunstancia de que el total reconocimiento de su nuevo género estuviera condicionado a la conversión de su matrimonio en una unión civil resultaba violatorio de los arts. 8, 12 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia: se declara por catorce votos contra tres que no ha habido una violación de los arts. 8 y 14 de la Convención, y que no es necesario examinar el caso en términos del art. 12.

Con respecto a una presunta injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar, es preciso examinar si este implica la obligación del Estado de prever un procedimiento efectivo y accesible a fin de que a la recurrente se le reconozca legalmente su nuevo género, aun conservando su estado civil de casada. Lo cierto es que la Convención no impone a los Estados la obligación de garantizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Tampoco exige acuerdos especiales en situaciones como la presente. En Europa no ha habido cambios significativos desde la última vez que esta Corte se pronunció sobre estos temas. En efecto, la mayoría de los Estados miembros no han legislado al respecto. En consecuencia, dados la falta de consenso a nivel europeo y los asuntos morales y éticos en juego, es preciso otorgar a Finlandia un amplio margen de apreciación, tanto para decidir sobre el reconocimiento legal del nuevo género de los transexuales que se han sometido a una cirugía de cambio de sexo como sobre la manera de equilibrar los intereses públicos y privados en pugna.

En verdad, el derecho finlandés actual ofrece varias opciones a la recurrente. Existe, en principio, la posibilidad de convertir el matrimonio en una unión civil con el consentimiento de la esposa. Con respecto a esto, el gobierno finlandés sostiene que el objeto de la legislación pertinente es unificar las diversas prácticas aplicadas en diferentes partes del país a fin de establecer exigencias coherentes para el reconocimiento legal de género. El consentimiento de la esposa es una exigencia básica para protegerla de las consecuencias de las decisiones unilaterales tomadas por la otra parte. Además, las diferencias entre el matrimonio y una unión registrada no implican un cambio esencial en la situación jurídica de la recurrente, con excepción de la determinación de la filiación, la adopción fuera de la familia y el apellido, excepciones todas aplicables solamente en caso de que tales cuestiones no hayan sido determinadas previamente, lo cual no resulta ser el caso de la recurrente. Un ejemplo que demuestra que la conversión en una unión civil permite continuar gozando del mismo nivel de protección legal que el matrimonio es el cálculo de la duración oficial de la relación -relevante en el caso de las pensiones de las viudas-, que se determina a partir de la fecha en que se contrajo el matrimonio y no a partir de la fecha de conversión a una unión civil. Por todo ello, no es posible defender el reclamo de la recurrente según el cual la conversión del matrimonio en una unión registrada es comparable a un divorcio "forzoso".

Volviendo a los aspectos relativos a la vida familiar, lo cierto es que la unión civil no afecta la paternidad de la hija de la recurrente, dado que esta ha sido determinada durante el matrimonio. El cambio de sexo tampoco tiene efectos legales en la responsabilidad por el cuidado, la guarda o la manutención de la menor, ya que en Finlandia la responsabilidad se basa en la paternidad, independientemente del sexo o del tipo de relación de pareja. En consecuencia, la conversión en una unión civil no tiene implicancia alguna en la vida familiar de la recurrente.

A la luz de todo lo expuesto, no resulta desproporcionada la exigencia de proceder a una conversión en una unión civil como precondición para el reconocimiento legal de un género adquirido, ya que se trata de una opción genuina que brinda una protección legal para las parejas del mismo sexo, prácticamente idéntica a la del matrimonio. Las pocas diferencias entre estos dos conceptos legales no menoscaban el sistema finlandés desde el punto de vista de la obligación positiva del Estado. Además, en el presente caso se ha logrado un justo equilibrio entre los diferentes intereses en pugna. Por todo ello, no ha habido una violación del art. 8. de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Hämäläinen v. Finland*, sentencia del 16-7-2014, en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145768



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. TRANSEXUALES. CAMBIO DE SEXO. INSCRIPCIÓN REGISTRAL. MATRIMONIO. PRESUPUESTOS. HETEROSEXUALIDAD DE LOS CÓNYUGES. DISOLUCIÓN. CONVERSIÓN EN UNA UNIÓN CIVIL. HOMOSEXUALES. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHO A LA IDENTIDAD. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el marido de un matrimonio se sometió a una intervención quirúrgica para cambiar de sexo, y sus datos registrales personales fueron rectificados de masculino a femenino. Acto seguido, el funcionario del registro civil procedió a anotar en su acta de matrimonio que "cesan los efectos civiles del vínculo matrimonial".

Los hasta entonces cónyuges promovieron entonces un juicio para obtener la anulación de dicha anotación. El tribunal de apelaciones de Bolonia desestimó la pretensión de la pareja, y esta recurrió a la Corte de Casación, a la cual plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 4 y 2 de la ley nº 164/1982 (Normas en materia de rectificación de atribución de sexo) denunciándolos como violatorios de los arts. 2, 3 y 29 de la Constitución y de los arts. 8 y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como la del art. 27 de la ley nº 87/1953 y la del art. 31.6 del decreto legislativo nº 150/2011.

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 4 de la ley nº 164/1982 en la parte en que no prevén que la sentencia de rectificación de la atribución de sexo de uno de los cónyuges (que provoca la disolución del matrimonio o la cesación de los efectos civiles posteriores a la transcripción del matrimonio) permita –siempre y cuando lo soliciten ambos cónyuges– mantener la relación de pareja jurídicamente regulada mediante otra forma de convivencia registrada que tutele adecuadamente los derechos y obligaciones de la pareja, con modalidades establecidas por el legislador. En consecuencia, también se declara la inconstitucionalidad del art. 31.6 del decreto legislativo nº 150/2011 (Disposiciones complementarias al Código Procesal Civil en materia de reducción y simplificación de los procesos civiles de conocimiento, de conformidad con el art. 54 de la ley nº 69/2009).

En opinión de la Corte de Casación, la solución impuesta por el art. 4 de la ley nº 164/1982, a saber, vincular la sentencia de rectificación de sexo del cónyuge con la disolución automática del matrimonio, no se compadece con el sistema de derechos garantizados por los principios constitucionales y de Derecho europeo referidos, ni equilibra adecuadamente el interés del Estado en mantener intacto el modelo heterosexual de matrimonio con los derechos contrapuestos de los cónyuges en su anterior vida de pareja.

El "divorcio impuesto" introducido por la normativa impugnada genera, según la Corte de Casación, un déficit de tutela, que tiene como consecuencia la restricción indiscriminada del derecho a la autodeterminación en lo que respecta a las elecciones sobre la identidad personal, de la cual la esfera sexual es constitutiva, así como del derecho a la conservación de la relación preexistente cuando esta se caracteriza por la estabilidad y la continuidad propias del vínculo conyugal; del derecho de estas parejas a no ser injustificadamente discriminadas en relación con los demás matrimonios a los que se les reconoce la posibilidad de elección en lo concerniente al divorcio, y del derecho del otro cónyuge a continuar o no con la relación conyugal.

En la sentencia nº 138/2010, esta Corte sostuvo que el concepto de "formación social" —en el marco del cual el art. 2 de la Constitución dispone que la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre— también comprende la unión homosexual, entendida como convivencia estable de dos personas del mismo sexo a las que les corresponde el derecho fundamental a vivir libremente en pareja, obteniendo, en los tiempos, modos y límites establecidos por la ley, su reconocimiento jurídico, sus derechos y obligaciones.

De acuerdo con los principios enunciados en dicha sentencia, es innegable que la condición de los cónyuges que pretenden continuar con su vida de pareja incluso después de la modificación de los caracteres sexuales de uno de ellos mediante la correspondiente inscripción de la rectificación de sexo debe vincularse con la categoría de "situaciones específicas y particulares" propias de las parejas del mismo sexo.

En efecto, el peculiar caso en examen involucra, por un lado, el interés del Estado en no modificar el modelo heterosexual del matrimonio y en no permitir su continuación una vez que desaparece la exigencia de la diversidad de sexo de los cónyuges, y, por el otro, el interés de la pareja –tras la rectificación de sexo– en que el

ejercicio de la libertad de elección realizado por uno de los cónyuges con el consenso del otro no sea excesivamente penalizado con la nulidad absoluta de la dimensión jurídica de la relación vincular preexistente.

La normativa impugnada resuelve dicho contraste de intereses en términos de tutela exclusiva del interés estatal en la no modificación de los caracteres fundamentales de la institución del matrimonio, negándose a ponderar equilibradamente también los intereses de la pareja ya no heterosexual, pero que, en razón de haber vivido en el marco legal del matrimonio, reclama ser tutelada como "forma de comunidad" caracterizada por la convivencia estable entre dos personas. Es aquí donde las disposiciones en examen vulneran el art. 2 de la Constitución.

Sin embargo, no es posible realizar una *reductio ad legitimitatem* mediante un pronunciamiento que sustituya el divorcio automático por un divorcio por demanda, porque ello equivaldría a posibilitar la perduración del vínculo matrimonial entre sujetos del mismo sexo en violación del art. 29 de la Constitución. En consecuencia, el legislador deberá introducir una forma alternativa (diferente al matrimonio) que permita a los cónyuges evitar el pasaje de un estado de máxima protección jurídica a una condición de absoluta indeterminación en ese plano. El legislador es llamado a cumplir esa tarea con la máxima prontitud para superar la condición de inconstitucionalidad de la normativa en examen.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia nº 170/2014 del 10-6-2014,, en http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=170>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **TRANSEXUALES. PATRIA POTESTAD.** PRIVACIÓN DE SU EJERCICIO. **MENORES.** INTERÉS SUPERIOR. **MATRIMONIO. DIVORCIO.** RÉGIMEN DE VISITAS. PADRE TRANSEXUAL (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la ciudadana española P. V. reside en Lugo y es transexual. Antes de iniciar el tratamiento para cambiar de sexo masculino a femenino, estuvo casada con P. Q. F. con quien, en 1998, tuvo un hijo, y de quien se separó en el año 2002. En el juicio de divorcio, el juez de primera instancia homologó el convenio al que la pareja había arribado, conforme al cual la tenencia del niño se atribuía a la madre y la patria potestad era ejercida en forma conjunta. Conforme al régimen de visitas fijado, el niño pasaría con su padre dos fines de semana por mes y la mitad de las vacaciones escolares.

En mayo de 2004, P. Q. F. interpuso una demanda solicitando que se privara de la patria potestad a su ex esposo y que se suspendiera el régimen de visitas y toda comunicación entre este y el hijo, alegando falta de interés del padre por el hijo y la circunstancia de que P. V. seguía un tratamiento hormonal para cambiar de sexo, que se maquillaba y se vestía como una mujer. La demanda fue rechazada en cuanto a la privación del ejercicio de la patria potestad de P. V., ya que no se demostró que esta hubiera descuidado seriamente sus obligaciones para con el hijo.

En cuanto al régimen de visitas, el juez de primera instancia decidió restringirlo pero no suspenderlo totalmente, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Superior, según la cual el derecho de visitas se funda en el interés y en el beneficio del hijo. Además, sostuvo que las visitas no pueden ser utilizadas para proyectar las tensiones y la enemistad existentes entre los progenitores, sino que su objetivo es facilitar las relaciones entre el progenitor y el hijo, a fin de permitir el desarrollo afectivo de este. Con base en el informe de la pericia psicológica realizada a la situación familiar y a cada miembro de la familia, el juez fijó un régimen de visitas que debía cumplirse un sábado cada dos, durante tres horas, en un punto de encuentro en Lugo, bajo el control de los profesionales y en presencia de la madre. El régimen debía ser progresivo hasta que el padre se sometiera a la operación de cambio de sexo y recuperase totalmente sus facultades físicas y psicológicas. El juez subrayó que hacía pocos meses P. V. había comenzado el proceso de cambio de sexo, el cual implicaba modificaciones profundas en todos los aspectos de su vida y de su personalidad, y que, según la pericia psicológica, P. V. sufría de inestabilidad emocional.

P. V. interpuso una apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo, pero esta confirmó la sentencia de primera instancia reiterando que un régimen de visitas ordinario podía poner en peligro el equilibrio emocional del niño y que este debía habituarse progresivamente a la decisión de su progenitor, lo cual estaba sucediendo porque su relación afectiva era buena. En febrero de 2006, el juez de primera instancia amplió el régimen de visitas a un domingo cada dos, durante cinco horas; y, en noviembre de 2006, a un sábado y un domingo cada dos, durante ocho horas.

En diciembre de 2008, P. V. interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando el art. 14 de la Constitución (prohibición de discriminación), que fue rechazado. En opinión del Alto Tribunal, la lista de criterios de discriminación que dicho artículo prohíbe no es exhaustiva. A este respecto, señaló que si bien la transexualidad no está expresamente mencionada en el art. 14, está indudablemente incluida en su cláusula final, que reza: "... no importa cuál otra condición o circunstancia personal o social". Además, el Alto Tribunal recordó que, en materia de relaciones paterno-filiales, los jueces deben tener en cuenta el interés superior del menor, el cual debe sopesarse con el interés de los progenitores. Asimismo, sostuvo que la razón por la que se había restringido el régimen de visitas no había sido la transexualidad de P. V., sino su inestabilidad emocional, que generaba un riesgo importante de perturbación de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del niño, que tenía seis años de edad.

Entonces, el 18 de junio de 2009 P. V. interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos contra España, alegando una violación del art. 8. (derecho al respeto de la vida privada y familiar) en conjunción con el art. 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia: se declara por unanimidad que no hubo violación del art. 8 en conjunción con el art. 14 de la Convención.

La recurrente alega haber sufrido un trato discriminatorio fundado en su transexualidad, violatorio de su derecho al respeto de su vida privada y familiar, que ha dado lugar a la decisión de restringir el régimen de visitas ordinario inicialmente previsto en el juicio de divorcio. Afirma también que un prejuicio social asocia la transexualidad a la inestabilidad emocional y a la incapacidad de ejercer diligentemente sus derechos y obligaciones como padre de su hijo.

Según la jurisprudencia de esta Corte, una distinción es discriminatoria en términos del art. 14 de la Convención si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no tiene una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido (ver *Karlheinz Schmidt c. Alemania, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal y Fretté c. Francia*). Cuando la orientación sexual está en juego, se necesitan razones particularmente graves y convincentes para justificar una diferencia de trato tratándose de derechos garantizados por el art. 8 de la Convención (ver *mutatis mutandis Smith et Grady c. Reino Unido, y E.B. c. Francia*).

En el presente caso, la cuestión de la orientación sexual no está en juego, sino la distrofia de género. Las decisiones de los tribunales españoles insistieron en la circunstancia de que la transexualidad de la recurrente no era el motivo por el que se procedía a una restricción del régimen de visitas inicial, sino la situación de inestabilidad emocional de la recurrente y el riesgo de transmitirla al niño, perturbando así su equilibrio psicológico. En efecto, la inestabilidad emocional de la recurrente fue comprobada por una psicóloga, quien, a petición del juez de primera instancia, realizó una pericia a la que la recurrente se sometió voluntariamente. Esta tuvo ocasión de impugnar tal pericia en la vista oral pública y, en la apelación, propuso una nueva pericia que fue examinada por la Audiencia Provincial.

Por otro lado, el juez de primera instancia no privó a la recurrente del ejercicio de la patria potestad ni suspendió su derecho de visita, como solicitara P. Q. F. Siguiendo las recomendaciones de la pericia psicológica según la cual era conveniente mantener el contacto entre el padre y el hijo, el juez adoptó un sistema de control de visitas en un centro de encuentros, ordenando al psicólogo presentar un dictamen cada dos meses para seguir la evolución de las visitas. Conforme a este régimen evolutivo de visitas, la recurrente pudo, al principio, ver a su hijo un sábado cada dos durante tres horas en el centro de encuentros, bajo control profesional.

El razonamiento esgrimido en los pronunciamientos de los tribunales españoles deja traslucir que la transexualidad de la recurrente no fue el motivo determinante en la decisión de modificar el régimen de visitas inicial, sino que ha primado el interés superior del niño. A este respecto, existe una diferencia entre los hechos de este caso y los del fallo *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, en el que la orientación sexual del recurrente había sido determinante en la decisión de privarlo del ejercicio de la patria potestad. En el presente caso, ante la coyuntural inestabilidad emocional detectada en la recurrente, los tribunales españoles han privilegiado el interés del niño, adoptando un régimen de visitas más restrictivo para permitirle habituarse progresivamente al cambio de sexo de su progenitor. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el régimen de visitas se ha ampliado, mientras que la condición sexual de la recurrente sigue siendo la misma. Por ello, esta Corte estima que la restricción del régimen de visitas no ha derivado de una discriminación basada en la transexualidad de la recurrente.

Nota del Instituto: se ha dado curso a la demanda de remisión a la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso *P.V. c. España*, sentencia del 30-11-2010, en .



DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. TRANSEXUALES. TERCER GÉNERO. DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL. LIBERTAD DE EXPRESIÓN (INDIA).

1. Antecedentes del caso: "transgénero" es un término genérico que designa el género de aquellas personas cuya identidad, expresión y comportamiento sexual no se ajustan a los que generalmente se asocian a su sexo biológico. En la India, este grupo incluye a las que no se identifican con el sexo que se les asignó en el momento de su nacimiento -como por ejemplo los hijras, también llamados kothis, aravanis, shiv-shakthis, etc., y los eunucos-, quienes no se identifican con el sexo masculino ni con el femenino. Los hijras no son hombres por su anatomía ni por su psicología, pero tampoco son mujeres -aunque parecen serlo-, dada su carencia de órganos de reproducción femenina. En efecto, no tienen capacidad reproductiva como mujeres ni como hombres y por ello pretenden constituir un "tercer género". Entre los hijras, hay hombres castrados y no castrados y personas intersexuales (hermafroditas). La comunidad de personas transgénero (CTG) también incluye a personas que desean someterse o que se han sometido a cirugías de cambio de sexo para compatibilizar su sexo biológico con su identidad de género y convertirse en un hombre o en una mujer; estas personas, en general, son llamadas transexuales. Asimismo, en este grupo hay otras que se visten con ropa del sexo opuesto, como los travestis. Por todo ello, el término "transgénero", en su acepción actual, se ha convertido en un término genérico utilizado para describir múltiples identidades y experiencias.

En la India, los *hijras* y los eunucos han tenido históricamente una fuerte presencia en la mitología hindú y en otros textos religiosos. La expresión *tritiya prakriti* o *napunsaka*, utilizada para designar la carencia de capacidad reproductiva, se encuentra en la literatura védica y purana. Estas personas, además, han sido respetadas y han jugado un rol importante en las cortes de los reyes de los países islámicos, especialmente en el Imperio Otomano y en el Mogol de la India medieval. Sin embargo, su situación cambió drásticamente a partir del siglo XVIII. En 1871, durante el dominio británico, se aprobó la *Criminal Tribes Act* para controlar las acciones de los *hijras* y de otros miembros de la CTG porque se los consideraba delincuentes natos, adictos a la sistemática comisión de delitos que no admiten la libertad bajo fianza. La ley, que fue derogada en 1949, preveía el registro, la vigilancia y el control de estas personas.

Actualmente, los miembros de la CTG no gozan de los mismos derechos y privilegios garantizados a los demás ciudadanos. En efecto, no pueden participar en la

vida social y cultural, y su acceso a la educación, a la asistencia sanitaria y a los lugares públicos está restringido. Asimismo, son discriminados, por ejemplo, cuando buscan empleo, durante los actos electorales, y son tratados como literalmente intocables. A menudo, son víctimas de agresiones en el hogar y en lugares públicos por parte de la policía, así como de detenciones, violaciones, discriminaciones y otros abusos. En su vida diaria sufren la falta de acceso a centros educativos y de salud, a la vivienda y al empleo, y muchos de ellos padecen depresión, abusan de hormonas, tabaco y alcohol, y enfrentan problemas para casarse y adoptar.

En el año 2012, la *National Legal Service Authority* –creada en 1997 para brindar asistencia jurídica gratuita a los sectores más vulnerables y marginales de la sociedad– asumió la defensa de la CTG y presentó un recurso ante la Corte Suprema de la India. Los *hijras* y eunucos solicitaron, en particular, ser jurídicamente reconocidos como tercer género con base en que la falta de reconocimiento de dicha identidad les deniega el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de las leyes, y el derecho a la igualdad que les garantiza el art. 14 de la Constitución de la India, y viola los derechos enumerados por el art. 21 de la misma.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto y se declara que los hijras y eunucos deben ser tratados como "tercer género" a fin de salvaguardar los derechos que les garantiza la Parte III de la Constitución de la India y las leyes sancionadas por el Parlamento federal y las legislaturas. Las personas pertenecientes a la CTG tienen derecho a elegir su género, razón por la cual el gobierno central y los estaduales deben: a) reconocer legalmente su identidad de género, sea masculina, femenina o de tercer género; b) adoptar medidas tendientes a que se trate a sus miembros como una clase de ciudadanos atrasada desde el punto de vista social y educativo y acordarles todo tipo de trato preferencial a los fines de su admisión en instituciones educativas y de su nombramiento para ocupar cargos públicos; c) crear centros especiales de serovigilancia de HIV, ya que los hijras y eunucos padecen diversos problemas de salud sexual; d) considerar seriamente los problemas que padecen los miembros de esta comunidad, tales como el temor, la vergüenza, los trastornos de género, la presión social, la depresión, las tendencias suicidas, el estigma social, destacándose que resulta inmoral e ilegal ejercer presión sobre los miembros de la CTG para que se sometan a una cirugía de cambio de sexo a fin de que declaren a qué género pertenecen; e) tomar medidas para brindar asistencia médica a los miembros de la CTG en los hospitales y para brindarles acceso a baños públicos especiales y otras dependencias; f) tomar medidas para implementar varios sistemas de bienestar social que mejoren las condiciones de vida de estas personas; g) crear mayor conciencia pública de que los miembros de la CTG son parte integrante de la comunidad para que no sean tratados como literalmente intocables; h) tomar medidas para que los miembros de la CTG vuelvan a ganarse el respeto del que otrora gozaran, así como un lugar en la sociedad y en la vida socio-cultural de la India.

2.1. La identidad de género es un aspecto fundamental de la vida humana. A las personas se les asigna el sexo en el momento de su nacimiento. Sin embargo, un grupo relativamente pequeño de personas nace con un cuerpo que puede presentar

simultáneamente las características fisiológicas propias de ambos. A veces, tienen problemas de anatomía genital cuya percepción les resulta incompatible con el sexo que les ha sido asignado cuando nacieron. Muchos países del mundo –además de la India– enfrentan el problema de la atribución de género a personas que sienten pertenecer al sexo opuesto.

El art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto) reconocen que todos los seres humanos tienen un derecho a la vida que no se les puede denegar arbitrariamente y que debe ser protegido por la ley. El art. 17 del Pacto, además, prevé que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y a su reputación; y que todos tienen derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Por otra parte, los Principios de Yogyakarta abordan una amplia variedad de normas internacionales sobre derechos humanos, así como la aplicación de dichos principios a las cuestiones de orientación sexual y de identidad de género. Los organismos de las Naciones Unidas, los organismos regionales de derechos humanos, los tribunales nacionales, las comisiones gubernamentales y las comisiones de derechos humanos del Consejo de Europa los han avalado y los han considerado una herramienta importante para identificar, entre otros, las obligaciones que tienen los Estados vinculadas al respeto, a la protección y al cumplimiento de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su identidad de género.

Varios Estados han reconocido el derecho a la identidad de género, sobre todo el de las personas transexuales que comenzaron a hacerlo valer tras someterse a una cirugía de cambio de sexo (conf. Reino Unido, *Corbett v. Corbett -*1970- y *Bellinger v. Bellinger -*2003-; Australia, *Attorney-General v. Otahuhu Family Court -*1995-, *Re Kevin (Validity of Marriage of Transsexual) -*2001- y *A.B. v. Western Australia -*2011-; Malasia, *High Court of Kuala Lumpur Re JG, JG v. Pengarah Jabatan Pendaftaran Negara -*2006-; Corte Europea de Derechos Humanos, *Christine Goodwin v. United Kingdom -*2002- y *Van Kuck v. Germany -*2003-).

Asimismo, cierto es que el reconocimiento de la identidad de género de las personas y la garantía de igualdad y no discriminación en relación con esta está crecientemente ganando más aceptación en el derecho internacional. Muchos países han sancionado leyes que reconocen los derechos de las personas transexuales que se han sometido total o parcialmente a una cirugía de cambio de sexo. Entre ellos se encuentran el Reino Unido, Holanda, Alemania, Australia, Canadá y Argentina.

Por su parte, el derecho de la India solo reconoce el paradigma del género binario –masculino y femenino– basado en el sexo que se le asigna a la persona en el nacimiento. En este principio se basa el régimen aplicable al género de las personas que influye en el derecho a contraer matrimonio, a adoptar, a heredar, a recibir por sucesión, a pagar impuestos y a gozar de los beneficios de la seguridad social.

Lamentablemente, en la India no están protegidos en forma alguna los derechos de la CTG. El art. 14 de la Constitución india dispone que el Estado no negará a "persona alguna" el derecho a la igualdad ni el derecho a la igualdad ante la ley dentro del territorio nacional. La igualdad incluye el total e igual goce de

todos los derechos y libertades. Dicho artículo no limita la palabra "persona" ni las aplicaciones de dicho concepto jurídico a los hombres y a las mujeres. Los *hijras* y demás miembros de la CTG que no son hombres ni mujeres están incluidos en la expresión "persona" y, por ende, tienen derecho a la protección de las leyes en todos los ámbitos de la actividad del Estado, tales como el empleo, la salud y la educación, así como a la igualdad civil y a la ciudadanía de que goza cualquier otro ciudadano del país.

En este caso, los recurrentes han afirmado y demostrado que, no obstante la existencia de la garantía constitucional de igualdad, los *hijras* y demás miembros de la CTG han sufrido una notable discriminación en todas las esferas de la sociedad. La falta de reconocimiento de su identidad les impide gozar de la igual protección de las leyes, circunstancia esta que los coloca en una situación de extrema vulnerabilidad frente a agresiones, violencia y ataques sexuales en lugares públicos, en el hogar o en la cárcel –incluso por parte de la policía–, que quedan absolutamente impunes. Estadísticas confiables y muchos documentos demuestran la comisión de tales hechos. En consecuencia, la discriminación con base en la orientación sexual o en la identidad de género menoscaba el derecho a la igualdad y a la igualdad ante la ley y, por ende, viola el art. 14 de la Constitución de la India.

Los arts. 15 y 16 de dicha Constitución prohíben la discriminación de cualquier ciudadano por diversos criterios, entre los que se incluye el "género". El art. 15 dispone que el Estado no discriminará a ningún ciudadano por su género a los fines del acceso a los comercios, a los restaurantes, hoteles y lugares públicos de esparcimiento, así como del uso de pozos, cisternas, vertientes, caminos y lugares mantenidos total o parcialmente por el Estado de uso público. Por su parte, el art. 16 garantiza la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, independientemente de su religión, raza, casta, género, origen, lugar de nacimiento o de residencia, a los fines del empleo o del acceso a cualquier cargo público.

Así, la Constitución reconoce que la discriminación por motivos sexuales es una realidad histórica a la que se debe hacer frente y que incluye la discriminación por motivos de identidad de género. El término "sexo" no solo denota el género biológico masculino o femenino, sino que debe incluir el de las personas que no se consideran hombres ni mujeres.

El art. 19 de la Constitución de la India establece que todos los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión, la cual incluye la expresión del género con el que cada persona se identifica. Este puede ser expresado a través de la vestimenta, de las palabras, de las acciones y comportamientos, o de cualquier otra forma. No es posible imponer restricción alguna a la elección que una persona adopta en relación con su aspecto personal o a su vestimenta. La personalidad tiene que poder expresarse a través del comportamiento y del aspecto. El Estado no puede prohibir, restringir o interferir en esta expresión. En opinión de esta Corte, la privacidad, la propia identidad, la autonomía y la integridad personales son derechos fundamentales garantizados a los miembros de la CTG por el art. 19 de la Constitución, y que el Estado debe proteger y reconocer.

El art. 21 es el corazón de la Constitución de la India, ya que trata los derechos a la vida y a la libertad personal. Protege, entre otros, la dignidad de la vida

humana, la autonomía personal y el derecho a la privacidad. Es dable afirmar que el reconocimiento de la identidad de género resulta esencial en términos del derecho fundamental a la dignidad y a la libertad que garantiza la Constitución.

2.2. Los *hijras* constituyen un grupo socio-religioso y cultural que debe ser considerado como un "tercer género". Sin embargo, el Estado de Punjab ha tratado a todos los miembros de la CTG como hombres, circunstancia jurídicamente insostenible. Por su parte, el estado de Tamil Nadu les ha acordado varios beneficios de bienestar social, circunstancia esta que merece nuestro reconocimiento. Unos pocos estados –como el de Kerala, Tripura y Bihar– se han referido a la CTG como "tercer género o sexo", mientras que otros los reconocen como una "tercera categoría".

Los países limítrofes de la India -que también cuentan con una presencia histórica del "tercer género" – han reconocido los derechos fundamentales y el derecho a vivir con dignidad de esta comunidad. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Nepal (caso Sunil Babu Pant & Ors. v. Nepal Government, sentencia del 21 de diciembre de 2007) sostuvo que los homosexuales y las personas del "tercer género" también son seres humanos y ciudadanos al igual que los demás hombres y mujeres y que, por lo tanto, no pueden ser discriminados; y que el Estado no puede privar al "tercer género" del goce de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Por su parte, la Corte Suprema de Pakistán (caso Dr. Mohammad Aslam Khaki & Anr. v. Senior Superintendent of Police (Operation) Rawalpindi & Ors., sentencia del 22 de marzo de 2011) tomó en consideración los derechos de los eunucos y se expresó en los siguientes términos: "los eunucos son ciudadanos de este país y están protegidos por la Constitución de la República Islámica de Pakistán de 1973. Sus derechos y obligaciones, incluso el derecho a la vida y a la dignidad, se encuentran igualmente protegidos. Por lo tanto, no está permitido discriminarlos en forma alguna en lo que respecta a sus derechos y obligaciones. Los funcionarios del Gobierno federal y de los provinciales deben proteger sus derechos a la vida y a la propiedad y deben garantizar que se respete su dignidad, de igual modo que los de los demás ciudadanos".

Como hemos observado, los arts. 14, 15, 16, 19 y 21 de la Constitución de la India no excluyen a los miembros de la CTG de su ámbito de aplicación. Sin embargo –reiteramos–, el régimen jurídico de la India, en su conjunto, reconoce un paradigma binario de género basado en el sexo biológico. Esta Corte, en cambio, se orienta a tomar en consideración la psiquis de la persona, es decir, la aplicación de un estándar psicológico y no de uno biológico para determinar el sexo y el género. El concepto binario de género se refleja, por ejemplo, en el Código Penal de la India y en las leyes sobre matrimonio, adopción, divorcio, herencia y sucesión. La inexistencia de un reconocimiento legislativo de la identidad de la CTG impide a sus miembros gozar de la igual protección de la ley y los somete a una grave discriminación.

Los arts. 14 y 21 utilizan el término "persona", y el art. 15, "ciudadano" y "género", al igual que el art. 16. El art. 19 también emplea el término "ciudadano". Todas estas expresiones –neutras a los fines del género– se refieren claramente a los seres humanos. En consecuencia, incluyen a la CTG y no se limitan a los géneros masculino y femenino. Como ya se ha dicho, la identidad de género constituye el núcleo de la personalidad y se basa en la autoidentificación y no en tratamientos

médicos o quirúrgicos. La identidad de género es una parte integral del sexo y ningún ciudadano puede ser discriminado con base en ese criterio, se identifiquen o no como "tercer género".

Por todo ello, esta Corte afirma que la discriminación con base en la orientación sexual o en la identidad de género incluye todo tipo de discriminación, exclusión, restricción o preferencia que tenga por efecto anular la igualdad ante la ley o la igual protección de las leyes garantizadas por la Constitución de la India.

Nota del Instituto: en términos biológicos, los hijras son hombres que rechazan su identidad masculina y pasan a identificarse como mujeres o como un "tercer sexo" entre el hombre y la mujer. Pueden considerarse como el equivalente en Occidente a las personas transexuales (de hombre a mujer). Sin embargo, los hijras tienen una larga tradición y cultura y tienen vínculos sociales muy fuertes a través de un ritual llamado "reet" a través del cual se convierten en miembros de la comunidad hijras. En el texto sagrado "Ramayana", el Señor Rama, después de ser expulsado del Reino, se interna en los bosques y pide a sus seguidores, hombres y mujeres, que regresen a la ciudad. Los hijras no se sintieron aludidos por la orden y decidieron seguir con él. Impresionado por semejante acto de devoción, Rama les otorgó el poder de dar bendiciones a la gente en ocasiones auspiciosas como los nacimientos y los casamientos y también en inauguraciones, a raíz de lo cual se dice que se originó la costumbre del "badhai", en el que los hijras cantan, bailan y dan bendiciones, trabajo tradicional con el cual algunos hijras se siguen ganando la vida. Sin embargo, algunos de ellos se prostituyen porque no encuentran otras oportunidades laborales y otros trabajan para organizaciones no gubernamentales.

CORTE SUPREMA DE INDIA, *National Legal Services Authority v. Union of India and others*, sentencia del 15-4-2014, en http://supremecourtofindia.nic.in/outtoday/wc40012.pdf.



DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. PERSONALIDADES PÚBLICAS. DERECHO A LA INFORMACIÓN. INTERÉS PÚBLICO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: MGN Limited publica un diario británico, The Daily Mirror. El 1° de febrero de 2001, este periódico publicó dos artículos en su primera página: uno bajo el título "Naomi: Yo soy un adicta a las drogas" y otro, más extenso en las páginas interiores, en el cual explicaba detalladamente el tratamiento seguido por Campbell para combatir su adicción. Estos artículos estaban acompañados por fotos tomadas en forma clandestina cerca del centro de Narcóticos Anónimos adonde ella asistía por ese entonces.

En respuesta a los artículos y fotos, el abogado de Campbell escribió a MGN Limited denunciando que esas publicaciones violaban la privacidad de su clienta y solicitando al editor que no publicara más información privada. El Daily Mirror respondió publicando otros dos artículos relativos a Campbell que contenían detalles adicionales sobre su asistencia a las reuniones de Narcóticos Anónimos y otras

fotografías de ella yendo a uno de esos encuentros, criticando, además, sus denuncias de que el periódico había violado su privacidad.

Campbell demandó entonces al periódico por abuso de confianza y daños y perjuicios. La *High Court* falló a su favor, la *Court of Appeal* lo hizo a favor del periódico, y la Cámara de los Lores, finalmente, a favor de ella. En particular, los Lores encontraron que la publicación de los artículos podía haber estado justificada como cuestión de interés público, dado que Campbell previamente había denegado públicamente el consumo de drogas, y los artículos difundían que ella estaba siendo tratada por adicción a las drogas. Sin embargo, llegaron a la conclusión de que la publicación de las fotografías, en combinación con los artículos, había resultado ofensiva y penosa para ella, y había violado su derecho al respeto a su vida privada. Los tribunales no solo impusieron al periódico el pago de una indemnización de £3.500, sino también los honorarios de los abogados de Campbell, que superaban, en total, el millón de libras esterlinas e incluían los "honorarios para el caso de éxito" ("success fees") pactados por Campbell con sus abogados como parte de un convenio condicional de honorarios.

MGN Limited recurrió ante la Cámara de los Lores la condena al pago de los success fees, alegando que violaba su derecho a la libertad de expresión, dado que dichos honorarios eran en gran medida desproporcionados a la indemnización de daños y perjuicios acordada a Campbell. La Cámara de los Lores desestimó esta pretensión y decidió que el régimen vigente que gobierna los convenios condicionales de honorarios resultaba compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

Entonces, MGN Limited impugnó ante los Judicial Taxing Officers de la Cámara de los Lores la proporcionalidad de los success fees en relación con las apelaciones interpuestas ante esa Cámara. Sin embargo, antes de que se adoptara una decisión a este respecto, MGN Limited llegó a un acuerdo por los honorarios que debía pagar por la primera apelación tramitada ante la Cámara de los Lores a fin de evitar que dicho monto se elevara por la aplicación de un interés diario del 8%, posibles litigios adicionales y nuevos success fees.

Los *Judicial Taxing Officers* aprobaron los *success fees* que *MGN Limited* estaba obligado a pagar por la segunda apelación ante la Cámara de los Lores y disminuyeron solo levemente la tarifa honoraria en que estaban basados. Una posterior apelación de *MGN Limited* ante la Cámara de los Lores fue desestimada.

MGN Limited interpuso entonces un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en el art. 10 de la Convención, contra la decisión de que había violado la privacidad de Campbell y, además, contra la condena que se le había impuesto a pagar los success fees desproporcionadamente altos pactados entre Campbell y sus abogados.

2. Sentencia:

2.1. Violación al derecho a la intimidad

La prensa juega un rol central en un país en que impera el Estado de derecho. Corresponde, entonces, hacer un balance entre el interés público en la publicación de los artículos y fotografías de Campbell, y la necesidad de proteger su vida privada. Dado que el único objetivo de la publicación de las fotografías y artículos fue satisfacer la curiosidad de determinados lectores sobre los detalles de la vida privada de una personalidad pública, esas publicaciones no contribuyeron a ningún debate que tenga un interés general para la sociedad. En semejante contexto, la libertad de expresión goza de un menor nivel de protección.

Tres tribunales británicos diferentes han dictado sentencias con observaciones pormenorizadas. Todos coincidieron en los aspectos precisos de los artículos que resultaban relevantes para el caso y en la jurisprudencia aplicable de esta Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, aplicaron esos principios en forma poco detallada y estuvieron en desacuerdo. Por otra parte, la Cámara de los Lores ha fundado en forma convincente su decisión. En particular, la información publicada en cuestión era privada y perjudicial para Campbell, y las fotografías añadidas al contenido de los artículos habían sido tomadas en forma encubierta y le habían causado pesar. Finalmente, la publicación impugnada no resultaba necesaria para asegurar la credibilidad de la historia (la adicción a las drogas) publicada en relación con Campbell: el interés público ya estaba satisfecho con la publicación de los artículos sobre las cuestiones centrales de su adicción y tratamiento. El agregado de las fotografías fue, por lo tanto, una violación desproporcionada al derecho de Campbell al respeto a su vida privada.

No hubo, por lo tanto, una violación del art. 10 de la Convención respecto a MGN Limited.

2.2. Success fees

Se ha condenado a MGN Limited a pagar "success fees" que Campbell había negocidado con sus abogados.

La exigencia de pagar esos honorarios se basa en la legislación nacional, en particular en las Actas de 1990 y 1999, en la *Conditional Fees Arrangement Orders* 1999 y 2000, así como en las Reglas de Procedimiento Civil y en las *Cost Practice Directions* que resultan relevantes. Los convenios de honorarios del tipo "*success fees*" tienen por objeto asegurar el más amplio acceso possible del público a los servicios de un abogado para litigar en sede civil, de forma de incluir a personas que, de otro modo, no estarían en condiciones de contratar a uno.

Corresponde examinar si la posibilidad de recuperar importantes *success fees* a los demandados vencidos en acciones civiles resulta razonable y proporcionado.

Esta Corte presta una particular atención a la circunstancia de que el régimen general de los success fees ha sido material de una consulta pública detallada y prolongada, iniciada por el Ministerio británico de Justicia en el año 2003. Si bien no ha habido un seguimiento legislativo de las conclusiones de las consultas, estas han identificado errores fundamentales en el régimen de los success fees, especialmente en casos como el presente. Esas consultas (y, particularmente, el Jackson Report) criticaban la inexistencia de requisitos de calificación para quienes reclamaran los success fees; la carencia de incentivos de los reclamantes para controlar los success fees, dado que solo cobran estos honorarios si ganan el caso, y frecuentemente los paga la contraparte vencida; la circunstancia de que muchas veces la parte perdidosa se ve

obligada a llegar a un acuerdo temprano pese a las buenas perspectivas de una defensa exitosa solo para evitar unos *success fees* siempre crecientes; y la oportunidad que, en este marco, tienen los abogados para quedarse con los casos que tienen las mejores probabilidades de triunfar y evitar las demandas con menores chances de éxito.

La presión sobre los acusados (incluyendo diferentes medios y editores) para que transen en los casos en que puedan ser vencidos representa un riesgo para los medios que informan y, por lo tanto –posiblemente–, para la libertad de expresión. El Ministro de Justicia ha admitido luego de esas consultas que la posibilidad de recuperar los *success fees* torna excesiva la incidencia de las costas en los litigos civiles y que el balance se ha movido demasiado a favor de los reclamantes y contra los intereses de los demandados, particularmente en los casos de injurias y en los vinculados al derecho a la intimidad.

Campbell es una persona rica y, por lo tanto, no es alguien que haya estado en riesgo de no poder tener acceso a los tribunales por motivos económicos, para quienes el régimen de los *success fees* fue inicialmente establecido. La pretension de *MGN Limited* no carece totalmente de mérito, dado que la *Court of Appeal* y dos de los cinco jueces de la Cámara de los Lores decidieron a su favor en los procesos que tramitaron en el ámbito británico. Por otra parte, si bien los procesos han sido prolongados y de alguna forma complejos, los *success fees* reclamados en relación con las dos apelaciones tramitadas ante la Cámara de los Lores alcanzan, por sí solos, la suma de £365.000.

La exigencia impuesta a MGN Limited de pagar los success fees pactados entre Campbell y sus abogados resulta desproporcionada en relación con el fin perseguido por la introducción de este sistema de honorarios.

En consecuencia, ha existido una violación al art. 10 de la Convención.

Notas del Instituto: 1) En virtud de lo dispuesto por los Arts. 43 y 44 de la Convención, esta sentencia de Sala no resulta definitiva. Durante el período de tres meses posterior a su dictado, cualquiera de las partes puede pedir que el caso sea remitido a la Gran Sala de la Corte. En caso en que así se haga, un panel de cinco jueces considera si el caso merece un examen ulterior. En caso afirmativo, la Gran Sala interviene en el caso y dicta una sentencia definitiva; de lo contrario, la sentencia de Sala queda firme el día en que se rechaza el pedido de remisión; cuando una sentencia queda firme, se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que supervise su ejecución. Más información sobre el proceso de ejecución puede encontrarse en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution. 2) Si bien esta sentencia no es vinculante para los tribunales británicos, el gobierno de dicho país estaría violando la Convención si no reformara el régimen de esos convenios de honorarios condicionales.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *MGN Limited c. Reino Unido*, sentencia del 18-1-2011, en .



DERECHO A LA INTIMIDAD. PROCESO PENAL. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS. MENSAJES DE TEXTO. ESCUCHAS TELEFÓNICAS. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: La empresa Telus Communications Company, a diferencia de la mayoría de los proveedores de servicios de telecomunicación, rutinariamente realiza copias electrónicas de todos los mensajes de texto enviados o recibidos por sus suscriptores, y los almacena durante un breve período de tiempo en una base de datos informatizada.

En la presente causa, la policía solicitó y obtuvo una orden judicial (general warrant) y una orden de prestar cooperación (assistance order), fundada en los arts. 487.01 y 487.02 del Código Penal de Canadá (CP), para exigir a Telus la entrega de una copia de los mensajes de texto enviados o recibidos por dos suscriptores de dicha empresa. La parte relevante de la orden exigía a Telus la presentación diaria de una copia de todo mensaje enviado o recibido durante un período de dos semanas.

Telus solicitó la anulación de la orden judicial alegando que la adquisición diaria y prospectiva de los mensajes de texto que Telus almacena en su base de datos informatizada constituía una interceptación de las comunicaciones privadas y, por lo tanto, requería de una autorización específica fundada en la Parte VI del Código Penal. Esta pretensión fue desestimada.

Entonces, Telus interpuso un recurso ante la Suprema Corte de Canadá.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación interpuesta, y se anulan la orden judicial y la orden de prestar cooperación.

El objeto de la apelación consiste en determinar si se puede autorizar a través de una orden judicial la presentación a futuro de mensajes de texto que se encuentran en la computadora de un proveedor de servicios.

2.1 Voto de los Justices LeBel, Fish y Abella

La Parte VI del Código Penal establece un marco integral para las "autorizaciones de escuchas telefónicas" para la interceptación de comunicaciones privadas. Tiene por objeto limitar la capacidad de la policía para obtener y difundir comunicaciones privadas.

Telus emplea un proceso singular para la transmisión de los mensajes de texto conforme al cual estos se almacenan en una base de datos informatizada durante un breve período de tiempo. Para determinar si la entrega diaria de los futuros mensajes de texto almacenados en la computadora de Telus cae dentro del ámbito de la Parte VI, esta Corte debe tomar en cuenta el objetivo general que persigue la Parte VI del Código Penal.

La comunicación por medio de mensajes de texto es, en esencia, una conversación electrónica. Las diferencias técnicas inherentes a la nueva tecnología no deben determinar el alcance de la protección que se acuerda a las comunicaciones privadas. La única diferencia práctica que existe entre la comunicación a través de mensajes de texto y la comunicación oral tradicional radica en el proceso de

transmisión. Esta distinción no debe privar a los mensajes de texto de la protección que gozan las comunicaciones privadas en términos de la Parte VI.

El art. 487.01 CP –que reglamenta las órdenes judiciales– fue adoptado en 1993 como parte de una serie de reformas al Código. El mismo autoriza a los jueces a emitir una orden judicial que le permita a un oficial de policía "utilizar cualquier dispositivo, técnica de investigación o procedimiento, o realizar cualquier acción descripta en la orden que, si no hubiera estado autorizada, constituiría un registro o requisa irrazonable". El art. 487.01(1)(c) establece, en particular, que la facultad que otorga la orden judicial es residual y que no puede ejercerse cuando el Código o alguna otra ley federal autoricen la utilización de la técnica, el procedimiento o el dispositivo, o la realización de la acción propuesta.

El art. 487.01 (1)(c) debe interpretarse en términos amplios para asegurar que la orden judicial presumiblemente no se aplique para impedir el cumplimiento de los recaudos más específicos o rigurosos que requiere el libramiento de estas órdenes, tales como los que se encuentran en la Parte VI. Para determinar si el art. 487.01(1)(c) resulta aplicable -es decir, si hay otra disposición que prevea la autorización buscada en este caso-, resulta necesario interpretar la palabra "interceptar" incluida en la Parte VI. Este término es utilizado en toda la Parte VI para hacer referencia a la interceptación de comunicaciones privadas. Esto significa que para interpretar la frase "interceptar una comunicación privada", debemos considerar el amplio ámbito de aplicación de la Parte VI y su aplicación a varias plataformas tecnológicas, así como su objeto de proteger la privacidad individual en las comunicaciones imponiendo garantías de seguridad especialmente rigurosas. La interpretación no debe guiarse por la tecnología utilizada para transmitir esas comunicaciones -como la computadora empleada en esta causa—, sino por lo que se buscaba proteger en la Parte VI. Asimismo, esta interpretación debe estar informada por los derechos consagrados en el art. 8 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que, a su vez, debe estar en consonancia con los avances tecnológicos.

Una interpretación técnica del término "interceptar" esencialmente tornaría irrelevante a la Parte VI a los fines de la protección del derecho a la privacidad en el marco de las novedosas tecnologías de comunicación, electrónicas y basadas en el texto, que generan y almacenan copias de las comunicaciones privadas como parte del proceso de transmisión. Una definición más restringida también resulta inconsistente con el texto y el fin perseguido por la Parte VI de brindar una amplia protección a las comunicaciones privadas frente a una injerencia no autorizada por parte del Estado.

Por lo tanto, la interpretación de la expresión "interceptar una comunicación privada" debe concentrarse en la obtención de contenido informativo y en la expectativa de privacidad que tiene la persona al tiempo en que se realiza la comunicación. En la medida en que pueda existir algún elemento temporal inherente al significado técnico de "interceptar", el mismo no debe prevalecer sobre la finalidad que el Parlamento persiguió en la Parte VI de proteger el derecho de una persona a la privacidad de sus comunicaciones. El uso de la palabra "interceptar" implica que la comunicación privada se extrae en el curso del proceso de comunicación. Este proceso comprende todas las actividades del proveedor del servicio que son necesarias para o que están

relacionadas con la prestación del servicio de comunicación. La obtención de la esencia de una comunicación privada a partir de la computadora de un proveedor de servicios de telecomunicaciones estaría, en consecuencia, incluida en dicho proceso.

Los mensajes de texto son comunicaciones privadas, y aun cuando estén almacenados en una computadora del proveedor del servicio, su potencial revelación requiere de una autorización previa en términos de la Parte VI del Código. Si Telus no contase con dicha base de datos informatizada, indudablemente la policía habría tenido que obtener una autorización en términos de la Parte VI para asegurarse la futura, y en este caso continua, entrega de los mensajes de texto. La mayoría de los proveedores de servicio no almacenan regularmente copias de los mensajes de texto en una base datos informatizada como parte de su servicio de transmisión. Por lo tanto, si la policía quisiera investigar a un usuario de otro proveedor de servicios, no tendría otra opción que obtener una autorización para interceptar comunicaciones telefónicas en términos de la Parte VI a fin de exigir la futura y continua entrega de sus mensajes de texto. Esto crea una injusticia manifiesta para las personas que muy improbablemente imaginan que la elección que hagan de su proveedor de servicios pueda afectar su privacidad drásticamente. Las diferencias técnicas inherentes a la transmisión de los mensajes de texto que hace Telus no deben privar a sus usuarios de la protección que el Código acuerda a todos los canadienses.

En este presente caso, la orden judicial fue inválida porque la policía no cumplió con las exigencias del art. 487.01(1)(c) del Código, que establece que una orden judicial no puede ser emitida si existe otra cláusula del Código que autoriza la técnica empleada por la policía. Como la orden está dirigida a autorizar la interceptación de comunicaciones privadas, y dado que la Parte VI constituye el esquema que autoriza la interceptación de las mismas, una orden judicial no resulta aplicable.

2.2 Voto concurrente de los *Justices* Moldaver y Karakatsanis

Coincidimos con el *Justice* Abella en que la policía tiene derecho a obtener una orden judicial solo cuando puede demostrar que "ninguna otra disposición" del Código Penal o de cualquier otra ley del Parlamento permite realizar la técnica investigativa en cuestión, o incluso una técnica esencialmente equivalente para la cual se requiera autorización. La técnica investigativa en este caso era, en esencia, equivalente a una interceptación telefónica. Por lo tanto, la orden judicial resulta inválida. Resulta innecesario resolver si lo ocurrido en la presente causa se trató o no, estrictamente, de una "interceptación" en términos de su definición en el art. 183 del Código. Una decisión más restringida previene frente a consecuencias imprevistas y potencialmente trascendentales en esta compleja área del Derecho.

Se llega a esta conclusión por la omisión de las autoridades de satisfacer las exigencias del art. 487.01(01)(c) de que no exista "ninguna otra disposición" que autorice el registro. Esta disposición garantiza que la orden judicial sea escasamente utilizada, como una orden de limitado recurso. Al crear la figura de la orden judicial, el Parlamento no eliminó el resto de las autorizaciones para registros previstas en el Código y dejó en manos de los jueces otorgar órdenes judiciales con un criterio *ad hoc* cuando lo creyeran adecuado. Por lo tanto, los tribunales deben ser cuidadosos

al llenar las lagunas legislativas y hacerlo solo en aquellos casos donde el Parlamento realmente no haya previsto una autorización específica para registros. La exigencia de que no exista "ninguna otra disposición" debe ser interpretada de modo que otorgue a la policía la flexibilidad que el Parlamento contempló al crear la figura de la orden judicial pero protegiendo contra un uso indebido de la misma. Existe la necesidad de una revisión judicial más rigurosa cuando el Parlamento ha brindado una autorización para emplear una técnica investigativa esencialmente equivalente a la que la policía solicita, pero que requiere la satisfacción de presupuestos más rigurosos. Por lo tanto, el estándar de revisión en términos del art. 487.01(1)(c) debe considerar la técnica investigativa que la policía pretende utilizar teniendo en cuenta su esencia real y no sus meras características formales.

El criterio de que no exista "ninguna otra disposición" admite cierto grado de incertidumbre al darles a los jueces la tarea de investigar la esencia de técnicas investigativas supuestamente "nuevas". Ante la duda, la policía hará bien en pecar por prudente. Las órdenes judiciales no pueden ser empleadas para eludir la aplicación de otras disposiciones tendientes a obtener autorizaciones que están disponibles pero que imponen exigencias más rigurosas. Los jueces que reciban una solicitud para autorizar una técnica investigativa que, si bien no es idéntica, lo cierto es que es considerablemente similar en esencia a otra prevista por otra disposición reglamentada con estándares más rigurosos, deberán proceder con mayor cautela. Cuando una evaluación cuidadosa determina que la técnica investigativa propuesta, si bien resulta similar a otra exigencia, posee diferencias esenciales, los jueces pueden otorgar la orden judicial con conciencia de la obligación que tienen en términos del art. 487.01 (3) de imponer los términos y condiciones que reflejen la naturaleza del interés en la privacidad que esté en peligro.

Debe rechazarse una interpretación literal del art. 487.01(01)(c). Tal criterio deja sin significado y carente de valor a la disposición. Los antecedentes legislativos confirman que las órdenes judiciales cumplirían un rol poco importante, dando a la policía un camino constitucional firme para emplear las técnicas investigativas que el Parlamento no ha contemplado. Garantizar que las órdenes judiciales solo cumplan su función limitada es el verdadero objetivo del art. 487.01(01)(c). Si bien la exigencia de que constituya el "mejor interés" previsto en el art. 487.01(01)(c) busca evitar el uso indebido de la orden judicial, lo cierto es que no debe interpretarse que esta disposición anula la otra cuestión analítica esencialmente diferente de que no debe existir "ninguna otra exigencia". Un enfoque teleológico del art. 487.01(01)(c) no tiene relación alguna con la necesidad de realizar la investigación. En términos del estándar de que no debe existir "ninguna otra disposición", la policía no está obligada a demostrar por qué una autorización alternativa no funcionaría en las circunstancias de ese caso particular, sino más bien por qué la misma es esencialmente diferente de la que el Parlamento ya ha previsto.

En este caso, la orden judicial resulta inválida, ya que la técnica investigativa que autorizaba era esencialmente equivalente a una interceptación. Lo que hizo la policía –garantizar la autorización potencial de la entrega de las futuras comunicaciones privadas en forma continua o constante durante un período de tiempo prolongado– era esencialmente equivalente a lo que ellos hubieran realizado

conforme a una autorización fundada en la Parte VI. Por lo tanto, como mínimo, resultaba equivalente a una intercepción. Si bien no existen pruebas que sugieran que la policía actuó de mala fe, lo cierto es que no cumplió con su carga de demostrar que la técnica impugnada era esencialmente diferente de una interceptación. En el contexto de los hechos de este caso, la orden judicial solo constituyó un medio para evitar satisfacer las rigurosas exigencias de la Parte VI. La policía pudo y debió haber solicitado una autorización en términos de la Parte VI.

2.3 Voto en disidencia de los Justices McLachlin y Cromwell

La determinación de si el proceder de la policía con base en una orden judicial constituye una interceptación de una comunicación privada resulta una cuestión de interpretación legal. Cuando el texto de las disposiciones legales se interpreta en contexto, resulta claro que la orden judicial no autoriza una interceptación que requiera una autorización en términos de la Parte VI. Si bien resulta indudable que un mensaje de texto constituye una comunicación privada y que los mensajes de texto fueron, en la presente causa, interceptados por Telus por medio de un dispositivo electromagnético, acústico, mecánico o de otra naturaleza, lo cierto es que la policía no interceptó esos mensajes cuando Telus le entregó copias de los mensajes enviados y recibidos que previamente había interceptado y almacenado en sus bases de datos. Por lo tanto, la técnica de investigación autorizada por la orden judicial en este caso no constituyó una interceptación de una comunicación privada.

La distinción entre *la interceptación* de comunicaciones privadas, y *la revelación, utilización o conservación* de comunicaciones privadas que han sido interceptadas resulta fundamental, tanto a los fines del objetivo como del esquema de las disposiciones sobre escuchas telefónicas. El objetivo, texto y esquema de la Parte VI muestran que la revelación, utilización o conservación de comunicaciones privadas interceptadas resulta diferente del acto de la interceptación *per se.* Es decir, si la revelación o utilización de una comunicación privada constituyese una interceptación de la misma, no habría necesidad de crear el delito diferente de revelación o utilización. De modo similar, las exenciones de responsabilidad penal demuestran que el Parlamento diferenció interceptación y conservación, por un lado, y utilización y revelación, por el otro.

En este caso, no se encuentra controvertido que Telus estaba interceptando mensajes de texto cuando los copiaba para los propios objetivos administrativos de su sistema. Sin embargo, también se admite que Telus interceptaba lícitamente comunicaciones privadas. Fundándose en la orden judicial, la policía quiso que Telus le brindase toda la información que ya había interceptado lícitamente. La orden judicial no requería que Telus interceptara comunicaciones, sino que brindase copias de las comunicaciones que previamente había interceptado para sus propios objetivos lícitos. El esquema de la legislación deja claro que la revelación o utilización de una comunicación interceptada lícitamente no constituye una interceptación. Resulta así inconsistente con la distinción fundamental que establece la legislación concluir que la policía estaba interceptando comunicaciones privadas cuando Telus le entregó las copias de los mensajes de texto previamente interceptados y almacenados. La distinción que la ley hace entre interceptación y revelación no puede subestimarse

como una simple "diferencia técnica". La misma es fundamental al esquema de las disposiciones. Cuando Telus entregó a la policía las copias de las comunicaciones que previamente había interceptado, estaba revelando el contenido de las comunicaciones, no interceptándolas nuevamente. La revelación por parte de Telus desde sus bases de datos no puede considerarse una interceptación por parte de la policía.

Conseguir el contenido de una comunicación previamente interceptada y almacenada no puede constituir una interceptación, porque esta interpretación resulta inconsistente con la clara distinción que existe entre interceptación y revelación en las disposiciones. Aplicada en forma amplia, esta interpretación de "conseguir" ampliaría sin precedentes el alcance de las técnicas de investigación que requieren autorizaciones para realizar escuchas telefónicas que van mucho más allá de las hasta ahora consideradas. Es más, la introducción de un aspecto temporal a la interceptación confundiría el acto de interceptación con la naturaleza de su autorización. La interceptación es una técnica, un modo de conseguir la sustancia de una comunicación privada. No es posible que exactamente la misma técnica, que obtiene información exactamente de la misma manera, constituya un secuestro de material almacenado o una interceptación, de acuerdo con el tiempo en que se haya obtenido la autorización para emplear dicha técnica.

La orden judicial no es una orden a la que se recurre en forma limitada que debe ser escasamente utilizada. Por el contrario, como muchos antecedentes han reconocido, la disposición está redactada en términos generales. Por lo tanto, no se considera obligatorio interpretar el art. 487.01 de forma que restrinja seriamente su uso. El análisis se centra en dos cuestiones (además, por supuesto, de los motivos razonables para creer que se ha cometido un delito y que se obtendría información acerca de dicho delito): ¿Existe en alguna otra ley federal una disposición que autorice la "técnica, procedimiento o dispositivo a emplearse o acción a realizarse?", y, en caso afirmativo, "persigue la satisfacción del mejor interés de la Administración de Justicia conceder dicha autorización? El art. 487.01(1)(c) dispone que una orden judicial se puede dictar si 'no existe ninguna otra disposición (...) que establezca la emisión de una orden o autorización de una orden que permita emplear esa técnica, procedimiento, dispositivo o realizar esa acción". Los términos "técnica", "procedimiento", "dispositivo" o "acción" hacen referencia a lo que la policía pretende realizar, no al motivo por el cual quiere realizarlo. Este parágrafo no obliga a los jueces emisores a considerar si otras técnicas son similares o si permiten el acceso a las mismas pruebas. Simplemente evalúa si la misma técnica puede estar autorizada por otra disposición. Esta no constituye una simple interpretación restrictiva y literal del art. 487.01. Antes bien, es una interpretación que refleja su objetivo de acordar una amplia discrecionalidad judicial para autorizar a la policía a "utilizar cualquier dispositivo, técnica de investigación o realizar cualquier acción" siempre y cuando, por supuesto, el juez lo considere en el mejor interés de la administración de justicia, habiendo tenido debidamente en cuenta la importancia del derecho constitucional a no estar sujeto a registros o requisas irrazonables. Sin embargo, los tribunales no deben autorizar nada que los policías pretendan hacer por la mera circunstancia de que no se encuentra autorizado en ninguna otra norma. La discrecionalidad judicial para dictar la orden debe dar pleno efecto a la protección de expectativas

de privacidad razonables en términos del art. 8 de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*.

No existe sustento alguno en el texto ni en el fin perseguido por el art. 487.01(1)(c) ni en la jurisprudencia para hacer una interpretación a partir de un test de "equivalencia sustantiva". El párrafo plantea un simple interrogante: ¿existe en la legislación federal alguna disposición que prevea el dictado de "una orden u autorización que permita el empleo de la técnica, el procedimiento o el dispositivo a emplearse, o la acción a realizarse"? Cuando se satisface esta exigencia, el juez puede considerar otorgar la autorización solicitada. La cuestión adicional de si dicha autorización debe ser otorgada no es el objeto de este párrafo del artículo. Antes bien, dicha cuestión recibe adecuada consideración en el art. 487.01(1)(b), que analiza si conceder la orden promueve la satisfacción del mejor interés de la administración de justicia. Este criterio no solo encuentra sustento en el texto de la norma, objeto y jurisprudencia, sino que la aplicación de un test de "equivalencia sustantiva" crea una falta de certeza innecesaria y distrae al juez interviniente de la cuestión de si la técnica que requiere autorización es inconsistente con el derecho a no estar sujeto a registros o requisas irrazonables. La previsibilidad y claridad de la ley resultan especialmente importantes en materia de autorizaciones judiciales previas a los registros. El objeto principal de la autorización previa no consiste en identificar registros irrazonables ex post facto, sino garantizar que estos no se realicen. Las exigencias para una autorización previa deben ser lo más claras posibles para garantizar que los derechos establecidos en la Carta gocen de una total protección.

La técnica que requiere autorización en la presente causa no constituye un equivalente sustancial de una autorización para interceptar comunicaciones telefónicas. En el contexto de los hechos de este caso, la autorización para realizar escuchas telefónicas *per se* no permitiría a la policía obtener la información que Telus estaba obligada a entregarle en términos de la orden judicial. Se requerirían tres autorizaciones distintas para brindar a la policía los medios para acceder a la información que recibieron fundándose en la orden judicial. Por lo tanto, aunque se quisiera hacer una interpretación basada en un test de "equivalencia sustantiva" en el art. 487.01(1)(c), lo cierto es que ni los hechos ni la ley misma brindarían sustento a su aplicación en la presente causa.

La policía no solicitó una orden judicial en esta causa como forma de evitar la satisfacción de las exigencias rigurosas de la Parte VI. La orden judicial logró los objetivos legítimos de la investigación policial en un modo mucho más conveniente y económico de lo que lo hubiera permitido cualquier otra disposición. No existe prueba alguna de un "uso indebido" del art. 487.01. La eficaz y práctica investigación realizada por una fuerza policial municipal relativamente reducida en número respetó acabadamente la privacidad de las personas objeto de la investigación y de otros usuarios de Telus.

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, *TELUS Communications Company v. Her Majesty the Queen*, sentencia del 27-03-2013, en http://scc-csc.lexum.com/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/12936/index.do.



DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. INFORMACIÓN SENSIBLE. ESTUPEFACIENTES (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en la Administración Nacional Aeronáutica y Espacial (NASA) trabajan empleados públicos federales y otros contratados por el Gobierno. Los apelantes son empleados contratados del Laboratorio de Propulsión Jet (JPL) de la NASA, administrado por el Instituto de Tecnología de California (Cal Tech). En el momento de su contratación, el Gobierno no controló sus antecedentes, pero esa situación cambió cuando el Presidente de los Estados Unidos ordenó la adopción de estándares uniformes de identificación, aplicables tanto a los empleados públicos como a los de las empresas contratistas. El Departamento de Comercio ordenó que los empleados de las empresas contratistas que tuvieran acceso a largo plazo a las instalaciones del gobierno federal fueran objeto de un control estándar de antecedentes, el *National Agency Check with Inquiries* (NACI), antes de octubre de 2007.

La NASA modificó su contrato con Cal Tech para incorporar esta nueva exigencia, y el JPL dispuso que los empleados que no hubieran completado oportunamente el proceso del NACI perderían el acceso al JPL y se enfrentarían a la posibilidad de un despido por parte de Cal Tech. El proceso NACI, usado desde hace mucho tiempo para evaluar a los potenciales empleados públicos, comienza cuando el candidato completa un formulario estándar (en este caso, el Formulario Estándar 85, Cuestionario para Cargos no Sensibles, o SF-85). En el SF-85 se pregunta si un empleado ha "usado, poseído, provisto o fabricado drogas ilegales" durante el año anterior. En caso afirmativo, el empleado debe brindar detalles e incluir información sobre el "tratamiento o counseling recibido". El empleado también debe firmar un documento donde se autoriza al Gobierno a obtener información personal de los colegios, empleadores, etc. durante la investigación (Form 42). Cuando el SF-85 está completo, el Gobierno envía un cuestionario a las referencias ofrecidas por el empleado (Form 42) que contiene preguntas indefinidas (open-ended questions) para establecer si ellos tienen "alguna razón para cuestionar" la "honestidad o integridad" del empleado, o si tienen "información desfavorable" en relación con diversas áreas. Todos los SF-85 y las respuestas a los Form 42 gozan de la protección de la Privacy Act.

Nelson y los otros actores promovieron esta acción cuando se acercaba el vencimiento del plazo para completar el proceso NACI. Alegaron, en cuanto aquí resulta pertinente, que el proceso de control de antecedentes viola el derecho constitucional a la privacidad de la infomación (*informational privacy*). El tribunal de distrito rechazó el pedido de que dictara una orden preliminar, pero la Cámara Federal de Apelaciones revocó esta decisión y sostuvo que las investigaciones realizadas en el marco de los SF–85 en relación con la vinculación reciente a las drogas favorecían el interés del Gobierno en combatir el uso ilegal de drogas, pero que la pregunta relativa al "tratamiento o *counseling*" recibido en razón de esa vinculación con estupefacientes no perseguía la satisfacción de ningún interés legítimo y que, por ende, probablemente fuera declarada inconstitucional. También decidió que las preguntas indefinidas del Form 42 no estaban específicamente diseñadas para proteger el interés del Gobierno

en verificar las identidades de los contratados y en asegurar la seguridad en el JPL; y que, por lo tanto, también probablemente violaran el derecho a la privacidad de la información de los recurrentes. Entonces, el Gobierno interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia:

En dos casos resueltos hace más de treinta años, esta Corte se refirió, en términos amplios, a un "interés, fundado en la privacidad, en evitar la difusión de cuestiones personales" que merecía protección constitucional (a constitutional privacy "interest in avoiding disclosure of personal matters") (Whalen v. Roe, 429 U.S. 589, pp. 599/600 -1977-; y Nixon v. Administrator of General Services, 433 U.S. 425, p. 457 -1977-). En Whalen, esta Corte confirmó la validez de una ley de Nueva York que permitía la recolección de los nombres y domicilios de las personas a las que se les prescribían drogas peligrosas, porque entendió que las "cláusulas de seguridad" incluidas en la ley, que prevenían la "difusión pública" de la información (id., pp. 600/601), resultaban suficientes para proteger un derecho a la privacidad "que podría decirse que tiene sus raíces en la Constitución" (id., p. 605). En Nixon, la Corte confirmó la validez de una ley que requiere que los ex Presidentes entreguen sus documentos y grabaciones de trabajo (presidential papers and tape recordings) a fin de que sean revisados en los archivos y analizados, y llegó a la conclusión de que la ley federal en cuestión, como la impugnada en Whalen, prevé medidas de protección contra la "difusión indebida de material privado" (433 U.S., p. 458). Desde Nixon, esta Corte ha dicho poco más sobre el tema de un derecho constitucional a la privacidad informativa.

Asumiendo, sin decidir, que las investigaciones del Gobierno aquí impugnadas afecten un interés de importancia constitucional, ese interés, cualquiera sea su alcance, no impide que el Gobierno formule preguntas razonables, como las incluidas en el SF–85 y en el Form 42, en el curso de una investigación de antecedentes laborales que está sujeta a la satisfacción de las garantías previstas en la *Privacy Act* contra la difusión pública.

- (a) Los formularios resultan razonables en términos de los intereses del Gobierno que están en juego.
- (a) (1) La revisión judicial de los formularios debe tomar en consideración el contexto en el cual se realizan las investigaciones del Gobierno aquí impugnadas. Cuando el Gobierno actúa "como propietario" ("as proprietor") y administrador de su "funcionamiento interno" ("internal operation") (v. Cafeteria & Restaurant Workers v. McElroy, 367 U.S. 886, p. 896 -1961-), tiene mucha más libertad que cuando dicta reglamentaciones aplicables a los ciudadanos en general. Las preguntas cuya validez impugnan los apelantes forman parte de un control estándar de antecedentes usado por millones de empleadores privados. El Gobierno ha realizado investigaciones preocupacionales desde los primeros días de la República, y desde 1871 el Presidente tiene atribuciones para evaluar la aptitud de un postulante para entrar en la administración pública. Las investigaciones estándar de antecedentes similares a las

aquí cuestionadas resultan obligatorias desde 1953 para evaluar a los candidatos para entrar en la administración pública federal, y las impugnadas se realizan a partir de una decisión de extender esa exigencia a los empleados de las empresas que contratan con el Gobierno federal. Estos antecedentes muestran que el Gobierno tiene un interés en realizar controles de antecedentes básicos a fin de garantizar la seguridad en sus instalaciones y de emplear una fuerza de trabajo competente y confiable para llevar a cabo los asuntos del pueblo. Ese interés no tiene menos importancia por la circunstancia de que los apelantes sean empleados de una empresa contratista. No existen diferencias significativas entre las obligaciones de los empleados de la NASA y las de los de las empresas contratistas, especialmente en el JPL, donde estos últimos hacen un trabajo que resulta crucial para la misión que cumple la NASA, la cual está financiada con una inversión de varios millones de dólares de los contribuyentes.

- (a) (2) Las preguntas cuestionadas del SF–85 y del Form 42 son razonables y están vinculadas con el empleo, y persiguen la satisfacción del interés del Gobierno en administrar sus operaciones internas. La pregunta del SF–85 vinculada al "tratamiento o counseling" es una pregunta de seguimiento a una investigación razonable del uso de drogas ilegales. En contexto, también es una averiguación razonable vinculada con el empleo. El Gobierno reconoce que el uso de estupefacientes ilegales constituye una cuestión médica y criminal, y busca diferenciar a aquellos consumidores de drogas que están tomando medidas para enfrentar y superar sus problemas. Por lo tanto, usa las respuestas a la pregunta relativa al tratamiento de drogas como un factor atenuante en las decisiones de acreditación del contratista. Esta Corte rechaza el argumento de que la Constitución impone al Gobierno la carga de demostrar que las preguntas que realiza para investigar los antecedentes de los candidatos a ingresar a la administración pública federal resultan "necesarias", o al menos el medio menos restrictivo para favorecer sus intereses. Un estándar tan exigente contradice directamente lo resuelto en Whalen (cit., pp. 596/597).
- (a) (3) Al igual que la pregunta relativa al tratamiento de drogas incluida en el SF–85, las preguntas inprecisas del Form 42 están razonablemente dirigidas a identificar a empleados capaces que lleven a cabo fielmente los asuntos del Gobierno. Formula a las referencias brindadas por un candidato preguntas amplias sobre la aptitud de este para ocupar el puesto para el que se postula, y constituye una herramienta apropiada para diferenciar a los buenos candidatos de los malos. La razonabilidad de esas preguntas queda ilustrada por la difusión que tienen en los sectores público y privado.
- (b) Además de ser razonable en términos de los intereses del Gobierno que están en juego, el SF–85 y el Form 42 también están sustancialmente protegidos a fin de que no sean accesibles al público. Whalen y Nixon reconocieron que "un deber legal o reglamentario de evitar la divulgación indebida" generalmente alivia la preocupación que, en términos de seguridad, genera la "acumulación" del Gobierno de "información personal" "con fines de interés público". (Whalen, cit., p. 605). Los apelantes solo atacan la recolección de información que hace el Gobierno, y aquí,

como en *Whalen* y en *Nixon*, la información recolectada está protegida por una ley de la divulgación indebida. La *Privacy Act* solo autoriza al Gobierno a mantener los registros que sean "relevantes y necesarios para lograr" un objetivo autorizado por la ley (\$552a(e)(1) del Título 5 del Código de los Estados Unidos); requiere autorización escrita antes de que el Gobierno pueda difundir los archivos de una persona (*id.*, \$552a(b)); e impone responsabilidad penal por las violaciones voluntarias a estas obligaciones de no difundir (*id.*, \$552a(i)(1)). En consecuencia, "demuestra una preocupación adecuada" por la privacidad individual (*Whalen*, *cit.*, p. 605; *Nixon*, *supra*, pp. 458/459). La pretensión de los apelados de que las excepciones legales a la prohibición de difusión de la *Privacy Act* (*id.*, \$\$552a(b)(1)–(12)) dejan al tipo de protección que se pretende garantizar demasiado permeable como para brindar un control válido frente a la difusión indebida se funda en una interpretación inadecuada de *Whalen*, *Nixon* y de la *Privacy Act*.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *National Aeronautics and Space Administation et al v. Nelson et al.*, sentencia del 19-1-2011, en http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-530.pdf.



DERECHO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ACTO ADMINISTRATIVO. DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS. RESOLUCIONES INDIVIDUALES. ANULACIÓN. EFECTOS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SEGURIDAD JURÍDICA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: Sandra Blockx fue nombrada Secretaria Comunal de la ciudad de Léau, por primera vez, mediante una resolución de octubre de 2003.

Su adversario, Guy Vansimpsen, interpuso un recurso ante el Consejo de Estado impugnando dicha designación con base en que solo estaba fundada en los resultados del examen y de los títulos y méritos de los candidatos, sin tomar en cuenta la actualización de sus antecedentes ni el régimen prioritario del que gozaba el recurrente en su carácter de Secretario del Centro Público de Ayuda Social de Léau. En 2009, el Consejo de Estado dejó sin efecto la designación de Blockx.

En mayo de 2010, Blockx fue designada, por segunda vez, para ocupar ese cargo. Ante una nueva impugnación de tal nombramiento también articulada por Vansimpsen, en diciembre de 2011 el Consejo de Estado consideró que la anulación del nombramiento solicitada afectaría severamente a Blockx dadas las circunstancias sin necesidad y que, en principio, se podrían mantener los efectos de esta segunda designación hasta tanto el Concejo Deliberante municipal adoptara, a la mayor brevedad, una nueva decisión relativa al nombramiento, entendiéndose que la parte interviniente no podría invocar luego la experiencia obtenida mientras hubo ocupado el cargo.

Sin embargo, destacó que el art. 14*ter* de las Leyes sobre el Consejo de Estado –coordinadas el 12 de enero de 1973– prevé la posibilidad de mantener vigentes solo

los efectos de las disposiciones reglamentarias anuladas, por lo que planteó a la Corte Constitucional de Bélgica la siguiente cuestión prejudicial: ¿viola el art. 14ter de las Leyes sobre el Consejo de Estado los arts. 10 y 11 de la Constitución belga en la medida en que no prevé la posibilidad de mantener los efectos de una resolución creadora de derechos que ha sido anulada, y en cuanto establece una diferencia de trato entre las personas cuya situación está regida por un acto reglamentario anulado y aquellas cuya situación está determinada por una resolución individual anulada?

2. Sentencia: el art. 14*ter* de las leyes sobre el Consejo de Estado no viola los arts. 10 y 11 de la Constitución belga.

La disposición cuestionada prevé que el Consejo de Estado mantenga los efectos de una disposición reglamentaria anulada, posibilidad que no está prevista en relación con las resoluciones individuales.

El art. 14ter dispone que cuando lo considere necesario, la Sala en lo Contencioso Administrativo puede indicar, mediante una resolución general, los efectos de un acto reglamentario anulado que deberán considerarse definitivos o que se mantendrán provisoriamente vigentes durante el plazo que dicho tribunal determine.

Según la jurisprudencia, el Consejo de Estado hasta ahora ha ejercido pocas veces esta facultad que le atribuyó la ley en 1996, ya que la anulación pura y simple de las resoluciones impugnadas puede tener graves consecuencias en términos de la seguridad jurídica.

Mediante esta jurisprudencia, el Consejo de Estado satisfizo la intención del legislador, quien intentó hacer un balance entre el principio de legalidad de los actos reglamentarios –consagrado en el art. 159 de la Constitución– y el principio de seguridad jurídica.

El legislador debe hacer un justo balance entre la necesidad de rectificar cada situación contraria a derecho y el interés en no poner en peligro, después de transcurrido un tiempo, las situaciones existentes y las expectativas creadas.

Es preciso evitar, en casos excepcionales, que el efecto retroactivo de una anulación menoscabe derechos adquiridos tanto cuando se trata de resoluciones individuales como de disposiciones reglamentarias.

Sin embargo, cabe considerar que al realizar dicho balance, el legislador pudo considerar que los potenciales efectos desproporcionados de una anulación son superiores cuando la norma impugnada de una resolución reglamentaria se aplica, por definición, a un número indeterminado de personas.

La posibilidad de mantener solamente los efectos de las resoluciones reglamentarias no carece, por lo tanto, de una justificación razonable.

Por otro lado, en los casos como este de anulación de nombramientos del personal del sector público, la jurisprudencia revela que la mayoría de los actos del funcionario afectado no pueden cuestionarse y que la anulación tampoco afecta la remuneración que este ya hubiese percibido.

Por todo lo expuesto, al planteo prejudicial le corresponde una respuesta negativa, y el art. 14*ter* de las leyes sobre el Consejo de Estado no viola los arts. 10 y 11 de la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia 154/2012 del 20-12-2012, en ftp://ftp.const-court.be/pub/f/2012/2012-154f.pdf>.



DERECHO AMBIENTAL. MEDIO AMBIENTE. CONTAMINACIÓN DE AGUAS NAVEGABLES. DESAGÜES PLUVIALES (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el Distrito de Control de Inundaciones del Condado de Los Ángeles está a cargo del "sistema municipal separado de desagües pluviales" (MS4), un sistema de desagües que recoge, transporta y descarga agua de lluvia. Debido a que el agua pluvial está frecuentemente muy contaminada, la Clean Water Act (CWA) y sus normas reglamentarias exigen a ciertos operadores del MS4 que obtengan un permiso del National Pollutant Discharge Elimination System (NPDES) antes de volcar aguas pluviales en aguas navegables. El Distrito de Control de Inundaciones cuenta con esa autorización.

El grupo *Natural Resources Defense Council, Inc.* (NRDC) y la organización *Santa Mónica Baykeeper* (Baykeeper) promovieron una acción popular contra el Distrito de Control de Inundaciones y contra terceros fundándose en el artículo 505 de la CWA [art. 1365 del Título 33 del Código de los Estados Unidos], alegando, *inter alia*, que los resultados de las mediciones de calidad del agua provenientes de las estaciones de monitoreo instaladas en los ríos Los Ángeles y San Gabriel habían demostrado que el Distrito de Control de Inundaciones estaba violando los términos de su permiso. El tribunal de distrito dictó una sentencia de puro derecho a favor del demandado, entendiendo que de las constancias del expediente no surgía que el MS4 hubiera descargado agua pluvial que contuviera sustancias contaminantes por encima de los valores estándares permitidos detectadas en las estaciones de monitoreo ubicadas aguas abajo.

La Cámara Federal de Apelaciones revocó esta decisión en su mayor parte. Declaró al Distrito de Control de Inundaciones responsable de las descargas de sustancias contaminantes que, a su juicio, se producían cuando el agua contaminada detectada en las estaciones de monitoreo sobrepasaba los muros de hormigón que canalizaban el río, donde se encuentran las estaciones de monitoreo, y era descargada en zonas más bajas y no canalizables.

Entonces, el Distrito interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

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

Esta Corte se fundó en el precedente *de South Florida Water Management Dist. v. Miccsukee Tribe* (541 *U.S.* 95, pp. 109/112 -2004-), donde sostuvo que el flujo de agua desde una zona hacia otra de una misma masa de agua no constituye una descarga de sustancias contaminantes en términos de la CWA.

El NRDC y Baykeeper alegaron, subsidiariamente, basados en los términos del permiso del NPDES que tenía el Distrito de Control de Inundaciones, que la presencia excesiva de sustancias contaminantes detectadas en las estaciones

de monitoreo basta para establecer la responsabilidad del Distrito de Control de Inundaciones en los términos de la CWA por sus descargas aguas arriba. Este argumento no prosperó en el marco de la limitada cuestión en relación con la cual se concedió el *certiorari*. La Corte, por lo tanto, no lo toma en consideración.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Los Angeles County Flood Control District v. Natural Resources Defense Council, Inc., et al.*, sentencia del 8-1-2013, en http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-460_3ea4.pdf>.



DERECHO COMUNITARIO. ABOGADOS. RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE. CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES. DERECHO DE LA COMPETENCIA. INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS (UNIÓN EUROPEA — REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en febrero de 2003, la Comisión Europea ordenó realizar verificaciones en Akzo Nobel Chemicals y en su filial Akcros Chemicals a fin de recabar pruebas de eventuales prácticas contrarias a la competencia. Estos controles fueron realizados por funcionarios de la Comisión, asistidos por representantes de la Office of Fair Trading (OFT, autoridad británica de defensa de la competencia), en las oficinas que las mencionadas empresas tienen en el Reino Unido.

Al examinar los documentos incautados, se observó, entre otras cosas, la discrepancia entre dos copias escritas de dos correos electrónicos intercambiados entre el Director General y el Coordinador de Akzo Nobel en materia de Derecho de la Competencia, un abogado colegiado integrante del Departamento de Asuntos Jurídicos de Akzo Nobel y, en consecuencia, empleado por dicha empresa. Tras haber examinado estos documentos, la Comisión consideró que no estaban protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

Las dos empresas invocaron la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, pero dichas pretensiones fueron rechazadas por la Comisión en mayo de 2003.

Contra estas dos decisiones, Akzo Nobel y Akcros interpusieron sendos recursos ante el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera, asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, decisión del 17-9-2007), que este rechazó. Entonces, las empresas articularon ante el Tribunal de Justicia un recurso de casación contra dicha sentencia.

2. Sentencia: en el ámbito del derecho de la competencia, las comunicaciones mantenidas en el seno de una empresa con un abogado interno no están amparadas por la confidencialidad de las comunicaciones entre clientes y abogados. Por consiguiente, este Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por Akzo Nobel y Akcros.

En apoyo de su recurso de casación, Akzo Nobel y Akcros alegaron, fundamentalmente, que el Tribunal de Primera Instancia obró indebidamente al negar a los dos correos electrónicos intercambiados con el abogado interno la protección

de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Este Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de esta protección en la sentencia AM & S Europe c. Comisión, en la que declaró que el goce de dicha protección está supeditado a la satisfacción de dos requisitos: la correspondencia en cuestión debe estar vinculada al ejercicio del derecho de defensa del cliente y los abogados intervinientes deben ser independientes, es decir, no deben estar vinculados a su cliente mediante una relación de dependencia laboral.

El segundo requisito procede de una concepción que considera al abogado un colaborador de la justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de esta, la asistencia legal que el cliente necesita. De ello se desprende que el requisito de independencia implica la ausencia de cualquier relación laboral entre el abogado y su cliente. Por lo tanto, la protección fundada en el principio de confidencialidad no se extiende a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o de un grupo de empresas con sus abogados internos.

El abogado interno, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio y, por consiguiente, sometido a las reglas de disciplina profesional, no tiene el mismo grado de independencia que los abogados de un estudio jurídico externo. No obstante el régimen profesional aplicable, el abogado interno no puede, con independencia de las garantías con que cuente para el ejercicio de su profesión, ser asimilado a uno externo debido a la situación de asalariado en la que se encuentra, situación que, por su propia naturaleza, no le permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que pone en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional. Por otra parte, el abogado interno puede tener que ejercer otras tareas que tengan incidencia en la política comercial de la empresa, como sucede en el presente asunto, en el cual este letrado es el Coordinador en materia de Derecho de la Competencia. Pues bien, tales funciones no pueden sino reforzar los estrechos vínculos entre el abogado y su empresa.

Por ello, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error de derecho al aplicar el segundo requisito del principio de confidencialidad enunciado en la sentencia AM & S Europe c. Comisión.

Por otra parte, este Tribunal de Justicia considera que esta interpretación no viola el principio de igualdad de trato en la medida en que el abogado interno se encuentra en una posición esencialmente distinta de la de un abogado externo.

Asimismo, este Tribunal observa que en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros no existe ninguna tendencia preponderante a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones en el seno de las empresas o de los grupos de empresas con sus abogados internos y que la situación jurídica actual en los Estados miembros no permite hacer un desarrollo jurisprudencial que reconozca esta garantía. Por otra parte, la evolución del derecho comunitario y la modificación de las normas de procedimiento en materia de derecho de la competencia no pueden justificar una revisión de la jurisprudencia iniciada en la sentencia *AM & Europa c. Comisión*.

Akzo Nobel y Akcros también afirmaron que la interpretación hecha por el Tribunal de Primera Instancia reduce el nivel de protección acordado al derecho de defensa de las empresas. A este respecto, cabe destacar que cualquier justiciable que desee contar con el asesoramiento de un abogado debe aceptar esas restricciones y

condiciones del ejercicio de dicha profesión. Las modalidades de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes forman parte de estas restricciones y condiciones.

Por último, el principio de seguridad jurídica no obliga a aplicar, en los procedimientos de investigación realizados a nivel nacional y en los llevados a cabo por la Comisión, criterios idénticos en cuanto a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Por lo tanto, el hecho de que, en el marco de una verificación realizada por la Comisión, la protección de las comunicaciones se limite a la correspondencia mantenida con los abogados externos no viola este principio.

Notas del Instituto: 1) la Comisión ordenó la inspección a través de la Decisión C(2003) 559/4 de la Comisión, del 10-2-2003; 2) la Decisión C(2003) 1533 de la Comisión, del 8-5-2003, rechazó la pretensión de las empresas de que las comunicaciones en cuestión estaban amparadas por el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes; 3) la sentencia del Tribunal de Primera Instancia es del 17-9-2007, *Akzo Nobel Chemicals y Akcros c. Comisión*; 4) la sentencia del Tribunal de Justicia en *AM & Europe c. Comisión* es del 18-5-1982; 5) Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, del 16-12- 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd c. Comisión*, sentencia del 14-9-2010, en http://curia.europa.eu/jurisp/cgibin/form.pl?lang=ES&Submit=recher&numaff=C-550/07>.



DERECHO COMUNITARIO. CONSUMIDORES. CONTRATOS. CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO. OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA DE HACER UNA EVALUACIÓN PRECONTRACTUAL DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO. INCUMPLIMIENTO. SANCIÓN (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: en 2011, el Sr. Kalhan celebró con *Le Crédit Lyonnais* (LCL) un contrato de crédito al consumo por un importe de € 38.000, con intereses convencionales a una tasa fija anual del 5,60%. Al ser Kalhan insolvente para devolver el préstamo, LCL le reclamó el saldo debido ante el *Tribunal d'Instance d'Orléans*, el cual estimó que LCL no había evaluado correctamente la solvencia de Kalhan y que, por lo tanto, conforme a la normativa francesa, no tenía derecho al cobro de los intereses convencionales. Sin embargo, dicho tribunal puso de manifiesto que los intereses al tipo legal, que han de aplicarse en lugar de los intereses convencionales, se elevan −para el año 2012− al 5,71% (con el incremento de 5 puntos incluido), lo que, lejos de constituir una sanción para el prestamista, le procura un beneficio. Por tanto, dicho tribunal consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si el régimen de sanciones francés es compatible con el derecho de la Unión, en particular, con la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo

y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, que establece que las sanciones aplicables en el supuesto de infracción de las disposiciones nacionales en materia de evaluación precontractual de la solvencia del prestamista deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Sentencia: la sanción controvertida no debe considerarse realmente disuasoria si los importes que puede percibir el prestamista tras la aplicación de la sanción no son significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho en el supuesto de que cumpliera su obligación. Si la sanción de privación de los intereses se viera debilitada, o pura y simplemente perdiera todo efecto, la sanción no presentaría necesariamente un carácter realmente disuasorio, incumpliendo lo dispuesto en la Directiva 2008/48/CE.

Con arreglo a la Directiva, el prestamista está obligado, antes de cualquier relación contractual, a evaluar la solvencia del prestatario a fin de proteger efectivamente a los consumidores de cualquier firma irresponsable de contratos de crédito, y los Estados deben establecer medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias para sancionar cualquier incumplimiento de esta obligación.

Por tanto, corresponde examinar si el rigor de la sanción prevista por la normativa francesa (a saber, la privación del derecho a los intereses convencionales) es adecuado en relación con la gravedad de la infracción que castiga y, en particular, si supone un efecto realmente disuasorio.

En el supuesto de que el saldo restante se exija con carácter inmediato debido a la falta de pago del prestatario, el tribunal remitente debe comparar los importes que el prestamista habría percibido en el supuesto de que hubiera cumplido su obligación de evaluación precontractual con los que percibiría en aplicación de la sanción mencionada. Si el tribunal remitente considera que la aplicación de la sanción puede conferir un beneficio al prestamista, de ello se deducirá que el régimen sancionador de que se trata no garantiza un efecto realmente disuasorio.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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, Sala Cuarta, asunto 565/12, *Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*, sentencia del 27-3-2014, en .">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151632&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=556482>.



DERECHO COMUNITARIO. CONSUMIDORES. CONTRATOS. CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO DENOMINADOS EN DIVISA EXTRANJERA. CLÁUSULAS ABUSIVAS. SUSTITUCIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA POR UNA DISPOSICIÓN SUPLETORIA DE DERECHO NACIONAL (UNIÓN EUROPEA — HUNGRÍA).

1. Antecedentes del caso: el Sr. Kásler y la Sra. Káslerné Rábai suscribieron con un banco húngaro un contrato de préstamo hipotecario por 14.400.000 forintos húngaros (HUF). Dicho contrato estipulaba que la determinación en francos suizos de la cuantía del préstamo se realizaría a la cotización tipo comprador de esa divisa aplicada por el banco el día de la entrega de los fondos. En aplicación de esa cláusula, el importe del préstamo se fijó en 94.240,84 francos suizos (CHF). No obstante, según el contrato, el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas debía fijarse en función de la cotización tipo vendedor del franco suizo aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento de las cuotas.

Los esposos Kásler impugnaron ante los tribunales húngaros la cláusula que facultaba al banco a calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización tipo vendedor del franco suizo. Alegaron que esa cláusula es abusiva, ya que prevé para la devolución del préstamo la aplicación de una cotización diferente de la aplicada para su entrega.

El Tribunal Supremo de Hungría, que conoce del litigio, consultó entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si una cláusula sobre los tipos de cambio aplicables a un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera afecta el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio de la prestación; si la cláusula impugnada puede considerarse redactada de manera clara y comprensible de modo que se pueda excluir la apreciación de su carácter abusivo conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; y si en el caso de que el contrato no pudiera subsistir tras suprimir la cláusula abusiva, el juez nacional está facultado para modificarlo o integrarlo.

2. Sentencia: los consumidores que toman un préstamo en divisa extranjera deben poder evaluar las consecuencias económicas de la aplicación a la devolución del préstamo de una cotización (la de venta de la divisa) diferente de la aplicable al cálculo del importe del préstamo cuando este se entrega (la de compra de la divisa).

El juez nacional puede reemplazar una cláusula abusiva por una disposición de derecho interno para establecer un equilibrio entre las partes del contrato y mantener la validez de este.

La Directiva sobre las cláusulas contractuales abusivas prevé que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. No obstante, si se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contraprestación, por la otra, la Directiva permite a los Estados miembros establecer en su legislación nacional que está excluida la apreciación del carácter abusivo de esas cláusulas siempre que se redacten de manera clara y comprensible. La legislación húngara que transpuso la Directiva prevé esa exclusión.

Cabe recordar, en primer lugar, que la prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas relacionadas con el objeto principal del contrato debe ser objeto de interpretación estricta y que solo puede aplicarse a las que establecen las prestaciones esenciales del contrato. Corresponde al Tribunal Supremo de Hungría determinar si la cláusula impugnada constituye un componente esencial del contrato concluido por los esposos Kásler.

Por otro lado, se observa que la apreciación del carácter abusivo de esa cláusula no puede excluirse con base en que se relacione con la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contraprestación, por la otra. En efecto, esa cláusula se limita a determinar el tipo de conversión del franco suizo al forinto húngaro con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, pese a que el prestamista no realiza ningún servicio de cambio. Pues bien, a falta de tal servicio, la carga económica derivada de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra que debe soportar el prestatario no puede considerarse una retribución debida como contraprestación de un servicio.

Solo está excluida la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que define el objeto principal del contrato si está redactada de forma clara y comprensible. En ese sentido, cabe destacar que esa exigencia no puede reducirse solo al carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Por el contrario, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera. Por tanto, corresponde al Tribunal Supremo de Hungría determinar si, a la vista de la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podría no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio comprador y vendedor de una divisa extranjera, sino también evaluar las consecuencias de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución y para el costo total de su préstamo.

En el caso de que la supresión de una cláusula abusiva hiciera imposible ejecutar el contrato, como en el asunto planteado, la Directiva no se opone a que el juez nacional la sustituya por una disposición supletoria del derecho nacional. En efecto, ese criterio permite lograr el objetivo de la Directiva, tendiente a restablecer un equilibrio entre las partes manteniendo en lo posible la validez del contrato en su conjunto. Si no se permitiera esa sustitución y se obligara al juez a anular el contrato, el carácter disuasorio de la sanción de nulidad y el objetivo de protección del consumidor podrían frustrarse.

En el asunto planteado, tal anulación tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución en una cuantía que puede exceder la capacidad económica del consumidor y, por esa razón, puede penalizar a este más que al prestamista, a quien como consecuencia no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en futuros contratos.

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. El

Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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-26/13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt, sentencia del 30-4-2014, en http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-26/13#>.



DERECHO COMUNITARIO. COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL. MENORES. INTERÉS SUPERIOR. PATRIA POTESTAD. MEDIDAS PROVISORIAS RELATIVAS AL "PODER DE DECISIÓN PARENTAL". SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL DE URGENCIA. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (UNIÓN EUROPEA – ITALIA – AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: Doris Povse y Mauro Alpago vivieron juntos, sin estar casados, con su hija Sofía, nacida en Italia, hasta que se separaron. En ese momento, Povse dejó el hogar junto con la menor. Entonces, Alpago interpuso ante el Tribunal de Menores de Venecia una acción tendiente a prohibir a Povse que sacara a la niña del país. No obstante este auto interlocutorio urgente que prohibía la expatriación, dictado el 8 de febrero de 2008, madre e hija viajaron a Austria, donde siguen viviendo.

Posteriormente, el Tribunal de Venecia revocó el auto interlocutorio, otorgó provisionalmente la tenencia compartida a ambos progenitores y resolvió que la menor podía residir en Austria con la madre hasta que dictara la sentencia definitiva. Asimismo, dispuso que el padre participara económicamente de los gastos de manutención de la niña, estableció su régimen de visitas y ordenó que un asistente social evaluara la relación entre la pequeña y sus progenitores. El asistente social informó que no podía realizar su trabajo porque la madre solo permitía al padre hacer visitas mínimas e insuficientes.

Un tiempo después, el tribunal de distrito de Loeben (Austria), fundándose en la decisión del tribunal de Venecia, rechazó la solicitud del padre de restituir a Sofía a Italia.

Paralelamente, la madre solicitó al tribunal de distrito de Judenberg (Austria), donde vivía con su hija, que le otorgara la tenencia de la menor. Este tribunal pidió, entonces, al Tribunal de Menores de Venecia que renunciara a su jurisdicción.

Mientras tanto, el padre había solicitado al Tribunal de Menores de Venecia la restitución de la menor a Italia. En una audiencia dispuesta por este tribunal, la madre aceptó el régimen de visitas propuesto por el asistente social, pero no informó que había promovido la demanda ante el tribunal de distrito de Judenburg. El Tribunal de Menores de Venecia confirmó su propia jurisdicción porque estimó que los requisitos para el traslado de la misma no estaban satisfechos. Asimismo, declaró que el informe encomendado al asistente social no se había podido realizar porque la madre no había accedido a las visitas programadas por este profesional. Entonces, ordenó que la menor regresara inmediatamente a Italia para restablecer el

contacto con su padre, interrumpido a resultas de la actitud de la madre. A tal fin, y como lo prevé el Reglamento concerniente a la Jurisdicción y al Reconocimiento y Ejecución de Sentencias sobre Asuntos Matrimoniales y de Responsabilidad Parental (Reglamento), el tribunal emitió un certificado.

Paralelamente, el tribunal de distrito de Judenburg hizo lugar a una medida cautelar y otorgó la tenencia provisoria de Sofía a su madre. El padre pidió entonces a este tribunal que diera cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Menores de Venecia que exigía que Sofía regresara a Italia, solicitud que fue rechazada con base en que generaba un grave riesgo de perjudicar psíquicamente a la menor.

Al entender por apelación, la Cámara ordenó la restitución de la menor.

Entonces, la Corte de Casación de Austria, a fin de esclarecer sus dudas respecto a la interpretación del Reglamento, suspendió el trámite del proceso y planteó ciertas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Sentencia:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el proceso principal se vincula con el traslado ilícito de una menor y, de acuerdo con lo que prevé el Reglamento, por lo menos en el momento de la sustracción de la niña, tenía jurisdicción el Tribunal de Menores de Venecia, que es el correspondiente al lugar de su última residencia anterior a su traslado ilícito.

En el sistema establecido por el Reglamento, el tribunal competente cumple un rol central, y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias pronunciadas en un Estado Miembro deben fundarse en el principio de mutua confianza. Por ello, las causales para denegar ese reconocimiento deben limitarse al mínimo indispensable. Además, se intenta impedir las sustracciones de menores entre Estados Miembros, pero cuando ello ocurre, lograr su inmediata restitución, una sustracción no debería, por regla general, comportar el traslado de la jurisdicción del tribunal del Estado Miembro de residencia habitual del menor a la de aquel lugar a donde el niño fue conducido.

En este contexto, es preciso afirmar que la "decisión relativa a la tenencia que no prevé el regreso del menor" debe ser una sentencia definitiva, fundada en una evaluación exhaustiva de todos los elementos pertinentes y en la normativa aplicable a la tenencia del niño, quien deja de estar sujeto a otras decisiones administrativas o judiciales. La circunstancia de que las normas reglamentarias de la tenencia prevean la revisión periódica de la decisión que la adjudica en función de ciertas circunstancias no priva a esta de carácter definitivo.

La decisión del Tribunal de Menores de Venecia que otorgó provisoriamente la tenencia compartida a ambos progenitores no constituye, de manera alguna, una sentencia definitiva en relación con la tenencia. En efecto, si un auto interlocutorio pudiera dar lugar a que un tribunal perdiera su jurisdicción para entender en una controversia vinculada a la tenencia de un menor, el juez competente del Estado Miembro del último lugar de residencia habitual podría sentirse disuadido de dictarlo aun cuando fuera necesario para tutelar los intereses del niño.

Por otro lado, la sentencia certificada de un tribunal competente que exige la restitución de un menor es susceptible de ejecución aun cuando no esté precedida

por una sentencia definitiva que determine quién tiene su tenencia. Una sentencia de esta naturaleza tiene autonomía procesal a fin de no demorar la restitución de un menor ilícitamente trasladado.

Este caso demuestra que este criterio es correcto. La sentencia del tribunal italiano que exigió la restitución de la menor se fundó en la interrupción de la relación que la niña tenía con su padre. En aras de proteger el interés superior de la menor, esta relación debe ser restablecida y, en lo posible, también la presencia de la madre en Italia, a fin de que los servicios italianos competentes examinen a fondo las capacidades y personalidades de los progenitores, así como la relación que la menor mantiene con ellos, antes de que se dicte una sentencia definitiva en relación con la tenencia y la responsabilidad parental.

Por último, el Estado Miembro de ejecución no puede rechazar la ejecución de una decisión certificada con base en que, dado el cambio de las circunstancias acaecido después del pronunciamiento, podría tornarse gravemente perjudicial para el interés superior del menor. Una variación semejante de las circunstancias debe ser planteada al juez competente del Estado Miembro de origen, al que, eventualmente, deberá pedirse la suspensión de la ejecución de su decisión.

Notas del Instituto: 1) La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, 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, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar. **2)** El Reglamento a que se alude en esta sentencia es el Reglamento del Consejo (CE) Nº 2201/2003 del 27-11-2003 concerniente a la jurisdicción y al reconocimiento y ejecución de sentencias sobre asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento (CE) Nº 1347/2000, en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ. do?uri=CELEX;32003R2201:ES:NOT>.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-211/10, sentencia del 1-7-2010, en http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-

bin/form.pl?lang=es&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&numaff=C-211/10&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>.



DERECHO COMUNITARIO. COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA PENAL. **PROCESO PENAL. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.** RESTRICCIONES. ALCANCE EN EL ESPACIO DE SCHENGEN. **SENTENCIA.** EJECUCIÓN (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: Zoran Spasic, de nacionalidad serbia, es perseguido penalmente en Alemania por haber cometido una estafa en Milán el 20 de marzo de

2009 (un particular le entregó \in 40.000 en billetes de baja denominación a cambio de billetes de \in 500 que posteriormente resultaron ser falsos). Paralelamente, Spasic fue condenado en Italia por esa misma infracción a una pena privativa de libertad de un año y al pago de una multa de \in 800. Spasic, que ya estaba cumpliendo una pena de prisión en Austria por otros delitos, pagó la multa pero no cumplió la pena privativa de libertad.

A raíz de una orden de detención europea emitida en Alemania, Spasic fue entregado por las autoridades austríacas a las autoridades alemanas. Spasic se encuentra en prisión preventiva en Alemania desde finales de 2013 a la espera de ser juzgado por la estafa cometida en Italia y alega que, en virtud del principio *non bis in idem*, no puede ser perseguido por los mismos hechos, puesto que en Italia ya se le había impuesto una condena firme y ejecutoria. Las autoridades alemanas consideran que el principio *non bis in idem* no es aplicable a la luz del Acuerdo de Schengen (CAAS), porque la pena privativa de libertad aún no se ha ejecutado en Italia. Spasic replica que la condición de ejecución prevista en el CAAS no puede restringir válidamente el alcance de la Carta de los Derechos Fundamentales y que, al haber pagado la multa de € 800 y cumplido así la sanción impuesta, debe ser puesto en libertad.

El Tribunal Regional Superior de Nüremberg (*Oberlandesgericht Nürnberg*) planteó, entonces, dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Sentencia: la regla por la que la aplicación del principio *non bis in idem* en el espacio Schengen requiere que se haya ejecutado o se esté ejecutando la sanción impuesta en un Estado miembro no es contraria a la Carta de los Derechos Fundamentales.

La condición adicional de ejecución contenida en el CAAS constituye una limitación del principio *non bis in idem* compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales, ya que las explicaciones sobre la Carta mencionan expresamente el CAAS, por lo que este limita válidamente el principio *non bis in idem* reconocido en la Carta.

Además, este Tribunal considera que la condición de ejecución prevista en el CAAS no pone en cuestión el principio *non bis in idem* en cuanto tal, porque únicamente pretende evitar que quede impune una persona que ha sido condenada mediante sentencia penal firme en un Estado miembro.

Por último, este Tribunal estima que la condición de ejecución es proporcionada al objetivo pretendido (garantizar un nivel elevado de seguridad en el espacio de libertad, seguridad y justicia) y no va más allá de lo necesario para evitar la impunidad de las personas condenadas.

Por otro lado, declara que, cuando se imponen dos penas principales, una pena privativa de libertad y una multa, el mero pago de la multa no basta para considerar que la sanción se haya ejecutado o se esté ejecutando en el sentido del CAAS. A este respecto, cabe observar que, aunque el CAAS dispone que es preciso que "la sanción" se haya ejecutado o se esté ejecutando, esa condición abarca el supuesto de que se hayan impuesto dos penas principales. Una interpretación diferente privaría

de sentido al principio *non bis in idem* establecido en el CAAS y perjudicaría la aplicación útil de dicho convenio. Dado que Spasic solo pagó la multa y no cumplió la pena privativa de libertad de un año, el Tribunal de Justicia concluye que en este caso no concurre la condición de ejecución prevista en el CAAS.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, sentencia del 27-5-2014, en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf; sessionid=9ea7d2dc30d564b53e164c7a4d91827af46ed32db9de.e34KaxiLc3qMb40Rch0S axuNbhv0?text=&docid=152981&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first &part=1&cid=201742>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA IGUALDAD. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. MEDIOS DE COMUNICACIÓN. RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA. ANUNCIOS PUBLICITARIOS. TIEMPO DE EMISIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (UNIÓN EUROPEA – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el 5 de marzo de 2011, entre las 21 y las 22 horas, la cadena de televisión de pago *Sky Sport 1*, perteneciente a *Sky Italia*, emitió veinticuatro anuncios publicitarios, cuya duración ascendió a 10 minutos y 4 segundos, es decir, un porcentaje horario del 16,78%, superando de este modo el límite horario de emisión publicitaria del 14% que la normativa nacional impone a las televisiones pagas. En consecuencia, la autoridad encargada de la garantía de las comunicaciones (AGCOM) impuso a *Sky Italia* una multa de € 10.329.

Sky Italia solicitó al Tribunal Contencioso-administrativo de la Región del Lacio, Italia, la anulación de la resolución de la AGCOM por contravenir, a su juicio, el derecho de la Unión.

Este órgano jurisdiccional consultó entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si es acorde con la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (en adelante, Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual), el principio de igualdad de trato y las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado fue una normativa nacional que establece límites horarios al tiempo de emisión de publicidad televisiva para las televisiones pagas inferiores a los establecidos para la televisión abierta.

2. Sentencia: la normativa italiana sobre publicidad en televisión que establece límites horarios para las televisiones de pago inferiores a los de las televisiones de acceso libre es, en principio, conforme con el derecho de la Unión. El principio de proporcionalidad debe, no obstante, respetarse.

La Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual establece normas mínimas y criterios de regulación para la publicidad televisiva con el fin de proteger los intereses de los telespectadores como consumidores. Esta directiva fija un límite horario del 20% de tiempo de emisión de anuncios publicitarios y de televenta, si bien concede a los Estados miembros la facultad de establecer normas más estrictas o detalladas respecto de los prestadores de servicios de comunicación que se encuentren bajo su jurisdicción.

La normativa italiana establece que la emisión de mensajes publicitarios por la concesionaria del servicio público general de radiodifusión televisiva no puede exceder del 4% del tiempo semanal de programación ni del 12% de cada hora. La emisión de anuncios publicitarios en las demás cadenas de televisión abierta no puede exceder del 15% del tiempo diario de programación ni del 18% de cada hora, mientras que para los servicios de televisión pagos el límite horario estaba situado, en el año 2011, en el 14% (en estos dos últimos casos, cualquier eventual exceso, que no podrá superar en ningún caso el 2% en una hora, debe ser compensado en la hora anterior o posterior).

La Directiva no lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a los ámbitos a los que se aplica, sino que establece disposiciones mínimas (v. Tribunal de Justicia, C-244/10 y C-245/10, *Mesopotamia Broadcast y Roj TV*, sentencia del 22-9-2011; véase, igualmente, CP 99/11, acerca de la interpretación de la Directiva 89/552/CE, "Televisión sin fronteras", modificada y codificada posteriormente por la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual).

En consecuencia, los Estados miembros tienen la facultad de establecer normas más detalladas o estrictas y, en determinados casos, condiciones diferentes, siempre y cuando sean conformes al derecho de la Unión. De este modo, cuando la Directiva establece que la proporción de anuncios de publicidad televisiva y de anuncios de televenta no excederá del 20% no excluye la posibilidad de que, por debajo de ese umbral, los Estados miembros impongan diferentes límites. En cualquier caso, las normas nacionales deben respetar el principio de igualdad de trato.

Los principios y objetivos de las normas relativas al tiempo de emisión de la publicidad televisiva tienen por objeto establecer una protección equilibrada de los intereses económicos de las televisiones y de los anunciantes, por una parte, y de los intereses de los autores y los creadores, y de los consumidores que son los telespectadores, por la otra. Este equilibrio es diferente dependiendo de si las televisiones transmiten o no sus programas mediante pago. En efecto, los intereses económicos de las cadenas de televisión paga, que obtienen ingresos por los abonos de los telespectadores, son diferentes de aquellos de las de acceso libre, las cuales no cuentan con esa fuente directa de financiación y deben financiarse, entre otros, mediante ingresos procedentes de la publicidad. Tal diferencia puede colocar, en principio, a los servicios pagos en una situación objetivamente diferente.

La situación de los telespectadores también es diferente en función de si están abonados a un servicio pago (al cual pagan un precio por disfrutar de sus programas) o si utilizan los servicios de una televisión de acceso libre.

De lo anterior se desprende que, en aras de una protección equilibrada de los intereses económicos de las televisiones y de aquellos de los telespectadores, el legislador nacional puede establecer límites diferentes respecto del tiempo de emisión horaria de la publicidad en función de si las cadenas de televisiones son o no de pago.

Por último, cabe señalar que la normativa italiana podría representar una restricción a la libre prestación de servicios. No obstante, la protección de los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial constituye una razón imperativa de interés general que puede justificar restricciones a la libre prestación de servicios, siempre que estas restricciones sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido y no vayan más allá de lo necesario para lograrlo. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se cumplen estos requisitos.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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-234/12, *Sky Italia Srl / Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, en .">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=140389&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=518489>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. DATOS BIOMÉTRICOS. IMPRESIÓN DE HUELLAS DACTILARES EN PASAPORTES. MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el Sr. Schwarz solicitó al ayuntamiento de Bochum (Alemania) que le expidiera un pasaporte, pero se negó a que le tomaran para ello sus impresiones dactilares. Dado que el ayuntamiento denegó su solicitud, Schwarz interpuso un recurso ante el *Verwaltungsgericht Gelsenkirchen* con objeto de que ordenara a las autoridades municipales que le expidieran un pasaporte sin tomarle sus impresiones dactilares.

En este contexto, el tribunal nacional solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se dilucide si el Reglamento (CE) nº 2252/2004 del Consejo, del 13 de diciembre de 2004, sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje expedidos por los Estados miembros, en la medida en que obliga al solicitante de un pasaporte y de documentos de viaje a facilitar sus impresiones dactilares y prevé su conservación en el pasaporte,

es válido, especialmente a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. Sentencia: se responde afirmativamente a la cuestión planteada.

Aunque la toma de impresiones dactilares y su conservación en el pasaporte constituyen una vulneración de los derechos al respeto de la vida privada y a la protección de los datos de carácter personal, tales medidas están justificadas en cualquier caso por el objetivo de prevenir el uso fraudulento de tales documentos.

Las medidas cuestionadas persiguen concretamente el objetivo de interés general de impedir la entrada ilegal de personas en la Unión Europea. A tal efecto, esas medidas pretenden prevenir la falsificación de pasaportes e impedir su uso fraudulento.

En primer lugar, de la prueba documental aportada a este Tribunal de Justicia no se desprende —ni se ha alegado siquiera— que tales medidas no respeten el contenido esencial de los derechos fundamentales de que se trata. En segundo lugar, las medidas controvertidas resultan idóneas para alcanzar el objetivo de prevenir el uso fraudulento de pasaportes, reduciendo considerablemente el riesgo de que se permita erróneamente a personas no autorizadas la entrada en el territorio de la Unión. Por último, las medidas controvertidas no van más allá de lo necesario para lograr dicho objetivo.

En efecto, por lo que se refiere a la toma de impresiones dactilares, no se ha puesto en conocimiento de este Tribunal de Justicia que exista ninguna otra medida suficientemente eficaz que vulnere en menor proporción esos derechos. Cabe destacar que el grado de desarrollo tecnológico del método basado en el reconocimiento del iris no alcanza el nivel de aquel basado en la toma de impresiones dactilares y que, debido a su costo sensiblemente más elevado en la actualidad, resulta menos apto para un uso generalizado.

Las impresiones dactilares desempeñan un papel particular en el ámbito de la identificación de personas en general. Así, la comparación de las impresiones dactilares tomadas en un lugar con las almacenadas en una base de datos permite acreditar la presencia en ese lugar de una determinada persona, ya sea en el marco de una investigación criminal, ya sea con el fin de llevar a cabo una vigilancia indirecta de esa persona.

No obstante, el Reglamento dispone expresamente que las impresiones dactilares solo podrán ser utilizadas con el único fin de verificar la autenticidad del pasaporte y la identidad de su titular. Por añadidura, solo prevé la conservación de las impresiones dactilares en el pasaporte, que está en posesión exclusivamente de su titular. Dado que el Reglamento no contempla ninguna otra forma ni ningún otro medio de conservación de las impresiones dactilares, no puede ser interpretado en el sentido de que ofrece, como tal, una base jurídica a una eventual centralización de los datos recabados en su virtud o a la utilización de los datos con fines distintos al de impedir la entrada ilegal de personas en el territorio de la Unión.

Por otra parte, el Reglamento se adoptó sobre una base jurídica apropiada y el procedimiento seguido para adoptar las medidas aplicables en este caso no adolece de ningún vicio, ya que el Parlamento participó plenamente como co-legislador. Así

sucedió con la adopción del Reglamento nº 444/2009, que sustituyó el texto de la disposición controvertida del Reglamento nº 2252/2004 y que es aplicable en este caso.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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-291/12, *Michael Schwarz V. Stadt Bochum*, sentencia del 17-11-2013, en .">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=143189&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=512115>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO DE LA COMPETENCIA. COMPETENCIA DESLEAL. ÁMBITO DE APLICACIÓN *RATIONE PERSONAE*. **MEDIOS DE COMUNICACIÓN.** OMISIONES ENGAÑOSAS EN LA PUBLICIDAD. OBLIGACIÓN DE HACER CONSTAR LA MENCIÓN "PUBLICIDAD" EN CUALQUIER PUBLICACIÓN REMUNERADA (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: casi todas las leyes regionales sobre la prensa y los medios de comunicación en Alemania obligan a los editores de prensa a incluir la mención "publicidad" ("Anzeige") en toda noticia remunerada insertada en sus publicaciones periódicas, a menos que la disposición o configuración de la noticia permitan, de forma general, reconocer su carácter publicitario.

En un litigio entre dos periódicos alemanes –el *Stuttgarter Wochenblatt* y el periódico de anuncios por palabras *GOOD NEWS* (Editado por RLvS.)–, el Tribunal Federal de Alemania consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si esta prohibición es compatible con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

El Stuttgarter Wochenblatt pretende que se prohíba a GOOD NEWS (más concretamente, a su editor, RLvS.) la publicación de artículos patrocinados en los que no figure la mención "publicidad". El Stuttgarter Wochenblatt reacciona así a la publicación en el número de junio de 2009 de GOOD NEWS de dos artículos patrocinados. El primero, titulado "Cotilleos sobre vips asistentes al VfB" ("VfB VfB VIP-Geflüster"), informaba sobre las personalidades presentes en el último partido de la temporada disputado por el club VfB Stuttgart en el campeonato federal de fútbol alemán y estaba patrocinado por la empresa Scharr. El segundo, que se titulaba "Hoy: Leipzig" ("Heute: Leipzig") pertenecía a la serie de artículos "Adónde

viajan los habitantes de Stuttgart" ("Wohin Stuttgarter verreisen"), contenía una breve descripción de la ciudad de Leipzig y estaba patrocinado por Germanwings. Ambos artículos contenían la mención "patrocinado por" ("Sponsored by"), pero no la mención "publicidad" ("Anzeige") exigida por la ley regional sobre prensa.

2. Sentencia: la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, en similares circunstancias, no está destinada a proteger al competidor de un editor de prensa que ha publicado artículos patrocinados que pueden promocionar los productos o servicios del patrocinador sin incluir la mención "publicidad". Por lo tanto, la Directiva no se opone a la aplicación de una normativa nacional en virtud de la cual los editores de prensa estén obligados a hacer constar una mención específica, en este caso, el término "publicidad" ("Anzeige"), en toda noticia en sus publicaciones periódicas por la que perciban una retribución, salvo que la disposición o configuración de dicha noticia permitan, de forma general, reconocer su carácter publicitario.

Es cierto que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales impone a las empresas anunciantes la obligación de indicar claramente que han pagado un contenido editorial en los medios de comunicación cuando dicho contenido pretende promocionar sus productos o servicios.

A falta de tal indicación clara, se está en presencia de una práctica comercial desleal y, por lo tanto, prohibida, realizada por el patrocinador.

Ahora bien, en principio, esta prohibición no se aplica al editor de prensa que publica el artículo patrocinado. Solo cuando ha actuado en nombre o por cuenta del patrocinador —lo que no ocurre en el caso de autos—, el editor se encuentra también afectado por esa obligación establecida en la Directiva. Esto no impide, no obstante, que la prohibición de prácticas comerciales desleales pueda ser directamente aplicable a un editor de prensa cuando promociona su propio producto, esto es, un periódico, por ejemplo al ofrecer juegos, acertijos o concursos con premio.

Si bien el legislador de la Unión ya ha dejado establecidas en otra Directiva (Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual) las obligaciones de los prestadores de servicios de medios audiovisuales cuando sus servicios o programas son patrocinados por terceras empresas, todavía no ha aprobado una normativa similar relativa a la prensa escrita. Por lo tanto, los Estados miembros siguen siendo competentes para imponer a los editores de prensa la obligación de que señalen a los lectores si hay patrocinio de contenidos editoriales, respetando no obstante lo dispuesto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular lo relativo a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo

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-391/12, *RLvS Verlagsgesellschaft mbH v. Stuttgarter Wochenblatt GmbH*, sentencia del 17-10-2013, en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=143188&pageIndex=0 &doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=514251>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO DEL TRABAJO. CONVENIOS COLECTIVOS. LICENCIA POR MATRIMONIO. ASIGNACIÓN FAMILIAR POR MATRIMONIO. HOMOSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. MATRIMONIO. ANALOGÍA CON LA UNIÓN CIVIL (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: desde 1998, el Sr. Hay es empleado del *Crédit Agricole Mutuel de Charante-Maritime et des Deux-Sèvres (Crédit Agricole*), cuyo convenio colectivo prevé la concesión de licencias especiales y subsidios a los empleados que contraen matrimonio.

En julio de 2007, Hay celebró un PACS (pacte civil de solidarité –unión civil de convivencia; en adelante, unión civil–) con otro hombre. El Crédit Agricole le denegó los beneficios que le acuerda el convenio colectivo argumentando que estos se conceden únicamente cuando se contrae matrimonio.

Entonces, en marzo de 2008, Hay promovió ante el *Conseil de Prud' Hommes de Saintes* (tribunal de lo social) una demanda tendiente a obtener el cobro del subsidio por matrimonio y la percepción de una indemnización en concepto de compensación por los días de licencia especial que le habían sido denegados. El tribunal desestimó la demanda porque consideró que el subsidio por matrimonio no se vincula con la relación laboral, sino con el estado civil, y que el Código Civil diferencia el matrimonio del PACS. Asimismo, observó que el convenio colectivo nacional del *Crédit Agricole* había sido modificado el 10 de julio de 2008 para otorgar a las personas vinculadas por un PACS el subsidio y licencia que hasta entonces solo se acordaban por matrimonio, pero estimó que tal extensión carecía de efectos retroactivos.

Mediante sentencia del 30 de marzo de 2010, el Tribunal de Apelaciones de Poitiers confirmó la sentencia de primera instancia fundándose en que el PACS se diferencia del matrimonio por las formalidades de su celebración, por la posibilidad de que sus miembros sean dos personas mayores de edad del mismo o de distinto sexo, por su modo de extinción y por las obligaciones recíprocas que sus miembros tienen en materia patrimonial y de filiación. Asimismo, consideró que la diferencia entre el trato acordado a los cónyuges de un matrimonio y a los miembros de un PACS en materia de beneficios remunerativos vinculados a acontecimientos familiares no resulta de la situación familiar de unos y otros ni de la orientación sexual de sus miembros, sino de la diferencia del régimen jurídico aplicable, derivada del estado civil, que no coloca a ambos grupos en una situación idéntica.

En mayo de 2010, Hay recurrió esta sentencia ante la Corte de Casación de Francia. Este tribunal suspendió el trámite del proceso y planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial: ¿debe interpretarse el art. 2.2, letra b) de la Directiva 2000/78/EC en el sentido de que la opción del legislador nacional de exigir la heterosexualidad de los cónyuges constituye un objetivo legítimo, adecuado y necesario que justifica la discriminación indirecta resultante de la aplicación de un convenio colectivo que reserva ciertos beneficios en materia de remuneración y condiciones de trabajo a los empleados que contraen matrimonio, excluyendo necesariamente del goce de dicha ventaja a las parejas del mismo sexo que han celebrado un PACS?

2. Sentencia: los empleados que celebran una unión civil con una persona del mismo sexo deben gozar de los mismos beneficios concedidos a quienes contraen matrimonio cuando la normativa nacional del Estado miembro de que se trate no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En primer lugar, corresponde determinar si las personas que contraen matrimonio se encuentran en una situación análoga en relación con la concesión de los beneficios aquí en cuestión a la de las que optan por la unión civil porque no pueden casarse con alguien del mismo sexo. Las personas casadas, al igual que las que han celebrado una unión civil, se comprometen, dentro de un marco jurídico específico, a vivir juntas y a prestarse mutuamente ayuda material y asistencia. Por otra parte, lo cierto es que en este caso, cuando ocurrieron los hechos descriptos en el proceso principal, la unión civil era la única alternativa que brindaba el derecho francés a las parejas del mismo sexo para atribuir a su unión un estatus legal dotado de seguridad jurídica y oponible a terceros.

En consecuencia, las personas del mismo sexo que, al no poder contraer matrimonio, celebran una unión civil se encuentran en una situación análoga a la de las parejas que se casan respecto de beneficios relativos a la remuneración o condiciones de trabajo, tales como los días de licencia especial o el subsidio por matrimonio.

Ahora bien, el convenio colectivo nacional del *Crédit Agricole* establece licencias con goce de haberes y bonificaciones salariales únicamente para los empleados que contraen matrimonio. Esto entraña una discriminación directa con base en la orientación sexual contra los empleados homosexuales que han celebrado una unión civil. La circunstancia de que la unión civil no esté reservada únicamente a las parejas homosexuales no modifica la naturaleza de la discriminación contra aquellas parejas, que, a diferencia de las heterosexuales, no podían contraer legalmente matrimonio en el momento de la resolución de este caso.

En efecto, una diferencia de trato que no se base expresamente en la orientación sexual de los empleados sino en la situación matrimonial de estos establece, también, una discriminación directa, porque los empleados homosexuales carecen de la posibilidad de cumplir el requisito necesario para obtener el beneficio reclamado porque el matrimonio está reservado a las personas de distinto sexo.

Por otra parte, la discriminación directa producida no puede justificarse en términos del art. 2.2, letra *b*) de la Directiva 2000/78/EC por la persecución de un

objetivo legítimo, sino únicamente para proteger alguno de los intereses contemplados en el art. 2.5 de dicha normativa, a saber, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de delitos, y la protección de la salud y de los derechos y libertades de los ciudadanos. Es de destacar que en el proceso principal el recurrente no invocó la existencia de ninguna de estas causales.

Habida cuenta de las consideraciones hasta aquí efectuadas, cabe afirmar que disposiciones de un convenio colectivo como las controvertidas en el proceso principal, que excluyen a los empleados que celebran una unión civil con personas del mismo sexo del derecho a obtener los beneficios reconocidos a los que contraen matrimonio, vulneran el art. 2.2, letra *a)* de la Directiva 2000/78/EC en la medida en que la normativa del Estado miembro no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo y en que, teniendo en cuenta el objeto y las condiciones de concesión de tales beneficios, dicho empleado se encuentre en una situación análoga a la de uno que contraiga matrimonio.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, Frédéric Hay v. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, sentencia del 12-12-2013, en .">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=145530&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=224538>.



DERECHO COMUNITARIO. DERECHO DEL TRABAJO. PRINCIPIO DE IGUAL REMUNERACIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. SEGURIDAD SOCIAL. JUBILACIONES Y PENSIONES. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. JUBILACIÓN ANTICIPADA (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA).

- 1. Antecedentes del caso: Maurice Leone se desempeñó como profesional en el *Hospices civils* de Lyon, en calidad de empleado público de los servicios públicos hospitalarios. En 2005, solicitó acogerse a la jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato por su condición de padre de tres hijos. Su solicitud fue denegada debido a que no había interrumpido su actividad profesional por cada uno de sus hijos. Entonces, Leone promovió una acción judicial porque consideró que estaba siendo víctima de discriminación indirecta por razón del sexo. En efecto, el derecho de la Unión (art. 141 CE, actualmente art. 157 TFUE) obliga a los Estados miembros a garantizar la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por el desempeño de un mismo trabajo. La *Cour Administrative d'Appel* de Lyon planteó esta cuestión ante el Tribunal de Justicia.
- **2. Sentencia:** la normativa francesa relativa a determinadas ventajas concedidas a los funcionarios en materia de jubilación establece una discriminación indirecta por razón del sexo.

El derecho francés establece que los funcionarios civiles que sean progenitores de al menos tres hijos pueden gozar de una jubilación anticipada con pensión de

disfrute inmediato con la condición, en particular, de que hayan interrumpido su actividad, con respecto a cada hijo, durante un período continuado de dos meses como mínimo. Ese período de inactividad puede consistir, entre otros, en un permiso por maternidad, un permiso por paternidad, un permiso parental o un permiso por adopción. El derecho francés prevé igualmente, por cada hijo y mediante un requisito de interrupción de carrera similar, una bonificación por antigüedad a efectos de la jubilación. Las mencionadas normas fueron adoptadas a raíz de la sentencia *Griesmar* (TJUE, asunto C-366/99, sentencia del 29-11-2001), en virtud de la cual este Tribunal declaró que era directamente discriminatoria la normativa francesa anterior, que reservaba la aludida bonificación únicamente a las funcionarias, excluyendo así a los funcionarios que pudieran probar que habían asumido el cuidado de sus hijos.

En relación con la bonificación por antigüedad, la normativa francesa se aplica a los funcionarios de ambos sexos siempre que hayan interrumpido su carrera durante un período mínimo de dos meses consecutivos para dedicarse a su hijo, por lo que parece neutral. No obstante, a pesar de dicha apariencia de neutralidad, el criterio elegido por la legislación francesa da lugar a que se beneficie de la ventaja en cuestión un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres. En efecto, habida cuenta del carácter obligatorio y de la duración mínima de dos meses del permiso de maternidad en Francia, las funcionarias se encuentran en posición de beneficiarse de la ventaja que supone la bonificación. En cambio, las demás situaciones de licencia que pueden otorgar un derecho a la bonificación y de las que pueden beneficiarse los funcionarios tienen carácter facultativo y, para algunos, se caracterizan por la falta tanto de retribución como de adquisición de derechos de pensión. En consecuencia, la normativa francesa supone una desventaja para un elevado número de trabajadores y, por lo tanto, constituye una discriminación indirecta por razón del sexo.

Por lo demás, este Tribunal considera que, sin perjuicio de la comprobación por parte del órgano jurisdiccional remitente, no parece que, en el presente asunto, dicha diferencia de trato esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón del sexo. En efecto, aunque el objetivo invocado por Francia (a saber, compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de la carrera por los trabajadores, independientemente de su sexo, al haberla interrumpido debido al nacimiento, la llegada al hogar o el cuidado de un hijo) es, como tal, un objetivo legítimo de política social, la normativa controvertida no parece adecuada para alcanzar dicho objetivo ni necesaria a tal fin. En particular, no parece que la legislación francesa responda verdaderamente al empeño en alcanzar dicho objetivo ni que se haya aplicado de manera congruente y sistemática desde este punto de vista.

Por lo que respecta además a la jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato, este Tribunal de Justicia declara que, al igual que en relación con la bonificación por antigüedad, aunque revista una apariencia de neutralidad, la normativa francesa puede llevar a que se beneficie de ella un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres. Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, tal diferencia de trato no parece que esté justificada, dado que, en particular, la normativa francesa, según parece, no responde verdaderamente al empeño en alcanzar el objetivo legítimo de política social antes mencionado ni que haya sido aplicada de manera congruente y sistemática desde este punto de vista.

Por último, corresponde examinar si la discriminación señalada podría estar justificada por lo que se refiere a la bonificación por antigüedad y a la jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato, puesto que, en virtud del derecho de la Unión, los Estados miembros tienen la facultad de mantener o de adoptar ventajas específicas destinadas a facilitar el ejercicio de una actividad profesional al sexo menos representado, o a evitar o compensar desventajas en la carrera profesional. La respuesta de este Tribunal es negativa en ambos casos porque considera que las medidas de que se trata no pueden compensar los inconvenientes sufridos por los trabajadores, ayudándoles en su carrera ni, por lo tanto, garantizar concretamente una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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-173/13, Maurice Leone y Blandine Leone c. Garde des Sceaux, ministre de la Justice y Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, sentencia del 17-7-2014, en ">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155113&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155113&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155113&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155113&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181863>">http://curia.europa.eu/juris/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/document/doc



DERECHO COMUNITARIO. EXTRANJEROS. INMIGRANTES. REFUGIADOS. RECONOCIMIENTO DE ESTATUTO. REQUISITOS. DESESTIMACIÓN. APÁTRIDAS. ORGANISMO DE OBRAS PÚBLICAS Y SOCORRO A LOS REFUGIADOS DE PALESTINA EN EL CERCANO ORIENTE (NACIONES UNIDAS) (OOPS) (UNIÓN EUROPEA – HUNGRÍA).

1. Antecedentes del caso: la Organización de las Naciones Unidas creó el Organismo de Obras Públicas y Socorro a los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS) con el fin de prestar ayuda y asistencia a los palestinos desplazados que se hallaban en el Líbano, Siria, Jordania, Cisjordania y en la Franja de Gaza. En principio, pueden acceder a los servicios del OOPS los palestinos que viven en dichos territorios y que perdieron sus hogares y sus medios de vida a consecuencia del conflicto de 1948, y sus descendientes.

La Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención) establece a quiénes, y en qué circunstancias, debe reconocerse la condición de refugiado y las consecuencias que tiene dicho reconocimiento. En el contexto de la Unión Europea, las obligaciones que derivan de la Convención se recogen en la Directiva 2004/83.

Con arreglo a la Convención, "refugiado" es toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera

del país de su nacionalidad y no puede o –a causa de dichos temores– no quiere acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, como consecuencia de los mencionados acontecimientos, fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no puede o –a causa de dichos temores– no quiere regresar a él.

Sin embargo, la Convención establece que esas disposiciones no son aplicables a las personas que actualmente reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), como el OOPS. No obstante, cuando dicha protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente, estas tendrán *ipso facto* derecho a gozar de los beneficios del régimen de esta Convención.

En 2007, la Sra. Bolbol, apátrida palestina, llegó a Hungría en compañía de su marido, provista de una visa, procedente de la Franja de Gaza. Entonces, presentó una solicitud de asilo ante la oficina húngara de inmigración, ya que no deseaba regresar a la Franja de Gaza debido a la situación de inseguridad que reinaba allí como consecuencia de los enfrentamientos diarios entre Al Fatah y Hamas. Bolbol no había gozado de la protección y asistencia del OOPS mientras se encontraba en la Franja de Gaza, pero alegó que tenía derecho a recibir dicha protección y asistencia por vínculos familiares, así como también a que se le reconociera de modo incondicional su condición de refugiada, como palestina que reside fuera de la zona de operaciones del OOPS.

La oficina húngara de inmigración desestimó su solicitud debido a que Bolbol no había abandonado su país de origen como consecuencia de persecuciones por motivos de pertenencia racial o religiosa, de nacionalidad ni por razones políticas, motivo por el cual no tenía derecho a que se le reconociera automáticamente el estatuto de refugiada. Entonces, Bolbol interpuso un recurso ante el *Fővárosi Bíróság* (tribunal de Budapest, Hungría), el cual debe examinar si se le deben aplicar las normas específicas de la Convención relativas a los palestinos desplazados. En ese contexto, el tribunal húngaro consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si considera que una persona ha recibido protección y asistencia del OOPS por el mero hecho de tener derecho a esa asistencia o protección, o si resulta necesario que efectivamente la haya obtenido.

2. Sentencia: un palestino desplazado recibe protección o asistencia del organismo de las Naciones Unidas para los refugiados de Palestina cuando efectivamente obtiene tal asistencia o protección.

Si la expresión "refugiado de Palestina" se aplica a las personas que perdieron sus hogares y sus medios de vida a raíz del conflicto de 1948, también otras personas pueden pretender recibir asistencia o protección del OOPS. Como consecuencia de otras hostilidades en la región, otros grupos de palestinos se han convertido en desplazados y pueden tener derecho a recibir ayuda del OOPS.

Sin embargo, las normas específicas de la Convención aplicables a los palestinos desplazados se refieren únicamente a las personas que reciben realmente protección o asistencia del OOPS. En consecuencia, solo las personas que obtienen

efectivamente la ayuda prestada por el OOPS caen dentro del ámbito de aplicación de esas normas específicas. Por el contrario, aquellas que solamente pueden o han podido recibir protección o asistencia de dicho órgano quedan cubiertas por las disposiciones generales de la Convención. De ese modo, sus solicitudes de reconocimiento del estatuto de refugiado deben examinarse individualmente y solo pueden estimarse por motivos de pertenencia racial o religiosa, de nacionalidad o por razones políticas.

Por lo que atañe a la prueba del derecho efectivo a recibir ayuda del OOPS, si bien el registro en dicho órgano constituye una prueba suficiente, debe permitirse al beneficiario acreditarlo por cualquier otro medio.

Notas del Instituto: 1) La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, 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, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar. 2) Ver Directiva 2004/83/CE del Consejo del 29 de abril de 2004, que establece las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ. do?uri=CELEX:32004L0083:ES:HTML>.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala), asunto C-31/09, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, sentencia del 17-6-2010, en http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=recher&numaff=C-31/09.



DERECHO COMUNITARIO. EXTRANJEROS. INMIGRANTES. REFUGIADOS. REQUISITOS PARA OBTENER ESE ESTATUTO O EL DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA. EXCLUSIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO. ASILO. DERECHO DE ASILO FUNDADO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL INTERNO. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO COMUNITARIO. TERRORISMO. GRAVE DELITO COMÚN. CONCEPTO. ACTOS CONTRARIOS A LAS FINALIDADES Y A LOS PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS. DERECHO PENAL. ASOCIACIÓN ILÍCITA. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL (UNIÓN EUROPEA — ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: B y D son nacionales turcos de origen kurdo. B apoyó la lucha armada de la guerrilla del DHKP/C y D fue combatiente y miembro permanente y destacado del PKK. El PKK y el DHKP/C forman parte de las organizaciones incluidas en la lista de la Unión Europea de las personas, grupos y entidades que intervienen en actos terroristas, establecida en el contexto de la lucha contra el terrorismo instituida por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

B ha solicitado asilo y protección como refugiado, mientras que las autoridades alemanas ya han concedido a D el estatuto de refugiado. Ambos han declarado haber abandonado el DHKP/C y el PKK, respectivamente, y temen ser objeto

de persecución por parte de las autoridades turcas y de sus propias organizaciones respectivas.

El *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (Servicio Federal de Migración y Refugiados de Alemania) denegó la solicitud de asilo de B por considerarla infundada y señaló que no concurrían los requisitos necesarios para obtener el estatuto de refugiado. Por otra parte, dicha autoridad revocó el derecho de asilo y el estatuto de refugiado que había concedido anteriormente a D.

Entonces, el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Federal Administrativo de Alemania) solicitó al Tribunal de Justicia, en ambos asuntos, que interpretara las cláusulas de exclusión del estatuto de refugiado establecido en la Directiva.

2. Sentencia: una persona puede ser excluida del estatuto de refugiado si es responsable individualmente de actos cometidos por una organización que emplee métodos terroristas, pero el mero hecho de que haya pertenecido a una organización de este tipo no la excluye automáticamente de dicho estatuto.

El objeto de la Directiva 2004/83/CE es establecer normas mínimas relativas, por una parte, a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas para gozar de protección internacional y, por otra, al contenido de la protección concedida. A este respecto, la Directiva establece, en particular, que se debe excluir a una persona del estatuto de refugiado cuando haya motivos fundados para pensar que ha cometido un "grave delito común" o que sea culpable de "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas".

Cabe examinar, en primer lugar, si, cuando la persona interesada ha pertenecido a una organización incluida en la lista y ha sostenido activamente la lucha armada emprendida por esta organización, ocupando en ella, en su caso, una posición preeminente, se está en presencia de un "grave delito común" o de "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas" en el sentido de la Directiva. La exclusión del estatuto de refugiado de una persona que ha pertenecido a una organización que emplee métodos terroristas presupone un examen individual de los hechos concretos que permita a la autoridad competente apreciar si hay motivos fundados para pensar que, en el marco de las actividades de dicha organización, esa persona ha cometido un grave delito común o se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y los principios de las Naciones Unidas, o ha incitado a la comisión de dicho delito o de esos actos o ha participado en ella de cualquier otro modo, en el sentido de la Directiva. De ello se desprende, en primer lugar, que el mero hecho de que la persona interesada haya pertenecido a una organización de ese tipo no puede llevar aparejada su exclusión automática del estatuto de refugiado. La inclusión de una organización en la lista permite determinar el carácter terrorista del grupo al que perteneció la persona interesada, pero las circunstancias en las que se produjo dicha inclusión no pueden compararse con la evaluación individual de los hechos concretos que debe preceder a toda decisión de excluir a una persona del estatuto de refugiado con arreglo a la Directiva.

En segundo lugar, la mera participación en las actividades de un grupo terrorista tampoco puede desencadenar la aplicación automática de las cláusulas de exclusión establecidas en la Directiva, ya que estas exigen un examen completo de todas

las circunstancias específicas de cada caso concreto. Para poder aplicar las cláusulas de exclusión, la autoridad competente debe poder imputar a la persona interesada una parte de responsabilidad individual por los actos cometidos por la organización de que se trate durante el período en que era miembro de esta. A tal fin, debe examinar, concretamente, el papel que desempeñó efectivamente la persona interesada en la perpetración de los actos de terrorismo, su posición en el seno de la organización, el grado de conocimiento que tenía o se suponía que tenía de las actividades de esta, las posibles presiones a las que pudo verse sometida u otros factores que pudieron influir en su comportamiento. Si en el curso del citado examen se comprueba que la persona interesada, como en este caso D, ocupó una posición preeminente en una organización que emplea métodos terroristas, se puede presumir que dicha persona tiene una responsabilidad individual por los actos cometidos por esa organización durante el período relevante. Sin embargo, antes de adoptar una decisión de exclusión, sigue siendo necesario examinar el conjunto de las circunstancias pertinentes.

La exclusión del estatuto de refugiado con arreglo a una de las cláusulas de exclusión de que se trata no presupone que la persona interesada represente un peligro actual para el Estado Miembro de acogida, ya que estas cláusulas solo están destinadas a sancionar los actos cometidos en el pasado. En el sistema de la Directiva, las autoridades competentes cuentan con otras disposiciones que les permiten adoptar las medidas necesarias cuando una persona representa un peligro actual.

Este Tribunal de Justicia interpreta la Directiva en el sentido de que los Estados Miembros pueden acordar el derecho de asilo en virtud de su derecho nacional a una persona excluida del estatuto de refugiado con arreglo a una de las cláusulas de exclusión de la Directiva, siempre que ello no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva.

Notas del Instituto: 1) La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, 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, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

2) Ver Directiva 2004/83/CE del Consejo, del 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, en ">http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUriServ/LexUr

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, *Alemania v. B*, y *Alemania v. D*, respectivamente, sentencia del 9-11-2010, en http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-57/09.



DERECHO COMUNITARIO. HOMOSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. EXTRANJEROS. INMIGRANTES. REFUGIADOS. ASILO. NORMAS MÍNIMAS RELATIVAS A LOS REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DEL ESTATUTO DE REFUGIADO O DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA. PERTENENCIA A UN DETERMINADO GRUPO SOCIAL. ACTO DE PERSECUCIÓN. CONCEPTO. DERECHO PENAL. TIPIFICACIÓN COMO DELITO DE LOS ACTOS HOMOSEXUALES (UNIÓN EUROPEA — PAÍSES BAJOS).

1. Antecedentes del caso: X, Y y Z son ciudadanos de Sierra Leona, Uganda y Senegal, respectivamente, que solicitaron el estatuto de refugiado en los Países Bajos alegando tener temores fundados a ser perseguidos en sus países de origen debido a su orientación sexual. En efecto, los actos homosexuales están tipificados como delito en los tres países y están sancionados con penas severas que van desde elevadas multas a penas de prisión, en algunos casos de cadena perpetua.

El Consejo de Estado de los Países Bajos —que conoce de los asuntos en última instancia— planteó cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la evaluación de solicitudes de estatuto de refugiado a la luz de las disposiciones de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, del 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y al contenido de la protección concedida. El órgano jurisdiccional holandés consultó al Tribunal de Justicia si los nacionales de terceros países que son homosexuales constituyen un "determinado grupo social" en el sentido de la Directiva, cómo deben determinar las autoridades nacionales qué constituye un acto de persecución en relación con actividades homosexuales en este contexto, y si la tipificación penal de estas actividades en el país de origen del solicitante de asilo —que están sancionadas con penas de prisión— constituye persecución.

2. Sentencia: los homosexuales que solicitan asilo pueden constituir un grupo social específico que es objeto de persecución por motivo de su orientación sexual. En este contexto, la existencia en los países de origen de una pena privativa de la libertad que reprima los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución siempre que sea efectivamente aplicada.

La orientación sexual de una persona constituye una característica que resulta tan fundamental para su identidad que no se le puede exigir que renuncie a ella. A este respecto, cabe destacar que la existencia de una legislación penal cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

Sin embargo, para que una violación de los derechos fundamentales constituya una persecución en el sentido de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, que entró en vigor el 22 de abril de 1954 y que fue completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967, que a su vez entró en vigor el 4 de octubre de 1967), dicha violación debe alcanzar cierta gravedad. Por lo tanto, no toda violación de los derechos fundamentales de un solicitante de

asilo homosexual alcanzará necesariamente tal gravedad. En este contexto, la mera existencia de una legislación que tipifique como delito o falta los actos homosexuales no puede considerarse un acto de tal gravedad como para considerar que constituya una persecución en el sentido de la Directiva. En cambio, una pena privativa de la libertad que castiga los actos homosexuales puede constituir por sí sola un acto de persecución siempre que sea efectivamente aplicada.

En tales circunstancias, cuando una persona que solicita asilo invoca la existencia en su país de origen de una legislación que tipifica como delito los actos homosexuales, incumbe a las autoridades nacionales proceder a un examen de todos los hechos pertinentes relativos al país de origen, incluidos su legislación, su reglamentación y el modo en que se aplican. En el marco de este examen, corresponde a las autoridades nacionales determinar si, en el país de origen de la persona que solicita asilo, se aplica en la práctica la pena privativa de la libertad.

En cuanto a la cuestión de determinar si es razonable esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen o actúe con discreción al vivir su orientación sexual, este Tribunal de Justicia responde en sentido negativo: la circunstancia de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contraria al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella. No es legítimo esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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, asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12, *X, Y, Z v. Minister voor Immigratie en Asiel*, sentencia del 7-11-2013, en .">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144215&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=510102>.



DERECHO COMUNITARIO. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. INCUMPLIMIENTO DE LOS ESTADOS MIEMBROS. NORMATIVA NACIONAL RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE SUPERFICIES COMERCIALES. RESTRICCIONES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (UNIÓN EUROPEA – ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: toda apertura de un gran establecimiento comercial en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña (Cataluña) está sujeta a un régimen de autorización previa en virtud del cual se limitan las zonas disponibles para la instalación de nuevos establecimientos y las superficies de venta de

estos. Además, únicamente se autorizan los nuevos establecimientos si se comprueba que su apertura no tendrá repercusiones en el pequeño comercio ya existente. Al considerar que la libertad de establecimiento se oponía a esta normativa (algunos de esos requisitos están regulados por una ley nacional; otros lo están por la normativa autonómica catalana), la Comisión Europea decidió interponer el presente recurso por incumplimiento contra España.

2. Sentencia: un Estado miembro no puede supeditar la apertura de grandes establecimientos comerciales a consideraciones económicas tales como su repercusión sobre el comercio minorista existente o el grado de inserción de la empresa en el mercado. Tales consideraciones no pueden justificar una restricción de la libertad de establecimiento.

La normativa controvertida, considerada en su conjunto, constituye una restricción de la libertad de establecimiento, ya que tiene como efecto obstaculizar y hacer menos atractivo el ejercicio por parte de operadores económicos de otros Estados miembros de sus actividades en el territorio de Cataluña, afectando así a su establecimiento en el mercado español.

No obstante, una restricción de la libertad de establecimiento como la que es objeto del presente procedimiento puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo. Entre estas razones imperiosas, figuran la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio y la protección de los consumidores. En cambio, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general.

Habiendo hecho este recordatorio, corresponde examinar si algunas de las disposiciones de la normativa pueden estar justificadas.

2.1. Sobre las limitaciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales

España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de libertad de establecimiento por haber adoptado y mantenido en vigor las disposiciones catalanas que: 1) prohíben la instalación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de determinados municipios (los grandes establecimientos comerciales únicamente pueden emplazarse en las tramas urbanas consolidadas de los municipios que son capitales de comarca o que tienen una población superior a los 25.000 habitantes o asimilables por motivo de flujos turísticos); 2) limitan el emplazamiento de nuevos hipermercados a las comarcas en que la oferta comercial existente no se considera excesiva (en 2009, la oferta comercial se consideró excesiva en 37 de las 41 comarcas de Cataluña); y 3) exigen que esos nuevos hipermercados no absorban más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano.

Si bien es cierto que las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente

invocados por España, este Tribunal de Justicia observa, no obstante, que España no ha expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos estas restricciones son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos. Por lo tanto, habida cuenta de esta falta de explicaciones y de la significativa repercusión de las limitaciones examinadas sobre las posibilidades de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de Cataluña, este Tribunal considera que las restricciones específicas relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales no están justificadas.

2.2. Sobre los requisitos de obtención de la licencia necesaria para la apertura de grandes establecimientos comerciales

En lo que se refiere a esta cuestión, la normativa nacional impone a los poderes públicos la obligación de tomar en consideración la existencia de una infraestructura comercial en la zona correspondiente y los efectos de una nueva implantación sobre la estructura comercial de dicha área. Asimismo, la normativa catalana obliga a los poderes públicos a elaborar, en el marco del procedimiento de concesión de licencias, un informe sobre el grado de inserción del solicitante de la licencia en su mercado.

Mediante estas dos exigencias, la concesión de la licencia está sujeta al respeto de determinados límites en cuanto al grado de inserción y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no pueden abrirse grandes establecimientos comerciales. Al ser estas consideraciones de carácter meramente económico, este Tribunal de Justicia considera que no pueden constituir una razón imperiosa de interés general y justificar una restricción de la libertad de establecimiento. Por consiguiente, en lo que respecta a los requisitos de obtención de la licencia necesaria para la apertura de grandes establecimientos comerciales, el principio de libertad de establecimiento se opone a las disposiciones nacionales y catalanas que exigen la aplicación de límites relativos, por una parte, al grado de inserción de la empresa solicitante de la licencia y, por la otra, a la repercusión del nuevo establecimiento sobre el comercio minorista existente.

Por último, en el marco del procedimiento de concesión de la licencia necesaria para la apertura de grandes establecimientos comerciales, la normativa exige la consulta de la Comisión de Equipamientos Comerciales, encargada de elaborar un informe que tenga en cuenta, en particular, la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente. Sobre esta cuestión, este Tribunal de Justicia considera que el principio de libertad de establecimiento se opone a la disposición catalana que regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales, por cuanto dicha disposición garantiza la representación de los intereses del comercio minorista ya existente, pero no contempla la representación de las asociaciones activas en el ámbito de la protección del medio ambiente ni de las agrupaciones de interés que velan por la protección de los consumidores.

Notas del Instituto: 1) La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, 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, sino que es el tribunal nacional

quien debe resolverlo de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

2) El recurso por incumplimiento, dirigido contra un Estado miembro que ha incumplido sus obligaciones derivadas del derecho de la Unión, puede ser interpuesto por la Comisión o por otro Estado miembro. Si el Tribunal de Justicia declara que existe incumplimiento, el Estado miembro de que se trate debe ajustarse a lo dispuesto en la sentencia con la mayor brevedad posible.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto C-400/08, *Comisión c. España*, sentencia del 24-3-2011, en http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES%Submit=recher&numaff=C-400/08.



DERECHO COMUNITARIO. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. JUEGOS DE AZAR. EXPLOTACIÓN DE JUEGOS DE AZAR POR INTERNET. REGLAMENTACIÓN. PROMOCIÓN DE JUEGOS ORGANIZADOS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS. ACTIVIDAD RESERVADA A ORGANISMOS PÚBLICOS O SIN ÁNIMO DE LUCRO. SANCIONES PENALES (UNIÓN EUROPEA – SUECIA).

1. Antecedentes del caso: el jefe de redacción y el editor responsable de los periódicos suecos *Expressen* y *Aftonbladet*, respectivamente, publicaron ciertos anuncios de loterías ofrecidas en los sitios de Internet de empresas extranjeras establecidas en Malta y en el Reino Unido, en infracción a la ley sueca de loterías. En consecuencia, cada uno de ellos fue condenado en primera instancia al pago de una multa de 50.000 coronas.

El Tribunal de Apelaciones de Estocolmo consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si se compadecen con el derecho comunitario las normas en que se fundan estas condenas y, más concretamente, las disposiciones que fijan las penas aplicables a quienes promocionen en Suecia juegos organizados fuera de dicho Estado miembro.

- 2. Sentencia: el derecho comunitario no se opone a la reglamentación sueca de las loterías. No obstante, está en contradicción si la normativa nacional sancionara de manera diferente la promoción de los juegos de azar organizados en Suecia sin autorización de la de los organizados fuera de este Estado miembro.
- **2.1.** El derecho comunitario exige suprimir toda restricción a la libre prestación de servicios –incluso si se aplica indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los otros Estados miembros– que pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades de un prestador establecido en otro Estado miembro que brinda lícitamente servicios análogos. La normativa sueca prohíbe que se promuevan en dicho país los juegos de azar organizados lícitamente en otros Estados miembros y los juegos organizados sin autorización en Suecia, dando lugar a una restricción de la participación de los consumidores suecos en dichos juegos.

El derecho comunitario admite la imposición de restricciones justificadas, particularmente las fundadas en razones de orden, seguridad o salud públicas. Dado

que las reglamentaciones nacionales de los juegos de azar no están armonizadas a escala comunitaria, cada Estado miembro puede apreciar en este ámbito, conforme a su propia escala de valores, la forma de proteger los intereses afectados y determinar los objetivos de su política en esta materia y, en su caso, definir con precisión el grado de protección que van a acordar a los juegos de azar. Sin embargo, las restricciones que impongan deben satisfacer la exigencia de proporcionalidad establecida en la jurisprudencia de este Tribunal. En consecuencia, corresponde examinar si la normativa sueca resulta adecuada para garantizar la realización del o de los objetivos invocados por dicho Estado miembro y si, a esos fines, no impone más restricciones de las necesarias para alcanzarlo.

La exclusión de los particulares que persiguen fines de lucro de la participación en el sector de los juegos de azar constituye un principio fundamental de la reglamentación sueca de esta materia. En Suecia, la explotación de los juegos de azar está reservada a los organismos cuyos fines son de utilidad pública o interés general.

Consideraciones de orden cultural, moral o religioso pueden justificar la imposición de restricciones a la libre prestación de servicios de los operadores de juegos de azar cuando se considere inaceptable permitir que los particulares obtengan beneficios de la explotación de una lacra social o de la debilidad de los jugadores y su infortunio. Habida cuenta de la libertad de apreciación de que dispone, y según su propia escala de valores, cada Estado miembro puede limitar la explotación de estos juegos, confiándola a organismos públicos o caritativos.

La normativa sueca responde al objetivo de excluir el fin de lucro privado del sector de los juegos de azar y puede considerarse una medida necesaria para alcanzarlo. Por lo tanto, no se opone al derecho comunitario.

2.2. La citada ley sueca solo incrimina la promoción de los juegos de azar organizados en otro Estado miembro y no se aplica a los organizados en Suecia sin autorización. La propaganda de estos últimos solo tiene prevista una sanción administrativa. Se encuentra controvertido si otra norma sueca que impone sanciones a la promoción de juegos de azar organizados sin autorización en dicho Estado prevé sanciones equivalentes a las establecidas para la promoción de tales juegos organizados en otro Estado miembro.

Dado que la interpretación de las normas nacionales corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y no a este Tribunal de Justicia, incumbe al tribunal remitente examinar si las dos infracciones descriptas, aunque estén reguladas en marcos jurídicos diferentes, reciben un trato equivalente. Asimismo, deberá comprobar en particular si, en la práctica, las autoridades competentes persiguen dichas infracciones con la misma diligencia y les imponen penas equivalentes. En caso afirmativo, el régimen nacional no puede considerarse discriminatorio. En cambio, si las personas que llevan a cabo la promoción de juegos de azar organizados en Suecia sin autorización reciben sanciones menos severas que las que se imponen a quienes realizan la publicidad de los organizados en otros Estados miembros, el régimen sueco establece una discriminación contraria al derecho comunitario.

Notas del Instituto: 1) La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, 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, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

2) En relación con la libre prestación de servicios y con las reglamentaciones de los Estados miembros relativas a los juegos de azar, ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-203, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie* (Sala Segunda, sentencia del 3-6-2010, en ">http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: C:2010:209:0004:0005:ES:PDF>">http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: C:2010:209:0004:0005:ES:PDF>">http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ: C:2010:209:0004:0005:ES:PDF>">http://euriserv.do?uri=OJ: C:2010:209:0004:0005:ES:PDF>">http://euriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?uriserv.do?urise

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asuntos C-447/08, *Otto Sjöberg*, y C-448/08, *Anders Gerdin*, sentencia del 8-7-2010, en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0447:EN:HTML.



DERECHO COMUNITARIO. MEDIOS DE COMUNICACIÓN. RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA. DIFUSIÓN POR UN TERCERO A TRAVÉS DE ÎNTERNET DE LAS TRANSMISIONES DE EMISORAS COMERCIALES DE TELEVISIÓN. LIVE STREAMING. PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. CONCEPTO (UNIÓN EUROPEA – REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: la empresa *TV Catchup Ltd.* (TVC) transmite televisión *online*. De ese modo, sus usuarios pueden recibir en directo, por Internet, emisiones televisivas abiertas.

TVC comprueba que sus abonados solo accedan a determinado contenido si tienen derecho a verlo en el Reino Unido en términos de su licencia de televisión. Las condiciones que los usuarios deben aceptar comprenden, de este modo, la posesión de una licencia de televisión válida y la restricción del uso de los servicios de TVC únicamente al Reino Unido. El sitio en Internet de TVC dispone de dispositivos que le permiten identificar el lugar en el que se halla el usuario y denegar así el acceso cuando no se cumplen las condiciones exigidas a los usuarios.

Varias emisoras de televisión comercial británicas se oponen a que TVC transmita televisión a través de Internet y prácticamente en tiempo real. Por tanto, demandaron a TVC ante la *High Court of Justice of England & Wales (Chancery Division)* denunciando la infracción de sus derechos de autor sobre sus emisiones y sus películas a través de una comunicación al público prohibida tanto por el derecho interno como por la Directiva 2001/29/CE.

Dicho tribunal nacional consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si una entidad como la TVC realiza una comunicación al público en el sentido de

la Directiva 2001/29/CE cuando transmite emisiones de radiodifusión a través de Internet a personas del público que habrían tenido derecho a acceder a la señal de radiodifusión original utilizando sus propios aparatos de televisión o sus propias computadoras portátiles en su domicilio.

2. Sentencia: el concepto de comunicación al público de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en las sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que comprende una retransmisión de las obras incluidas en una transmisión de televisión terrestre realizada por un organismo distinto del emisor original por medio de Internet, puesta a disposición de los abonados de ese organismo que pueden recibir esa retransmisión conectándose al servidor de este, aun cuando esos abonados se hallan en la zona de recepción de esa emisión de televisión terrestre y la pueden recibir legalmente en un receptor de televisión.

El derecho de la Unión pretende la instauración de un nivel elevado de protección en favor de los autores de obras que les permita recibir una compensación adecuada por la utilización de estas, en particular con motivo de su comunicación al público. Con ese objeto, los autores tienen el derecho exclusivo de autorizar o de prohibir toda comunicación de sus obras al público.

Corresponde que este Tribunal de Justicia determine el contenido del concepto de comunicación y compruebe si la actividad de TVC queda incluida dentro de dicho concepto. Según la Directiva 2001/29/CE, el derecho de comunicación al público incluye todo tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, alámbrica o inalámbrica, incluida la radiodifusión. Además, la autorización de la inclusión de las obras protegidas en una comunicación al público no agota el derecho de autorizar o prohibir otras comunicaciones de esas obras al público. Por tanto, según este Tribunal de Justicia, cuando una obra concreta es objeto de múltiples utilizaciones, cada transmisión o retransmisión de esa obra que utilice un medio técnico específico debe ser autorizada, en principio, de manera individualizada por su autor.

Así, pues, toda vez que la puesta a disposición de obras a través de la retransmisión por Internet de una emisión de televisión terrestre se realiza por un medio técnico específico y diferente del medio de la comunicación de origen, debe ser considerada como una comunicación a los fines de la Directiva. Por consiguiente, tal retransmisión no puede estar exceptuada de la autorización de los autores de las obras retransmitidas cuando estas se comunican al público.

Por otra parte, este Tribunal de Justicia debe comprobar si las obras protegidas se han comunicado efectivamente a un público. Según la jurisprudencia, el concepto de público hace referencia a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica además un número considerable de personas. Este Tribunal puntualiza que se deben tener en cuenta los efectos acumulativos derivados de poner las obras a disposición de los destinatarios potenciales y que, al respecto, es pertinente en especial saber cuántas personas tienen acceso paralela y sucesivamente a la misma obra.

En este caso, la retransmisión de las obras por Internet se dirige al conjunto de personas residentes en el Reino Unido que disponen de una conexión a Internet y que manifiestan poseer una licencia de televisión en ese Estado miembro. Esas personas pueden acceder a las obras protegidas paralelamente en el marco del *live streaming* de las emisiones televisivas en Internet. De esa manera, dicha retransmisión se dirige a un número indeterminado de destinatarios potenciales y abarca un número considerable de personas. Por lo tanto, mediante la retransmisión considerada, las obras protegidas se comunican efectivamente a un público en el sentido de la Directiva.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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-607/11, *ITV Broadcasting Ltd. y otros c. TV Catchup Ltd.*, sentencia del 7-3-2013, en .">http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136207&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=515189>.



DERECHO COMUNITARIO. PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN BENEFICIO DEL AUTOR DE UNA OBRA DE ARTE ORIGINAL. ALCANCE TEMPORAL. BENEFICIARIOS LUEGO DEL FALLECIMIENTO DEL AUTOR. EXCLUSIONES. CAUSAHABIENTES. CONCEPTO (UNIÓN EUROPEA – ESPAÑA – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: al pintor Salvador Dalí lo sobrevivieron cinco herederos forzosos, pero este pintor, mediante testamento, había instituido al Estado español como heredero universal de sus derechos de propiedad intelectual. Esos derechos son actualmente administrados por la fundación española Gala-Salvador Dalí. Esta fundación otorgó a la sociedad española VEGAP un mandato exclusivo, válido en todo el mundo, para la gestión colectiva y el ejercicio de los derechos de autor sobre las obras. VEGAP está vinculada contractualmente con su homóloga francesa ADAGP, la cual recauda en Francia los derechos de explotación relacionados con la obra de Salvador Dalí, descuenta de los mismos su derecho de participación y, a través de VEGAP, abona el saldo a la Fundación Gala-Salvador Dalí. Conforme a lo dispuesto por la legislación francesa, ADAGP pagó directamente a los herederos forzosos del pintor los importes correspondientes al derecho de participación. La Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP consideraron que, en virtud de lo dispuesto por el testamento de Salvador Dalí y por el derecho español, el derecho de participación percibido con ocasión de las ventas en subasta de las obras del artista en territorio francés debía serles abonado a ellos. Entonces, demandaron a ADAGP ante el Tribunal Superior de París para lograr el cobro de ese dinero. En el marco de este litigio, el tribunal francés consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la Directiva 2001/84 se opone a una legislación nacional que reserva el derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del artista y excluye a los herederos y legatarios testamentarios.

Sentencia: a la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 2001/84, los Estados miembros tienen libertad para determinar las categorías de personas que pueden gozar del derecho de participación después del fallecimiento del autor de una obra de arte.

La Directiva establece un derecho de participación obligatorio en beneficio del autor de una obra de arte –y, después de su muerte, de sus derechohabientes– que consiste en percibir un porcentaje del precio obtenido en cualquier reventa de una de sus obras tras la primera transmisión. Este derecho beneficia al autor durante toda su vida y, posteriormente, a sus derechohabientes durante los setenta años posteriores a la muerte del artista.

Por su parte, la legislación francesa limita, tras la muerte del autor, los beneficios del derecho de participación únicamente a sus herederos forzosos, excluyendo a los herederos o legatarios testamentarios. Por lo tanto, el artista no puede disponer de ese derecho por testamento.

A fin de apreciar la validez de la Directiva 2001/84, cabe recordar que su adopción tuvo un doble objetivo. El primero fue garantizar cierto nivel de remuneración a los artistas. La consecución de esta finalidad no resulta perjudicada por la atribución del derecho de participación a determinadas categorías de sujetos de derecho y por la exclusión de otros luego del fallecimiento del autor.

El segundo objetivo fue impedir que las ventas de obras de arte se siguieran concentrando en los Estados miembros en los que no se aplicaba el derecho de participación, o bien en los que este se aplicaba con un porcentaje inferior al vigente en otros, en perjuicio de los establecimientos de subastas o de los comerciantes de arte establecidos en el territorio de los últimos Estados. Así pues, si bien se llegó a la conclusión de que era indispensable prever una armonización que abarcara las obras de arte y las ventas objeto del derecho de participación, así como la base y el porcentaje de dicho derecho, lo cierto es que la armonización realizada por la Directiva se limita a las disposiciones nacionales que influyan directamente en el funcionamiento del mercado interior.

Por lo tanto, si bien el legislador comunitario quiso que los derechohabientes del autor disfrutasen plenamente del derecho de participación a la muerte de este, por aplicación del principio de subsidiariedad atribuyó a cada Estado miembro la facultad de definir las categorías de personas que pueden calificarse como causahabientes en su ordenamiento nacional.

No obstante, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de sucesiones, a fin de determinar cuál es la ley nacional que rige la sucesión en los derechos de participación de Salvador Dalí y, en consecuencia, quién es, en virtud de esa ley nacional, el sucesor efectivo de esos derechos.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Tercera), asunto C-518/08, Fundación Gala-Salvador Dalí y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) c. Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP), sentencia del 15-4-2010, en http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=recher&numaff=C-518/08.



DERECHO COMUNITARIO. PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. RESTRICCIONES. USO CON FINES DE INVESTIGACIÓN O ESTUDIO PERSONAL. DIGITALIZACIÓN DE OBRAS POR BIBLIOTECAS ABIERTAS AL PÚBLICO (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: con arreglo a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, en la sociedad de la información los autores disfrutan del derecho exclusivo de autorizar o de prohibir la reproducción y la comunicación al público de sus obras. Sin embargo, esta Directiva permite que los Estados miembros establezcan algunas excepciones o limitaciones a este derecho. En particular, se reconocen estas restricciones en beneficio de las bibliotecas accesibles al público que ponen a disposición de los usuarios a través de terminales especializados obras de su colección destinadas a la investigación o al estudio personal.

Se planteó ante el Tribunal Supremo Federal de Alemania (*Bundesgerichtshof*) un litigio entre la Universidad Técnica de Darmstadt y la editorial alemana Eugen Ulmer KG. La biblioteca de la universidad digitalizó un libro editado por Eugen Ulmer (manual de Winfried Schulze titulado *Einführung in die neuere Geschichte* (*Introducción a la historia contemporánea*)), brindando posteriormente acceso al mismo desde sus puestos de lectura electrónica. Además, rechazó la oferta de la editorial de adquirir y utilizar en formato electrónico (*e-book*) los manuales editados por esta última (entre los que se encontraba el libro mencionado). Eugen Ulmer pretendía impedir que la universidad digitalice dicho libro y que los usuarios de la biblioteca puedan imprimirlo o almacenarlo en un dispositivo de memoria USB desde los puestos de lectura electrónica o sacar esas reproducciones de la biblioteca.

El Tribunal Supremo Federal de Alemania solicitó entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que precisara el alcance de esta facultad, de la que Alemania ha hecho uso.

2. Sentencia: los Estados miembros pueden autorizar que las bibliotecas digitalicen algunos libros de su colección para ofrecerlos a los usuarios en puestos de lectura electrónica sin necesidad de contar con el acuerdo de los titulares de los derechos sobre las obras.

Dentro de ciertos límites y bajo ciertas condiciones, entre ellas el pago de una compensación equitativa a los titulares de los derechos sobre las obras, los Estados miembros pueden autorizar que los usuarios impriman en papel o almacenen en un dispositivo de memoria USB los libros digitalizados por una biblioteca.

En primer lugar, aunque el titular de los derechos sobre la obra proponga a una biblioteca celebrar contratos de licencia o de utilización de su obra con condiciones adecuadas, la biblioteca puede acogerse a la excepción establecida en favor de los terminales especializados, ya que en caso contrario no podría llevar a cabo su misión fundamental ni promover el interés público vinculado al fomento de la investigación y el estudio personal.

La Directiva no se opone a que los Estados miembros otorguen a las bibliotecas el derecho a digitalizar las obras que figuren en sus colecciones cuando ello sea necesario para poner tales obras a disposición de los usuarios mediante terminales especializados con fines de investigación o de estudio personal. El derecho de las bibliotecas de difundir las obras que figuran en sus colecciones a través de terminales especializados podría quedar vacío de contenido en buena medida, o incluso quedar privado de efectos, si las bibliotecas no tuvieran un derecho accesorio a digitalizar las obras de que se trata. Este derecho accesorio de digitalización no entra en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudica injustificadamente los intereses legítimos del titular de los derechos sobre la obra, ya que la normativa alemana controvertida en el presente asunto establece que el número de ejemplares de cada obra disponibles en los terminales especializados no debe ser superior al número de ejemplares adquiridos por la biblioteca en formato analógico.

Pero este derecho a difundir las obras que puede otorgarse a las bibliotecas accesibles al público no permite que los usuarios impriman las obras en papel o las almacenen en un dispositivo de memoria USB desde los terminales especializados. En efecto, la impresión de una obra en papel y su almacenamiento en un dispositivo de memoria USB son actos de reproducción, ya que pretenden crear una nueva copia de la copia digital que se puso a disposición de los usuarios. Esos actos de reproducción no son necesarios para difundir la obra entre los usuarios a través de terminales especializados y, por lo tanto, no se les aplica el derecho a difundir la obra a través de terminales especializados, teniendo en cuenta, especialmente, que los autores de esos actos son los usuarios, no la propia biblioteca.

No obstante, dentro de los límites y bajo las condiciones fijados en la Directiva, los Estados miembros pueden establecer una excepción o limitación al derecho exclusivo de reproducción de que disfrutan los titulares de los derechos sobre las obras, permitiendo que los usuarios de una biblioteca impriman en papel las obras o las almacenen en un dispositivo de memoria USB desde los terminales especializados. Para ello, es necesario abonar una compensación equitativa a los titulares de los derechos sobre la obras.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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-117/13, *Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG*, sentencia del 11-9-2014, en http://curia.europa.

eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157511&pageIndex=0&doclang=ES&mode =req&dir=&occ=first&part=1&cid=481779>.



DERECHO COMUNITARIO. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL Y TERRITORIAL. INTERNET. MOTORES DE BÚSQUEDA. TRATAMIENTO DE DATOS CONTENIDOS EN SITIOS DE INTERNET. RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INFORMACIÓN. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. INTERÉS PÚBLICO. DERECHO A LA INTIMIDAD (UNIÓN EUROPEA — ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: en 2010, el Sr. Costeja González, de nacionalidad española, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un reclamo contra La Vanguardia Ediciones S.L. (editor de un diario de gran difusión en España, especialmente en Cataluña), y contra Google Spain y Google Inc. En él alegó que cuando un internauta introduce su nombre en el motor de búsqueda de Google ("Google Search") obtiene como resultado ciertos enlaces a dos páginas del diario La Vanguardia de enero y marzo de 1998 en las que se anuncia una subasta de inmuebles organizada con motivo de un embargo para el cobro de unas sumas de dinero adeudadas por Costeja González a la Seguridad Social. En ese reclamo, Costeja González solicitó, por un lado, que se exigiese a La Vanguardia que eliminara o modificara esas páginas (para que no apareciesen sus datos personales), o que utilizara las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos; por otro lado, pidió que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia. Costeja González afirmó al respecto que aquel embargo al que se había visto sometido estaba totalmente solucionado y resuelto desde hacía años y carecía actualmente de relevancia.

La AEPD desestimó el reclamo contra *La Vanguardia* porque consideró que el editor había publicado legalmente la información en cuestión. En cambio, lo acogió en lo que respecta a *Google Spain* y a *Google Inc.*, y exigió a estas dos sociedades que tomasen las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso a los mismos en el futuro.

Entonces, *Google Spain y Google Inc.* interpusieron sendos recursos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional solicitando su anulación. En este contexto, la Audiencia Nacional planteó una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Sentencia: el gestor de un motor de búsqueda en Internet es responsable del tratamiento que aplique a los datos de carácter personal que aparecen en las páginas *web* publicadas por terceros.

Cuando, a raíz de una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, la lista de resultados ofrece enlaces a páginas *web* que contienen información sobre esa persona, esta puede dirigirse directamente al gestor del motor de búsqueda, o

bien, si este último no accede a su solicitud, acudir a las autoridades competentes para conseguir que se eliminen esos enlaces de la lista de resultados bajo determinadas condiciones.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que Respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos tiene por objeto proteger las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas (en particular, el derecho a la intimidad) en lo que hace al tratamiento de los datos personales, eliminando al mismo tiempo los obstáculos a la libre circulación de estos últimos.

Cabe señalar, en primer lugar, que al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda "recoge" tales datos, en el sentido de la Directiva. Dicho gestor "extrae", "registra" y "organiza" esos datos en el marco de sus programas de indexación, antes de "conservarlos" en sus servidores y, en su caso, los "comunica" a sus usuarios y les "facilita el acceso" a los mismos en forma de listas de resultados. Estas operaciones, mencionadas en la Directiva de forma explícita e incondicional, deben calificarse de "tratamiento", con independencia de que el gestor del motor de búsqueda las aplique de modo indiferenciado a tipos de información que no son datos personales.

Por lo demás, las operaciones a las que se refiere la Directiva también deben calificarse de "tratamiento" aun cuando solo se refieran a información ya publicada, tal cual, en los medios de comunicación. Si en este último caso se estableciera una excepción general a la aplicación de la Directiva, esta última quedaría en gran medida vacía de contenido.

Por otra parte, este Tribunal de Justicia considera que el gestor del motor de búsqueda es el "responsable" de este tratamiento, en el sentido de la Directiva, dado que es él quien determina los fines y los medios de esta actividad. A este respecto, se subraya que, como la actividad de un motor de búsqueda se suma a la de los editores de sitios de Internet y puede afectar significativamente los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de los datos personales, el gestor del motor de búsqueda debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisfaga las exigencias de la Directiva. Solo así las garantías establecidas en dicha norma podrán tener plenos efectos, y podrá hacerse realidad la protección eficaz y completa de los interesados (y, en particular, de su derecho al respeto de su vida privada).

En lo que se refiere al ámbito de aplicación territorial de la Directiva, Google Spain es una filial de Google Inc. en territorio español y, por lo tanto, un "establecimiento" en el sentido de la Directiva. Este Tribunal rechaza el argumento de que Google Search no realiza un tratamiento de datos de carácter personal en el marco de las actividades que desarrolla en España: cuando el tratamiento de estos datos se lleva a cabo para permitir el funcionamiento de un motor de búsqueda gestionado por una empresa que, a pesar de estar situada en un Estado tercero, dispone de un establecimiento en un Estado miembro, ese tratamiento se efectúa "en el marco de las actividades" de dicho establecimiento, en el sentido de la Directiva, siempre que

la misión de ese establecimiento sea la promoción y la venta, en ese Estado miembro, de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio ofrecido por este último.

En determinadas condiciones, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona los enlaces a páginas *web* publicadas por terceros que contengan información relativa a esa persona. Esa obligación puede existir también en el supuesto de que ese nombre o esa información no se borren previa o simultáneamente de esas páginas *web* y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

Cabe destacar, en este contexto, que un tratamiento de datos de carácter personal efectuado por el gestor de un motor de búsqueda permite que cualquier internauta que realice una búsqueda a partir del nombre de una persona física obtenga, a través de la lista de resultados, una visión estructurada de la información relativa a esa persona que circula en Internet. Esa información afecta potencialmente una multitud de aspectos de la vida privada y, sin dicho motor de búsqueda, tales aspectos no se habrían interconectado o solo habrían podido interconectarse con grandes dificultades. Los internautas pueden establecer así un perfil más o menos detallado de las personas buscadas. Por otra parte, el efecto de esta injerencia en los derechos de la persona se multiplica a causa del importante papel que desempeñan en la sociedad moderna Internet y los motores de búsqueda, los cuales confieren ubicuidad a la información contenida en las listas de resultados. Dada su gravedad potencial, esta injerencia no puede justificarse por el mero interés económico del gestor del motor de búsqueda en el tratamiento de los datos.

Sin embargo, como, según la información de que se trate, la supresión de enlaces de la lista de resultados podría tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar un justo equilibrio entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada, en particular el derecho al respeto de su vida privada y el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Si bien es cierto que los derechos de la persona afectada prevalecen igualmente, por regla general, sobre el mencionado interés de los internautas, este equilibrio puede depender en casos particulares de la naturaleza de la información de que se trate, de lo delicada que esta sea para la vida privada de la persona de que se trate y del interés del público en disponer de esa información, que puede variar, en particular, en función del papel que esa persona desempeñe en la vida pública.

Por último, en respuesta a la cuestión de si la Directiva permite que la persona afectada solicite que se supriman de esa lista de resultados ciertos enlaces a páginas web porque desea que la información sobre ella que figura en esas páginas se "olvide" después de un cierto tiempo, este Tribunal de Justicia entiende que si a raíz de la solicitud de la persona afectada se comprueba que la inclusión de esos enlaces en la lista es incompatible actualmente con la Directiva, la información y los enlaces que figuran en la lista deben eliminarse. Con el tiempo, incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede llegar a ser incompatible con la Directiva cuando, habida cuenta de todas las circunstancias que caractericen cada

caso, esos datos demuestren ser inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o excesivos desde el punto de vista de los fines para los que fueron tratados y del tiempo transcurrido. Al examinar la solicitud presentada en este sentido por la persona afectada contra el tratamiento de sus datos efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, se tendrá que analizar, en particular, si dicha persona tiene derecho a que la información en cuestión sobre ella deje de estar vinculada en la actualidad a su nombre a través de la lista de resultados que se obtiene tras efectuar una búsqueda a partir de su nombre. Si este es el caso, los enlaces a páginas web que contienen esa información deben suprimirse de esa lista de resultados, a menos que existan razones particulares —como el papel desempeñado por esa persona en la vida pública— que justifiquen que prevalezca el interés del público en tener acceso a esa información al efectuar la búsqueda.

El interesado puede presentar esas solicitudes directamente al gestor del motor de búsqueda, que deberá entonces examinar debidamente si son fundadas. Cuando el responsable del tratamiento no acceda a lo solicitado, la persona afectada podrá acudir a la autoridad de control o a los tribunales con el fin de que estos lleven a cabo las comprobaciones necesarias y ordenen al responsable que adopte medidas precisas en consecuencia.

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. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio, sino que es el tribunal nacional quien debe resolverlo 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, Gran Sala, asunto C-131/12, Google Spain, S.L., Google Inc c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, sentencia del 13-5-2014, en .



DERECHO DEL TRABAJO. DERECHOS SINDICALES. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. DERECHO DE HUELGA. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS. FLASH MOBS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: durante una huelga de comercios minoristas realizada en el año 2007, un sindicato publicó un panfleto virtual preguntando: "¿Usted desearía participar en una *flash mob*?" ("multitud instantánea", acción organizada en la que un gran número de personas se reúne repentinamente en un lugar público, realiza algo inusual y luego se dispersa). A quienes estuvieron interesados se les solicitó que dejaran el número de sus teléfonos celulares para recibir una alerta vía mensaje de texto, a fin de realizar en forma conjunta alguna actividad específica

relacionada con hacer compras en un sector cuyos trabajadores estén de huelga, pero donde algunos, no obstante la medida, estén trabajando. El plan consiste, por ejemplo, en que muchas personas compren un producto barato al mismo tiempo, así bloquean durante un tiempo considerable las cajas; o en que muchos individuos al mismo tiempo llenen los carritos de un supermercado con productos no perecederos y posteriormente los abandonen.

En diciembre de 2007, un sindicato realizó uno de estos *flash mobs* en una sucursal de una cadena minorista. Estas acciones se prolongaron durante aproximadamente treinta minutos y participaron en ella entre 45 y 50 personas.

Entonces, una asociación de empleadores del sector minorista promovió una acción tendiente a prohibir al sindicato que convocara a terceros a participar en alguna otra *flash mob* de esta naturaleza. Como su pretensión fue rechazada en todas las instancias por los tribunales laborales —que consideraron que la convocatoria en cuestión era en este caso admisible—, cuestionó ante el Tribunal Constitucional Federal la constitucionalidad de estas decisiones.

2. Sentencia: el planteo de inconstitucionalidad resulta infundado.

- **2.1.** La interpretación de la ley aplicable a los conflictos laborales realizada por los tribunales ordinarios inferiores toma suficientemente en cuenta la libertad de asociación del recurrente (art. 9.3 de la Ley Fundamental (LF).
- **2.1.1.** El art. 9.3 de la Ley Fundamental no se limita a proteger el derecho de huelga y el *lock-out* o cierre patronal como formas tradicionales de acciones por parte del sector industrial. Por lo general, este artículo deja en manos de las uniones sindicales la elección de los medios que consideran adecuados para satisfacer sus objetivos específicos de naturaleza laboral. La Ley Fundamental no prescribe en forma detallada cómo determinar la jerarquía de los derechos fundamentales en conflicto; tampoco exige una optimización de las condiciones de un conflicto. Por el contrario, las medidas del sector industrial cuestionables son revisadas en términos del principio de proporcionalidad, a fin de que el recurso a estas acciones no conduzca al dominio de una de las partes en la negociación colectiva. Por lo tanto, no es censurable que, en este caso, el *a quo* se haya guiado por este principio.
- **2.1.2.** De acuerdo con estas consideraciones, este Tribunal Constitucional Federal no puede resolver que las decisiones recurridas hayan violado la libertad de asociación de la recurrente. El *a quo* consideró, en particular, que la participación de terceros en una *flash mob* puede aumentar el riesgo de que estas acciones se salgan de control porque es menos probable que los terceros puedan ser influenciados por los sindicatos. Por lo tanto, estableció límites jurídicos a la participación de terceros, la cual efectivamente se vio limitada en este caso. Además, a la *flash mob* se la debe poder reconocer como una medida del sector industrial patrocinada por un sindicato, cuestión esta que tiene relevancia en relación con los posibles daños y perjuicios que el empleador pueda reclamar en caso de que se realicen actos ilícitos. Por otra parte, el *a quo* ha tratado en forma extensiva la cuestión de las contramedidas efectivas a las

que un empleador puede recurrir contra una *flash mob* que acompaña a una huelga. No es función del Tribunal Constitucional Federal sustituir con su propia evaluación de la efectividad de las posibles respuestas del empleador aquellas realizadas por los tribunales ordinarios en la medida en que no conduzcan a un claro error de apreciación, error que no se observa en este caso.

Es de destacar que el *a quo* también tomó en cuenta los intereses de los empleadores. Por lo tanto, no existen objeciones constitucionales a la conclusión de los tribunales ordinarios de que el ejercicio del derecho de propiedad y la clausura transitoria del comercio pueden ser considerados medios efectivos de defensa.

2.2. Por otra parte, el recurrente no puede denunciar exitosamente la violación de sus derechos fundamentales en términos del art. 9.3 de la Ley Fundamental en conjunción con el art. 20.2 con base en que las sentencias objeto de recurso dejan de lado los límites constitucionales que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho. En razón de la obligación que tienen de hacer justicia, los tribunales deben brindar una tutela jurídica adecuada. Si los parámetros adoptados por el legislador resultan inadecuados, los tribunales deben recurrir a los métodos establecidos para la creación de normas, a fin de deducir del marco jurídico existente una norma aplicable al caso específico que tienen ante sí. Si los tribunales laborales no resolvieran las controversias sindicales por lagunas del derecho, estarían actuando en forma inconstitucional.

No existiendo ulteriores reparos constitucionales basados en la ley aplicable y conforme a deducciones detalladas del principio de proporcionalidad, este Tribunal Constitucional no considera que las *flash mobs* convocadas por un sindicato sean, en términos generales, inadmisibles.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 3185/09, sentencia del 26-3-2014, en https://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-035en.html.



DERECHO DEL TRABAJO. SANCIONES DISCIPLINARIAS. DESPIDO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DEL TRABAJADOR. FACULTADES DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL EMPLEADOR. PRINCIPIO DE BUENA FE (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el trabajador de una empresa mantuvo comunicaciones con terceros ajenos a la misma y les remitió, por vía informática, información confidencial vinculada a dicha corporación.

La empresa accedió a esos correos electrónicos a través de un programa de mensajería que había instalado en la computadora asignada al uso común de todos los trabajadores que carecía de clave de acceso.

Conforme al convenio colectivo del sector, el trabajador solo podía usar los medios electrónicos de la empresa con objetivos profesionales, y su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como

infracción sancionable por el empresario, rigiendo en la empresa una prohibición expresa de uso extra-laboral.

En consecuencia, la empresa dispuso como medida disciplinaria el despido del trabajador por transgresión de la buena fe y por haber sido, durante mucho tiempo, desleal al haber proporcionado indebidamente información confidencial y utilizado en dicha transmisión medios que eran propiedad de la empresa (en concreto, teléfono móvil y correos electrónicos).

El trabajador impugnó judicialmente el despido, negando los hechos imputados y mostrando su asombro ante la manifestación de la empresa de haber accedido al contenido de sus e-mails sin haber obtenido su autorización para ello.

El Juzgado en lo Social de Madrid desestimó el pedido de nulidad de la prueba pericial aportada por la empresa en relación con los correos electrónicos porque entendió que dicha práctica patronal, fundada en las sospechas de un comportamiento irregular del trabajador, quedaba amparada por el art. 20.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), y que el convenio colectivo vigente sancionaba como falta leve la utilización de los medios informáticos de la empresa para usos distintos a los relacionados con la prestación laboral. Sin embargo, hizo lugar a la demanda y declaró improcedente el despido por considerarlo una sanción desproporcionada a la gravedad de los hechos acreditados en el juicio.

La empresa interpuso un recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid. Haciendo lugar al recurso interpuesto, el tribunal declaró que, en el marco del convenio colectivo suscripto por las partes, la conducta del trabajador violaba la buena fe contractual y, dado que la información transmitida era confidencial, el despido era procedente.

Frente a esta sentencia, se interpuso un recurso de casación tendiente a la unificación de la doctrina, que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechazó por entender que no existía la contradicción requerida por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, dado que los fundamentos de las sentencias eran distintos.

Entonces, el trabajador interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando que la interpretación realizada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia respecto a la admisibilidad de las pruebas en que la empresa había fundado su despido vulneraba sus derechos a la intimidad personal (art.18.1 de la Constitución española (CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), ya que el empresario se había extralimitado en el ejercicio de sus facultades de control al haber interceptado de forma ilícita el contenido de sus correos electrónicos y de las comunicaciones que habían servido de fundamento a su despido disciplinario.

2. Sentencia: se desestima el recurso interpuesto.

La controversia a resolver versa sobre la necesaria delimitación de bienes e intereses de relevancia constitucional en el marco de las relaciones laborales: los derechos del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, y el poder de dirección del empresario.

Centrado el conflicto en el ámbito de las relaciones laborales, conviene recordar que el contrato de trabajo no puede considerarse un título legitimador de recortes del ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, quien no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada.

2.1. Dado el fundamento del secreto de las comunicaciones, no se dispensa la reserva en virtud del contenido de la comunicación. El secreto no se garantiza porque lo comunicado sea necesariamente íntimo, reservado o personal, sino debido a la evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en un canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero. Se pretende que todas las comunicaciones puedan realizarse con libertad.

La Constitución garantiza su impenetrabilidad por parte de terceros, rechazando la interceptación o el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. La noción constitucional de secreto de la comunicación cubre no solo el contenido, sino también otros aspectos como la identidad subjetiva de los interlocutores.

Es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de una empresa por parte de los trabajadores, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales.

Aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos puede tener relevancia en la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control varían en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin.

Partiendo de la base de que las partes del proceso actuaron dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo de industrias químicas, la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral está tipificada como falta leve.

En atención al carácter vinculante de esta regulación colectivamente pactada, la relación laboral del trabajador solo permitía el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial, en tanto su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable por el empresario, dado que regía en la empresa una prohibición expresa de uso extralaboral, siendo este el régimen aplicable.

En el supuesto analizado, la remisión de mensajes enjuiciada se llevó a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario, sometido a su posible fiscalización, quedando fuera de la protección constitucional.

2.2. Hemos de valorar en segundo lugar si el acceso por parte de la empresa al contenido de los correos electrónicos del trabajador registrados en la computadora de la entidad –que le permitió acceder a los mensajes relativos a la transmisión a terceros de información empresarial reservada— vulneró el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18, inc. 1 de la Constitución.

Este derecho confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en su esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. Así, lo que garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos los que delimiten los contornos de nuestra vida privada. Corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno.

La intimidad no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado, sino que existen también otros ámbitos, tal como el de las relaciones laborales. Aquí también los derechos fundamentales se extienden a los mensajes electrónicos que se encuentran dentro del ámbito protegido de la intimidad constitucional.

La computadora es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos y puede afectar el derecho a la intimidad personal, ya que los correos o *e-mails* escritos o ya leídos por su destinatario quedan almacenados en la memoria de la terminal informática utilizada.

El uso del correo electrónico por parte de los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad. Sin embargo, la habilitación por parte de la empresa de esta herramienta informática como medio para verificar el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo, sumado a la circunstancia de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estaba tipificado en el convenio colectivo aplicable como infracción sancionable, impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial.

El régimen jurídico aplicable en la empresa respecto al uso de las herramientas informáticas de su propiedad hacía factible y previsible la posibilidad de que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador, tanto a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral desarrollada a través de este instrumento, como de constatar que su utilización se ceñía a fines estrictamente profesionales y no personales o extra-laborales.

No se aprecia que el acceso por parte de la empresa al contenido de los correos electrónicos objeto de la controversia haya resultado excesivo o desproporcionado para la satisfacción de los indicados objetivos e intereses empresariales.

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental excede el principio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple ciertos requisitos o condiciones, a saber: si es idónea para conseguir el objetivo propuesto; si, además, es necesaria, porque no existe otra medida más moderada e igualmente eficaz para la consecución de tal propósito; y, finalmente, si la misma resulta ponderada o equilibrada, es decir, si de ella ser derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

La aquí cuestionada fue una medida justificada, ya que su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador; era idónea para la finalidad pretendida por la empresa consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada a los fines de adoptar las medidas disciplinarias pertinentes; y era necesaria, ya que el contenido de los correos electrónicos iba a constituir una prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial.

No consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes reflejara aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, conforme a la sentencia recurrida, implicaba una transgresión de la buena fe contractual. Tampoco puede apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador. En consecuencia, dicho accionar satisface las exigencias del principio de proporcionalidad.

En consecuencia, se rechaza la pretensión de que se que se ha lesionado el derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18, inc. 1 de la Constitución, por lo que se deniega el amparo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo 2907-2011, sentencia del 7-10-2013, en http://www.aelpa.org/actualidad/201310/STCControemailempleados.pdf >.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CRÍMENES DE GUERRA. PRISIONEROS DE GUERRA. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DETENCIONES ARBITRARIAS. DERECHO A LA LIBERTAD. HÁBEAS CORPUS. TERRORISMO. TERRORISMO INTERNACIONAL (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en febrero de 2004, las fuerzas armadas británicas capturaron en Irak al ciudadano pakistaní Yunus Rahmatullah y luego lo entregaron a las fuerzas armadas estadounidenses, que lo trasladaron a la base aérea afgana de Bagram, donde se encuentra detenido sin haber sido sometido a juicio desde hace siete años. Durante el período de su captura, entrega y traslado, se encontraba vigente un Memorándum de Entendimiento ("Acuerdo entre las Fuerzas para el traslado de prisioneros de guerra, internados y detenidos civiles") suscripto por los gobiernos de Gran Bretaña, Estados Unidos y Australia tres días después del inicio de las operaciones militares en Irak. En marzo de 2009, Gran Bretaña y Estados Unidos suscribieron un segundo Memorándum de Entendimiento sobre los acuerdos para el traslado de personas capturadas en Irak.

En febrero de 2009, el Secretario de Estado británico para la Defensa admitió que Rahmatullah, miembro de una organización proscripta vinculada con Al-Qaeda, había sido trasladado por los norteamericanos de Irak a Afganistán en 2004. En violación de lo acordado en la quinta cláusula del primer Memorándum de Entendimiento y, supuestamente, debido a un descuido, el gobierno británico no fue consultado formalmente sobre dicho traslado.

En junio de 2010, la Junta Norteamericana de Revisión de la Situación de los Detenidos resolvió que era innecesario que Rahmatullah continuara detenido porque había dejado de constituir una amenaza para la seguridad y que debía ser liberado. Sin embargo, lo cierto es que permaneció en la base de Bagram, donde es de público conocimiento que se han cometido abusos contra los derechos humanos.

Ese mismo año, el primo de Rahmatullah logró comunicarse con él telefónicamente por intermedio de la Cruz Roja. Rahmatullah, entonces, fundándose en los Convenios de Ginebra III y IV de 1957 y en los dos Memorándums de Entendimiento, consideró que su detención era ilegal y que, a pesar de haber sido detenido por las fuerzas armadas norteamericanas, los Secretarios de Estado británicos de Defensa y de Asuntos Exteriores y del *Commonwealth* (Secretarios de Estado) poseían un suficiente control sobre él como para liberarlo, e instruyó a su primo para que solicitara en su nombre a la *High Court of Justice* del Reino Unido el libramiento de un hábeas corpus.

Por su parte, los Secretarios de Estado alegaron que no tenían suficiente control sobre el apelante como para justificar el libramiento de un hábeas corpus y que la circunstancia de que el gobierno británico presentara esta solicitud al gobierno de los Estados Unidos implicaba intervenir en el ámbito de las relaciones exteriores. Por otra parte, afirmaron que los dos Memorándums de Entendimiento no tenían fuerza vinculante, y que presentar un hábeas corpus al gobierno norteamericano invocando el primer Memorándum constituiría una acción inapropiada e inútil.

La *High Court* declaró inadmisible la solicitud de un hábeas corpus. Entonces, Rahmatullah apeló ante la *Court of Appeals* del Reino Unido.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación interpuesta y se ordena el libramiento de un hábeas corpus.

Tanto el Reino Unido como los Estados Unidos son Altas Partes Contratantes en los Convenios de Ginebra III y IV. El primero de estos convenios se vincula con el trato debido a los prisioneros de guerra y el segundo con la protección de los civiles en tiempos de guerra. Ambos exigen a las Partes promulgar leyes que prevean sanciones penales efectivas para quienes cometan graves violaciones a dichos convenios.

En términos del Convenio de Ginebra IV, en casos como este, el gobierno británico tiene la obligación de solicitar que el apelante vuelva a estar bajo su control y el gobierno norteamericano tiene la obligación de acceder a dicha solicitud.

Por otro lado, los arts. 1 y 9 del primer Memorándum de Entendimiento prevén el cumplimiento de los dos Convenios y, en particular, el art. 4 establece que el gobierno británico tiene derecho a solicitar que una persona vuelva a estar bajo su control —como en el caso en examen—, especialmente cuando ha sido trasladada en violación de lo dispuesto por el art. 5. Asimismo, el art. 4 del segundo Memorándum de Entendimiento requiere la aplicación de las normas del derecho internacional y, por ende, presupone el acuerdo entre los dos gobiernos para cumplir con los Convenios.

En este sentido, resulta significativo el contexto en el que se firmó el primer Memorándum de Entendimiento. Por un lado, en febrero de 2002, el Presidente de los Estados Unidos anunció que los Convenios de Ginebra no eran aplicables al conflicto con Al-Qaeda. Por el otro, durante ese año se presentaron varias denuncias de malos tratos a los detenidos en Afganistán y fue de público conocimiento que estos eran trasladados a Guantánamo. El primer Memorándum de Entendimiento resultaba necesario porque, a fin de cumplir con el art. 12 del Convenio de Ginebra III y con el art. 45 del Convenio de Ginebra IV, el Reino Unido tenía que asegurarse de que los Estados Unidos aplicaran los Convenios de Ginebra a los prisioneros de

guerra o a las personas protegidas y trasladadas por el Reino Unido a los Estados Unidos. En tales circunstancias, resulta difícil entender cómo, dadas las obligaciones asumidas en los dos Convenios de Ginebra, el Reino Unido simplemente pudo haber dejado que el primer Memorándum de Entendimiento quedara sin efecto, sin correr el riesgo de desentenderse de las obligaciones que tenía con las personas que había trasladado a los Estados Unidos en circunstancias en que —de no existir algún tipo de Memorándum— el gobierno de los Estados Unidos bien hubiera podido alegar que el Convenio no era aplicable a esas personas.

Conforme a lo resuelto por la Cámara de los Lores en el caso *RB* (*Algeria*) v. Secretary of State for the Home Department, los tribunales deberían tomar en consideración acuerdos tales como los dos Memorándums de Entendimiento y presumir su cumplimiento. En dicha sentencia, Lord Hoffmann sostuvo que era absolutamente razonable que un tribunal examinara la apelación de una persona que resistía su traslado a Argelia, donde cabía presumir que sus derechos humanos serían violados y que, además, tomara en consideración un acuerdo celebrado al más alto nivel entre el gobierno de ese país y el del Reino Unido con base en el cual la dignidad humana del peticionante sería respetada bajo todas las circunstancias.

Ahora bien, en este caso el apelante alega que su detención es ilegal fundándose en el principio fundamental del derecho británico según el cual cuando una persona es detenida en contra de su voluntad, no es ella quien debe demostrar la ilegalidad de su detención, sino que, por el contrario, quien realiza la detención debe demostrar su legalidad.

Por otra parte, el representante del Ministro de Defensa considera inútil que el gobierno británico solicite a su par norteamericano que el apelante vuelva a estar bajo su control. Sin embargo, no existe base fáctica alguna que sustente esta observación, que, además, parece fundarse en la opinión del Ministro de Defensa de que el primer Memorándum de Entendimiento ha dejado de tener vigencia y que no preveía la creación de derechos y obligaciones exigibles. No existe en tal observación referencia alguna al segundo Memorándum de Entendimiento ni a los Convenios de Ginebra. Además, el representante del Ministro de Defensa tampoco toma en consideración las consecuencias que puede acarrear la circunstancia de que el Reino Unido permita que el primer Memorándum pierda vigencia, habida cuenta de que ese Estado tiene la obligación de cumplir con los Convenios.

Mientras que de las observaciones antedichas se deduce que los Secretarios de Estado han perdido el control sobre el apelante, resulta incorrecto que un tribunal como la *High Court* se haya basado en esas observaciones para resolver la solicitud de un hábeas corpus. Lo cierto es que tanto el discutible efecto de los dos Memorándums de Entendimiento y de los dos Convenios como la escasa gravitación que merecen las referidas observaciones indican que sí debe librarse el hábeas corpus, al menos mientras no existan argumentos en contrario.

En este contexto, cabe señalar que el hábeas corpus es, quizás, la garantía más importante del derecho constitucional británico, que proporciona un recurso rápido y fundamental en todos los casos de detención ilegal y, asimismo, constituye la protección más efectiva de la libertad de las personas que se haya instaurado hasta la fecha.

Dada la importancia del principio establecido en *Barnardo v. Ford*, no resulta apropiado llegar a la conclusión –como lo hacen los Secretarios de Estado– de que es improcedente librar un hábeas corpus cuando la incertidumbre acerca del control que el demandado tiene sobre el apelante deriva de la efectividad y de la aplicabilidad de algunos acuerdos, pero sí es procedente hacerlo –en tanto no existan razones en contrario– cuando la incertidumbre surge de la necesidad de investigar los hechos.

Por otra parte, la única prueba que puede sustentar la afirmación de que el libramiento de un hábeas corpus provocaría inconvenientes en el ámbito diplomático radica en la observación del representante del Secretario de Defensa según la cual sería "inapropiado e inútil" librar un hábeas corpus porque este tribunal entraría en un "área prohibida" al solicitar al Ministro de Relaciones Exteriores la elevación de una solicitud a las autoridades norteamericanas.

COURT OF APPEALS DEL REINO UNIDO, Rahmatullah v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affaires and Secretary of State for Defence, sentencia del 14-12-2011, en Human Rights Law Reports –UK Cases, 2012, Part 2, pp. 287-299.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. EXTRANJEROS. MENORES. NIÑOS MIGRANTES. INTERÉS SUPERIOR. INMIGRANTES. INMIGRANTES ILEGALES. REPATRIACIÓN. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN. DEBIDO PROCESO. DETENCIONES ARBITRARIAS. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. REFUGIADOS. ASILO. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. OBLIGACIONES POSITIVAS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIONES CONSULTIVAS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – MERCOSUR).

1. Antecedentes del caso: el 7 de julio de 2011, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (en adelante, "los Estados solicitantes"), con fundamento en el art. 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en los arts. 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante a fin de que el tribunal "determine con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los arts. 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los arts. 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el art. 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Los Estados Solicitantes presentaron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) las siguientes consultas específicas:

i. ¿Cuáles son, a la luz de los arts. 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7 y 25 de la Convención Americana y de los arts. 1, 25 y 27 de la Declaración Americana, los procedimientos que deberían adoptarse a fin de identificar los diferentes riesgos para los derechos de niños y niñas migrantes,

- determinar las necesidades de protección internacional, y adoptar en su caso las medidas de protección especial que se requieran?
- ii. ¿Cuáles son, a la luz de los arts. 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del art. 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran niños y niñas migrantes?
- iii. ¿Cómo debe interpretarse, a la luz de los arts. 1, 7, 8, 19 y 29 de la Convención Americana y el art. 25 de la Declaración Americana, el principio de última *ratio* de la detención como medida cautelar en el marco de procedimientos migratorios cuando están involucrados niños y niñas que se encuentran junto a sus padres, y cuando están involucrados niños/as no acompañados o separados de sus padres?
- iv. ¿Qué características deben tener, a la luz de los arts. 2, 7, 19, 25 y 29 de la Convención Americana y el art. 25 de la Declaración Americana, las medidas alternativas adecuadas de protección de derechos del niño que debieran constituir la respuesta estatal prioritaria para evitar cualquier tipo de restricción a la libertad ambulatoria? ¿Cuáles son las garantías de debido proceso que deberían aplicarse en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención?
- v. ¿Cuáles son las condiciones básicas que debieran cumplimentar los espacios de alojamiento de niños/as migrantes y cuáles son las obligaciones principales que tienen los Estados respecto de los niños y niñas (solos o acompañados) que se encuentran bajo la custodia estatal por razones migratorias, a la luz de los arts. 1, 2, 4.1, 5, 7, 17 y 19 de la Convención Americana y de los arts. 1 y 25 de la Declaración Americana?
- vi. ¿Cuáles son, a la luz de los arts. 1, 2, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana y del art. 25 de la Declaración Americana, las garantías de debido proceso que debieran regir en los procesos migratorios que involucran a niños y niñas, cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de los niños?
- vii. ¿Cuál es el alcance y contenido del principio de no devolución a la luz de los arts. 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención Americana, art. 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de los arts. 1, 25 y 27 de la Declaración Americana, al adoptarse medidas que puedan implicar el retorno de un niño/a a un país determinado?

- viii. ¿Qué características, a la luz del art. 22.7 de la Convención Americana y el art. 27 de la Declaración Americana, deberían tener los procedimientos a emplearse cuando se identifica una potencial solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado de un niño/a migrante?
- ix. ¿Cuál es el alcance que debiera conferirse a la protección del derecho de los niños/as a no ser separados de sus padres en los casos en que pudiera aplicarse una medida de deportación a uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, a la luz de los arts. 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana y los arts. 6 y 25 de la Declaración Americana?
- **2. Opinión Consultiva:** esta Corte entiende que su respuesta a la consulta planteada prestará una utilidad concreta dentro de una realidad regional en la cual aspectos sobre las obligaciones estatales en cuanto a la niñez migrante no han sido establecidos en forma clara y sistemática, a partir de la interpretación de las normas relevantes. Esta utilidad se demuestra por el alto interés manifestado por todos los participantes a lo largo del procedimiento consultivo.

Consideraciones generales

Las niñas y los niños se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos, o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía.

La migración internacional es un fenómeno complejo que puede involucrar a dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo y refugiados. En este contexto y, en particular, de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos poblacionales de carácter diverso, las causas y características del traslado que emprenden niñas y niños por aire, mar o tierra hacia países distintos a los de su nacionalidad o residencia habitual pueden abarcar a tanto personas que requieren de una protección internacional como a otras que se movilizan en busca de mejores oportunidades por motivos de índole diversa, los cuales pueden alterarse en el propio transcurso del proceso

migratorio. Esto hace que las necesidades y requerimientos de protección puedan variar ampliamente.

Por protección internacional se entiende aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva. Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional -en particular, del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario- revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria; (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia.

Solo es posible asegurar la protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo a un potencial solicitante de asilo en un país seguro, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo, y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera.

Bajo este panorama, este Tribunal ha insistido en su jurisprudencia consultiva y contenciosa en el hecho de que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes, y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además, los Estados deben respetar las obligaciones internacionales conexas resultantes de los instrumentos internacionales del derecho humanitario y del derecho de los refugiados.

Obligaciones generales y principios rectores

A modo introductorio, cabe aludir a tres disposiciones de la Convención Americana que inspiran todo el desarrollo de esta Opinión Consultiva. Una es lo dispuesto en el art. 1.1 de aquella, en cuanto establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de "toda persona que esté sujeta a [la]

jurisdicción" del Estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello, sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de este de respetarlo y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal. Aunque esta Corte ha considerado adecuado no incursionar mayormente en las obligaciones del Estado de origen de la niña o del niño migrante, es pertinente recordar que estos deben observar las obligaciones generales referentes a la materia y, en particular, su deber de prevención, lo cual requiere generar y asegurar las condiciones para que sus nacionales no se vean forzados a migrar, así como subsanar las causas generadoras de los flujos migratorios.

La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio es el art. 2 de la Convención, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

La tercera disposición que, en términos generales, inspira esta Opinión Consultiva es el art. 19 de la Convención, que, al igual que el art. VII de la Declaración, se refiere a la obligación de adoptar medidas de protección a favor de todo niño o niña en virtud de su condición de tal, la cual irradia sus efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad.

Teniendo presente, a estos efectos, que es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.

Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

Procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niñas y niños migrantes y, en su caso, adoptar medidas de protección especial

Esta Corte ha reconocido previamente que tanto la Convención Americana en su art. 22.7 como la Declaración Americana en su art. XXVII han cristalizado el

derecho subjetivo de todas las personas, incluidas las niñas y los niños, a buscar y recibir asilo.

A través de una interpretación armónica de la normativa interna e internacional que informa de forma convergente y complementaria el contenido del derecho previsto en los arts. 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración y tomando en cuenta las pautas específicas de interpretación contenidas en el art. 29 de la Convención Americana, esta Corte ha sido de la opinión de que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia. Por otra parte, los desarrollos producidos en el derecho de refugiados en las últimas décadas han generado prácticas estatales consistentes en otorgar protección internacional como refugiados a las personas que huyen de su país de origen debido a la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, esta Corte considera que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, la cual responde no solo a las dinámicas de desplazamiento forzado que la originaron, sino que también satisface los desafíos de protección que derivan de otros patrones de desplazamiento que suceden en la actualidad. Este criterio refleja una tendencia a consolidar en la región una definición más incluyente que debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de otorgar la protección como refugiado a personas cuya necesidad de protección internacional es evidente.

Por consiguiente, a raíz del abanico de situaciones que pueden llevar a que una niña o un niño se desplace de su país de origen, resulta relevante diferenciar entre aquellos que migran en búsqueda de oportunidades para mejorar su nivel de vida y quienes requieren de algún tipo de protección internacional, incluyendo pero no limitada a la protección de refugiados y solicitantes de asilo. Es por ello que, para cumplir con los compromisos internacionales, los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, ya sea como refugiado o de algún otro tipo, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario mediante la adopción de medidas de protección especial. El establecimiento de procedimientos de identificación de necesidades de protección es una obligación positiva de los Estados, y el no instituirlos constituiría una falta de debida diligencia. El procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad y, de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar

y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño.

Al ser una etapa inicial de identificación y evaluación, el mecanismo procedimental que los Estados adopten, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta, acorde a la práctica generalmente seguida, los siguientes objetivos prioritarios básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluación y determinación de la misma. Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de una niña o niño y brindarle un tratamiento acorde; (ii) determinación de si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad de la niña o del niño o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

Resulta crucial que los Estados definan de forma clara y dentro de su diseño institucional la correspondiente asignación de funciones en el marco de las competencias que incumben a cada órgano estatal y, en caso de que fuese necesario, adopten las medidas pertinentes para lograr una eficaz coordinación interinstitucional en la determinación y adopción de las medidas de protección especial que correspondan, dotando a las entidades competentes de recursos presupuestales adecuados y brindando la capacitación especializada a su personal.

Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños

Con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos.

Sobre esta base, cabe referirse a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea

debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular

La pregunta sometida parte de dos premisas fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos y acogidas por la jurisprudencia de esta Corte, esto es, (i) el principio de última *ratio* de la privación de libertad de niñas y niños, y (ii) la exigencia de motivar la necesidad de recurrir a medidas privativas de libertad de carácter cautelar por infracciones a la ley migratoria, como medida excepcional. En razón de que las infracciones relacionadas con el ingreso o permanencia en un país no pueden, bajo ningún concepto, tener consecuencias iguales o similares a aquellas que derivan de la comisión de un delito, y en atención a las diferentes finalidades procesales existentes entre los procesos migratorios y los penales, el principio de última *ratio* de la privación de libertad de niñas y niños no constituye un parámetro operativo en el ámbito sometido a consulta, esto es, a los procedimientos migratorios.

A criterio de esta Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio, ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.

Características de las medidas prioritarias de protección integral de los derechos de niñas y niños migrantes y garantías para su aplicación

Habiendo establecido previamente el alcance del derecho a la libertad personal respecto a las niñas y niños migrantes por motivo del solo incumplimiento de la legislación migratoria, al interpretar que este implica un principio general de no privación de libertad, esta Corte reafirma que la libertad es la regla mientras se resuelve la situación migratoria o se procede a la repatriación voluntaria y segura, y las medidas a disponerse no debieran concebirse en sí como alternativas a la detención, sino como medidas de aplicación prioritaria que deben tener como principal objetivo la protección integral de derechos, de acuerdo con una evaluación individualizada y atendiendo al interés superior.

Específicamente, esta Corte considera que el referido conjunto de medidas a ser aplicadas a niñas y niños por motivo de irregularidad migratoria debe estar contemplado en el ordenamiento interno de cada Estado. De forma similar, se debe reglamentar la forma procedimental de la aplicación procurando que se respeten las siguientes garantías mínimas: contar con una autoridad administrativa o judicial

competente; tomar en cuenta las opiniones de niñas y niños sobre su preferencia; velar por que el interés superior de la niña o del niño sea una consideración primordial al tomar la decisión; y garantizar el derecho a revisión de la decisión en caso de considerarse que no es la medida adecuada, la menos lesiva o que se está utilizando de forma punitiva.

En suma, las niñas y los niños migrantes y, en particular, aquellos en situación migratoria irregular, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior. A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, de conformidad con las características descriptas, con estricto respeto de sus derechos humanos y del principio de legalidad.

Condiciones básicas de los espacios de alojamiento de niñas y niños migrantes y las obligaciones estatales correspondientes a la custodia por razones migratorias

En caso de que los Estados recurran a medidas tales como el alojamiento o albergue de la niña o del niño, ya sea por un período breve o durante el tiempo que sea necesario para resolver la situación migratoria, cabe recordar la necesidad de separación de las personas migrantes bajo custodia de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, al establecer que los centros para alojar a las personas migrantes deben estar destinados específicamente a tal fin.

Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad.

Garantías de debido proceso ante medidas que impliquen restricciones o privaciones de la libertad personal de niñas y niños por razones migratorias

Existen una serie de garantías relevantes que se tornan operativas ante situaciones de restricción de libertad personal que pueden constituir o eventualmente derivar, por las circunstancias del caso en concreto, en una medida que materialmente corresponda a una privación de libertad en el entendido de que tales situaciones podrían ocurrir en la práctica.

Las niñas y los niños, especialmente cuando son extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos y muchas veces con un idioma que

desconocen, experimentan una condición de extrema vulnerabilidad. Esta presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Es así como se atiende al principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación.

En consecuencia, cabe considerar los siguientes aspectos: (i) legalidad de la privación de libertad; (ii) prohibición de detenciones o encarcelamientos arbitrarios; (iii) derecho a ser informado de los motivos del arresto o detención en un idioma que comprenda; (iv) derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario competente; (v) derecho a notificar a un familiar, tutor o representante legal y a comunicarse con el exterior y, en particular, con los organismos internacionales especializados; (vi) derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular; (vii) derecho a la asistencia jurídica a través de un representante legal y, en caso de niñas y niños no acompañados o separados, a que se nombre un tutor; y (viii) derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención.

Principio de no devolución (non-refoulement)

La prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros; donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos encuentra en otras normas de derechos humanos una protección adicional que se extiende a otro tipo de graves violaciones a los derechos humanos, entendidos y analizados con un enfoque de edad y de género, así como dentro de la lógica establecida por la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que hace de la determinación del interés superior rodeada de las debidas garantías un aspecto central al adoptar cualquier decisión que concierne a la niña o al niño y, especialmente, si el principio de no devolución se ve involucrado.

De todo lo anteriormente expuesto se colige que la competencia de las autoridades internas para decidir sobre las personas que pueden permanecer en su territorio y, por ende, la potestad de devolver a una persona a su país de origen o a un tercer país está condicionada por las obligaciones derivadas del derecho internacional y, en particular, del derecho de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos, de la prohibición de la tortura y del art. 22.8 de la Convención Americana.

En efecto, el principio de no devolución es consustancial a estas diferentes ramas del derecho internacional en que se ha desarrollado y codificado el mismo. No obstante, en cada uno de estos contextos, el contenido del principio de no devolución reconoce un ámbito de aplicación personal y material particular y obligaciones correlativas específicas, las que deben entenderse como de naturaleza complementaria,

en los términos del art. 29 de la Convención Americana y el principio *pro persona*. Ello implica, en definitiva, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aplicando aquella norma que otorgue mayor protección al ser humano.

La protección complementaria configura un desarrollo normativo consecuente con el principio de no devolución, a través del cual los Estados velan por los derechos de las personas que no califican como refugiados o se encuentran en otra calidad migratoria, pero no pueden ser devueltas. La protección complementaria debe contar con el reconocimiento de los derechos básicos de las personas protegidas.

De acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro solo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.

Procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños a buscar y recibir asilo

A fin de otorgarle efecto útil al derecho a buscar y recibir asilo previsto en los arts. 22.7 de la Convención y XXVII de la Declaración Americana y garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminación, cabe destacar la necesidad primordial de que los Estados diseñen y hagan operativos procedimientos justos y eficientes destinados a determinar si la persona solicitante reúne los criterios para ejercer dicho derecho y solicitar el estatuto de refugiado, tomando en cuenta que las definiciones contienen elementos subjetivos y objetivos que solo pueden conocerse por medio de procedimientos individualizados que, a su vez, permitan un correcto examen de la solicitud de asilo y prevengan devoluciones contrarias al derecho internacional.

La obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de un análisis adecuado e individualizado de las peticiones con las correspondientes garantías debe incorporar los componentes específicos desarrollados a la luz de la protección integral debida a todos las niñas y niños, aplicando a cabalidad los principios rectores y, en especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño y su participación.

Dicha obligación conlleva: no obstaculizar el ingreso al país; si se identifican riesgos y necesidades, dar a la persona acceso a la entidad estatal encargada de otorgar el asilo o el reconocimiento de la condición de refugiado, o a otros procedimientos que sean idóneos para la protección y atención específica según las circunstancias de cada caso; tramitar de forma prioritaria las solicitudes de asilo de niñas y niños como solicitante principal; contar con personal de recepción en la entidad que pueda examinar a la niña o niño para determinar su estado de salud; realizar un registro y entrevista, procurando no causar mayor trauma o re-victimización; disponer de un lugar para la estadía de la persona solicitante, si no lo tiene ya; emitir un documento de identidad para evitar la devolución; estudiar el caso con consideración de flexibilidad

en cuanto a la prueba; asignarle un tutor independiente y capacitado en caso de niñas o niños no acompañados o separados; en caso de reconocerse la condición de refugiado, proceder a trámites de reunificación familiar, si fuere necesario de conformidad con el interés superior y, finalmente, buscar como solución duradera la repatriación voluntaria, el reasentamiento o la integración social, de acuerdo con la determinación del interés superior de la niña o del niño.

Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios

Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tenga derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumpla con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño.

En atención a que las obligaciones determinadas precedentemente se refieren a un tema tan propio, complejo y cambiante de la época actual, ellas deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, proceso en el que, consecuentemente, esta Opinión Consultiva se inserta.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-21/14, *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de las Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, 19-8-2014, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf.



DERECHO ISLÁMICO. LEY. FUENTES FORMALES E INFORMALES. FATWAS. **SENTENCIA.** EFECTOS. EJECUCIÓN. FUERZA VINCULANTE. **FAMILIA** (INDIA).

1. Antecedentes del caso: el Consejo Indio de Derecho Islámico de las Personas – All India Muslim Personal Law Board — (Consejo) está integrado por ulemas, es decir, por especialistas en la Sharia, la ley islámica basada en el sagrado Corán y en las tradiciones del Profeta. En el presente caso, el Sr. Vishwa Lochan Madan alega que dicho Consejo pretende establecer un sistema judicial paralelo en la India basado en la Sharia y afirma que una serie de aborrecibles fatwas (pronunciamientos judiciales islámicos) lo han inducido a presentar esta petición ante la Corte Suprema de India. Entre otras, menciona las fatwas vinculadas con los siguientes casos: el de

Imrana, una joven musulmana madre de cinco hijos que fue violada por su suegro, a raíz de lo cual se dictó una *fatwa* que disolvió su matrimonio y ordenó que ella no volviera a vivir con su marido, ya que "[s]i un hombre viola a la esposa de su hijo, y si esto se prueba a través de testigos o si el mismo violador confiesa, significa que el esposo ya no podrá tener contacto físico con su mujer por haber esta copulado legal o ilegalmente con su suegro"; el otro caso concierne a otra joven musulmana de 19 años que, de conformidad con una *fatwa*, debió divorciarse de su marido y aceptar como esposo a su suegro que la había violado.

El peticionante alega que estas *fatwas* cuentan con el aval del Consejo, y solicita que todas las actividades de esta y de otras organizaciones similares cuyo objeto es establecer tribunales islámicos en la India sean declaradas ilegales, ilegítimas e inconstitucionales. Asimismo, alega que las *fatwas* no deben tener cabida en el sistema constitucional de la India porque no son ejecutables: son nulas. Además, solicita al gobierno de la India que se tomen medidas efectivas para disolver todos los tribunales islámicos a fin de garantizar que estos no resuelvan las disputas matrimoniales de conformidad con la ley islámica.

Por su parte, el gobierno de la India sostiene que las *fatwas* son de naturaleza consultiva y que los musulmanes no están obligados a cumplirlas; que los tribunales islámicos se desempeñan como árbitros, mediadores o conciliadores en los casos de litigios familiares o civiles en general dentro de la comunidad musulmana. Sin embargo, esos tribunales no tienen poder ni autoridad para ejecutar sus órdenes, razón por la cual no es dable afirmar que funcionen paralelamente al sistema judicial de la India ni que estén en conflicto con este.

El Consejo, por otra parte, admite el dictado de *fatwas*, pero, al mismo tiempo, afirma que los tribunales islámicos no son un sistema judicial paralelo, sino un sistema informal de justicia que se orienta a buscar una solución amistosa a las controversias matrimoniales.

Finalmente, de acuerdo con la escuela islámica *Dar-ul-Uloom*, los musulmanes no están obligados a obedecer las *fatwas*. Son los musulmanes temerosos de Dios los que las obedecen.

2. Sentencia: se desestima la petición. Asimismo, se declara que ningún tribunal islámico u organización afín podrá pronunciar *fatwas* que afecten los derechos, el estatus y las obligaciones de las personas. Dado que las *fatwas* no son dictadas por un sistema judicial reconocido por la ley, no tienen fuerza vinculante para nadie, ni siquiera para la persona que la haya solicitado. Las *fatwas* no tienen fuerza de ley y, por lo tanto, no pueden ser ejecutadas con métodos coercitivos. Toda persona que intente ejecutar una *fatwa* será sancionada con arreglo a la ley por ejercer una actividad ilegal.

No cabe duda de que en la India existen tribunales islámicos que pronuncian fatwas, pero ninguno de ellos ha sido creado por una ley sancionada por la legislatura competente. Los administradores de justicia islámica no tienen autoridad alguna para imponer sus opiniones o ejecutar sus fatwas de manera coercitiva. En efecto, más allá del estatus que las fatwas hayan tenido durante los dominios mogol y británico, lo cierto es que no tienen cabida en la India independiente. No forman parte del

corpus juris del Estado. En consecuencia, el planteo del peticionante de que existe un sistema judicial paralelo resulta erróneo.

El pronunciamiento de *fatwas* forma parte de un sistema judicial informal que tiene por objeto encontrar una solución amistosa entre las partes. Se deja a discreción de las personas el aceptar, ignorar o rechazar esa propuesta de solución. Sin embargo, dado que las *fatwas* se basan en la religión, producen un fuerte impacto psicológico en las personas que no las cumplen.

En opinión de esta Corte, no es objetable el pronunciamiento de *fatwas* sobre asuntos religiosos u otros temas mientras no se vulneren los derechos que la ley garantiza a las personas. Por ello, teniendo en cuenta que una *fatwa* puede causar inmensos e irreparables daños en las personas, es preciso hacer una advertencia: los tribunales islámicos no deben pronunciar *fatwas* que involucren a personas. No deben hacerlo en relación con los derechos, el estatus y las obligaciones de los musulmanes a menos que la *fatwa* sea solicitada por la persona involucrada. Las *fatwas* no pueden ser utilizadas para castigar a inocentes. Ninguna religión, incluido el Islam, castiga a los inocentes. La religión debe ser misericordiosa con la víctima: no puede ser utilizada como fuerza deshumanizadora.

Nota del Instituto: una fatwa es un pronunciamiento jurídico islámico dictado por un especialista en la ley islámica (mufti) sobre un asunto específico para resolver un tema en el que la jurisprudencia islámica no resulta clara. Una fatwa es comparable a una sentencia de una high court o de una Corte Suprema. Sin embargo, no tiene efecto o fuerza vinculante. A pesar de ser aplicable a todos los miembros de la fe islámica, el individuo tiene la opción de respetarla o no. Si bien actualmente no existe una autoridad islámica central—la última fue disuelta con la caída del Imperio Otomano—, existen estándares generales a seguir para investir a alguien con autoridad para dictar una fatwa. Esos estándares son sumamente rigurosos y requieren muchos años de capacitación y estudio. En efecto, una fatwa no se basa en los deseos y opiniones del muftí, sino que es pronunciada de conformidad con cinco precedentes existentes en las fuentes del derecho islámico (fuente: Islamic Supreme Council of America).

CORTE SUPREMA DE INDIA, *Vishwa Lochan Madan v. Union of India & ors.*, sentencia del 7-7-2014, en http://www.islamicsupremecouncil.org/understanding-islam/legal-rulings/44-what-is-a-fatwa.html.



DERECHO MINERO. PROHIBICIÓN DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE MINAS DE HIDRO-CARBUROS POR FRACTURACIÓN HIDRÁULICA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. LIBERTAD DE EMPRESA. DERECHO DE PROPIEDAD. DERECHO AMBIENTAL. CARTA DEL MEDIO AMBIENTE, ARTS. 5 Y 6. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la sociedad *Schuepbach Energy LLC* promovió una acción judicial alegando que los arts. 1 y 3 de la ley nº 2011-835 del 13 de julio de 2011, que prohíben la exploración y explotación de las minas de hidrocarburos

líquidos o gaseosos por fracturación hidráulica, derogan los permisos exclusivos de investigación, menoscaban la igualdad ante la ley, la libertad de empresa y el derecho de propiedad, y desconocen el principio precautorio establecido en el art. 5 de la Carta del Medio Ambiente, así como el de conciliación de las políticas públicas, el de protección y puesta en valor del medio ambiente, el de desarrollo económico y el de progreso social reconocidos en el art. 6 de dicha Carta.

Por tal motivo, la sociedad recurrió al Consejo de Estado para que solicitara al Consejo Constitucional que determine si los arts. 1 y 3 de la ley citada anteriormente armonizan con los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

2. Sentencia: los arts. 1 y 3 de la ley nº 2011-835 del 13 de julio de 2011, que prohíben la exploración y la explotación de las minas de hidrocarburos líquidos o gaseosos y las perforaciones por fracturación, no vulneran la Constitución.

El legislador consideró, al establecer diferencias en las normativas, que la perforación de la roca no presenta los mismos riesgos para el medio ambiente cuando se realiza para estimular la circulación de agua en las reservas geotérmicas que cuando se perfora para la explotación de hidrocarburos. La diferencia de tratamiento entre los dos procesos de fracturación hidráulica de la roca está en relación directa con el objeto perseguido por la ley que la estableció.

Con relación al agravio fundado en el alegado desconocimiento de la libertad de empresa, el Consejo considera que el legislador fundó la prohibición de las perforaciones y fracturación hidráulica de la roca en el interés general en la protección del medio ambiente,. Por tal motivo, se estima que la prohibición establecida en el art. 3 de la ley del 13 de julio de 2011 no es desproporcionada para la consecución del objetivo perseguido.

Por su parte, cuando el legislador dispone, en el párrafo II del art. 3, la anulación de los permisos exclusivos de investigación en el supuesto de que sus titulares no cumplan con los requisitos exigidos, está agregando nuevas restricciones a los procedimientos técnicos de investigación y, por lo tanto, no vulnera ningún derecho adquirido. Se estima que la autorización de la investigación minera limitada en tiempo y espacio no debe asimilarse a los bienes.

Los apelantes denuncian el desconocimiento de los arts. 5 y 6 de la Carta del Medio Ambiente. Dichos artículos, que se refieren a la conciliación de las políticas públicas y la puesta en valor del medio ambiente, establecen disposiciones, y no derechos ni libertades garantizados por la Constitución francesa. Por tal motivo, es inadmisible invocar su desconocimiento.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia nº 2013-346 del 11-10-2013, en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-346-qpc/decision-n-2013-346-qpc-du-11-octobre-2013.138283.html.



DERECHO PENAL. ASOCIACIÓN ILÍCITA. CONSPIRACIÓN. ESTUPEFACIENTES. COMERCIALIZACIÓN. PROCESO PENAL. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. PRUEBA. CARGA PROBATORIA. EXCEPCIONES. DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el recurrente Smith había sido acusado de conspiración por su participación en el comercio ilegal de estupefacientes (v. art. 846 del Título 21 y art. 1962(d) del Título 18 del Código de los Estados Unidos). En el presente caso, alegó que la imputación formulada en su contra no podía prosperar en razón de que había vencido el plazo de prescripción de cinco años previsto en el art. 3282 del Título 18 del Código de los Estados Unidos. El Tribunal de Distrito dio instrucciones al jurado de que condenara a Smith por cada una de las imputaciones por conspiración si consideraba que el Estado había demostrado más allá de una duda razonable que dichas conspiraciones habían existido, que Smith había formado parte de ellas y que el delito había continuado en el tiempo antes de que prescribiera la acción penal. Con relación a la defensa de su desvinculación de la conspiración, el tribunal instruyó al jurado señalando que una vez que el Estado probase que Smith era miembro de la asociación ilícita, este tenía la carga de probar su desvinculación de la misma, no obstante la prescripción de la acción penal, en razón de un estándar probatorio que exige tener el 51% de la prueba a favor (preponderance of the evidence).

Smith fue condenado y la Cámara Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia confirmó la decisión. Entonces, Smith interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

- **2. Sentencia:** se confirma la sentencia. Todo imputado de asociación ilícita tiene la carga de probar la defensa de su desvinculación de la misma.
- (a) Imponer al imputado la carga de probar su desvinculación no viola la Cláusula del Debido Proceso. El Estado solo tiene el deber constitucional de desacreditar la defensa más allá de una duda razonable cuando dicha defensa elimina uno de los elementos del delito (v. *Dixon v. United States*, 548 *U.S.* 1, p. 6 -2006-). La desvinculación no niega un elemento de los delitos de conspiración que aquí se imputaron a Smith, sino que, por el contrario, presupone que el imputado cometió el delito. La desvinculación pone fin a la responsabilidad penal del acusado por los actos de sus coautores posteriores a su desvinculación de la asociación ilícita, pero continúa siendo culpable de conspiración.

La desvinculación que se realiza con posterioridad a la prescripción de la acción penal brinda una defensa total frente al procesamiento, pero no desincrimina. Por tanto, si bien la unión de la desvinculación con la prescripción de la acción penal puede liberar a un acusado de su responsabilidad penal, lo cierto es que no impone a la fiscalía la exigencia constitucional de probar que él no se desvinculó. Así como sucede con otras defensas afirmativas, la carga probatoria recae sobre el acusado.

(b) A pesar de que el Congreso puede imponer al Estado la carga de probar la inexistencia de la desvinculación, no lo hizo aquí. Dado que el Congreso no abordó

el tema de la carga de la prueba en el art. 846 del Título 21 ni en el art. 1962(d) del Título 18 del Código de los Estados Unidos, se presume que tuvo la intención de mantener la regla del *common law* según la cual pesa sobre los acusados la carga de probar las defensas afirmativas (*Dixon*, *supra*, 13, 14).

El análisis no varía cuando la desvinculación es la base de una defensa de la prescripción de la acción penal. En esa circunstancia, el Estado solo necesita probar que la conspiración continuó existiendo luego del vencimiento del plazo de prescripción de la acción penal. Una conspiración subsiste hasta que termina o, respecto de un acusado en particular, hasta que este se desvincula. Y la carga de probar la desvinculación pesa sobre este.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Smith v. United States*, sentencia del 9-1-2013, en http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-8976_k5fl.pdf>.



DERECHO PENAL. PENAS. PENAS ACCESORIAS POR TIEMPO INDETERMINADO. MEDIDAS SUSTITUTIVAS. **INSANOS.** INTERNACIÓN TERAPÉUTICA PREVENTIVA (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el accionante cometió varios crímenes violentos bajo la influencia del alcohol, muchos de ellos con referencias sexuales.

El tribunal de distrito ordenó su internación en un hospital psiquiátrico. Posteriormente, reconfirmó su internación preventiva con base en su peligrosidad, pese a que ya había cumplido totalmente la condena a prisión que oportunamente se le había impuesto.

El Tribunal Federal de Alemania, fundándose en los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), ordenó su inmediata liberación.

Ante esta situación, la ciudad en donde vivía solicitó su internación terapéutica. Entonces, el Tribunal Regional Superior ordenó que el accionante realizara terapia provisional durante tres meses y posteriormente dispuso la internación terapéutica potencialmente indefinida solicitada.

El accionante interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

2. Sentencia: el recurso interpuesto contra la Ley de Internación Terapéutica (*Therapieunterbringungsgesetz*) resulta infundado. Esta norma es constitucional, ya que en ella la internación solo está prevista para delincuentes enfermos que hayan cometido delitos violentos y graves o delitos sexuales, y que tengan características específicas de personalidad y de comportamiento.

2.1. Voto mayoritario

2.1.1. El sentido de "derecho penal" a que alude el art. 74, párr. 1 de la Ley Fundamental ha sido objeto de diversas reformas a lo largo de la historia, especialmente en relación con la fundamentación de la pena, pasando por la retribución, la

prevención general y la prevención especial. Por lo tanto, los fundamentos legales de la prisión preventiva así como también de la internación terapéutica posterior podrían encontrarse en las leyes preconstitucionales.

Esta interpretación amplia se compadece con lo dispuesto por el art. 103, párr. 2 de la Ley Fundamental. La internación terapéutica —al igual que la prisión preventiva— tiene fundamentalmente en cuenta la peligrosidad del autor; y la pena privativa de la libertad, el resguardo de la seguridad pública. La internación terapéutica llena una laguna del derecho. La connotación del término "terapia" y su configuración no son incongruentes con el derecho penal.

- **2.1.2.** La interpretación de la Ley de Internación Terapéutica se compadece con lo dispuesto por el art. 2, párr. 2 y art. 20, párr. 3 de la Constitución.
- a) La internación terapéutica es una medida adoptada con posterioridad a una medida de seguridad. El art. 1, párr. 1 de la ley permite la detención potencialmente por tiempo indeterminado. En tanto, su art. 2 prevé la internación con un tratamiento adecuado y la puesta en libertad posterior a una terapia previa. También la prisión preventiva se diferencia —en su esencia— de la prisión propiamente dicha.
- **b)** Conforme al principio de proporcionalidad –cuyo respeto exige la Convención Europea de Derechos Humanos–, solo se puede ordenar una internación terapéutica con base en una conducta delictiva violenta y grave o sexual cometida en circunstancias específicas.

Si bien la redacción del art. 1, párr. 1 de la ley no limita la prognosis del peligro, lo cierto es que es posible realizar una interpretación restrictiva de esta norma que sea acorde con la Constitución. El fin perseguido por la norma no se opone a esta interpretación.

- c) La ley regula en su art. 2 la ejecución de la pena. Prevé la adopción de medidas adecuadas a las instalaciones en que esta se cumple y describe cómo debe ser el lugar. También hace un análisis de la organización del establecimiento en cuestión y dispone la separación de quienes se encuentran allí para realizar un tratamiento terapéutico de quienes cumplen una pena propiamente dicha. Establece que el primero de estos grupos debe recibir un trato terapéutico cuyos objetivos deben lograrse de manera que conlleven el menor estrés posible para el paciente. Con estas especificaciones, la ley establece la internación como terapia y no como castigo a los fines del art. 7, párr. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.
- **d)** Las características de "trastorno mental" a que alude el art. 1, párr. 1 de la ley son contestes con los lineamientos de la Convención Europea de Derechos Humanos.
- i) La ley no define acabadamente el concepto de desorden psicológico. Por ello, podemos hacer una interpretación literal e histórica de este concepto, las cuales son suficientemente explícitas. La jurisprudencia relativa al art. 5, párr. 1 e) de la Convención Europea de Derechos Humanos analiza profundamente la privación

de la libertad de los "enfermos psiquiátricos", y expone el sistema de clasificación de enfermedades según los estándares del ICD-10 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, 10th Ed.) de la Organización Mundial de la Salud y el DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fourth Ed.) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría. No requiere que el trastorno sea de una magnitud que excluya la responsabilidad penal del actor ni que, en términos de la psiquiatría forense, se considere una enfermedad mental, pero sí exige que constituya un complejo clínicamente reconocible de síntomas o que la persona en cuestión muestre problemas de conducta relacionados entre sí en una dimensión individual, colectiva o social.

- *ii*) Desde un punto de vista sistemático, la internación terapéutica se distingue del régimen de la prisión preventiva. El legislador estableció una tercera vía fuera de la responsabilidad penal. La ausencia de un déficit de responsabilidad penal no contraviene el art. 5, párr. 1 *e*) de la Convención y su jurisprudencia. La Convención exige que la legislación nacional satisfaga ciertos requisitos cualitativos, y la Ley de Internación Terapéutica cumple con ellos.
- *iii*) La exposición de motivos de la ley permite hacer una interpretación restrictiva del concepto jurídico indeterminado de "trastorno mental" en términos de la Convención: además, se basa en los sistemas clasificatorios ICD-10 y DSM-IV de la psiquiatría. Más inferencias se pueden hacer de la exigencia de que exista una relación causal entre el trastorno mental y el peligro, así como también de los rasgos constitutivos del tipo penal previsto en el art. 1 de la ley.
- iv) La Ley de Internación Terapéutica no infringe el art. 19, párr. 1 de la Constitución.

El art. 19, párr. 1 de la Constitución prohíbe la existencia de leyes especiales que restrinjan derechos fundamentales. Una ley especial nunca puede limitar un derecho fundamental en un caso en particular; debe ser de aplicación general. No obstante, según su redacción, el art. 1, párr. 1 de la ley, en abstracto, es solo aplicable a un grupo muy limitado de personas.

2.2. Voto en disidencia del juez Huber

En la medida que haya una mayoría del tribunal para resolver la validez constitucional, mi voto se condice con ese resultado. Sin embargo, una atribución del gobierno federal no se puede fundar directamente en el sentido de "derecho penal" (art. 74, párr.1 de la Constitución), sino que dicha atribución únicamente se infiere de la interrelación y del contexto de la ley penal.

- **2.2.1.** La opinión mayoritaria extiende el concepto "derecho penal" en términos del art. 74, inc. 1 de la Constitución.
- a) La Ley de Internación Terapéutica se aplica exclusivamente en los casos de delitos violentos y graves o delitos sexuales, en la medida que el condenado tenga trastornos mentales. En el momento de entrada en vigencia de esta norma existían diferencias significativas entre el instituto en análisis y la prisión preventiva, tal como resulta de la ley y de las exigencias legales previstas para su aplicación. A este

respecto, la Ley remite a las disposiciones de la Ley de Procedimientos en Materia de Familia en las posibilidades que brinda la jurisdicción voluntaria y justifica la exclusiva competencia del tribunal de apelaciones provincial en lo civil. El legislador debe poder interrelacionar estas ramas del derecho a fin de hacer posible una mejor interpretación constitucional de la ley.

b) Sabemos que las medidas de rehabilitación y seguridad en el ámbito penal son limitadas y específicas.

Esta interpretación amplia del concepto "derecho penal" (a que alude la mayoría) es un referente histórico. No menos importante es la integración parcial de las sanciones y las medidas del sistema dual alemán de sanciones.

- 2.2.2. Al gobierno federal, sin embargo, le compete la sanción de las leyes.
- **a)** La competencia fundada en la relación específica fundamenta y complementa en cierta medida las atribuciones territoriales. A las provincias se les ha transferido parte de sus facultades para dictar su legislación. Pero el gobierno federal conserva las atribuciones para establecer los criterios básicos en la materia.
- **b)** Cada provincia tiene su propia legislación interna, que respeta las directrices del gobierno federal. La Ley de Internación Terapéutica solo se aplica a delincuentes, ya que es aplicable en casos delictivos, fundamentando así la relación específica con el derecho penal. La regulación de la internación terapéutica es esencial para el legislador, es similar a las leyes de mejoramiento y seguridad, y llena un vacío legal. Por lo tanto, su adopción respeta la competencia legislativa provincial en virtud de la relación específica.
- c) Esta forma de asignación de competencias constituye la concepción básica prevista en el art. 70 de la Constitución, que es más justa que la interpretación de la mayoría y, a su vez, la que está prevista en el ordenamiento de cada provincia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 *BvR* 2302/11, sentencia del 11-7-2013, en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130711_2bvr230211.html.



DERECHO PENAL. PENAS. PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. CÁRCELES. RÉGIMEN PENITENCIARIO. PROGRESIVIDAD. RÉGIMEN DE VISITAS. RESTRICCIONES. PROCESO PENAL. RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL. HÁBEAS CORPUS. TERRORISMO (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Víctor Polay Campos, Peter Cárdenas Schulte, Óscar Ramírez Durand y Miguel Rincón Rincón, condenados por el delito de terrorismo que están cumpliendo su condena de prisión en la Base Naval del Callao, interpusieron un hábeas corpus solicitando que se los trasladara a un penal ordinario. La Quinta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia

de Lima hizo lugar a su pretensión. Entonces, el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) interpuso contra esta decisión un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional de Perú.

2. Sentencia: se hace parcialmente lugar al recurso interpuesto.

Se declara improcedente el cuestionamiento de los condenados de que en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval (CEREC) no existe un director del Penal, puesto que dicho argumento está referido al supuesto incumplimiento de una norma legal —el Código de Ejecución Penal— y no de una norma constitucional.

También es improcedente su objeción de falta de competencia de las Fuerzas Armadas para administrar el CEREC, pues este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha determinado que dicho centro penitenciario constituye un establecimiento penal común y no uno militar, por lo que sobre dicho extremo de la demanda hay cosa juzgada.

También se declara infundada la demanda de hábeas corpus en lo referente al régimen de visitas y a la progresividad en el tratamiento penitenciario. Siguiendo la lógica empleada por este Tribunal en los casos relativos a beneficios penitenciarios, se reafirma que no existe un derecho fundamental a la progresividad —esto es, a que el régimen penitenciario vaya cambiando (hacia un régimen con más o menos restricciones) según el resultado de evaluaciones periódicas de la conducta del interno—, sino que la progresividad de estos regímenes constituye, más bien, una opción dentro de lo constitucionalmente posible para lograr el fin resocializador.

En el caso de las visitas, cabe destacar que las restricciones que al respecto rigen en el referido centro penitenciario (permite visitas de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad, así como de otras personas que no sean familiares, con la debida autorización del Comité Técnico) se justifican en la medida de la alta peligrosidad de los internos y que a su vez dichas restricciones no tienen una magnitud que anule por completo el ejercicio de este derecho.

Finalmente, se recuerda que una persona sometida a una pena privativa de libertad no pierde *per se* todos los derechos fundamentales, sino solo aquellos que han sido restringidos en la sentencia y otros que resulten suspendidos por disposición expresa de la ley o la Constitución, por lo que se declara fundado el extremo de la demanda en el que se cuestiona que los internos no reciben ningún tipo de educación en el penal. En este sentido, se ordena al Poder Ejecutivo modificar el Reglamento del CEREC a fin de que —de un modo acorde con las condiciones de máxima seguridad—se permita estudiar a los internos dentro del referido centro penitenciario.

Por otra parte, se convalida el criterio del Poder Judicial de habilitar el uso del recurso de agravio constitucional (RAC) para la revisión de las sentencias que declaran fundada la demanda en procesos constitucionales relacionados con terrorismo, en atención al peligro que importa para la vida e integridad de las personas, y para la subsistencia del orden democrático constitucional. De esta manera, este Tribunal Constitucional amplía el alcance del RAC excepcional, pues ya no solo comprende casos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, sino también terrorismo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Expte. nº 01711-2014-PHC/TC, sentencia del 8-4-2014, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01711-2014-HC.pdf.



DERECHO PENAL. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. CONCAUSAS. **PROCESO PENAL.** PRUEBA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Banka consumió drogas durante mucho tiempo y murió después de una fiesta que duró hasta largas horas de la noche que incluyó el consumo de heroína que había comprado a Burrage. Este se declaró "no culpable" de los cargos de su imputación, donde se alegaba, inter alia, que había distribuido ilegalmente heroína y que "la muerte [...] había resultado de la utilización de esta sustancia", delito pasible de una pena de 20 años de prisión por aplicación de la cláusula de agravamiento de la pena de la Controlled Substances Act (art. 841(b)(1)(C) del Título 21 del Código de los Estados Unidos). Los peritos médicos declararon que Banka podía haber muerto aun si no hubiera consumido la heroína. Entonces, Burrage solicitó su absolución, con base en que solo podía concluirse que la muerte de Banka "había resultado del" consumo de heroína si existían pruebas de que la muerte no se hubiera producido de no ser por dicho consumo. El tribunal federal de primera instancia rechazó la petición y, en lo que aquí resulta pertinente, dio instrucciones al jurado en el sentido de que el Estado solo debía demostrar que la heroína había sido una concausa de la muerte. El jurado condenó a Burrage y el tribunal le impuso una pena de 20 años.

La Cámara Federal de Apelaciones confirmó la decisión del *a quo* y mantuvo la validez de las instrucciones dadas al jurado.

En este estado, Burrage interpueso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

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

Al menos cuando el consumo de las drogas distribuidas por el imputado no constituye una causa suficiente en forma independiente de la muerte o de las lesiones corporales graves de la víctima, no se puede aplicar al imputado el régimen de agravamiento de penas previsto en el art. 841(b)(1)(C).

- (a) El agravamiento de la pena por la "muerte resultante" previsto en el art. 841(b)(1)(C), que aumenta el mínimo y el máximo de la pena a la que está expuesto Burrage, es una cuestión que debe ser sometida a la consideración del jurado y determinarse más allá de una duda razonable (ver, por ejemplo, *Alleyne v. United States* -2013-).
- **(b)** Debido a que la *Controlled Substances Act* no define la expresión "resultar de", deberá acordarse a esta frase su significado ordinario (ver *Asgrow Seed Co. v. Winterboer*, 513 *U.S.* 179, p. 187 -1995-). Por lo general, esa frase exige una relación

de causalidad real –es decir, la prueba de "que el daño no se hubiera producido" de no ser por la conducta del imputado (*University of Tex. Southwestern Medical Center v. Nassar* -2013-). Otras expresiones similares incluidas en las leyes "debido a", "basado en" (*Safeco Ins. Co. of America v. Burr*, 551 *U.S.* 47, p. 63 -2007-) y "en razón de" (*Gross v. FBL Financial Services, Inc.*, 557 *U.S.* 167, p. 176 -2009-) han sido interpretadas de forma de requerir una relación de causalidad que satisfaga el estándar "de no ser por" (*but-for causation requirement*).

Esta Corte se niega a adoptar la interpretación permisiva que propone el Estado conforme a la cual "había resultado de" significa que el consumo de las drogas distribuidas por el imputado solo necesita ser una concausa de un conjunto de factores como la intoxicación por una mezcla de drogas, que es en sí misma una causa de muerte que satisface el estándar "de no ser por".

No es necesario analizar una regla especial creada para los casos en los cuales varias causas suficientes e independientes pero concurrentes producen la muerte, ya que en este caso no se acreditó que el consumo de heroína haya sido una causa suficiente e independiente de la muerte de Banka.

Si bien el Congreso podría haber redactado el art. 841(b)(1)(C) de forma de hacer de una acción u omisión una "causa de hecho" si constituyera un factor "sustancial" o "concausal" para producir la muerte, lo cierto es que optó por redactarlo de una forma que determina la relación causal con un estándar "de no ser por".

(c) La determinación de si la adopción del estándar de causalidad "de no ser por" o del propuesto por el Estado plantea cuestiones relacionadas con la elaboración de políticas a implementar no viene al caso, porque la función de esta Corte es aplicar la ley tal como está escrita.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Burrage v. United States*, sentencia del 27-1-14, en http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-7515_21p3.pdf.



DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. HOMOSEXUALES. MATRIMONIO. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. OBJECIÓN DE CONCIENCIA. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. OBJECIÓN A CELEBRAR MATRIMONIOS IGUALITARIOS (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: varios funcionarios promovieron una acción judicial alegando que la norma que reconoce el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo colisiona con las convicciones de algunos de ellos y de sus adjuntos, y que, al no contener una cláusula de objeción de conciencia que les permita abstenerse de celebrar estos matrimonios, violenta la libertad de conciencia y, por otro lado, desconoce el derecho a no ser perjudicado en el empleo en razón de sus opiniones o creencias.

Por tal motivo, recurrieron al Consejo de Estado para que solicitara al Consejo Constitucional que determine si los arts. 34.1, 74 y 165 del Código Civil

y el art. L.2122.18 del Código General de Administraciones Locales, que se refieren a los matrimonios celebrados por los funcionarios del Registro Civil bajo el control del Ministerio Público, armonizan con los derechos y libertades garantizados por la Constitución.

2. Sentencia: los arts. 34.1, 74 y 165 del Código Civil y el art. L.2122.18 del Código General de Administraciones Locales prevén la intervención del funcionario del Registro Civil, que ejerce sus atribuciones en nombre del Estado en la celebración del matrimonio.

Los apelantes se agravian de la inexistencia de una cláusula de objeción de conciencia que los habilite a abstenerse de celebrar matrimonios igualitarios y de la violación de su derecho a no ser perjudicados laboralmente.

El art. 10 de la Declaración de Derechos Humanos dispone que nadie puede ser perjudicado en su trabajo en razón de sus orígenes, opiniones o creencias. El Código Civil define las condiciones sustanciales del matrimonio y las formalidades a que sujeta su celebración. A fin de asegurar la aplicación de la normativa relativa al matrimonio y garantizar la neutralidad del servicio público, el legislador no permitió a los funcionarios del Registro Civil ampararse en su postura opositora para eludir el cumplimiento de los deberes que les fueron conferidos por ley.

Considerando que las normas impugnadas no desconocen el principio del pluralismo de ideas y opiniones, el principio de la libre administración local, ni ningún otro derecho o libertad garantizados por la Constitución, esta Corte declara constitucionales los arts. 34.1, 74 y 165 del Código Civil y el art. L.2122.18 del Código General de Administraciones Locales.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia nº 2013-353 del 18-10-2013, en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-353-qpc/decision-n-2013-353-qpc-du-18-octobre-2013.138338.html.



DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. LIBERTAD DE CULTO. USO DE VESTIMENTA QUE OCULTA TOTAL O PARCIALMENTE EL ROSTRO EN LUGARES PÚBLICOS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LEY. EXIGENCIAS DE PRECISIÓN, CLARIDAD Y PREVISIBILIDAD. MUJER. DIGNIDAD HUMANA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: la ley belga del 1° de junio de 2011 prohíbe el uso de cualquier vestimenta que cubra totalmente o parcialmente el rostro. La ASBL «*Liga voor Mensenrechten*», la comunidad de Etterbeek y el Consejo de Ministros plantearon su inconstitucionalidad.

Las asociaciones recurrentes tienen por objeto luchar contra la injusticia y contra cualquier ataque a los derechos de las personas y de la comunidad, y defender

los principios de igualdad, libertad y humanismo sobre los que se fundan las sociedades democráticas. Sostienen que esta ley afecta varios derechos fundamentales, especialmente la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de culto y de expresión, el derecho a la vida privada y familiar, la libertad individual, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. También alegan que se afecta la libertad de vestimenta, de expresarse por medio de la vestimenta y el derecho a circular libremente en la vía pública. Asimismo, denuncian que la norma atenta contra el derecho de circular sin ser controlado, en cuanto requiere la identificación de las personas. Por otra parte, afirman que genera un empobrecimiento cultural y que promueve una uniformidad incompatible con los derechos fundamentales de la sociedad. Por otro lado, sostienen que la redacción de la ley no permite determinar las conductas incriminadas cuando la persona cubre su rostro de manera que no se la puede identificar en "lugares de acceso al público".

Entonces, solicitaron la nulidad de la ley con base en que afecta las libertades fundamentales protegidas por la Constitución (arts. 12, inc. 2; 14; 19; 22, y 23), por la Convención Europea de Derechos Humanos (arts. 7 y 8), por los arts. 15 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por los arts. 10 y 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los recursos tramitaron en forma conjunta.

2. Sentencia: se rechazan los recursos interpuestos.

En cuanto a la supuesta violación del art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las partes no han demostrado la relación entre su situación y la aplicación del derecho de la Unión.

Las libertades de expresión y de culto no son absolutas, por lo que la manera de expresarse es susceptible de ser objeto de restricciones. El legislador defendió un modelo de sociedad en el que prevalece el individuo ante sus aficiones culturales, religiosas y filosóficas para fomentar la integración, y en el que los ciudadanos comparten un patrimonio común de valores fundamentales como son el derecho a la vida, a la libertad de conciencia, a la democracia, a la igualdad entre el hombre y la mujer, e incluso a la separación entre la Iglesia y el Estado.

De los antecedentes legislativos de la ley surge que esta persigue tres objetivos: la seguridad pública, la igualdad entre el hombre y la mujer y una mejor convivencia social.

Corresponde examinar si la ley satisface las condiciones de necesidad en una sociedad democrática y de proporcionalidad con relación a los objetivos que ella persigue.

Con relación a las razones de seguridad invocadas como fundamento para la aprobación de la norma cuestionada, se ha comprobado que las personas que ocultan su rostro no pueden ser reconocidas cuando comenten alguna infracción o afectan el orden público. Por otro lado, el legislador tuvo en cuenta el concepto de convivencia social y que las personas que ocultan el rostro no permiten —con este accionar— establecer las relaciones humanas que son indispensables en una sociedad.

En cuanto a la dignidad de la mujer, el legislador consideró que los valores fundamentales de una sociedad democrática se oponen a que las mujeres se vean

obligadas a cubrir sus rostros por presión de sus familias o de su comunidad, sin poder optar libremente. Si bien las partes recurrentes consideran que llevar un velo expresa una elección religiosa, el legislador jerarquiza la igualdad de sexos como valor fundamental en una sociedad democrática y justifica que el Estado haga prevalecer la igualdad entre el hombre y la mujer sobre la manifestación de la religión.

Esta Corte ha analizando la relación de la ley con los objetivos que dice perseguir. Esta ley modifica el Código Penal en cuanto legisla en materia de contravenciones de cuarta clase y también impone sanciones comunales administrativas que pueden ser reducidas cuando existen circunstancias atenuantes. Luego de evaluar las sanciones que prevé esta norma, se observa que no existe desproporción entre la ley y los objetivos que dice perseguir, ya que el legislador optó por la sanción penal más benigna.

Con relación a la precisión de la ley, cabe destacar que sus términos son suficientemente claros como para que cualquier persona sepa si cae o no dentro de su ámbito de aplicación y si es o no pasible de una sanción penal. Si una persona considera que se debe quedar en su casa porque no quiere circular por lugares públicos con el rostro descubierto, es una elección personal suya.

En cuanto a la discriminación indirecta y pasiva que instaura la ley denunciada por los recurrentes, cabe destacar que el legislador incluye la prohibición del uso en lugares públicos de cualquier vestimenta que no deje ver el rostro y no solamente el *niqab*. Por lo tanto, esta Corte estima que no se acuerda un trato diferente a una categoría de personas.

Con respecto a la libertad de asociación que las partes recurrentes consideran amenazada por la ley, esta Corte Constitucional resuelve que la ley atacada no tiene por objeto reglamentar la libertad de asociación de las personas, sino que solamente prevé una sanción penal cuando una persona se presente en lugares públicos con el rostro parcial o totalmente cubierto y no se la pueda identificar, al tiempo que no sea razonable pensar que estos lugares deben considerarse como lugares destinados al culto.

Por todos los motivos expuestos, esta Corte rechaza los recursos interpuestos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia nº 145/2012 del 6-12-2012, en http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-145f.pdf.



DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LIBERTAD RELIGIOSA. LIBERTAD DE CULTO. RESTRICCIONES EN ARAS DE LA SEGURIDAD. PROHIBICIÓN DEL BURQA. INJERENCIA NECESARIA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO A LA IDENTIDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: S. A. S. –una ciudadana francesa nacida en Pakistán en 1990 y residente en Francia– pertenece a la tradición musulmana sunita,

conforme a la cual la mujer acostumbra usar en público un velo que cubre todo el rostro (velo integral). Ahora bien, el 11 de octubre de 2010, Francia aprobó la ley nº 1192 (Ley), que introdujo la prohibición de usar en lugares públicos todo tipo de prenda de vestir que oculte el rostro. S. A. S. consideró que la prohibición impuesta por la Ley no le permite manifestar su credo, vivir de acuerdo con él ni observarlo en público, y, en consecuencia, presentó un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), denunciando la violación de los arts. 3, 8, 9, 10 y 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), tomados separadamente y conjuntamente con el art. 14. Asimismo, alegó que la Ley no resulta necesaria en una sociedad democrática.

2. Sentencia: se declara, por quince votos contra dos, que no ha habido una violación de los arts. 8 y 9 de la Convención. Asimismo, se declara, por unanimidad, que no ha habido una violación del art. 14 de la Convención tomado conjuntamente con los arts. 8 o 9, y que no se plantea una cuestión diferente en términos del art. 10.

La recurrente alega haber sufrido una fuerte injerencia en el ejercicio de los derechos que le garantiza el art. 9 de la Convención. Es preciso, entonces, evaluar si dicha injerencia es necesaria en una sociedad democrática por razones de seguridad pública o de protección de los derechos y libertades de terceros.

Considerando el impacto producido en los derechos de las mujeres que desean usar el velo integral por razones religiosas, la prohibición impuesta por la Ley podría considerarse proporcionada solo en un contexto en el que existiese una amenaza total a la seguridad pública. Sin embargo, el gobierno de Francia no ha demostrado que la prohibición se encuadre en ese contexto. Mientras que las mujeres afectadas por la prohibición se ven obligadas a abandonar un importante elemento constitutivo de su identidad y la manera que han elegido para manifestar su religión, lo cierto es que el objetivo del gobierno francés podría alcanzarse mediante la obligación de descubrirse el rostro e identificarse en caso de riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o ante alguna circunstancia que despierte la sospecha de falsificación de identidad. En consecuencia, no es posible afirmar que la prohibición total impuesta por la Ley sea necesaria en una sociedad democrática a los fines de garantizar la seguridad pública, en virtud de lo dispuesto en los arts. 8 y 9 de la Convención.

Las autoridades francesas han destacado la importancia de las exigencias mínimas que impone la vida en sociedad en aras de la protección de los derechos y libertades de los demás. En efecto, el memorándum que acompaña a la Ley reza como sigue: "[e]l voluntario y sistemático ocultamiento del rostro constituye un problema porque es incompatible con las exigencias fundamentales de convivencia en la sociedad francesa"; "[e]l sistemático ocultamiento del rostro en los espacios públicos –contrario al ideal de fraternidad— ... no satisface la exigencia mínima de civismo necesaria para la interacción social".

Garantizar las condiciones en que los individuos pueden coexistir en la diversidad entra en el ámbito de competencia del Estado. Es aceptable la posición de un Estado según la cual resulta esencial otorgar una importancia especial a la interacción entre los individuos y considerar que esta puede ser afectada por la circunstancia de que algunas personas oculten su rostro en los lugares públicos. Por

ello, la prohibición impugnada puede justificarse solo desde el punto de vista de que procura garantizar las condiciones necesarias para la vida en sociedad. Además, es preciso evaluar si dicha prohibición es proporcional al objetivo perseguido. Cierto es que solo un reducido número de mujeres se ven afectadas por la prohibición, ya que se trata de una pequeña proporción en relación con la población francesa y con la cantidad de musulmanes que residen en Francia. En consecuencia, imponer una prohibición total puede resultar excesivo.

Por otra parte, es indudable que la prohibición en cuestión impacta negativamente en la situación de las mujeres que, como la recurrente, han elegido usar el velo integral por razones vinculadas con su religión. En efecto, la prohibición puede implicar el aislamiento de las mismas, la pérdida de su autonomía y un impedimento en el ejercicio de su libertad para manifestar sus creencias y su derecho al respeto de su vida privada. También es comprensible que perciban la prohibición como una amenaza a su identidad.

Cabe observar, además, que un gran número de organismos dedicados a la protección de los derechos fundamentales tanto a nivel nacional como internacional consideran que la prohibición total en cuestión es desproporcionada. Entre ellos se encuentran la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos de Francia, algunas organizaciones no gubernamentales, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. También es cierto que la Ley no ha tenido buena acogida en una parte de la comunidad musulmana, incluso en algunos de sus miembros que son contrarios al uso del velo integral.

No le corresponde a esta Corte pronunciarse acerca de la necesidad de legislar sobre asuntos como los tratados aquí. Sin embargo, es preciso señalar que un Estado que realiza un proceso legislativo de este tipo corre el riesgo de contribuir a la consolidación de estereotipos que afectan a ciertas categorías de la población así como de alentar expresiones de intolerancia, cuando, por el contrario, tiene el deber de promover la tolerancia. A este respecto, es preocupante que ciertos comentarios islamófobos hayan caracterizado, como lo hicieron, el debate previo a la sanción de la Ley. Tales comentarios, que constituyen un ataque a un grupo étnico o religioso, son incompatibles con los valores de tolerancia, paz social y no discriminación que subyacen a la Convención.

Por otra parte, si bien es cierto que el alcance de la prohibición es amplio porque abarca todos los lugares accesibles al público (excepto los lugares de culto), la Ley no afecta la libertad de usar en público prendas de vestir –con o sin connotaciones religiosas— que *no* oculten el rostro. Si bien la prohibición impugnada afecta principalmente a las mujeres musulmanas que desean usar el velo integral, resulta significativo que la misma no esté expresamente basada en la connotación religiosa de las prendas en cuestión, sino solamente en la circunstancia de que estas oculten el rostro.

Es indudable que las sanciones penales vinculadas a la prohibición incrementan el impacto de la medida. Si bien es comprensible que la idea de ser procesado por ocultar el rostro en un lugar público puede resultar traumatizante para las mujeres que han elegido usar el velo integral por razones religiosas, lo cierto es que

las sanciones asociadas a la Ley son de las más leves, ya que consisten en una multa equivalente a la impuesta por delitos menores (un máximo de €150).

La recurrente alega que mediante la sanción de la Ley, el Estado francés ha restringido el alcance del pluralismo. Sin embargo, dicho Estado procura proteger un principio de interacción entre las personas, que, en su visión, resulta esencial no solo para la expresión del pluralismo, sino también de la tolerancia y la amplitud de conciencia, sin las cuales no puede existir una sociedad democrática.

Ahora bien, Francia ha tenido un amplio margen de apreciación en el presente caso. Ello es particularmente cierto porque entre los Estados miembros del Consejo de Europa hay escaso consenso en relación con el uso del velo integral. En efecto, Francia se encuentra en una posición minoritaria en Europa. Con excepción de Bélgica, ningún otro Estado miembro del Consejo de Europa ha optado por una medida semejante, a pesar de que la cuestión ha sido debatida en numerosos Estados europeos.

Por ello, y teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación otorgado al Estado demandado, esta Corte llega a la conclusión de que la prohibición impuesta por la Ley puede considerarse proporcionada al objetivo perseguido, en especial, la preservación de las condiciones de la vida en común como elemento de protección de los derechos y libertades de los demás. La prohibición impugnada, pues, puede considerarse como necesaria en una sociedad democrática.

Notas del Instituto: 1) en relación con la ley nº 1192/2010, ver *investigaciones* nº 2011, pp. 205-206; 2) ver comentario al presente fallo en: http://www.iconnectblog.com/2014/07/ the-burka-ban-before-the-european-court-of-human-rights-a-comment-on-s-a-s-v-france/>.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Case of S. A. S. v. France*, sentencia del l-7-2014, en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466"|">http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx.coe.int/sites/eng/pages/search.as



DIVISIÓN DE PODERES. CONFLICTO DE ATRIBUCIONES. MINISTERIO PÚBLICO. PODER EJECUTIVO. INMUNIDADES E INDEMNIDADES. PROCESO PENAL. PRUEBA. DERECHO A LA INTIMIDAD. ESCUCHAS TELEFÓNICAS. RESERVA DE LAS COMUNICACIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el Presidente de la República denunció un conflicto de atribuciones con el Procurador General ante el Tribunal de Palermo en relación con ciertas interceptaciones telefónicas realizadas en el marco de un proceso penal en trámite en esa ciudad. Alegó que las mismas violaban los arts. 3 y 90 de la Constitución italiana, el art. 7 de su ley reglamentaria nº 219/1989 y el art. 271 del Código Procesal Penal (CPP).

Dichas interceptaciones fueron efectuadas al ex senador Nicola Mancino, investigado junto a otras personas en el marco de un proceso penal relativo a las llamadas "tratativas" entre el Estado y la mafia, cuestión vigente entre los años 1992

y 1994. De las 9295 llamadas interceptadas, cuatro tuvieron como interlocutor al Jefe de Estado. Sin embargo, la documentación relativa a las interceptaciones de las conversaciones con el Presidente no ha sido ofrecida como prueba.

El Presidente de la República tuvo conocimiento de la existencia de tal documentación a través de una entrevista que el Procurador General sustituto Antonino Di Matteo concedió al periódico *La República*, que fue publicada el 22 de junio de 2012. El entrevistado afirmó allí que en las mencionadas actuaciones penales no había pruebas de las conversaciones con el Jefe de Estado y que, por ello, las mismas carecían de toda relevancia. En respuesta a la pregunta de si las grabaciones de dichas conversaciones serían destruidas, Di Matteo agregó que el Procurador ante el Tribunal de Palermo aplicaría la ley vigente y, por lo tanto, las que debían ser destruidas lo serían mediante un proceso ante el juez de instrucción, mientras que las relativas a otros hechos serían utilizadas en otros procedimientos.

Pocos días después de la publicación de la entrevista, el Procurador General de la Nación, por orden de la Presidencia de la Nación, solicitó al Procurador ante el Tribunal de Palermo que confirmara o desmintiera lo que surgía de las declaraciones de Di Matteo, es decir, la circunstancia de que las conversaciones telefónicas del Presidente de la República habrían sido interceptadas y que, a pesar de ser consideradas irrelevantes, el Procurador ante el Tribunal de Palermo se habría reservado el derecho de utilizarlas.

El Procurador ante el Tribunal de Palermo respondió que, considerando irrelevante, a los fines del proceso, cualquier eventual comunicación telefónica dirigida al Jefe de Estado, no preveía su utilización con fines de investigación procesal, sino exclusivamente su destrucción observando las formalidades legales. Asimismo, afirmó que en el derecho italiano actual ninguna norma prescribe o autoriza la inmediata cesación de la escucha y grabación cuando, en el curso de una interceptación telefónica legítimamente autorizada, por casualidad se escucha una conversación entre el sujeto sometido a la interceptación y otra persona en relación con la cual no puede disponerse interceptación alguna. El Procurador agregó que, en tales casos, se procede a la destrucción de la conversación legítimamente escuchada y grabada solo luego de haber evaluado la irrelevancia de la misma a los fines del proceso y con la autorización preliminar del juez de instrucción.

Según el Presidente de la República, la tesis expuesta por el Procurador ante el Tribunal de Palermo no es atendible, ya que, en su opinión, incluso las interceptaciones indirectas o casuales de conversaciones telefónicas del Jefe de Estado están radicalmente prohibidas por la ley.

En efecto, el art. 90 de la Constitución establece lo siguiente: "el Presidente de la República no responde por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, excepto en caso de alta traición o atentado a la Constitución" y agrega que: "en tales casos, será acusado por el Parlamento en sesión ordinaria, por mayoría absoluta de sus miembros".

El art. 7 de la ley nº 219/1989 en relación con el Presidente de la República prohíbe cualquier medida que ordene la interceptación de conversaciones telefónicas u otras formas de comunicación hasta tanto la Corte Constitucional no haya suspendido al Presidente en sus funciones. Tal prohibición se establece en relación

con los delitos por los cuales, con base en el art. 90 de la Constitución, el Presidente puede ser acusado de alta traición y atentado a la Constitución.

El art. 271 CPP establece las prohibiciones relacionadas con la utilización de la información obtenida a través de las escuchas y dispone que los resultados de las interceptaciones telefónicas no pueden ser utilizados cuando estas hayan sido realizadas fuera de los casos permitidos por la ley.

2. Sentencia: no competía a la Procuración General de la Nación ante el Tribunal de Palermo evaluar la relevancia de las interceptaciones de conversaciones telefónicas del Presidente de la República realizadas en el marco del proceso penal. Asimismo, en virtud de lo dispuesto por el art. 271.3 CPP, no correspondía a la Procuración omitir solicitar al juez la inmediata destrucción de la documentación relativa a las interceptaciones señaladas sin someter la misma al contradictorio entre las partes con modalidades tendientes a asegurar el secreto del contenido de las conversaciones interceptadas.

A fin de resolver este conflicto de atribuciones, es preciso hacer referencia al conjunto de principios constitucionales de los que surgen la figura y el rol del Presidente de la República en el sistema constitucional italiano.

Cabe observar preliminarmente que en todas las jurisdicciones —no solo en la constitucional— es preciso interpretar las leyes ordinarias a la luz de la Constitución y no viceversa. La Carta Magna contiene principios y reglas que no solo se imponen a las otras fuentes del derecho y condicionan, por ello, la legislación ordinaria, sino que contribuyen a conformar la legislación mediante el deber que tienen los jueces de atribuir a cada norma el significado que más se ajuste a las normas constitucionales y de plantear su inconstitucionalidad solo ante la imposibilidad, fundada en insuperables barreras fundadas en el texto mismo de la Constitución, de encontrar una interpretación conforme a esta.

El Presidente de la República representa la unidad nacional (art. 87.1 de la Constitución) no solo en cuanto unidad territorial del Estado, sino también —y sobre todo— en cuanto a la cohesión y al funcionamiento armónico de los poderes políticos y de garantía que componen el eje constitucional de la República. Se trata de un órgano de moderación y de estímulo a los demás poderes.

A fin de cumplir con eficiencia su rol de garante del equilibrio constitucional y de "magistratura de influencia", el Presidente debe tejer constantemente una red de vínculos tendientes a armonizar eventuales posiciones contrapuestas y polémicas, y a indicar a los titulares de los órganos constitucionales los principios con base en los cuales pueden y deben buscarse las soluciones a los diferentes problemas que se plantean.

Es indispensable, en este contexto, que las atribuciones del Presidente estén acompañadas continuamente por un uso discreto de lo que ha sido definido como "poder de persuasión", que esencialmente se materializa en una serie de actividades informales que pueden preceder o seguir a la adopción de disposiciones específicas por parte del Presidente o de otros órganos constitucionales. Por ello, las actividades informales del Presidente están inextricablemente unidas a las formales.

La discreción y, por ende, la reserva de las comunicaciones del Presidente de la República resultan esenciales en el ordenamiento constitucional. Por tal razón, el Presidente debe poder contar con la reserva absoluta de sus comunicaciones, no solo en relación con una función específica, sino a los fines de ejercer eficientemente todas sus funciones. Incluso aquellas que implican decisiones muy incisivas como la disolución anticipada de las asambleas legislativas (art. 88 de la Constitución) presuponen que el Presidente mantenga, en el período que precede a la toma de decisiones, intensos contactos con las fuerzas políticas representadas en el Parlamento y con otros exponentes de la sociedad civil y de las instituciones. La divulgación del contenido de tales conversaciones sería extremadamente perjudicial no solo para la figura y las funciones del Jefe de Estado, sino también, y sobre todo, para el sistema constitucional en su conjunto.

Las mismas consideraciones son válidas en relación con los contactos necesarios para un desarrollo eficaz del rol de Presidente del Consejo Superior de la Magistratura, que implica el conocimiento de situaciones y problemas específicos que conciernen al ejercicio de la jurisdicción en todos los niveles, sin interferir, claro está, en el fondo de las orientaciones procesales y sustanciales de los jueces en el ejercicio de sus funciones. Cabe asimismo recordar que el Jefe de Estado preside el Consejo Superior de Defensa y tiene el comando de las Fuerzas Armadas, razón por la cual es llamado a mantener relaciones y comunicaciones reservadas.

De todo lo expuesto es posible deducir la medida en que, en el ámbito de las prerrogativas constitucionales, se ponen de manifiesto las exigencias intrínsecas del sistema, que la Constitución no siempre enuncia mediante normas explícitas y que, por otra parte, resultan evidentes cuando se adopta un punto de vista sensible a la conservación del equilibrio entre los poderes. Esta Corte ha afirmado en reiteradas oportunidades que las prerrogativas de los órganos constitucionales —en cuanto derogatorias del principio de igualdad ante la ley, que se ubica en el origen de la formación del Estado de derecho—tienen su fundamento en el dictado constitucional, al que el legislador ordinario solo está habilitado a dar estricta ejecución. Tal exigencia, por otra parte, también es satisfecha cuando dicho fundamento, incluso ante la falta de una enunciación formal y expresa, surge unívocamente del sistema constitucional.

A partir de un correcto método interpretativo de la Constitución, no corresponde sacar conclusiones negativas sobre la existencia de una tutela general de la reserva de las comunicaciones del Presidente de la República a partir de la falta de una explícita disposición constitucional al respecto. Nadie puede dudar, por ejemplo, de la subsistencia de las inmunidades reconocidas a las sedes de los órganos constitucionales solo porque ellas no están previstas en la Constitución. Tales inmunidades están vinculadas a la existencia misma del Estado de derecho democrático. La violación de las sedes de los órganos constitucionales solo podría verificarse en un Estado autoritario, el cual, obviamente, se encuentra en las antípodas del Estado constitucional delineado en la Carta Magna de 1948.

La interpretación meramente literal de las disposiciones normativas siempre resulta una metodología primitiva, más aún cuando el objeto de la reconstrucción hermenéutica son las disposiciones constitucionales que contienen normas basadas en principios fundamentales, indispensables para el funcionamiento normal de las

instituciones de la República democrática. Una búsqueda meramente textual de las prerrogativas podría llegar a consecuencias muy extremas. Las normas de rango constitucional limitan expresamente la posibilidad de que los miembros del Parlamento o del Gobierno estén sujetos a medidas coercitivas de la libertad personal y a formas de investigación lesivas de la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio. Ante la falta de previsiones análogas en relación con el Presidente de la República, la metodología mencionada podría sostener paradojalmente que el Jefe de Estado puede estar indiscriminadamente sujeto a disposiciones coercitivas incluso por iniciativa de la policía judicial. Las comunicaciones del Presidente de la República no pueden gozar de una tutela inferior a la de los demás sujetos institucionales mencionados. El silencio de la Constitución sobre este punto expresa la inderogabilidad de la reserva de la esfera de las comunicaciones presidenciales.

Es preciso reafirmar que el Presidente, por eventuales delitos cometidos fuera del ejercicio de sus funciones, está sujeto a la misma responsabilidad penal que tienen todos los ciudadanos. Sin embargo, es inadmisible la utilización de instrumentos invasivos de búsqueda de la prueba, como lo son las interceptaciones telefónicas, que terminaría por involucrar, de manera inevitable e indistinta, no solo las conversaciones privadas del Presidente, sino todas las comunicaciones, incluso aquellas necesarias para el desarrollo de sus funciones institucionales esenciales, para las cuales se determina un entrelazamiento continuo entre aspectos personales y funcionales, no calculable *ex ante* por parte de las autoridades que realizan las investigaciones. En tales situaciones, la búsqueda de la prueba en relación con eventuales delitos extra-funcionales debe hacerse mediante otros medios (documentales, testimoniales y demás) que no ocasionen lesión alguna a la esfera, constitucionalmente protegida, de las comunicaciones del Presidente.

Por otro lado, contrariamente a lo que afirma el Procurador General, la distinción entre interceptaciones directas, indirectas y casuales no tiene relevancia alguna. En el caso en examen, la ocasionalidad de las interceptaciones efectuadas no está en conflicto. El recurrente manifiesta explícitamente que las captaciones de las conversaciones presidenciales fueron realizadas accidentalmente.

Está claro que particularmente a nivel de la protección absoluta de las comunicaciones del Presidente de la República, la simple divulgación de la existencia de las grabaciones a través de los medios de información constituye un perjuicio que debe ser evitado. Es deber de los jueces –sujetos a la ley y, por ende, en primer lugar a la Constitución– evitar que ello suceda y, de ocurrir casualmente, impedir que la lesión involuntariamente ocasionada en la esfera de reserva constitucionalmente protegida produzca ulteriores consecuencias.

La solución al presente conflicto radica en la obligación que tienen las autoridades judiciales de destruir, a la brevedad, las grabaciones de las conversaciones telefónicas del Presidente de la República efectuadas casualmente.

El instrumento procesal para alcanzar tal resultado constitucionalmente impuesto no se encuentra en los arts. 268 y 269 CPP, normas que exigen la fijación de una audiencia con participación de todas las partes del proceso, cuyos defensores tienen la facultad de examinar las actuaciones y escuchar las grabaciones presentadas.

Existe otra norma procesal, justamente invocada por el recurrente –el art. 271.3 CPP–, que prevé que el juez debe disponer la destrucción de la documentación que contenga aquellas interceptaciones cuya utilización está prohibida, en particular y, sobre todo, porque han sido realizadas fuera de los casos permitidos por la ley. Por tal razón, las interceptaciones de las conversaciones del Presidente de la República se encuadran en dicha disposición aunque hayan sido efectuadas en modo ocasional.

Las interceptaciones en cuestión deben ser destruidas bajo el control del juez. Es inadmisible que el Ministerio Público proceda unilateralmente a tal destrucción. Dicho control es garantía de legalidad, tanto en relación con la efectiva identificación de las conversaciones interceptadas al Jefe de Estado como con su inutilidad en virtud de las normas constitucionales y ordinarias citadas.

Sin perjuicio de la absoluta inutilidad de las conversaciones interceptadas del Presidente de la República, la autoridad judicial deberá, eventualmente, tener en cuenta la exigencia de evitar sacrificar los intereses vinculados a los principios constitucionales supremos, a saber, la tutela de la vida y de la libertad personal, y la salvaguardia de la integridad constitucional de las instituciones de la República.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia nº 1/2013 del 15-1-2013, en http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. CÁMARAS DE SEGURIDAD EN LAS AULAS. MENORES. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INTIMIDAD. INJERENCIAS ARBITRARIAS. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE CÁTEDRA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: la institución educativa Amelia Perdomo García compró siete cámaras infrarrojas adicionales a las ya instaladas en el año 2008 para las aulas de 6° grado a 11vo. grado. Los representantes del consejo estudiantil no estuvieron de acuerdo con dicha instalación y así lo informaron al colegio, poniendo de manifiesto que la iniciativa no había sido aceptada por la mayoría de los estudiantes. Sin embargo, la rectora alegó que dichos mecanismos eran necesarios en razón del aumento de robos acaecidos en la institución y a fin de mejorar la disciplina en los salones.

El juez de única instancia denegó el amparo solicitado por los estudiantes. Por un lado, adujo que no se había acreditado que la escuela hubiera vulnerado el derecho a la intimidad porque la instalación de cámaras en el aula de clase no invade el ámbito personal de los estudiantes, ya que los salones son espacios públicos donde profesores y alumnos interactúan para el logro de los objetivos académicos y, por ende, diferentes al ámbito personal y familiar de los menores. Afirmó que las imágenes que captan las cámaras son solamente del resorte de la institución educativa, y es en ese ámbito en el que deben ser apreciadas cuando el caso así lo requiera; es decir,

que no deben exhibirse a la comunidad en medios masivos de comunicación, dado que su contenido solo interesa a la institución educativa. Tampoco encontró que se hubiera afectado con esta instalación el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes, porque las cámaras no les impiden optar por su plan de vida ni desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones. Entendió que la medida solo tiende a garantizar la protección, seguridad y bienestar de los educandos. Más adelante agregó que la circunstancia de que la instalación se hubiera llevado a cabo en 2008 y que en 2010 la decisión fuera consultada a los estudiantes no vulnera los derechos reclamados en la acción de tutela.

Entonces, los estudiantes interpusieron una acción de tutela ante la Corte Constitucional.

2. Sentencia: se revoca la sentencia recurrida. Se ordena la remoción de las cámaras de seguridad instaladas dentro de las aulas a fin de garantizar el derecho de los alumnos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Para resolver la cuestión planteada, resulta necesario ponderar los derechos de los menores, que son sujetos de especial protección y titulares de derechos en un espacio que no es del todo privado.

Esta Corte considera que, en este caso, debe aplicarse un estándar estricto de control de constitucionalidad debido a la relevancia de los valores que estarían amenazados con la medida objeto de análisis. En primer lugar, la instalación de cámaras de seguridad en los colegios puede afectar a estudiantes, que son menores de edad, y, por ende, sujetos de especial protección constitucional. En segundo lugar, eventualmente la medida estaría afectando los derechos fundamentales de los alumnos, no sólo al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, sino a todo el catálogo de libertades y derechos fundamentales.

La instalación de cámaras de vigilancia responde a necesidades de seguridad en todo tipo de espacios. En el caso particular de la institución educativa Amelia Perdomo García de Yaguara, se aducen como razones para la implementación de esta medida las quejas de los estudiantes respecto de los hurtos de todo tipo que ocurren dentro del colegio, la insuficiencia de la celaduría que no cubre todos los días de la semana ni todas las horas en que el colegio está abierto, y los nuevos equipos que se instalarán para crear aulas virtuales completas y básicas. De lo anterior se desprende claramente que la finalidad perseguida con esta medida es constitucional, porque se orienta tanto a garantizar la seguridad de los estudiantes como de los equipos e instalaciones del colegio.

Asimismo, la medida parece idónea para la consecución del fin buscado. En efecto, por medio de las cámaras es posible disuadir a los estudiantes de cometer infracciones contra la ley y el reglamento, identificar a quienes lo desconozcan y mantener vigiladas las áreas en las que se encuentran los equipos que sirven a los docentes en el proceso de enseñanza, tales como los televisores, las computadoras y el videobeen. Sin duda, no se trata de una medida contraproducente o que no aporte a la solución del problema. Sin embargo, no existen muchos estudios que sustenten —más allá de la percepción de la gente— la real disminución de la violencia y los hechos delictivos como consecuencia de la instalación de cámaras de seguridad.

Sin embargo, cabe preguntarse si existen otros mecanismos menos lesivos para lograr el fin señalado con una eficacia similar a la de la instalación de las cámaras. Tratándose de un contexto de formación, es natural propiciar a través de procesos educativos la importancia del respeto y de la tolerancia, especialmente porque los colegios son lugares de aprendizaje donde este tipo de políticas, en el mediano y largo plazo, contribuyen a la formación de personas responsables y conscientes en todos los ámbitos.

Asimismo, conviene tener en cuenta que es responsabilidad de los docentes y del personal de la institución mantener el orden y estar atentos a las conductas de los alumnos que infrinjan la ley y el reglamento del colegio. Podría también pensarse en contratar una celaduría permanente para evitar hurtos y daños a los materiales y demás elementos de la institución. Incluso, la colocación de las mismas cámaras en corredores y sitios comunes de los colegios constituye una medida alternativa para mantener el orden y la seguridad tanto de los estudiantes como de los equipos del colegio. Por consiguiente, la instalación de cámaras no parece el único mecanismo efectivo para mantener la disciplina y evitar la violencia entre los alumnos o los daños al establecimiento.

Para poder evaluar mejor la proporcionalidad de la medida, es preciso analizar si en aras de la salvaguarda de la seguridad en el colegio, se están sacrificando más de la cuenta los derechos que se ven afectados por la medida. En este sentido, esta Corte considera que la presencia de cámaras implica un sacrificio desproporcionado del derecho de los alumnos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, como así también a todo el abanico de derechos y libertades individuales que se ejercen en dichos espacios. En efecto, las aulas de clase son espacios semiprivados en los que los estudiantes transcurren su jornada desarrollando rutinas de aprendizaje y socialización que pueden verse inhibidas por la presencia de cámaras, lo cual claramente limita su libre desarrollo de la personalidad. En este orden de ideas, otras libertades como la de expresión pueden verse afectadas si los estudiantes temen participar en la clase creyendo que lo que digan o piensen pueda ser utilizado en su contra, o que cualquier acción que realicen será grabada para luego sancionarlos. Incluso, el debido proceso podría verse violado si la información es utilizada no solo para salvaguardar la seguridad de los estudiantes y de la institución, sino también para reprimir otro tipo de examen y también otro tipo de conductas, o para comprobar, por ejemplo, que un estudiante se copió durante un examen o que no prestaba atención al profesor. Igualmente, los profesores pueden ver coartada su libertad de cátedra al sentirse constantemente observados, y esta situación amenazaría su derecho a dirigir la formación de los alumnos.

Es importante señalar que la capacidad de autodeterminarse y de desarrollarse plenamente como ser humano solamente se propicia en ciertas condiciones. El libre desarrollo de la personalidad y de las potencialidades individuales requiere, en ocasiones, estar exento de la observación y censura ajena. De este modo, la autodeterminación en el espacio de convivencia que representa el aula de clase exige que los estudiantes se sientan confiados para intervenir en el proceso de formación y aprendizaje.

Adicionalmente, los riesgos de la utilización de estos mecanismos consisten, entre otros, en la intervención o injerencia sobre comportamientos que no constituyen delito o infracción al reglamento del colegio, generalizando el control social dentro de las aulas hasta generar una verdadera "panoptización" de la misma; en la imposición de cierta idea de lo que representa un comportamiento correcto en todos los sentidos; y en la promoción de un ambiente en el que se inhiben todas las expresiones y manifestaciones típicas de los contextos escolares. A lo anterior se suma el peligro de la conservación y utilización de la información obtenida a través de las cámaras de vigilancia.

La Ley General de Educación en sus arts. 91 y 92 establece que el educando es el centro del proceso educativo y su formación debe promover el pleno desarrollo de su personalidad, no solamente a través del acceso al conocimiento, sino también mediante la educación en los valores éticos, morales y ciudadanos que contribuyan al desarrollo socio-económico del país.

Los educadores son quienes orientan dicho proceso de formación, enseñanza y aprendizaje en las instituciones educativas, cuyo fin es precisamente el de prestar el servicio público de educación.

Cuando los individuos se relacionan entre sí en determinados entornos sociales, de alguna manera renuncian a mantener en reserva algunos aspectos de su personalidad o de la información que les conciernen. En estos espacios, las personas comparten algunos intereses o conforman una comunidad que tiene una finalidad, y la injerencia de terceros puede inhibir allí las actividades de sus integrantes. Pero si bien la protección de estos ambientes es más flexible que la que se garantiza al individuo en su ámbito privado o a la familia, lo cierto es que en estos contextos sociales también es necesario evitar la injerencia de personas extrañas. Entonces, ni siquiera en entornos sociales, los individuos pierden su derecho a la intimidad, y es posible ampararlo frente a las intromisiones injustificadas de terceros.

Por esta razón, esta Corte considera que si bien la seguridad de las instituciones educativas es un objetivo legítimo, las medidas de vigilancia en el interior de las aulas a través de cámaras pueden representar una violación a la intimidad y de las libertades individuales de los educandos y de los docentes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, caso T-407/12, sentencia del 31-05-2012, en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-407-12.htm.



ESTUPEFACIENTES. COMERCIALIZACIÓN. SALUD. SALUD PÚBLICA. DERECHO PENAL. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO. ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. REQUISITO DE LA PRESENCIA DEL RESIDENTE DE LA MORADA ALLANADA. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el día 11 de agosto de 2011, desde las 11.00 de la mañana hasta las 20.00 de la tarde, agentes pertenecientes al Grupo de Investigación

de la Comisaría Distrito Oeste de Málaga colocaron un dispositivo de vigilancia en el domicilio de los imputados con motivo de información confidencial recibida sobre la venta de sustancias estupefacientes en la mencionada vivienda por parte de sus moradores. Fruto de tal vigilancia, los agentes del Cuerpo Nacional de Policía intervinientes observaron cómo entre las 12.05 y 12.47 llegaban hasta la puerta de la vivienda señalada cinco personas, las cuales, tras recibir indicaciones desde una de las ventanas de la vivienda por parte de algunos de los imputados varones, se dirigían a la puerta de la misma, donde eran atendidas por algunas de las imputadas, a las cuales entregaban dinero y a cambio recibían una bolsita de color verde con lo que parecían sustancias estupefacientes. Tras la observación realizada, fueron interceptados dos compradores: al primero de ellos se le incautó medio gramo de lo que resultó ser, tras su análisis, cocaína, y al segundo interceptado se le incautó otro medio gramo de la misma sustancia; ambos compradores fueron identificados y aceptaron declarar en cuanto al lugar en el que habían comprado y quién se la había vendido, haciéndolo el primero en condición de testigo protegido, y el segundo, identificado como Hernan, confirmando ambos que la sustancia estupefaciente había sido adquirida en el domicilio vigilado. No se procedió en esa primera vigilancia a la interceptación de las otras tres personas observadas, ante la posibilidad de que estas pudiesen avisar a los moradores de la vivienda.

Desde las 17.00 hasta las 20.00 del mismo día se montó un nuevo dispositivo de vigilancia, mientras otros miembros del Grupo solicitaban el allanamiento y registro del domicilio vigilado y de la vivienda contigua, también propiedad de dos de los imputados, al Juzgado de Instrucción n° 2 de Málaga; durante la vigilancia llevada a cabo, la agente policial observó la llegada de diez compradores a la vivienda, los cuales, tras recibir indicaciones de los imputados, Arcadio, Valeriano y José Pedro (todos ellos, mayores de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia), que se encontraban en una de las ventanas alternándose en sus funciones de control y vigilancia de los presuntos compradores, llamaron a la puerta de la vivienda, entregaron el dinero y recibieron a cambio la bolsita con la sustancia estupefaciente de mano de Mercedes, Elena y Elisabeth (todas ellas, mayores de edad y sin antecedentes penales a efectos de reincidencia), las cuales se turnaban en las labores de entrega de la sustancia estupefaciente.

En la vivienda objeto de vigilancia, propiedad de Valeriano, conviven con el mismo sus tres hijos, todos imputados, Arcadio, Elena y Mercedes, la mujer del primero, también imputada, Elisabeth, y de forma no permanente, José Pedro, novio de Elena; colindante con esta vivienda, se encuentra otra, propiedad de Arcadio y de su esposa, Elisabeth, en la que se están realizado obras de reforma y rehabilitación; ambas viviendas están comunicadas desde el interior y desde una especie de callejón trasero a través de puertas laterales, razón por la cual se solicitó autorización judicial para el allanamiento y registro de ambas viviendas.

Habiendo sido debidamente autorizados los allanamientos y registros mencionados, se comenzó a las 21.10 con el registro de la vivienda propiedad de Valeriano, en el que se encontraron los siguientes efectos: un envoltorio de plástico de color blanco con 84,75 gramos de lo que resultó ser cocaína, de una pureza del 26,74%; un envoltorio de plástico de color blanco con 49,95 gramos de cocaína,

de pureza de 73,04%; un recipiente cilíndrico de plástico con nueve envoltorios de plástico de color blanco y verde con 5,25 gramos de cocaína, de una pureza del 33,86%; varios trozos de hachís con un peso total de 65,85 gramos y un índice de THC del 2,27% (el valor de la sustancia estupefaciente intervenida en el mercado ilícito tiene un valor de €9.669,13); una balanza color gris y diez recortes de plástico en el interior de un vaso de plástico; la cantidad de €1.190,83; trece teléfonos móviles, dos ordenadores portátiles y numerosas piezas de joyería; cuatro recortes manuscritos con anotaciones de nombres y cantidades, y una libreta con nombres manuscritos y cantidades.

A Elisabeth le fueron confiscados en un monedero que llevaba consigo cuatro envoltorios de plástico verde que contenían 1,68 gramos de cocaína, de una pureza del 77,25%, y \in 320.

A Mercedes le fue intervenida la cantidad de €105,83, y a Elena, la cantidad de €10,11.

Se intervinieron asimismo una motocicleta marca Yamaha, una motocicleta marca Honda, y una camioneta 4x4 Mitsubishi Montero, todas ellas propiedad de Arcadio; y llaves de vehículos marca Opel, Renault y Fiat.

Se confiscaron asimismo dos pistolas simuladas; una escopeta marca Gamo, calibre 22, y 49 cartuchos del mismo calibre; tres catanas, dos machetes y doce navajas.

En la vivienda propiedad de Arcadio, cuyo allanamiento se inició a las 23.00, no se intervino ningún efecto, no encontrándose en aquel momento nadie en el mismo, pues Elisabeth y Onesimo se encontraban en el domicilio anteriormente reseñado.

El imputado Onesimo, que no pertenece a la familia de Elena, Mercedes y Arcadio y que no vive en el domicilio registrado, se encontraba el día del registro realizando pequeños trabajos de reparación por encargo de Valeriano en la parte superior de la vivienda, siendo observado por los agentes policiales en distintas ocasiones, entrando y saliendo de la casa, a veces trasladando materiales de construcción, a veces hablando con los compradores que se acercaban a la vivienda. Sin embargo, no se acreditó suficientemente que este participase o colaborase de algún modo en las actividades ya descriptas desarrolladas por los moradores de la vivienda.

Ha quedado debidamente acreditado que cuando los hechos ocurrieron, el imputado Valeriano era consumidor habitual y lo había sido durante un período prolongado de cocaína y alcohol, no siendo detenido en aquel momento, al encontrarse fuera del domicilio cuando se produjo la intervención policial; actualmente y desde hace más de un año, se encuentra sometido a un programa de rehabilitación en el Centro Betel, en el que ingresó voluntariamente, habiendo consumido por última vez sustancias estupefacientes en febrero de 2012, tres meses antes de ser detenido, en mayo de 2012, presentándose voluntariamente en la comisaría.

El 13 de junio de 2013, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga condenó a José Pedro, Elena, Elisabeth, Mercedes, Arcadio y Valeriano como autores criminalmente responsables de un delito contra la salud pública, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas los cinco primeros y con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de drogadicción en el caso

del último. De conformidad con el Ministerio Fiscal, se les impuso la pena de cuatro años de prisión a los cinco primeros y la pena de tres años de prisión al último, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de €25.000, con arresto sustitutorio de dos meses para el caso de impago a todos los condenados. Asismismo, se los condenó al pago de las costas procesales, correspondiendo a cada uno de ellos 1/7 del total de las causadas en este proceso, sirviéndoles de abono el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa.

Por su parte, se absolvió a Onesimo del delito contra la salud pública del que venía siendo acusado. Se acordó la destrucción de la sustancia estupefaciente intervenida y el decomiso del dinero –al que se le daría su destino legal–, así como de todos los efectos y vehículos intervenidos. Se hizo saber a las partes que contra esa sentencia tenían un recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Arcadio, José Pedro, Elisabeth y Mercedes formalizaron sus recursos alegando los siguientes motivos: 1) al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., concretamente por infracción del art. 18.2 de la C.E., violación de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, y 2) al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del art. 24.2 de la C.E., violación de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Elena formalizó su recurso alegando: 1) los mismos motivos fundamento de los alegatos de los imputados arriba mencionados, y 2) infracción a la ley de amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Crim.), por violación del art. 368 del Código Penal.

- **2. Sentencia:** no se hace lugar a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional articulados.
- **2.1.** El primer motivo del recurso formulado por Arcadio coincide literalmente con los planteados en los recursos formulados por Mercedes, Elisabeth y José Pedro, por lo que procede resolverlos conjuntamente, y se formula a través de la vía del art. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del art. 18.2 de la Constitución española, por supuesta violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Alegan las partes recurrentes que el registro se practicó sin la presencia de los moradores de la vivienda, y que el acta del registro no se confeccionó en el propio lugar donde se lo realizó, sino posteriormente en el juzgado.

El fundamento de la exigencia de la presencia del interesado, o de su representante, en el allanamiento y registro domiciliario ordenado por la autoridad judicial en un proceso penal radica, en primer lugar, en que esta diligencia afecta a un derecho personal, de naturaleza constitucional, que es el derecho a la intimidad personal, ya que el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, pues lo que se protege no es solo un espacio físico, sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 188/2013, del 4 de noviembre, en relación con el art 18.2 CE y el art. 8 CEDH); y, en segundo lugar, en que afecta al derecho a un proceso con todas las garantías, porque el resultado de dicha diligencia constituirá prueba de cargo en el juicio contra el imputado cuyo domicilio

se ha acordado registrar, lo que aconseja que en la práctica del registro se garantice la contradicción para asegurar la validez del registro como prueba preconstituida (STS 261/2000, del 14 de marzo, y STC 141/2009, del 15 de junio).

La ley procesal prevé por ello como requisito de la práctica del registro la presencia del interesado o persona que legalmente lo represente (art. 569 L.E.Crim.). El interesado a que se refiere el art. 569, al exigir su presencia en el acto del registro, no es necesariamente el titular, en el sentido de propietario o arrendatario de la vivienda. Lo determinante no es quien sea el propietario, que puede ser desconocido, no residir en el domicilio o incluso ser una persona jurídica, sino quien es el residente en el domicilio, cuya intimidad es la que va a ser afectada (STS 680/2010, del 14 de julio).

Ordinariamente, el interesado en el registro es el imputado, pues el resultado del registro va a afectar a su defensa, aunque no siempre tiene que ser necesariamente el imputado la persona presente en el registro autorizado judicialmente. El imputado o la persona contra la que se dirige el procedimiento puede encontrarse en paradero desconocido, o simplemente fuera de la vivienda y no ser localizable en el momento del registro. La entrada y el registro en un domicilio autorizado en el curso de un procedimiento judicial por delito constituye, por su propia naturaleza, una diligencia de carácter urgente que no se puede demorar a la espera de que el imputado regrese a su domicilio o sea localizado policialmente.

Por ello, la ley autoriza a prescindir del interesado "cuando no fuere habido" (art. 569 L.E.Crim.), lo que resulta claramente referido al imputado, pudiendo en estos casos realizarse el registro ante cualquiera de sus familiares mayores de edad, estimando la doctrina jurisprudencial, al atender a una realidad social en la que las agrupaciones domiciliarias ya no se realizan necesariamente por familias en sentido estricto, que esta norma es aplicable a todos los moradores de la vivienda mayores de edad, aunque no sean familiares en sentido estricto (STS 111/2010, del 24 de febrero, refiriéndose a un supuesto en el que el imputado no estuvo presente en el registro, pero sí su compañera sentimental, residente en el domicilio).

Ahora bien, lo que sí que resulta exigible es la presencia del imputado en el registro cuando se encuentre detenido o a disposición policial o judicial, pues en estos casos no existe justificación alguna para violar el principio de contradicción procesal, que se garantiza mejor con la presencia efectiva del imputado en el registro, por lo que la ausencia del imputado en estos casos es causa de nulidad (STS 716/2010, del 12 de julio).

Esta regla no es aplicable en supuestos de fuerza mayor, en los que la ausencia de inculpado, pese a encontrarse a disposición policial, esté justificada, por ejemplo, en casos de hospitalización del imputado (STS 393/2010, de 22 del abril, o 968/2010, del 4 de noviembre), de detención en lugar muy alejado del domicilio (STS 716/2010, del 12 de julio) o bien en caso de registros practicados simultáneamente en varios domicilios (STS 199/ 2011, del 30 de marzo, 947/2006, del 26 de septiembre, y 402/2011, del 12 de abril).

En el supuesto de que haya una pluralidad de moradores imputados, y ninguno se encuentre detenido, en principio es suficiente para la validez del registro la presencia del morador o moradores que se encuentren en la vivienda cuando se vaya a practicar el registro (STS 402/2011, del 12 de abril).

Lo que no se exige necesariamente es la asistencia de letrado. Esta asistencia es imprescindible para otorgar validez al consentimiento del imputado detenido como causa que autorice el registro, pero cuando este se realiza con autorización judicial y con la garantía de la fe pública que otorga la presencia del Secretario Judicial, la asistencia del letrado del imputado no es imprescindible. La urgencia del registro para evitar la ocultación de pruebas impide ordinariamente esperar a que pueda designarse y constituirse la defensa letrada (STS 262/2006, del 14 de marzo).

La justificación última de la doctrina jurisprudencial que no exige la presencia del letrado se encuentra en la urgencia de la medida, dado que la eficacia de un allanamiento y registro descansa en que el sujeto de la misma lo ignore hasta el mismo momento de su práctica, y por ello el art. 566 L.E.Crim. previene la notificación del auto al interesado en dicho momento. La urgencia puede impedir la designación y comparecencia del letrado con tiempo suficiente para asistir a la diligencia, debiéndose evitar la posible desaparición de pruebas, vestigios y efectos del delito por parte de personas afines al detenido, que es factible que se produzca desde que conozcan su detención. Por ello, se estima que la autorización judicial tutela suficientemente el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, a la vez que el carácter judicial de la diligencia y la presencia del Secretario Judicial tutelan la legalidad de su práctica y garantizan la fiabilidad del contenido del acta, mientras que la presencia del interesado asegura la contradicción, sin que resulte imprescindible la presencia letrada en la diligencia para garantizar los derechos fundamentales del detenido, concretamente el derecho a un proceso con todas las garantías. Esta doctrina jurisprudencial se reitera, entre otras, en las SSTS 1116/98, del 30 de septiembre, 697/2003, del 16 de mayo, 1134/09, del 17 de noviembre, 590/2010, del 2 de junio, 953/2010, del 27 de octubre, y STS 1078 /2011, del 24 de octubre.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial sobre la asistencia del interesado al registro puede resumirse muy sintéticamente diciendo que en el supuesto de que el imputado se encuentre detenido, bien con anterioridad al registro o bien en el propio acto del mismo, es imprescindible como regla general su asistencia durante el registro, so pena de nulidad de la diligencia, salvo excepciones por causa justificada, encontrándose entre estas excepciones los supuestos de hospitalización, detención en lugar alejado o registros simultáneos.

En el supuesto de que el imputado no se encuentre detenido, debe asistir asimismo a la diligencia si se encuentra presente en el domicilio cuando se vaya a practicar el registro, lo que constituye la alternativa preferente. Si no es habido en ese momento, puede ser sustituido por cualquier familiar u otro morador de la vivienda mayor de edad.

En el supuesto de que haya una pluralidad de moradores imputados, y ninguno se encuentre detenido, en principio es suficiente para la validez del registro la presencia del morador o moradores que se encuentren en la vivienda cuando se vaya a practicar el registro.

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, se impone la desestimación de la primera parte del motivo de recurso. En efecto, consta en las actuaciones que el registro se practicó en presencia de una de las moradoras de la vivienda, que es también una de las imputadas en la causa y finalmente condenada, Elisabeth.

Elisabeth es la compañera sentimental de Arcadio, residente en dicho domicilio e hijo mayor del titular de la vivienda, Valeriano, ambos también acusados y condenados. Alega la recurrente Elisabeth que no residía en dicha vivienda, sino en la contigua, cuyo registro también se acordó judicialmente, y que en la fecha de los hechos, por obras en esta segunda vivienda, residía en casa de sus padres. Consta que la vivienda contigua, que se encuentra comunicada con aquella en la que se encontraron los efectos relacionados con el tráfico de estupefacientes, se encuentra en obras y temporalmente deshabitada, por ello en el registro no se confiscó en esta segunda vivienda efecto alguno.

La recurrente Elisabeth se encontraba en la vivienda en el momento en que fue a realizarse el registro, es la compañera sentimental del hijo del titular de dicha vivienda, con quien convive, y consta que su compañero reside en casa de su padre mientras se realizan las obras en su vivienda contigua, por lo que constituye una inferencia racional, acorde a las normas de experiencia, que su compañera sentimental también resida en dicha vivienda, como ha declarado formalmente acreditado el tribunal sentenciador, con independencia de que acuda a dormir en ocasiones a casa de sus padres.

Además, la recurrente Elisabeth fue vista con anterioridad, durante la vigilancia policial, cuando desde la vivienda en cuestión atendía a diversos drogodependientes que acudían a la misma para adquirir droga. Asimismo, en la vivienda se han encontrado efectos suyos, como dos libretas de ahorro a su nombre y efectos que ordinariamente, y conforme avalan las reglas de la experiencia, las personas suelen guardar en su domicilio.

En consecuencia, ha de considerarse que Elisabeth, compañera sentimental de Arcadio, de quien estaba esperando un hijo, vivía con él en dicho domicilio, y constituye una moradora mayor de edad, relacionada familiarmente con el titular de la vivienda, e imputada en la causa, que ostenta la condición de interesada a los efectos de validar con su presencia la realización del registro.

Todo ello, con independencia de constatar que el resto de los imputados y moradores de la vivienda, con excepción del padre, Valeriano, también acudieron a la vivienda mientras se estaba realizando el registro, aunque no lo contemplaran íntegramente desde el principio.

La segunda alegación que se incluye en este motivo, interesando la nulidad de la prueba derivada del registro por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, es la de que el acta del registro no fue confeccionada por el Secretario en el propio domicilio, sino posteriormente en el juzgado.

Como señala la sentencia impugnada, constan en las actuaciones las actas de los dos registros domiciliarios firmadas por el Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción nº 2 de Málaga, y por los respectivos agentes policiales identificados en los hechos probados de la sentencia, que fueron los que acudieron a los registros.

En ellas hace constar el Secretario, bajo la fe pública judicial, que "habiéndose manifestado por Elisabeth y Onesimo su intención de no firmar el acta que se va a levantar al efecto, y dadas las circunstancias de espacio, incomodidad y circunstancias exteriores que rodean la práctica del presente registro, la presente acta se va a levantar en la sede del Juzgado de Guardia", y a continuación: "Seguidamente se

procede, ante mí el Secretario Judicial, a la práctica del registro en todas y cada una de las dependencias de la citada vivienda, dando como resultado el siguiente...", relacionándose seguidamente, minuciosamente detallados, todos y cada uno de los efectos, sustancia estupefaciente, dinero, armas, joyas encontradas en el domicilio, recogidos en los hechos probados, además de diversos documentos, entre ellos, facturas a nombre de Valeriano y Arcadio, referidas a algunos de los vehículos intervenidos, dos libretas de ahorro a nombre de Elisabeth, y otra libreta a nombre de Mercedes.

Señala asimismo la sentencia impugnada que la diligencia de entrada y registro se realizó de forma regular y lícita, en virtud del auto judicial autorizante, del 11 de agosto de 2011, cuya motivación no ha sido cuestionada en momento alguno por la parte recurrente, y se ha practicado con todas las garantías y controles legalmente pertinentes.

El hecho de que el Secretario Judicial trascribiera mecanográficamente el acta en sede judicial, por las razones ya señaladas de espacio, incomodidad y circunstancias exteriores que rodeaban la práctica del registro, no constituye un defecto formal relevante que anule la validez de la diligencia ni vulnere en absoluto el derecho fundamental invocado.

Es obvio que el Secretario tuvo que realizar primero un borrador manual del acta en el lugar del registro, teniendo en cuenta la extensión y el detalle del acta definitiva que hacen imposible que se confeccionara simplemente sobre datos memorizados, por lo que no se aprecia en qué puede afectar esta formalización definitiva del acta en sede del juzgado al derecho fundamental invocado como supuestamente vulnerado. Por otra parte, el acta aparece autorizada por el Secretario Judicial, que ostenta la fe pública, y firmada por los funcionarios policiales actuantes, no constando la firma de la recurrente Elisabeth simplemente porque se negó a ello. No se señalan tampoco discrepancias en cuanto a su contenido, por lo que la alegación formulada en el recurso puede calificarse de meramente formal y carente de relevancia.

Tampoco puede calificarse como relevante a los efectos de determinar la nulidad del registro que no se recogiesen en el acta los lugares o habitaciones concretos en donde se encontraron las sustancias estupefacientes, el dinero, las joyas, las armas, los documentos, la balanza, etc., habiendo expresado el Secretario Judicial que se procedió al registro de todas y cada una de las dependencias de la vivienda, y habiéndose recogiendo igualmente los efectos relevantes para la causa que llevaban consigo Elisabeth (dinero y papelinas de cocaína), y Mercedes y Elena (dinero), tal como se recoge de los hechos probados de la sentencia impugnada.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación del motivo.

2.2. El segundo motivo de los cuatro recursos denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia de cada uno de los cuatro recurrentes, Arcadio, Mercedes, Elisabeth y José Pedro.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida,

es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales, y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el debido proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba, y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del imputado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos, esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su convicción personal a partir del examen de pruebas que no presenció, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del tribunal sentenciador se ha producido a partir de pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

2.3. En el caso actual, la Sala sentenciadora analiza detalladamente la prueba de cargo existente contra los recurrentes, debiendo resolverse los motivos por presunción de inocencia interpuestos en los cuatro recursos conjuntamente, pues la prueba concurrente es básicamente la misma contra todos los recurrentes.

Señala la Sala sentenciadora que la prueba practicada en la vista oral ha acreditado suficiente y debidamente la participación de los imputados en la venta de sustancias estupefacientes, siendo observados claramente en sus ventas por los agentes de la Policía Nacional intervinientes, que declararon como testigos en el acto del juicio oral, con todas las garantías de la inmediación y la contradicción.

Concretamente, la agente policial que actuó como secretaria de las diligencias y que formó parte del operativo de colocación del dispositivo de vigilancia, situada a unos 30 metros del objetivo, tanto en la mañana como en la tarde del día en que posteriormente se realizó el registro, pudo observar el gran número de compradores que solo ese día acudían a las viviendas objeto de dicha vigilancia.

Esta agente pudo identificar perfectamente a todos los imputados varones (Valeriano Arcadio, siendo este último el recurrente Arcadio, y José Pedro, novio de Elena), que vigilaban la llegada de los compradores, se ponían en contacto con ellos a través de una de las ventanas de una de las viviendas y, tras hacer una llamada telefónica, les señalaban el acceso a la puerta de la vivienda donde se realizaba la venta, en la cual eran recibidos por las imputadas.

Estas imputadas (Mercedes, Elena y Elisabeth) eran las encargadas de recoger el dinero y entregar directamente la sustancia estupefaciente.

Como señala el tribunal sentenciador, la agente policial explicó detalladamente en su declaración prestada en el acto del juicio la forma en que se encontraban ubicadas ambas viviendas, así como la comunicación interior y exterior entre ellas, y distinguió perfectamente cómo la vivienda de color albero era la utilizada por los varones para efectuar la vigilancia y la pintada en blanco era la utilizada para vender directamente la droga por las distintas mujeres, llegando a indicar concretamente cuántas operaciones realizaron cada una de ellas y las horas en que se fueron produciendo las llegadas de los numerosos compradores a lo largo del día; brindó las características de ambas viviendas, de la que estaba en obras, propiedad del matrimonio formado por Arcadio y Elisabeth, las puertas laterales que comunicaban desde el exterior con ambas casas a través de una especie de callejón; manifestó haber observado perfectamente al padre y al hijo (Valeriano y Arcadio, junto a José Pedro) en la ventana, alternándose en las funciones ya mencionadas, cómo indicaban la puerta en donde estaban las mujeres, que eran las tres acusadas, indistintamente, observando los intercambios entre compradores e imputadas, y las bolsas de color verde que les entregaban; fue esta agente la que permaneció mayor tiempo vigilando las viviendas, mientras sus compañeros solicitaban la autorización judicial de entrada y registro en el Juzgado de Guardia.

En el mismo sentido declararon los demás agentes policiales que intervinieron en la operación; así, el agente policial que también realizó la vigilancia de la mañana (situado a unos 20 metros del objetivo) declaró que en el transcurso de tres horas vieron entre tres y cinco pases, y que eran las mujeres quienes entregaban las bolsitas, aunque él no podía concretar en aquel momento sus identidades; también intervino en los registros y recuerda que cuando se inició el registro no se encontraban todos los moradores presentes, quienes fueron llegando después, momento en el que fueron detenidos y pudieron presenciar parte del registro.

Otro agente policial declarante interceptó a uno de los compradores, que llevaba una bolsa de droga con las mismas características que las de los demás.

Un cuarto agente, también declarante, ratificó en el plenario el atestado, e intervino en los registros, manifestando que una de las casas estaba en obras y la otra acabada, que ambas viviendas se comunicaban entre ellas, que una tenía dos plantas y un sótano en construcción. Ratificó que se encontraron muchos objetos, cuchillos,

catanas, machetes y pistolas simuladas y de aire comprimido, muchas joyas y, en una de las viviendas, muchos elementos ornamentales y de decoración de lujo, no recordando cuántos detenidos estaban desde el principio y cuántos llegaron después, o si el acta de hizo "in situ" o en las dependencias judiciales, lo que, como ya hemos señalado, no es relevante.

Un quinto agente policial que también participó en el registro declaró cómo entró con el Secretario Judicial en el domicilio, aunque manifestó no recordar muchos detalles por el paso del tiempo.

La Sala sentenciadora analiza minuciosamente las declaraciones exculpatorias de los imputados, considerando que carecen de consistencia y contundencia suficiente para restar credibilidad y validez a la declaración realizada por los agentes policiales que participaron y sobre la cual no existen motivos objetivos de duda o falta de credibilidad subjetiva, no considerando la Sala sentenciadora que se aprecien móviles espurios en los mismos.

Destaca que estas declaraciones exculpatorias incurren en contradicciones, especialmente en cuanto al hecho de que Elisabeth y Arcadio hijo vivan de forma más o menos permanente en el domicilio objeto de registro, lo que ellos niegan, pero los otros imputados reconocen.

Razona el tribunal sentenciador que Elisabeth y Arcadio fueron observados por los agentes policiales en sus respectivas funciones en el desarrollo de la actividad ilícita que realizaron al menos durante el día que ha sido objeto de enjuiciamiento.

Concretamente, a Elisabeth se le observaron hasta cinco transacciones seguidas, durante el espacio de tiempo en que las otras dos imputadas abandonaron momentáneamente el domicilio para ir a hacer compras, o al hospital, según manifestaron en la vista oral. Y en el registro se encontraron en la vivienda dos cartillas de ahorro a nombre de Elisabeth.

Asimismo, José Pedro, que también alega no vivir en la casa, fue igualmente observado, desde la ventana de la vivienda, indicando a los compradores la puerta donde les entregarían la droga, avisando a las mujeres que tenían que proporcionarla, alternándose en sus funciones con los dos Valeriano Arcadio, padre e hijo.

Ha de tenerse en cuenta a efectos probatorios que dentro de la vivienda se encontraron libretas y hojas con anotaciones manuscritas de nombres y de cantidades, e incluso en algunas de ellas aparecen las palabras "debe" y "pagado", al lado del nombre, lo que constituye un indicio adicional de una actividad continuada de tráfico, además de confiscarse droga, una balanza, material para hacer papelinas, etc.

El análisis de las sustancias aprehendidas, realizado de acuerdo con la normativa vigente, ha determinado el peso, la pureza y el valor en el mercado ilícito de la cocaína y el hachís intervenido, constituyendo una prueba específica de la dedicación al tráfico del grupo de personas que ocupaba las viviendas registradas.

En definitiva, la Sala sentenciadora dispuso de una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, y racionalmente valorada, referida a todos los acusados, por lo que los motivos por supuesta vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia deben ser desestimados.

2.4. El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de Elena alega vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y a la presunción de inocencia.

En relación con el primero, cuestiona el registro domiciliario con los mismos argumentos ya analizados en los demás recursos, por lo que su desestimación se impone por las razones ya expuestas.

En relación con la presunción de inocencia, cuestiona la valoración de la prueba practicada, pero como ya se ha señalado, dicha valoración no corresponde en casación cuando existe una prueba de cargo directa, practicada en el juicio oral y directamente valorada por el tribunal sentenciador, que consiste en las declaraciones de los policías intervinientes en el operativo y que implica de modo preciso y contundente a la recurrente como interviniente en la actividad de tráfico.

El segundo motivo de recurso, por infracción de ley, cuestiona la subsunción de los hechos en el art. 368 C.P., pero para ello prescinde del relato fáctico, lo que obliga necesariamente a la desestimación del recurso.

Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de todos los motivos de recurso, con imposición a los recurrentes de las costas de los mismos.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala de lo Penal, STS 220/2014, sentencia del 2-6-2014, en http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/20140602%20TSP%20REC%201903.2013.pdf.



EUTANASIA. EUTANASIA PASIVA. **INSANOS.** ENFERMOS TERMINALES. TRATAMIENTOS DE SOPORTE VITAL. CONSENTIMIENTO INFORMADO. INTERÉS SUPERIOR (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el Sr. James, que había sido internado en un hospital en mayo de 2012, tenía una infección que se había complicado por el desarrollo de una enfermedad pulmonar crónica, daño renal agudo e hipotensión arterial persistente. Entonces, fue trasladado al sector de terapia intensiva, donde se lo conectó a un pulmotor. En los meses posteriores, su estado de salud fue fluctuando, con períodos de graves retrocesos como consecuencia, *inter alia*, de un infarto y de infecciones recurrentes. Con posterioridad a julio de 2012, dado su deterioro neurológico, se lo consideró incapaz de tomar decisiones relativas a su tratamiento médico, pese a que parecía reconocer y disfrutar las visitas de su esposa, parientes y amigos.

En septiembre de 2012, el fideicomiso *Aintree* del hospital promovió un proceso ante la *Court of Protection* tendiente a que se declarara que el interés superior del paciente consistía en que no se le siguieran realizando determinadas prácticas médicas —dolorosas o con considerable compromiso físico, como la resucitación cardiopulmonar (CPR)— en caso de que padeciera un mayor deterioro clínico. La familia de James adoptó un criterio diferente al de los médicos porque consideraba que, si bien James nunca recuperaría su anterior calidad de vida, lo cierto es que tenía cierta capacidad de disfrute en su situación actual y con seguridad deseaba que esta continuara.

El Código de Práctica de la *Mental Capacity Act* dispone que, en un número limitado de supuestos, el interés superior de un paciente puede consistir en no seguir recibiendo tratamientos de soporte vital "cuando estos resulten estériles, excesivamente crueles para el paciente o cuando no haya perspectiva de recuperación", aun cuando esta decisión determine la muerte de esa persona.

El juez de primera instancia interpretó que estas palabras resultaban inaplicables a los tratamientos que permitirían que James recuperara una calidad de vida que él consideraría digna: estos tratamientos no tenían por objeto lograr que estuviera totalmente sano. Por ello, estimó que no sería apropiado hacer lugar a la demanda de *Aintree*.

La *Court of Appeal* revocó esta decisión el 21 de diciembre de 2012, cuando ya el estado de salud de James se había deteriorado aún más. Estimó que la futilidad de un tratamiento debía evaluarse en términos de la mejoría o falta de mejoría que su realización generaría en el estado general de salud del paciente, y que "recuperación" aludía a la recuperación de un estado de salud que evitara la perspectiva de muerte inminente.

James sufrió un paro cardíaco y murió el 31 de diciembre de 2012. No obstante ello, la Suprema Corte abrió el recurso interpuesto por su viuda, dada la importancia de las cuestiones en discusión y los diferentes criterios adoptados por los tribunales inferiores en relación con cuál debía ser el interés superior del paciente.

2. Sentencia: el juez de primera instancia aplicó los principios adecuados y llegó a la conclusión lógica que resultaba de la prueba que tenía ante sí. Pero la *Court of Appeal* estuvo en lo cierto al adoptar su conclusión, fundada en la nueva evidencia que se había presentado. Por lo tanto, en términos técnicos, se desestima la apelación.

Lady Hale expuso la opinión del tribunal en un único voto, compartido por los lores Neuberger, Clarke, Carnwath y Hughes.

El art. 15 de la *Mental Capacity Act* de 2005 dispone que los tribunales pueden declarar a una persona capaz o incapaz, y a sus actos realizados o a realizarse lícitos o ilícitos. La ley está destinada a facultar a los jueces a hacer por el paciente lo que este haría por sí mismo si gozara de plena capacidad, pero no tiene otro alcance. Un paciente no puede ordenar a un médico que lo someta a una determinada forma de tratamiento (pero puede negarse a someterse al que no desee), y los tribunales no se encuentran en una posición diferente. Sin embargo, cualquier tratamiento que los médicos decidan realizar a un paciente debe ser lícito. En términos generales, el consentimiento del paciente es lo que torna lícito un tratamiento médico invasivo. Si un paciente no está en condiciones de prestar su consentimiento, es lícito someterlo a los tratamientos que persigan su interés superior. La cuestión fundamental radica en determinar si el interés superior del paciente reside en someterlo a un determinado tratamiento —y, por lo tanto, si este resulta lícito—, y no si es lícito decidir no realizárselo.

El punto de partida es la fuerte presunción de que el interés superior de una persona es seguir estando viva. Al considerar cuál es el interés superior de una determinada persona en un cierto momento, quienes están a cargo de tomar decisiones a su respecto deben considerar su bienestar en el sentido más amplio, y no solo en términos médicos ni psicológicos; deben estimar la naturaleza del tratamiento en cuestión, lo que este implica y sus perspectivas de éxito; deben evaluar cuál será el resultado probable de ese tratamiento en ese paciente; deben tratar de ponerse en el lugar de ese paciente específico y preguntarse qué actitud adoptaría o probablemente adoptara; y deben consultar la opinión de otras personas que tienen al paciente a su cargo o que están interesadas en su bienestar.

El juez acertadamente consideró que los tratamientos propuestos serían estériles en el sentido de ineficaces o carentes de beneficios para el paciente. Actuó correctamente al realizar un balance entre las cargas que impone el tratamiento y los beneficios de seguir con vida, y al otorgar considerable relevancia a la vida familiar de James, "cuyos vínculos son muy estrechos y significativos". Actuó acertadamente al ser cauto en circunstancias que eran variables. Un determinado tratamiento puede aportar cierto beneficio a un paciente aun cuando no produzca ningún efecto sobre su enfermedad o discapacidad de base. No es estéril si permite a un paciente reasumir una calidad de vida que el paciente hubiera considerado digna.

La *Court of Appeal* erróneamente rechazó el criterio adoptado por el *a quo*; también, cuando sugirió que la prueba de los deseos y sentimientos del paciente era objetiva, a saber, lo que un paciente razonable pensaría; asimismo, cuando afirmó que, en la medida en que resulte posible determinar los deseos y sentimientos del paciente, sus creencias y valores, o lo que para él resultaba significativo deben tomarse en cuenta porque constituyen uno de los elementos clave para elegir cuál es el correcto para él, como persona específica. Sin embargo, cuando tramitó la apelación, el estado de salud de James ya había sufrido un deterioro tan significativo que someterlo a tratamientos ya había efectivamente dejado de constituir su interés superior. Las posibilidades de que recuperara al menos la calidad de vida que previamente había tenido eran por entonces muy reducidas. Por lo tanto, la *Court of Appeal* actuó correctamente al hacer lugar a la apelación de *Aintree*.

Notas del Instituto: 1) La Court of Protection del Reino Unido toma decisiones y nombra representantes para que actúen en nombre de las personas que no pueden tomar decisiones relativas a su propia salud, economía o bienestar. 2) La cuestión del consentimiento médico en el Reino Unido mereció tratamiento recientemente cuando la Court of Protection decidió que una vasectomía constituía "el interés superior" de un hombre con discapacidad mental que carecía de capacidad para prestar un consentimiento informado para que se le practicara este procedimiento (caso A NHS Trust v. DE, FG and IK, and B Partnership Trust, sentencia judgment-16082013.pdf>). Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que las leyes suizas relativas al suicidio asistido no establecían suficientes directrices sobre el alcance del derecho a morir (Segunda Sala, caso Gross v. Switzerland, nº 67810/10, sentencia del 20-5-2013, que el 7-10-2013 fue sometida a la Corte en Pleno, en http://hudoc.echr. coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119703#{"itemid":["001-119703"]}>). 3) El 16 de agosto de 2012, la High Court de Inglaterra y Gales rechazó la presentación realizada por un hombre paralítico que impugnaba la validez de las leyes que le prohibían suicidarse (caso The Queen on the Application of Tony Nicklinson v. Ministry of Justice, sentencia del 16-8-2012, en http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/nicklinson-

judgment-16082012.pdf>). **4)** La *High Court* del Reino Unido decidió que una mujer que estaba en un "estado mínimo de conciencia" en razón del daño cerebral que tenía no satisfacía las exigencias legales para que su familia la desconectara de los mecanismos que la mantenían con vida (caso *W v. M and S and A NHS Primary Care Trust*, sentencia del 28-9-2011, en http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/w-v-m-s-nhs-primary-care-trust-28092011.pdf).

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v. James*, sentencia del 30-10-2013, en http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0134_Judgment.pdf.



EXTRANJEROS. INMIGRANTES. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. SALUD. TRANSPLANTE DE ÓRGANOS. TURISMO DE TRANSPLANTE. DIGNIDAD HUMANA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Jordán Benedito Razzini, de nacionalidad brasileña, promovió una acción de tutela contra el Instituto Nacional de Salud, la Dirección Seccional de la Salud, la Dirección Seccional de la Salud de Antioquía y el Hospital de San Vicente de Paúl, con el objeto de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y a la igualdad, presuntamente vulnerados por dichas entidades al denegarle un trasplante de hígado que necesitaba con base en que, por su condición de extranjero no residente, solo podría ser receptor del órgano solicitado si no existieran pacientes nacionales o extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, en virtud de lo establecido en el art. 40 del Decreto 2493 de 2004 (Decreto) y en la reglamentación de la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante (Instituto Nacional de Salud).

Rozzini fundó su pretensión en su derecho a recibir un trato igualitario y en lo dispuesto por el art. 95.2 de la Constitución Política colombiana de 1991 (C.P.), que dispone que los colombianos deben "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de la persona". Advirtió, asimismo, que si bien el art. 100 C.P. faculta al legislador a limitar el ejercicio de determinados derechos civiles de los extranjeros o a subordinarlos a condiciones especiales por razones de orden público, "tales restricciones 'no son absolutas, pues encuentran su límite en la dignidad del ser humano y en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales" (v. Corte Constitucional, sentencia C-1058 de 2003). Refirió también que dicho tribunal (v. sentencias T-380 de 1998, C-523 de 2003, C-1058 de 2003 y C-070 de 2004) ha señalado que los extranjeros gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades que los nacionales y que, por lo tanto, deben recibir el mismo trato y protección de las autoridades. Sostuvo que, en su sentencia T-269 de 2008, el mencionado tribunal, en ocasión de estudiar una acción de tutela en la que una ciudadana ecuatoriana no residente solicitaba la inaplicación del art. 40 del Decreto porque padecía de cirrosis y requería de un trasplante hepático, advirtió que es el paciente incluido en la lista de

espera que tenga mayor urgencia de trasplante quien debe tener prelación frente al resto, sin importar su nacionalidad o estatus de residencia.

Adujo que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, en su providencia del 8 de abril de 2010, al solicitar la nulidad de los arts. 8, 21, párr. 1 y 40 del Decreto, señaló: "la circunstancia de que una persona natural ostente una nacionalidad distinta de la colombiana, o el hecho de que aquella tenga la calidad de residente o de simple transeúnte, no es óbice para que en caso de necesidad y estando en territorio nacional, pueda llegar a convertirse en receptora de un órgano o tejido para trasplante, pues según el texto del art. 13 constitucional, el origen nacional de las personas no puede ser invocado como fundamento de ningún tratamiento discriminatorio". Finalmente, añadió que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al resolver acciones de tutela presentadas por extranjeros no residentes en las que se solicitaba el trasplante de órganos, concedió el amparo de los derechos fundamentales reclamados al advertir: "... cierto es que existe un impedimento de orden reglamentario que limita el acceso al trasplante hepático que requiere el accionante; no obstante, viéndose comprometidos directamente los derechos a la vida y a la dignidad, la actuación de las entidades accionadas no encuentra justificación debido a la innegable prevalencia de estos derechos constitucionales sobre disposiciones de orden legal que impiden su desarrollo" (conf. Providencias del 22-06-2002, 30-03-2009 y 18-05-2009, entre otras). Asimismo, Razzini trajo a colación 21 casos similares al suyo, en que los juzgados penales del circuito de Medellín habían inaplicado el art. 40 del Decreto y, en consecuencia, ordenado a las autoridades competentes autorizar el trasplante de hígado que requerían los accionantes en igualdad de condiciones que los colombianos, respetando únicamente los criterios técnico-científicos de asignación y selección.

El juez denegó el amparo solicitado porque consideró que el art. 40 del Decreto no incorpora un trato discriminatorio contra los extranjeros no residentes, sino que, por el contrario, protege los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes que se encuentran a la espera del trasplante de un órgano, tal como queda acreditado con la inclusión de los 91 pacientes extranjeros que estaban en lista de espera para trasplante de hígado. Juzgó que Razzini no podía tener una expectativa de recibir el mismo trato que los colombianos que están en lista de espera, pues había llegado a Colombia pocos meses antes con el único propósito de realizarse dicho procedimiento, sin tener en cuenta que existen colombianos que llevan esperando el trasplante de un órgano más de siete años.

Contra esa decisión, Razzini interpuso un recurso de apelación, en el que sostuvo que —a diferencia de los colombianos y los extranjeros residentes— él solo podía aspirar a recibir un trasplante en caso de presentar estado de urgencia cero o de que no existan nacionales o extranjeros residentes que lo requirieran, condición que, a su juicio, vulnera el derecho a la igualdad. La Sala Penal del Distrito Judicial de Medellín acogió favorablemente su apelación y ordenó a los demandados que lo incluyeran en igualdad de condiciones en la lista de espera para trasplante de hígado, respetando los derechos preferentes, el turno de pacientes anteriores a él y siguiendo los protocolos médicos establecidos para este tipo de intervención. Asimismo, ordenó al Instituto Nacional de Salud autorizar al Hospital San Vicente de Paúl

para que realizara el trasplante de hígado al accionante cuando le fuera asignado el componente anatómico. Llegó a esa conclusión porque consideró que el art. 40 del Decreto violenta la Constitución Política, pues constituye una afrenda a los derechos fundamentales del accionante, quien ve aminorado su estado de salud, por lo que cabe la probabilidad de que sea calificado en grado de urgencia cero, caso en el cual deberá ser atendido en las condiciones que su situación exija, sin que se tenga en cuenta su nacionalidad.

Contra esta decisión se interpuso un recurso ante la Corte Constitucional de Colombia.

2. Sentencia: se revoca la sentencia y se insta al Instituto Nacional de Salud, como Coordinador Nacional de la Red de Donación y Trasplante, para que, en el término de un mes, emita una nueva circular de procedimiento que se compadezca con las directrices sentadas en la presente providencia.

2.1. Marco legal y jurisprudencial aplicable al trasplante de componentes anatómicos a extranjeros no residentes en Colombia

En cuanto al trasplante de órganos o tejidos a personas no residentes en el país, el art. 40 del Decreto establece que "podrá efectuarse siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención".

Asimismo, señala que "la Institución Prestadora de Servicios de Salud para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional (...) o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La certificación deberá emitirse de forma inmediata (...)" (Providencia del 8-4-2010).

Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado, al resolver una demanda de nulidad de los arts. 8, 21.1 y 40 del Decreto en la que denegó las pretensiones, resolvió: "La inscripción de los pacientes en la Red de Donación y Trasplantes tiene por objeto establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante. Este mecanismo contribuye a resolver de manera justa y equitativa los conflictos que se originan en la concurrencia o lesión de derechos, garantizando la más absoluta imparcialidad en la atención de las solicitudes de quienes abrigan la esperanza de recuperar o restablecer su salud. En ese sentido, el turno de inscripción otorga al interesado una prelación frente a las demás personas que hayan formulado su solicitud en fecha posterior y obliga al órgano competente a evacuar las solicitudes en forma cronológica". Por consiguiente, cuando el artículo impugnado dispone que el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes

en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentando ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia. No huelga señalar a propósito del tema que la constatación de que no existen nacionales o extranjeros residentes en lista de espera "debe realizarse tomando en consideración el momento en el cual el extranjero no residente radica su solicitud, pues de conformidad con las ideas expuestas, es claro que los nacionales y extranjeros residentes en Colombia que formulen ese tipo de solicitudes con posterioridad a esa fecha no pueden pretender que su solicitud sea satisfecha de manera prioritaria, desplazando al extranjero no residente en Colombia que se encuentre previamente inscrito (...)". Esta Corte toma esta declaración como parte pendiente y relevante de la decisión en este caso.

2.2. Normativa internacional aplicable para el Estado Colombiano en relación con el turismo de trasplante

El 17 de noviembre de 2005, la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante, de la cual forma parte Colombia, aceptó la Declaración de Mar del Plata en la que recomendó a los Estados Miembros "implementar fuertes medidas para combatir el turismo de trasplante, entendido como desplazamiento de receptores y/o donantes a otros países con la finalidad de acceder a una donación y/o trasplante a cambio de una compensación económica y/o vulnerando las normas locales de asignación de órganos". "El intercambio de órganos y la importación y exportación de tejidos y células solo debe permitirse en el marco de convenios entre Estados o bajo la regulación y supervisión de los organismos oficiales pertinentes de ambos países".

Posteriormente, la Sociedad de Trasplante y la Sociedad Internacional de Nefrología, al advertir que la venta de órganos, el turismo de trasplante y el tráfico de donantes habían aumentado ante la escasez mundial de órganos, convocaron a más de 150 representantes de organismos médicos y delegados de los Estados —entre ellos, de Colombia— para celebrar en Estambul, entre el 30 de abril y el 2 de mayo de 2008, una cumbre sobre la referida problemática. En dicha reunión, se declaró que "el viaje para trasplantes es el traslado de órganos, donantes, receptores o profesionales del trasplante fuera de las fronteras jurisdiccionales, dirigido a realizar un trasplante. El viaje para trasplantes se convierte en 'turismo de trasplantes' si implica el tráfico de órganos o la comercialización de trasplantes, o si los recursos (órganos, profesionales y centro de trasplantes) dedicados a suministrar trasplantes a pacientes de otro país debilitan la capacidad del país de ofrecer servicios de trasplantes a su propia población".

Asimismo, la Red/Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplante, en la reunión que se llevó a cabo el 28 y 29 de octubre de 2009 en la ciudad de Bogotá con los delegados de varios Estados, recomendó: "que las autoridades e instancias judiciales de los países reconozcan que los trasplantes de pacientes extranjeros vía tutela o recurso de amparo, vulneran los derechos de los nacionales del país receptor,

toda vez que los órganos para trasplante son un recurso escaso y es responsabilidad de cada país desarrollar sistemas de trasplante que le permitan ser autosuficientes en la procuración y trasplantes de órganos, tejidos y células".

2.3. El derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia

El derecho a la igualdad de los extranjeros se encuentra contemplado en la Constitución Política de 1991, en dos disposiciones diferentes: la primera de ellas es el art. 13, según el cual "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica". Sin embargo, esto no es óbice para que el legislador establezca tratamientos diferenciales entre nacionales y extranjeros cuando los mismos tengan una justificación objetiva y razonable.

Al respecto, esta Corte Constitucional señaló: "El derecho a la igualdad no presenta, en todos los casos, el mismo alcance para los extranjeros que para los nacionales (v. sentencias C-395 de 2002, C-768 de 1998 y C-1259 de 2001). En efecto, cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar i) si el objeto regulador permite realizar tales distinciones (v. sentencia C-768 de 1998); ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido (*ibídem*); iii) el carácter objetivo y razonable de la medida (v. sentencia C-179 de 1994); iv) la no afectación de derechos fundamentales; v) la no violación de normas internacionales (sentencia C-1024 de 2002), y vi) las particularidades del caso concreto (v. sentencia C-768 de 1998)" (conf. Sentencia C-913 de 2003).

La segunda disposición de la Constitución Política que regula el derecho a la igualdad de los extranjeros es el art. 100, que establece que "los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, los extranjeros gozarán, en el terreno de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital".

Por su parte, la jurisprudencia de esta Corte Constitucional ha armonizado lo dispuesto en los arts. 13 y 100 con el fin de precisar el alcance del derecho a la igualdad de los extranjeros. En la ya citada sentencia C-768 de 1998, este tribunal determinó: "El art. 13 consagra la obligación del Estado de tratar a todos en igualdad de condiciones. Obviamente, esta norma no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular los distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia, sino que opera a la manera de un principio general de acción del Estado, que implica que siempre debe existir una justificación razonable para el establecimiento de tratos diferenciados" (v. sentencia C-445 de 1995). "Al mismo tiempo, el primer inciso señala cuáles son los criterios que, en principio, son inaceptables para el establecimiento de diferenciaciones. En su presencia,

como ya lo ha señalado esta Corporación, el examen de igualdad que realiza el juez constitucional debe ser estricto o intermedio, según el caso, de manera tal que el creador de la norma debe justificar sobradamente la necesidad o conveniencia de la diferenciación" (v. sentencia C-445 de 1995). Entre los criterios sospechosos mencionados en el art. 13.1, se encuentra el del origen nacional. "Este criterio también incluye a los extranjeros. Sin embargo, con respecto a este grupo de personas debe aclararse que el art. 100 de la Constitución autoriza la limitación o supresión de algunos de sus derechos y garantías. Es así como la mencionada norma permite la restricción o denegación de algunos de sus derechos civiles, siempre y cuando medien razones de orden público. Asimismo, el artículo señala que la Constitución y la ley podrán limitar el ejercicio por parte de los extranjeros de las garantías concedidas a los nacionales e, igualmente, precisa que los derechos políticos se reservan a los nacionales, aun cuando se admite que la ley podrá autorizar la participación de los extranjeros residentes en Colombia en las elecciones del orden municipal o distrital. Es decir, el mismo art. 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión 'origen nacional' contenida en el art. 13 cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros. De lo anterior se colige que no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar" (v. sentencia C-768 de 1998).

Así pues, a los efectos de preservar el derecho a la igualdad de los extranjeros, el juez constitucional debe precisar si la limitación impuesta se inscribe en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre nacionales y extranjeros –tal como lo señala el art.100–, o si, por el contrario, la distinción establecida por el legislador es razonable constitucionalmente, en términos del art. 13 y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional.

Si el juez está frente a la segunda hipótesis, debe determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el texto fundamental. Para ello, debe establecer: (i) la diferencia entre los supuestos de hecho, (ii) la presencia de un fin que explique la diferencia de trato, (iii) la validez constitucional de ese fin, y (iv) la eficacia de la relación entre los supuestos de hecho, la norma y el fin.

De conformidad con lo expuesto, este Tribunal pasa a examinar si el art. 40 del Decreto vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros no residentes en el territorio nacional. Dicha disposición señala: "La prestación de servicios de trasplante de órganos o implante de tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, podrá efectuarse siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la

atención. La Institución Prestadora de Servicio de Salud para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La certificación deberá emitirse de forma inmediata por parte de la Coordinación Regional".

En ese orden de ideas, se advierte que la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en el territorio nacional está condicionada a que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas nacional o regional de espera. Lo anterior encuentra fundamento en el art. 48.2 C.P., según el cual el Estado colombiano debe garantizar el derecho a la seguridad social de todos los habitantes del territorio, es decir, de todas las personas que vivan o residan en el país.

Asimismo, el art. 2 C.P. dispone que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los participantes".

Al respecto, esta Corte Constitucional, en su sentencia T-215 de 1996, señaló: "... los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley; así, es evidente que la mencionada disposición constitucional (art. 100) garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales. Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el art. 4.2 de la Carta que expresa: 'Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades'".

Así las cosas, se advierte que el art. 40 consagra un trato preferente para los nacionales y extranjeros residentes en el territorio nacional respecto de los extranjeros no residentes. Sin embargo, ello encuentra justificación en las diferencias que existen entre unos y otros, pues si bien todos pueden requerir un trasplante de componente anatómico, solo los nacionales y extranjeros residentes deben cumplir permanentemente con los deberes que les imponen la Constitución Política de 1991 y la ley, lo que les permite exigir del Estado colombiano la garantía de sus derechos fundamentales, mientras que los extranjeros no residentes —en razón de su corta permanencia en el país, por ejemplo— no contribuyen con el sostenimiento del sistema de seguridad social, entre otras obligaciones.

De igual manera, se advierte que el deber de solidaridad del Estado colombiano para con los extranjeros no residentes en el territorio nacional en materia de salud se hace efectivo solo en situaciones que sean imprevistas e irresistibles, pues, en principio, corresponde al Estado del cual es nacional el extranjero garantizar su derecho fundamental a la salud; lo anterior, teniendo en cuenta que el paciente no puede elegir el país al cual desea imponerle la carga de su enfermedad.

En ese orden de ideas, considera este Tribunal que el tratamiento diferenciado consagrado en la referida norma es legítimo en la medida en que busca garantizar los derechos fundamentales de los pacientes nacionales y extranjeros residentes que se encuentran en lista de espera, y, a su vez, pretende desincentivar el turismo de trasplante en el país.

Del mismo modo, se evidencia que la referida disposición es eficaz, pues en el informe anual de la Red de Donación y Trasplante de mayo de 2012 se indicó que el número de trasplantes realizados a extranjeros no residentes en el país "ha venido disminuyendo en los últimos seis años, lo que es atribuible a la gestión realizada desde la Coordinación Nacional de Donación y Trasplantes en cumplimiento de la normatividad vigente". Asimismo, se deduce que "en el año 2011 se realizaron diez (10) trasplantes a receptores extranjeros no residentes en Colombia, lo que representa el 0,9% del total de trasplantes realizados en el año 2011, en el año 2010 se realizaron (17) trasplantes, lo que representó el 1,45%".

Según lo expresado hasta aquí, ha de entenderse entonces que el art. 40 del Decreto no vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros no residentes en el territorio nacional y que, por lo tanto, debe ser aplicado en su totalidad, de forma tal que la prestación de servicios de trasplante a extranjeros no residentes en Colombia seguirá sujeta a que no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en las listas regional y nacional de espera, sin importar que la fecha de la certificación expedida por la Coordinación Nacional de la Red de Donación y Trasplante al extranjero no residente sea anterior a la de otros receptores nacionales y extranjeros residentes, pues, como se explicó anteriormente, estos últimos tienen prioridad.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional pasa al análisis del caso concreto.

2.4. Análisis del caso concreto

Cabe señalar que el procedimiento de trasplante de hígado que requería Razzini fue realizado el 17 de mayo de 2011 por el Hospital San Vicente de Paúl en virtud de la orden dada por la Alzada el 27 de enero de 2011, durante el trámite de la acción de tutela, por lo cual resulta abstracto proferir una orden al respecto. Sin embargo, esto no es óbice para que este Tribunal determine si la decisión proferida se ajusta a la Constitución Política de 1991 y a la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional.

A juicio de este Tribunal, el art. 40 del Decreto no vulnera el derecho a la igualdad de los extranjeros no residentes en el territorio nacional pues, como se desprende de lo expuesto *ut supra*, el trato diferente que consagra dicha disposición encuentra justificación en los arts. 13 y 100 C.P.

Aunado a lo anterior, se advierte que la inclusión de extranjeros no residentes en el territorio nacional en las listas de espera para trasplantes de componentes anatómicos del país vulnera los derechos fundamentales de los nacionales y extranjeros residentes, pues como se explicó en los considerandos de esa providencia, el proceso de asignación de dichos componentes a los pacientes se realiza de conformidad con criterios técnico-científicos, dentro de los cuales se encuentra el turno en la lista de espera. Sin embargo, en la mayoría de las veces, como sucede en el caso objeto de

estudio, este no es el criterio que define la asignación del órgano, ya que existen otros de mayor relevancia, como el estado de salud del receptor.

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal estima que la providencia proferida por el juez no se ajusta a la Constitución Política de 1991 y a la jurisprudencia de la Corporación; en consecuencia, se revoca el fallo de instancia.

De igual manera, la Sala insta al Instituto Nacional de Salud, como Coordinador Nacional de la Red de Donación y Trasplante, para que en virtud de sus competencias legales emita una circular de procedimiento de acuerdo con las directrices sentadas en esta providencia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T- 1088 de 2012 del 12-12-2012, en http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/T-1088-12.pdf.



EXTRANJEROS. INMIGRANTES. INMIGRANTES RESIDENTES. DEPORTACIÓN. PROCESO PENAL. IMPUTACIÓN PENAL. EFECTOS EN MATERIA INMIGRATORIA. DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. ASESORAMIENTO JURÍDICO DEFICIENTE (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: José Padilla, que ha tenido legalmente la residencia permanente en Estados Unidos durante más de 40 años, se enfrentó a la posibilidad de ser deportado luego de haberse declarado culpable en un proceso por distribución de drogas que tramitó en Kentucky. En el trámite judicial posterior a la condena, alegó que su abogado no solo no le había advertido, antes de hacer dicha declaración, sobre las consecuencias que esta tenía, sino que además le había dicho que no se preocupara por la posibilidad de deportación, puesto que había vivido mucho tiempo en los Estados Unidos. Afirmó que, de haber estado bien asesorado, hubiera optado por ir a juicio.

La Suprema Corte de Kentucky rechazó el recurso interpuesto por Padilla, fundándose en que el derecho a contar con un asesoramiento jurídico adecuado garantizado por la VI Enmienda no protege a los acusados cuando el mal asesoramiento es en materia de deportación, puesto que esta es solo una consecuencia secundaria (collateral) de una condena. Entonces, Padilla interpuso un writ of certiorari ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

- 2. Sentencia: un abogado defensor debe informar a su cliente si la declaración que va a realizar conlleva un riesgo de deportación. Padilla ha fundado en forma suficiente una pretensión de que ha recibido un asesoramiento jurídico deficiente en términos constitucionales. La determinación de si merece o no una reparación depende de que se haya visto perjudicado, cuestión que aquí no ha sido tratada.
- (a) Las reformas a las leyes de inmigración han incrementado mucho las probabilidades de que un no ciudadano sea condenado en sede penal. Aunque alguna vez existió una limitada categoría de delitos que daban lugar a la deportación y los jueces ejercían sus amplias atribuciones discrecionales para evitar imponer esta

medida, las mencionadas reformas han ampliado la categoría de delitos que dan lugar a la deportación y limitado las atribuciones de los jueces que permitían aliviar las duras consecuencias que esta tiene.

Dado que la drástica medida de la deportación o remoción ahora resulta virtualmente inevitable para un amplio número de no ciudadanos condenados en sede criminal, nunca ha sido más importante para estos contar con un asesoramiento jurídico eficiente. Por lo tanto, en términos del derecho federal, la deportación forma parte integrante de la sanción que se puede imponer a los no ciudadanos que se reconocen culpables de la comisión de determinados delitos.

(b) La doctrina formulada en Strickland v. Washington (466 U.S. 668 - 1984-) resulta aplicable a la pretensión de Padilla. Antes de decidir si va a declararse culpable, un acusado tiene derecho a contar con la "asistencia eficiente de un abogado competente" (McMann v. Richardson, 397 U.S. 759, p. 771 -1970-). La Suprema Corte de Kentucky rechazó la pretensión que Padilla fundó en la falta de eficiencia, fundándose en que el asesoramiento que este acusado había buscado en relación con la deportación solo se vinculaba a aspectos secundarios de la misma.

Esta Corte nunca ha distinguido entre consecuencias directas y secundarias (collateral) para definir, en términos constitucionales, el alcance del derecho a contar con una "asistencia profesional razonable" reconocido en Strickland (cit., p. 689). La singular naturaleza de la deportación torna innecesario considerar en este caso si esa distinción resulta apropiada. Si bien los procesos de remoción son de naturaleza civil, la deportación está íntimamente vinculada a los procesos criminales, y esto torna singularmente difícil clasificarla como una consecuencia directa o como una secundaria (collateral). Como esta distinción no resulta idónea para evaluar una pretensión fundada en Strickland relativa al riesgo específico de deportación, el asesoramiento en materia de deportación no está, como categoría, eliminado del ámbito del derecho a contar con asesoramiento letrado, que otorga la VI Enmienda.

(c) En Strickland, se estableció un estándar de dos pasos: la actuación del abogado defensor debe caer "dentro de un estándar objetivo de razonabilidad" (Strickland, cit., p. 688) y debe existir una "probabilidad razonable de que el resultado del proceso hubiera sido diferente de no ser por los errores no profesionales del abogado defensor" (id., p. 694). El primero –la deficiencia constitucional– está necesariamente vinculado a la práctica y a las expectativas de la comunidad jurídica (id., p. 688). La gravitación de las normas profesionales prevalecientes brinda sustento a la tesis de que el abogado defensor debe advertir a su cliente el riesgo de deportación. Y esta Corte ha reconocido la importancia que para el cliente tiene "... 'preservar el ... derecho a permanecer en los Estados Unidos'... "y "preservar la posibilidad de obtener medidas discrecionales que impidan la deportación" (INS v. St. Cyr, 533 U.S. 289, p. 323 -2001-).

En consecuencia, no resulta aquí difícil comprobar deficiencias: las consecuencias de la declaración que hizo Padilla en relación con su responsabilidad podían determinarse fácilmente mediante la lectura de la ley de remoción: su deportación era presumiblemente ineludible, y el consejo de su abogado fue incorrecto.

Indudablemente, existen numerosas situaciones en que no resultan claras las consecuencias que una admisión de culpabilidad tiene a los fines de una deportación. En esos casos, en una causa penal, un abogado defensor solo necesita advertir a su cliente no ciudadano norteamericano que una acusación penal en trámite puede acarrear consecuencias adversas en materia inmigratoria. Pero cuando la consecuencia, en términos de deportación, es verdaderamente clara —como era en este caso—, el deber de dar un buen consejo resulta igualmente claro. Esta Corte acepta la veracidad de las alegaciones de Padilla y estima que él ha acreditado la deficiencia constitucional que denuncia en forma suficiente como para satisfacer el criterio establecido en el primer paso del test formulado en *Strickland*. La determinación de si puede satisfacer el segundo presupuesto —el perjuicio— debe ser realizada, en primer término, por los tribunales de Kentucky.

(d) El Procurador General propone que *Strickland* solo se aplique a la pretensión de Padilla en la medida en que este ha denunciado un mal asesoramiento letrado en sentido afirmativo. Esta propuesta no resulta convincente. Si bien esta Corte debe ser cuidadosa al reconocer nuevas fundamentos para atacar la validez de las admisiones de culpabilidad, los veinticinco años que han pasado desde que *Strickland* se aplicó por primera vez a las denuncias de haber recibido una asistencia jurídica deficiente en la etapa de presentación de la demanda (*pleas*) han demostrado que estas declaraciones son menos frecuentemente materia de impugnaciones colaterales (*collateral challenges*) que las condenas impuestas luego de la tramitación de un juicio. Además, la consideración informada de la posible deportación puede beneficiar tanto al Estado como a los acusados no ciudadanos, quienes pueden suscribir acuerdos que satisfacen mejor los intereses de ambas partes. Esta decisión no va a abrir las compuertas a impugnaciones de condenas obtenidas por negociación entre la fiscalía y la parte demandada (*plea bargaining*) (cf., *Hill* v. *Lockhart*, 474 *U.S.* 52, p. 58 - 1985-).

Notas del Instituto: 1) Los collateral challenges son recursos interpuestos por vía de un incidente o mediante otro juicio cuyo propósito principal o aparente no es el acto indirectamente atacado. 2) Los pleas son presentaciones formales en juicio de las pretensiones y defensas de las partes. El concepto incluye la demanda, reconvención y sus contestaciones, así como las demás presentaciones en las que se plantean pretensiones, defensas y excepciones. En sentido más estricto, es la contestación a la demanda o a la acusación, o los hechos alegados en tal contestación. 3) El plea bargaining es la negociación entre el fiscal y el acusado en la que aquel acuerda limitar las acusaciones que formulará o la penas que solicitará, en tanto que el acusado conviene reconocer su culpabilidad respecto de ciertas acusaciones. 4) El 19-1-2011, la Suprema Corte resolvió dos nuevos casos vinculados a este tema: a) en Harrington v. Richter (en http://topics.law.cornell.edu/supct/cert/09-587), resolvió que el artículo de la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA) (§ 2254 del Título 28 del Código de los Estados Unidos), que autoriza a recurrir ante un tribunal federal solo las decisiones judiciales estaduales que resulten de una aplicación irrazonable del derecho o de una determinación irrazonable de los hechos, no resulta aplicable a las dictadas sin una fundamentación que las acompañe. En esta sentencia, adoptada por 8 votos favorables y ninguno negativo, la Corte afirmó que, cuando la decisión de un tribunal estadual está acompañada de su fundamentación, quien pretende obtener una reparación de hábeas corpus sigue teniendo la carga de demostrar

que el tribunal no tenía un fundamento razonable para denegar la reparación. La Corte también convalidó el estándar establecido en Strickland v. Washington (cit.) para determinar la efectividad de la asistencia letrada con que se contó durante un juicio. Al exponer su alegato oral, Richter había afirmado que el abogado defensor solo se había basado en las preguntas formuladas a los testigos presentados por la contraparte y no en la prueba forense, y que con ello había violado su derecho que le acuerda la VI Enmienda a contar con un asesoramiento jurídico efectivo. El Justice Anthony Kennedy, que expuso la opinion de la Corte, rechazó esta pretensión y estimó que "existen innumerables formas de brindar un asesoramiento efectivo en cualquier caso específico" y que a los abogados se les reconoce un amplio margen para tomar "decisiones tácticas" dentro del "amplio expectro de la asistencia profesional razonable". La Justice Ruth Bader Ginsburg escribió un voto concurrente en el cual manifestó creer que el abogado defensor no había brindado la asistencia garantizada por la VI Enmienda, pero que el error en que había incurrido no era "tan serio como para privar a Richter de un juicio justo". En consecuencia, la Corte revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones y devolvió las actuaciones; b) en Premo v. Moore (en), la Corte revocó una sentencia de esa misma Cámara Federal de Apelaciones que reconocía la pretensión de haber tenido una asistencia jurídica inefectiva. Randy Moore había fundado su pedido de reparación en que su abogado defensor no había solicitado la supresión de una confesión que pudo haber sido obtenida en forma ilegal antes de que se le aconsejara aceptar un acuerdo al que aquel había llegado con la fiscalía (plea agreement). Por 8 votos y sin ninguna disidencia, la Corte nuevamente aplicó el estándar Strickland y sostuvo que la actuación del abogado era objetivamente razonable. Estimó razonable que el tribunal estadual aceptara la explicación del abogado defensor de que hubiera carecido de sentido pedir que se declarara la inadmisibilidad de esa prueba, a la luz de las otras declaraciones admisibles de culpabilidad formuladas por Moore. La Corte también rechazó la forma en que la Cámara de Apelaciones había aplicado a este caso la doctrina establecida en Arizona v. Fulminante (decisión del 26-2-1991, en http://www.law.cornell. edu/supct/html/89-839.ZO.html>), porque consideró que dicho precedente no se aplica al estándar Strickland. La Justice Ginsburg escribió, en ese caso, un voto concurrente.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Padilla v. Kentucky*, sentencia del 31-3-2010, en http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-651.pdf.



EXTRANJEROS. INMIGRANTES. INMIGRANTES RESIDENTES. PERMISOS DE PERMANENCIA. CONCESIÓN. PELIGROSIDAD SOCIAL DEL PETICIONANTE. PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. SENTENCIA. FUNDAMENTACIÓN (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: en enero del año 2006, el señor X, de nacionalidad extranjera, solicitó la renovación de su permiso de permanencia en Italia (*permesso di soggiorno*), que le fue denegada por disposición del jefe de policía de la provincia de Cuneo. Entonces, X recurrió ante el Tribunal Regional Administrativo del Piemonte, Turín (T.A.R.) solicitando la anulación de tal disposición. El T.A.R. hizo lugar al recurso y anuló la disposición impugnada. Entonces, el Ministerio del Interior, representado y defendido por la Fiscalía General del Estado, interpuso un recurso de apelación ante el Consejo de Estado solicitando la reforma de la sentencia del T.A.R.

- **2. Sentencia:** se acoge el recurso y se reforma la sentencia impugnada rechazando el recurso original.
- **2.1.** En la sentencia de primera instancia, se observa que, en la disposición impugnada, las circunstancias que obstan a la aceptación de la solicitud de renovación del permiso de permanencia no fueron comunicadas al interesado antes de la adopción de la disposición final. En efecto, el único preaviso que a este le fue notificado en virtud del art. 10-bis de la ley Nº 241/1990 se refería a la falta de certificación de su actividad laboral. Dichas circunstancias son las siguientes: una condena penal por un delito no comprendido en los arts. 380 y 381 del Código Procesal Penal; una investigación penal en curso por posesión ilegal de arma común, lesiones graves, amenazas graves y malos tratos en el ámbito familiar; una disposición del Tribunal de Menores de Turín del 10 de junio de 2008 que otorgó la tenencia temporal de los dos hijos menores del recurrente a la madre, y un informe realizado por el jefe de policía relativo al empeoramiento, en los últimos años, de la conducta del recurrente, debido, entre otros factores, al abuso de alcohol, a una escasa inserción social del recurrente y a la falta de certeza de que este desarrollara actividades laborales estables desde el año 2005.

Asimismo, en dicha sentencia se afirma que, por todo ello, se ha vulnerado el referido art. 10-bis y que el motivo del recurso no es infundado, habiéndose negado al recurrente la instauración del indispensable contradictorio en el curso del procedimiento y habiéndose fundamentado el rechazo de la solicitud del recurrente en motivos en gran parte diferentes a los que le fueron comunicados en la instancia procesal.

2.2. En el recurso de apelación interpuesto ante este Consejo, se afirma que la disposición impugnada es legítima; que la sentencia de primera instancia es censurable por cuanto excluye la peligrosidad social del recurrente, y que, además, es contradictoria por cuanto hace referencia a todos los delitos cometidos por el extranjero y al mismo tiempo aduce vicio de omisión de comunicación, por la falta de notificación de apertura del proceso.

En la apelación también se afirma que la gravedad de los delitos cometidos por el extranjero configuran el supuesto contemplado en el art. 1.1/2 de la ley Nº 1423/1956 ("Medidas de prevención respecto de las personas peligrosas para la seguridad y la moral públicas"), en relación con el cual el art. 13.2, letra c), del decreto legislativo Nº 286/1998 (Texto Único sobre la Inmigración) prevé la inmediata expulsión del Estado sin obligación de notificación de apertura del proceso. En efecto, tomando en consideración la documentación y los hechos, sin perjuicio de una definitiva comprobación de la comisión de eventuales delitos, se observan evidentes perjuicios por delitos de particular gravedad, pudiéndose en tal caso justificar un juicio por una posible peligrosidad social del ciudadano extracomunitario y, por ello, la falta de comunicación de conformidad con la ley Nº 241/1990.

La defensa del apelado, por el contrario, aduce que: a) la disposición impugnada no está motivada con base en la pertenencia del extranjero a alguna de las categorías contempladas en el art. 1 de la ley Nº 1423/1956 y sucesivas modificaciones; b) en

efecto, en la disposición impugnada se menciona una única condena penal a cargo del recurrente por un delito no obstativo por no estar comprendido entre aquellos contemplados en el art. 4.3 del decreto legislativo Nº 286/1998; tampoco se reúnen los presupuestos para configurar la orden de expulsión en virtud del art. 13.2, letra c), de dicho decreto legislativo que, por otro lado, no ha sido adoptado, de lo cual se deduce la obligación de preaviso de una disposición desfavorable, que en el caso en examen no ha sido adecuadamente cumplimentado; c) la Administración, a pesar de haber sido informada por el recurrente, no ha tomado en consideración su situación laboral regular ni la circunstancia de que él ha ejercido el derecho a la reunificación familiar.

2.3. Ahora bien, en el momento de la adopción de la disposición impugnada, la conducta del recurrente resultaba definida por los siguientes hechos: una condena penal por el delito dispuesto en el art. 455 del Código Penal ("expendio e introducción en el Estado de monedas falsas"); una investigación penal en curso por posesión ilegal de arma común, lesiones graves, amenazas graves y malos tratos en el ámbito familiar; una disposición del Tribunal de Menores de Turín que daba la tenencia temporal de los dos hijos menores del recurrente a la madre, quien había sufrido reiterados malos tratos y lesiones por parte del recurrente, algunos de los cuales habían ocurrido como consecuencia del abuso de bebidas alcohólicas, y el incumplimiento, por parte del recurrente, de la certificación de su situación laboral. En consecuencia, estaban presentes los presupuestos propios y suficientes contemplados en el art. 1 de la ley 1423/1956 para encuadrar la pertenencia del recurrente a una de las categorías allí previstas.

No es relevante, por otro lado, la falta de mención formal de dicha ley en las premisas de la disposición impugnada, siendo evidente que la referida enumeración de los hechos se ha establecido como fundamento de un justificado juicio de peligrosidad social, idóneo para configurar el caso de obligatoria expulsión, contemplado en el art. 13.2, letra c), del decreto legislativo Nº 286/1998.

Por otro lado, tampoco puede juzgarse relevante, en el momento de la adopción de la disposición impugnada, el ejercicio del derecho a la reunificación familiar y la presunta estabilización de la situación laboral del recurrente, ya que, en el primer caso, existen comportamientos ilícitos del extranjero lesivos de la unidad familiar y, en el segundo, no ha surgido, a la fecha, prueba alguna de dicha estabilidad.

CONSEJO DE ESTADO DE ITALIA, sentencia nº 6002 del 27-8-2010, en http://www.giustizia-amministrativa.it/>.



FILIACIÓN. FILIACIÓN LEGÍTIMA. IMPUGNACIÓN. MENORES. INTERÉS SUPERIOR. INTERPRETACIÓN (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: J.H. y S.L. son los padres legales del niño B., nacido en 2004. P.K. promovió una acción de impugnación fundada en el art.

318 del Código Civil alegando ser el padre biológico del niño B. J.H. y S.L. no cuestionaron esta circunstancia, y el Tribunal de Apelaciones de Liège, en 2010, hizo lugar a la demanda y a la acción de filiación (art. 318, inc. 5 del Código Civil) a favor del accionante, en virtud del art. 332quinquies del mismo código, porque consideró que la determinación de la filiación no es contraria al interés del menor y que, a este respecto, el control que dicho Tribunal debía realizar con base en la mencionada disposición era un control de oportunidad que debía seguir siendo marginal. Entonces, J.H. y S.L. interpusieron un recurso de casación contra esta sentencia ante la Corte de Casación.

En el año 2004, momento del nacimiento de B., P.K. no podía, de acuerdo con la ley belga, impugnar la paternidad, pero logró que el presidente del Tribunal de Dierkirch le reconociera el derecho de visita.

Entonces, la Corte de Casación elevó a la Corte Constitucional de Bélgica la siguiente cuestión prejudicial: "el art. 332 quinquies, inc. 2, párr. 1 del Código Civil belga, interpretado en el sentido de que exige al juez tomar en consideración solo marginalmente el interés del niño, ¿viola el art. 22 bis de la Constitución belga, que requiere que ante cualquier decisión que se deba tomar con relación a un niño, debe primar el interés de este?

2. Sentencia: la cuestión prejudicial requiere una respuesta afirmativa; por tal motivo, esta Corte declara que el art. 332quinquies, inc. 2, párr. 1, interpretado en el sentido de que autoriza al juez a tomar en consideración solo marginalmente el interés del niño, viola el art. 22bis, inc. 4 de la Constitución belga.

A entender de los recurrentes, el Tribunal de Apelaciones tuvo en cuenta solamente el interés del niño con relación a la determinación de la filiación reivindicada por el padre biológico, y no con relación a la impugnación de la filiación paterna del actor. Consideran que el art. 332quinquies, inc. 2 del Código Civil debe interpretarse conforme al art. 22bis, inc. 4 de la Constitución, que exige al juez tener en cuenta como consideración esencial y no marginal el interés superior del niño por sobre otros intereses.

El Consejo de Ministros analizó el art. 22 bis de la Constitución y llegó a la conclusión de que no resulta directamente aplicable, sino que exige al juez dar a las leyes inferiores una interpretación conforme a esta norma constitucional, pero no otorga nuevos derechos vinculados a los ya reconocidos en el derecho internacional. Precisamente el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a las autoridades actuar conforme al interés superior del niño, pero dado que la Convención utiliza la expresión "una consideración primordial" y no "la consideración primordial", otorga prioridad al interés superior del niño pero no de manera absoluta, puesto que otros pueden tener un interés igual o superior al del niño. Además, considera que los derechos consagrados en la Constitución no son absolutos y pueden ser limitados por ley, a condición de que esas restricciones persigan un objetivo legítimo y sean proporcionadas; por lo tanto, al aceptar el reconocimiento del vínculo biológico acorde al interés superior del niño, la norma impugnada persigue un objetivo legítimo.

La Corte de Casación comprobó que el Tribunal de Apelaciones, al ejercer un control de mérito que puede considerarse marginal, resolvió que correspondía a J.H. y S.L. probar que la determinación de la filiación con respecto a P.K. era contraria al interés del niño y que los informes producidos ante el Tribunal de Apelaciones no permitían aportar la prueba de una contrariedad manifiesta al interés del niño en la determinación de su filiación. Por otro lado, la Corte de Casación formuló la cuestión prejudicial citada anteriormente.

El legislador, cuando se refiere al régimen legal en materia de filiación, debe permitir a las autoridades competentes proceder con un criterio casuístico, analizando el caso concreto, y hacer un balance de las personas comprometidas, ya que de lo contrario adoptarían una medida que no sería proporcional a los objetivos legítimos perseguidos.

El art. 22*bis*, inc. 4 de la Constitución belga y el art. 3, párr. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño exigen a las jurisdicciones tener en cuenta fundamentalmente el interés del niño en los procesos relacionados con este tema. En el momento de considerar los diversos intereses contrapuestos, el interés del niño debe ocupar un lugar especial porque representa la parte débil de la relación familiar, aunque esto no quiere decir que no se tenga en cuenta el interés de las otras partes, porque los derechos del niño no son de carácter absoluto.

Cuando el art. 332 quinquies, inc. 2, párr. 1 del Código Civil autoriza al juez a tomar en consideración solo marginalmente el interés del niño, al hacer lugar a la demanda exclusivamente cuando la filiación es evidentemente contraria a su interés, resulta incompatible con la exigencia del art. 22 bis de la Constitución belga y el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia nº 30/2013 del 7-3-2013, en http://www.const-court.be/public/f/2013/2013-030f.pdf.



FILIACIÓN. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD. LEGITIMACIÓN ACTIVA. POSESIÓN DE ESTADO. MENORES. INTERÉS SUPERIOR. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: E.S. y F.V.O. contrajeron matrimonio en agosto de 1968. De esa unión nacieron tres hijos: R.S., en junio de 1969, y A.S. y K.S., en junio de 1980. En junio de 1987, el matrimonio se divorció. E.S. falleció en febrero de 1999.

En abril de 2010, F.V.O. confesó a sus dos hijos menores que había tenido una relación extramatrimonial con M.H. –quien había muerto en esos días– y que ellos eran sus hijos.

Posteriormente, K.S. solicitó judicialmente la realización de un examen de ADN a los restos de M.H. a fin de establecer la filiación biológica paterna. El juez de primera instancia de Gante hizo lugar a esa petición.

En mayo de 2010, A.S. y K.S. interpusieron una demanda ante el juzgado de primera instancia de Brujas para impugnar la paternidad de E.S. y establecer la filiación paterna de M.H.

Los herederos de M.H. alegaron ante el mismo juez que la acción de impugnación de la paternidad de E.S. era inadmisible, porque había vencido el plazo de prescripción y, además, porque A.S. y K.S. tenían la posesión de estado con relación a E.S. y, por tal motivo, no puede admitirse la impugnación de la paternidad de acuerdo con lo establecido por el art. 318, inc. 1 del Código Civil (CC) conforme fuera reemplazado por el art. 7 de la ley del 1° de julio de 2006 y modificado por el art. 368 de la ley del 27 de diciembre de 2006, en conjunción con el art. 25 de la ley del 1° de julio de 2006.

Por su parte, los actores alegaron que el art. 318 CC viola los arts. 10, 11 y 22 de la Constitución belga (Const.) (este último, en conjunción con el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)) porque, conforme a lo dispuesto por su inc. 2, un niño que ha nacido antes de la entrada en vigencia de la ley del 1° de julio de 2006 no puede impugnar la paternidad durante el año posterior al momento en que descubrió que el marido o el ex marido de su madre no es su padre biológico, y tampoco pueden promover esta acción los hijos mayores de edad ni los hijos con posterioridad al fallecimiento del padre legal o el pretendido. Consideran también inconstitucional que el art. 318, inc. 1 disponga que el hijo que goza de la posesión de estado carezca de legitimación activa para promover una acción de impugnación de la paternidad.

Por tales motivos, el juez formuló las siguientes cuestiones prejudiciales ante la Corte Constitucional: ¿viola el art. 318 de la nueva formulación del Código Civil los arts. 10 y 11 de la Const. en cuanto dispone que el reconocimiento y la presunción de la paternidad del marido de la madre de un niño nacido antes de la entrada en vigencia de la ley del 1° de julio de 2006 pueden ser impugnados por el marido o por el autor del reconocimiento dentro del año posterior al momento en que tomó conocimiento de que no es el padre del niño, aun cuando haya transcurrido más de un año desde el nacimiento o descubrimiento del nacimiento del hijo, puesto que tal disposición transitoria no está prevista en interés del hijo que invoca el art. 318, inc. 2 in fine CC para impugnar la paternidad del marido dentro del año posterior al hecho en que supo que el marido de su madre no es su padre?

¿Viola el art. 318, inc. 1 CC el art. 22 Const. en conjunción con el art. 8 CEDH en cuanto impide que la acción de impugnación de la paternidad prospere cuando el hijo goza de la posesión de estado con relación al marido de su madre, en la medida en que los hijos ya son mayores de edad, o el padre legal o el pretendido padre biológico haya fallecido, o la sucesión del padre legal ya haya terminado, o los hijos hayan realizado la partición en la sucesión de su padre legal?

2. Sentencia:

Primera cuestión prejudicial

Esta Corte entiende que puede interpretarse que el art. 318, inc. 2 CC permite a un niño nacido antes de la entrada en vigencia de las leyes del 1° de julio

y del 27 de diciembre de 2006 –cuya acción para impugnar la paternidad ya estaba prescripta cuando las mencionadas leyes entraron en vigencia— promover esta acción si descubre, cuando estas normas ya se encuentran vigentes, que el marido de su madre no es su padre. En efecto, hasta la entrada en vigencia de la ley del 27 de diciembre de 2006, este niño carecía de legitimación activa para promover una acción de impugnación de la paternidad dentro del año en que conoció la mencionada circunstancia. Por lo tanto, su derecho para accionar con este fundamento no puede estar prescripto. Se encuentra, en consecuencia, en la misma situación que el hombre que reivindica la paternidad y puede promover una acción de impugnación de la paternidad en razón de la aplicación inmediata del art. 318, inc. 2 CC. Conforme a esta interpretación, este artículo del Código Civil no crea una diferencia de trato entre los titulares de la acción de impugnación de la paternidad y es compatible con los arts. 10 y 11 de la Const.

Segunda cuestión prejudicial

Para responder a esta cuestión, esta Corte debe resolver si el art. 318, inc. 1 CC viola el art. 22 Const. en conjunción con el art. 8 CEDH en cuanto dispone que cuando el hijo goza de la posesión de estado en relación al marido de su madre, la acción de impugnación de la paternidad no puede prosperar si los hijos ya son mayores de edad, o el padre legal o el pretendido padre biológico ha fallecido, o la sucesión del padre legal ya ha concluido, o los hijos ya han hecho la partición en la sucesión del padre legal.

El art. 318 se refiere a la posibilidad de impugnar la presunción de la paternidad del marido de la madre del niño, prevista en el art. 315 CC. Dentro de los plazos del inc. 2 del art. 318 –que difieren para cada uno de los titulares de la acción–, solo están legitimados para promoverla la madre, el niño, el marido de la madre y el hombre que reivindica la paternidad del niño. El ejercicio de este derecho está sujeto a una limitación: ninguno de sus titulares puede promoverla cuando el niño tiene la posesión de estado respecto del marido de la madre.

De acuerdo con los antecedentes legislativos del art. 318 CC, anteriormente no había consenso en cuanto a si la posesión de estado debía impedir la promoción de la acción de impugnación de la paternidad, particularmente porque esta noción no necesariamente coincide con el "interés superior del niño" y porque el concepto de armonía familiar —que la posesión de estado está destinada a proteger— evoluciona muy rápidamente. Luego de un profundo debate, el legislador estableció que se debía erigir a la posesión de estado como causal de desestimación de una demanda de impugnación de la presunción de la paternidad. El legislador tuvo, por lo tanto, la intención expresa de proteger mejor los lazos de filiación manteniendo la posesión de estado, por un lado, y, por otro, impidiendo intervenir a terceros (por ejemplo, a los abuelos).

El art. 22 Const. en conjunción con el art. 8 CEDH se refieren al derecho a la vida privada y familiar, y el fin esencialmente perseguido por estas normas es proteger la vida privada y familiar de las personas frente a las injerencias de la autoridad pública.

Los procesos para determinar o impugnar la paternidad afectan la vida privada, ya que la cuestión de la filiación comprende aspectos importantes de la identidad de las personas. Cuando el legislador establece un régimen legal que genera la injerencia de la autoridad pública en la vida privada, tiene un margen de discrecionalidad para hacer un balance entre los intereses contrapuestos de la persona y de la sociedad, y armonizar los intereses enfrentados de las personas involucradas, a fin de no tomar medidas desproporcionadas en relación con los objetivos legítimos perseguidos.

La protección de la paz familiar y la seguridad jurídica de los lazos familiares, por un lado, y del interés del niño, por otro, son los objetivos legítimos que debe tener en cuenta el legislador para impedir que la impugnación de la presunción de la paternidad pueda ser ejercida en forma ilimitada. A este respecto, es pertinente no dejar prevalecer *a priori* la realidad biológica sobre la realidad socio-afectiva de la paternidad. Al erigir a la "posesión de estado" como causal absoluta para no hacer lugar a la acción de impugnación de la paternidad, el legislador ha hecho prevalecer en todos los casos la realidad socio-afectiva de la paternidad sobre la realidad biológica. En consecuencia, el hijo se encuentra absolutamente imposibilitado de impugnar la presunción de paternidad y el juez no cuenta con ninguna posibilidad de conciliar los intereses de todas las partes. Por tal motivo, la medida no resulta proporcionada para satisfacer los objetivos legítimos que está destinada a cumplir y, por lo tanto, no es compatible con el art. 22 Const. en conjunción con el art. 8 de la CEDH.

La circunstancia de que la Corte Europea de Derechos Humanos haya juzgado que una decisión judicial que había aplicado un régimen similar a la medida aquí cuestionada no violaba el art. 8 de la CEDH (caso Ahrens v Alemania, sentencia del 22-3-2012; caso Kautzor c. Alemania, sentencia de la misma fecha) no modifica lo expuesto precedentemente. La Corte Europea ha destacado que la cuestión que estaba decidiendo no estaba legislada en forma uniforme en los Estados miembros del Consejo de Europa, por lo que estos gozaban de un amplio margen de apreciación en relación con la reglamentación tendiente a determinar el estatus jurídico del niño. Por otra parte, la Corte Europea también ha examinado si la aplicación específica de la reglamentación en cuestión —teniendo en cuenta todos los elementos concretos de la causa— satisfacía las exigencias del art. 8 de la CEDH.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia nº 147/2013 del 7-11-2013, en http://www.const-court.be/public/f/2013/2013-147f.pdf.



INMUNIDADES E INDEMNIDADES. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. FISCALES. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PROCESO PENAL. PRUEBA. PRUEBA TESTIMONIAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del Caso: James Paulk, investigador principal de una fiscalía de distrito, hizo una declaración ante un gran jurado que dio lugar a que Charles Rehberg fuera imputado penalmente. Cuando la acusación fue desestimada, Rehberg promovió una acción judicial fundada en el art. 1983 del Título 42 del Código de los

Estados Unidos, alegando que Paulk había conspirado para prestar –y efectivamente había prestado– falso testimonio ante un gran jurado. El tribunal federal de distrito rechazó la invocación de inmunidad del demandado y su consecuente solicitud de que se desestimara la acción, pero la Cámara Federal de Apelaciones revocó la sentencia porque entendió que Paulk gozaba de inmunidad absoluta frente a una demanda fundada en el art. 1983 y basada en su declaración testimonial ante un gran jurado.

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

Un testigo que presta declaración ante un gran jurado goza de la misma inmunidad absoluta en términos del art. 1983 que la que tiene un testigo que declara en un juicio.

(a) El art. 1983 –cuyo origen es el art. 1 de la Ley de Derechos Civiles de 1871– no está destinado a dar lugar a un apartamiento radical del derecho ordinario que rige la responsabilidad por actos ilícitos y de las reglas del *common law* aplicables a las acciones de esta naturaleza (véase, por ejemplo, *Burns v. Reed*, 500 *U.S.* 478, p. 484 -1991-).

Esta Corte confirmó esta interpretación del art. 1983 en numerosas oportunidades. Por lo tanto, recurre al *common law* en busca de pautas para establecer el alcance de las inmunidades que existen en los procesos promovidos en términos del art. 1983 (véase *Kalina v. Fletcher*, 552 *U.S.* 118, p. 123 -1997-). Adoptando un "criterio funcional" (véase, por ejemplo, *Forrester v. White*, 484 *U.S.* 219, p. 224 -1988-), esta Corte identifica ciertas funciones gubernamentales que históricamente han sido consideradas tan importantes y vulnerables a la interferencia de las acciones judiciales que requieren el otorgamiento de alguna forma de inmunidad absoluta frente a la responsabilidad civil a fin de garantizar que sean "ejercidas con independencia y sin temor a las represalias" (*Pierson v. Ray*, 386 *U.S.* 547, p. 554 -1967-).

El criterio funcional adoptado por esta Corte está vinculado a la identificación que hace el *common law* de las funciones que merecen estar protegidas por una inmunidad absoluta, aunque los precedentes no han copiado mecánicamente el alcance preciso de la inmunidad absoluta que el *common law* acordaba para proteger aquellas funciones. Por ejemplo, en 1871 era común que las causas fueran llevadas adelante por particulares que no gozaran de inmunidad absoluta.

Sin embargo, a medida que la función acusatoria fue ejercida cada vez con mayor frecuencia por funcionarios públicos, los tribunales del *common law* resolvieron que los fiscales públicos —a diferencia de sus antecesores particulares— gozaran de inmunidad absoluta frente a las acciones de responsabilidad extracontractual que un imputado penal agraviado o vengativo muy probablemente pudiera promover.

Esta adaptación de la inmunidad de los fiscales satisfizo las especiales necesidades que tenían los fiscales públicos y no los particulares. Por lo tanto, cuando la cuestión de la inmunidad que los fiscales tienen en términos del art.1983 llegó a esta Corte en el caso *Imbler v. Pachtman* (424 *U.S.* 409 -1976-), no se reconoció simplemente a su inmunidad el alcance que los tribunales del *common law* le habían otorgado desde 1871, sino que se buscó sustento principalmente en los casos posteriores a esa fecha que brindan una amplia inmunidad a los fiscales públicos

demandados en términos del *common law* por responsabilidad extracontractual. Esta Corte tampoco sugiere que el art. 983 se reduzca meramente a la fusión a nivel federal de las acciones preexistentes en materia de responsabilidad extracontractual fundadas en el *common law*. La nueva acción federal creada por el art. 1983 tiene diferencias importantes con el preexistente régimen aplicable a la responsabilidad por actos ilícitos, propios del *common law*. En consecuencia, tanto el nuevo acto ilícito como el alcance de la inmunidad absoluta oponible en los procesos fundados en el art. 1983 difieren en algunos aspectos del *common law*.

(b) Quien presta declaración testimonial en un juicio y es demandando en términos del art. 1983 goza de inmunidad absoluta frente a cualquier demanda fundada en su testimonio (véase *Briscoe v. LaHue*, 460 *U.S.* 352 -1983-). De no otorgarse la inmunidad absoluta, el proceso de búsqueda de la verdad se vería perjudicado ,ya que los testigos podrían ser renuentes a declarar, e incluso un testigo que sube al estrado "podría inclinarse a tergiversar su declaración a favor del potencial apelante" por "temor a tener que responder posteriormente" (*Ibid.*, p. 333). Estos factores se aplican del mismo modo a los testigos ante un gran jurado. En ambos contextos, el temor de un testigo a ser demandado en represalia puede privar al tribunal de pruebas fundamentales. Y en ninguno de estos contextos se requiere el carácter disuasivo de una potencial demanda por responsabilidad civil para evitar el falso testimonio, ya que otras sanciones –especialmente el procesamiento por falso testimonio— tienen un efecto desalentador suficiente.

En vista de los motivos expuestos en el caso *Briscoe* (cit., *supra*, pp. 342/344), no existe fundamento para otorgar tratamiento diferente a los funcionarios encargados de la ejecución de las leyes y a los testigos legos que prestan declaración testimonial en los procesos fundados en el art. 1983. Además, la regla conforme a la cual el testigo ante un gran jurado goza de inmunidad absoluta frente a cualquier demanda fundada en el art. 1983 y basada en su declaración testimonial no puede vencerse alegando que ha conspirado para prestar falso testimonio ni valiéndose de prueba obtenida de la declaración del testigo para fundar cualquier otra demanda fundada en el art. 1983 vinculada con el inicio o continuación de un procesamiento penal. De lo contrario, un acusado penal que devino accionante en un proceso civil podría reformular una acción para atacar la actividad preparatoria –como por ejemplo la discusión preliminar en la cual el testigo relata la sustancia de la declaración que prestará– y no las acciones, absolutamente inmunes.

(c) El argumento principal del apelante es que, conforme a lo resuelto en *Malley v. Briggs* (475 *U.S.* 355, pp. 340/341 -1986-) y en *Kalina v. Fletcher* (522 *U.S.* pp. 118/131 -1997-), los testigos ante un gran jurado que son "testigos querellantes" no gozan de inmunidad absoluta. Sin embargo, cuando se adoptó la norma antecedente del art. 1983, un "testigo querellante" era la parte que procuraba una detención y que iniciaba un procesamiento penal. Un "testigo querellante" podía prestar declaración testimonial tanto ante un gran jurado como en el juicio, pero prestar declaración no constituía una de sus características. Por lo tanto, prestar declaración, ya fuera ante un gran jurado o en un juicio, no era la función característica de un "testigo

querellante". Estos no pueden ser declarados responsables por falso testimonio en un juicio (véase *Briscoe*, cit., *supra*, p. 326), y no existe ninguna otra razón para que un "testigo querellante" deba estar expuesto a responsabilidad con base en su declaración ante un gran jurado.

Cuando se comprende la función característica que cumplen los "testigos querellantes", resulta evidente que no son comparables con los funcionarios encargados de la ejecución de las leyes que prestan declaración ante un gran jurado, ya que no es sino el fiscal quien toma la decisión crítica de promover una acción penal. Sería anómalo permitir que un oficial de policía que declara ante un gran jurado sea demandado por procurar maliciosamente un procesamiento injusto cuando es el fiscal —quien está protegido por la inmunidad absoluta— quien es realmente el responsable de la decisión de iniciar dicho procesamiento. El apelante también alega que el efecto disuasivo que tiene la responsabilidad civil resulta más necesario en los procedimientos ante un gran jurado, porque quienes prestan declaración testimonial en un juicio están expuestos a las repreguntas. Sin embargo, la fuerza de este argumento se ve contrarrestada por el problema de que si se autorizaran dichas acciones civiles, se alteraría la confidencialidad del gran jurado, principio que resulta esencial para el funcionamiento adecuado de este sistema (véase *United States v. Sells Engineering, Inc.*, 463 *U.S.* 418, p. 424 -1983-).

Por último, contrariamente a lo que sugiere el apelante, el reconocimiento de inmunidad absoluta a los testigos ante un gran jurado no crea una diferencia irremontable entre los estados norteamericanos que tienen grandes jurados y los que permiten que los procesamientos por los delitos más graves sean promovidos mediante una denuncia o revelación fiscal sin la intervención de un gran jurado. La mayoría de los estados norteamericanos que no exigen una acusación formal para los delitos más graves prevén una audiencia preliminar en la cual declaran los testigos, y los tribunales inferiores han resuelto que quienes prestan declaración en dicha etapa gozan de la misma inmunidad acordada a los testigos ante un gran jurado.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Rehberg v. Paulk*, sentencia del 2-4-2012, en http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-788.pdf>.



LEY. LEY PENAL. RETROACTIVIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PROCESO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES. CONFISCACIÓN DE BIENES. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 6 Y 7 (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: P. T. fue procesado por un hecho cometido en enero de 2008 y el fiscal pidió, conforme a lo dispuesto en el art. 186.2, letra c), del Nuevo Código de Tránsito (Nvo. Cód. Tráns.), que se lo condenara por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad y que, en consecuencia, se ordenara la confiscación del vehículo (medida no prevista cuando el delito había sido cometido).

El nuevo Código forma parte de un sistema de leyes tendientes a aumentar la seguridad pública y establece que, en caso de condena por conducir en estado de

ebriedad, y conforme a lo dispuesto por el art. 240.2 del Código Penal (CP), en todos los casos se debe confiscar el vehículo con el que se cometió el delito, a menos que pertenezca a un tercero.

El juez de instrucción consideró que la expresa remisión que el art. 186.2, letra c), del Nvo. Cód. Tráns. hace al art. 240.1 CP no permite dudar de que, en términos formales, esa confiscación constituye una medida de seguridad patrimonial y que, en consecuencia, su imposición deba estar prevista cuando se comete el delito. Estimó, entonces, que la mencionada norma del Nvo. Cód. Tráns. vulnera los arts. 3 y 117.1 de la Constitución, así como el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), que la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha declarado aplicable a la confiscación.

Estimó también que la confiscación del vehículo utilizado para cometer este tipo de delitos, lejos de satisfacer una necesidad de naturaleza cautelar, constituye una sanción patrimonial y meramente represiva. En consecuencia, su aplicación retroactiva resulta inconstitucional por comportar una aplicación extensiva de una disposición penal, sancionando duramente a un sujeto que, en el momento de la comisión del delito, podía confiar en la existencia de una ley que no preveía la imposición de ese tipo de medida.

Planteó, entonces, ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de los arts. 200 y 236 del Código CP y de los arts. 186.2, letra c), y 187.1, último párrafo, del Nvo. Cód. Tráns., por considerarlos violatorios de los arts. 3 y 117 de la Constitución.

- **2. Sentencia:** se declara la inconstitucionalidad del art. 186.2, letra *c*), Nvo. Cód. Tráns. solo en la parte que reza "de conformidad con el art. 240.2 del CP". Se declara inadmisible el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 200 y 236 del CP.
- **2.1.** En la sentencia Nº 29/1961, esta Corte afirmó que la confiscación no tiene la misma naturaleza jurídica en todas las leyes que prevén su imposición. En efecto, esta medida consiste en la privación de bienes económicos, y puede ordenarse por diversos motivos y perseguir varios objetivos, cumpliendo, entonces, según el caso, la función de una pena o medida de seguridad, o bien de una medida jurídica civil y administrativa.

La retroactividad de las medidas de seguridad —particularmente, las de naturaleza personal— se justifica porque están dirigidas a luchar eficazmente contra el peligro que genera la criminalidad. Esto puede requerir que el legislador prevea que se apliquen a personas que han cometido determinados hechos que hasta entonces tenían prevista la imposición de una pena o medida de seguridad menos rigurosa. En otras palabras, la retroactividad es connatural a la circunstancia de que las medidas de seguridad personal constituyen instrumentos para enfrentar un estado de comprobada peligrosidad.

Por otro lado, la doctrina ha tomado nota de que las medidas de seguridad y las penas tienen diferentes características y funciones , y esto la ha llevado a destacar la necesidad de un control de la correspondencia no solo nominal, sino también de contenido, con la naturaleza marcadamente preventiva de dichas medidas, a fin de

impedir que respuestas de signo represivo, con características propias de las penas en sentido estricto, sean calificadas como medidas de seguridad y eludan el principio de irretroactividad válido para las penas.

Por una preocupación análoga, la CEDH ha elaborado criterios para determinar la naturaleza criminal de un ilícito y de la sanción que tiene prevista, a fin de evitar que ciertos Estados miembros de la Convención eludan subrepticiamente la observancia de las garantías individuales que los arts. 6 y 7 de la Convención reservan a la materia penal, mediante la exclusión de un ilícito, sanción o medida restrictiva específico del ámbito criminal.

A tales fines, la CEDH ha atribuido alternativamente relevancia a la naturaleza misma del ilícito, o a la gravedad, o, mejor dicho, al grado de severidad de la sanción impuesta. Particularmente, de su jurisprudencia derivada de la interpretación de los arts. 6 y 7 de la Convención surge el principio de que todas las medidas de carácter punitivo deben estar sujetas a la misma normativa que las sanciones penales en sentido estricto. Este principio también se deduce del art. 25.2 de la Constitución, el cual, dada la amplitud de sus términos, puede ser interpretado en el sentido de que cada intervención sancionatoria que no tenga función preventiva de la criminalidad solo resulta aplicable si la ley que la establece estaba vigente en el momento de la comisión del hecho sancionado.

Por otro lado, esta Corte, en la sentencia Nº 447/1988, afirmó que en el caso de las medidas sancionatorias distintas de las penas en sentido estricto, se exige la fijación *ex lege* de criterios estrictos de ejercicio del poder de aplicación de las mismas. Asimismo, en la sentencia Nº 78/1967, precisó que, en el caso de las sanciones administrativas, la necesidad de que la ley configure los hechos que deben ser castigados también puede deducirse del art. 25.2 de la Constitución.

Ahora bien, a la luz de estas premisas, es posible comprobar que la hipótesis de confiscación prevista en el art. 186 del Nvo. Cód. Tráns. constituye una medida de carácter sancionatorio y que su aplicación retroactiva contradice el art. 7 de la Convención conforme fuera interpretado por la CEDH y vulnera el art. 117.1 de la Constitución. Por otra parte, reconocer que la confiscación en examen tiene naturaleza sancionatoria implica la inadmisibilidad de las cuestiones atinentes a los arts. 200 y 236 CP.

Dado que en el *sub lite* no se cuestiona una medida de seguridad, en el juicio *a quo* resulta irrelevante la cuestión de la compatibilidad de las normas mencionadas con el art. 7 de la Convención, ya que las mismas tienen la función de regular la aplicación de medidas de seguridad en sentido propio y no la de medidas sancionatorias en sentido amplio.

Igualmente inadmisible debe considerarse la inconstitucionalidad del art. 187.1, último párrafo, del Nvo. Cód. Tráns., porque se trata de una norma que extiende la confiscación del vehículo, prevista para el delito de conducción en estado de ebriedad, al delito de conducción en estado de alteración psicofísica por uso de sustancias estupefacientes, cuestión esa última ajena a este proceso.

Como señala el juez de instrucción, la confiscación a aplicarse en este juicio tiene una función sancionatoria, puramente represiva y no preventiva, ya que resulta aplicable incluso cuando el vehículo resulte dañado y transitoriamente inutilizable (es

decir, carente de una peligrosidad objetiva), o cuando su operatividad no impida *per se* al imputado la utilización de otros vehículos y, por ende, el riesgo de su reincidencia. Por ello, la medida de confiscación no resulta idónea para neutralizar la situación de peligro para cuya prevención ha sido concebida.

Por otra parte, esta Corte ha confirmado el carácter sancionatorio propio de esta medida en relación con la confiscación de ciclomotores o motocicletas, prevista en el art. 213, apartado 2-e, del Nvo. Cód. Tráns., cuando tales medios han sido utilizados para cometer un delito.

En conclusión, para que el texto actualizado del art. 186.2, letra c), del Nvo. Cód. Tráns. resulte compatible con el art. 7 de la Convención, y por lo tanto con el art. 117.1 de la Constitución, basta con limitar la declaración de inconstitucionalidad a las palabras "de conformidad con el art. 240.2 CP", de las cuales se deduce la aplicación retroactiva de la medida en cuestión. De esta manera, es posible deshacer el vínculo que –en contradicción tanto con la jurisprudencia de esta Corte como con la de la CEDH– se ha pretendido establecer entre la hipótesis de confiscación y la normativa general de las medidas de seguridad patrimoniales del Código Penal.

Notas del Instituto: 1) el Nuevo Código de Tránsito fue aprobado por Decreto Legislativo Nº 285 del 30 de abril de 1992; **2**) puede accederse a las sentencias de la Corte Constitucional aquí citadas en http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 196 del 26-5-2010, en http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.



MÉDICOS. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. RESPONSABILIDAD MÉDICA. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS HEREDEROS DEL PROFESIONAL. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO. CONSENTIMIENTO INFORMADO. CONTRATOS. CONTRATOS DE FRANQUICIA (ESPAÑA).

- 1. Antecedentes del caso: el día 10 de mayo de 1991, Yolanda se sometió a una intervención de micro-liposucción sobre el tercio superior de la cara externa de ambos muslos y zona alta de ambas caderas en la Clínica Renacimiento, de Málaga, realizada por el doctor Alfonso. Siete días después, en la misma clínica y practicada por el mismo doctor, se sometió a una nueva intervención consistente en una micro-liposucción sobre la cara interna de ambas rodillas y parte baja del vientre. Como no obtuvo un resultado satisfactorio, demandó por daños y perjuicios a los herederos de Alfonso, fallecido en el año 2002, a la compañía de seguros Winterthur y a la Clínica Renacimiento −franquicia de la que es titular Cayetano−, y pidió que se los condenara a pagarle solidariamente la suma de €87.209,34. Todos ellos interpusieron un recurso de casación.
- **2. Sentencia:** se desestiman los recursos formulados por los representantes de Winterthur, de los herederos viuda e hijos del Dr. Alfonso y de Cayetano contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4^a, de fecha 26

de septiembre de 2011, con expresa imposición de las costas a cada uno de ellos por los respectivos recursos.

Se analizan conjuntamente todos los recursos interpuestos, que plantean las mismas cuestiones a través de dos de los tres motivos que han sido admitidos, referidos a la falta de legitimación pasiva de los herederos y viuda del doctor Alfonso (art. 659 del Código Civil (CC)), e infracción de la doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad civil médica con relación a las obligaciones de medios y de resultado. Ambos se desestiman.

- **2.1.** Se dice, en relación con la falta de legitimación, que no existe una deuda real, vencida y exigible al tiempo del fallecimiento del facultativo, y que no existe sentencia alguna, en el ámbito de la responsabilidad civil ni en ningún otro, que legitime para ejercitar acciones sobre la base de meras expectativas. No es así en este caso. Según la doctrina más autorizada, el derecho de sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad, fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguieran al fallecer el deudor. De esa forma, el art. 659 CC señala que la herencia de una persona comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por su muerte. Como supuestos exceptuados de transmisión por causa de muerte están, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., como dice la sentencia de este Tribunal de 11 de octubre de 1943. No se incluyen, sin duda, los que generan responsabilidad en que puede incurrir el fallecido, en este caso como profesional de la medicina, puesto que no constituye una deuda personalísima y no transmisible a los herederos, incluida en este artículo, lo que privaría a los perjudicados de la indemnización procedente, derivada de la culpa contractual o extracontractual del causante, salvo la utilización del beneficio de inventario establecido a su favor y que los herederos debieron tener en cuenta en razón de la actividad por él desarrollada, así como la posible extinción de la deuda, que la esposa incluso conocía como receptora de alguno de los requerimientos notariales que se hicieron al doctor Alfonso.
- 2.2. Dice la sentencia del 20 de noviembre de 2009, y reiteran las del 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, que "[l]a responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas.

Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la lex artis, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (sentencias de este Tribunal Supremo de 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)". Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactoria no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que solo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las sentencias de este Tribunal del 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013).

Es cierto que la sentencia se opone a la doctrina de esta Sala cuando señala que es "constante la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo al establecer la distinción jurídica, dentro del campo de la cirugía, entre una cirugía asistencial, que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una cirugía satisfactiva (destacadamente, operaciones de cirugía estética), que identifica aquella con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (SSTS 11 diciembre 1997, 19 febrero 1998, 28 junio 1999, 5 febrero 2001 y 4 febrero 2002)" y que "en la medicina llamada voluntaria la relación contractual médico-paciente deriva de un contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso (STS 11 diciembre 2001)".

Ahora bien, sea cual fuere la consideración que la sentencia tiene sobre esta cuestión, lo cierto es que declara probado que los resultados obtenidos en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas practicadas en el mes de abril de 1991 no fueron los ofrecidos por el médico que las practicó ni los deseados por la paciente, la que no fue informada expresamente de esta eventualidad, siendo así que esta afirmación no ha sido combatida en el recurso. Como reiteradamente ha dicho esta Sala, el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005; 15 de noviembre de 2006; 13 y 27 de mayo de 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, del 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, de la Autonomía del Paciente, en la que se lo contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. La información, por lo demás, es más acusada

en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo, habida cuenta de la innecesidad o falta de premura de la misma en relación con la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005; 4 de octubre de 2006; 29 de junio de 2007; 27 de septiembre de 2010; 20 de enero de 2011).

Han sido admitidos dos de los tres motivos formulados. En el primero, lo que el recurrente formula en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia, en donde no solo se insiste en una incorrecta aplicación de la jurisprudencia sobre la obligación de medios y de resultado, con cita de las sentencias del 30 de junio y 20 de noviembre de 2009, lo que ya ha tenido respuesta al analizar el anterior recurso, sino que se introducen cuestiones heterogéneas que tienen que ver con la prescripción, cesión de uso de la marca, contenido y alcance de su relación con el doctor Alfonso, efectos probatorios de la historia clínica y carga de la prueba, sin identificar la infracción legal ni acudir en su caso al recurso por infracción procesal. Realmente, el motivo solo puede tener justificación si se analiza junto al tercero sobre la aplicación de la normativa de franquicia y defectuosa valoración de la relación que lo vinculaba con el doctor Alfonso; motivo que, pese a que pretende introducir una valoración distinta de la relación existente entre ambos, debe desestimarse, pues el problema que se plantea ha sido tratado correctamente en la sentencia desde el momento en que, en el marco de esta relación, el médico no actuaba en términos de plena autonomía e independencia, sino de subordinación o dependencia respecto del franquiciador, el cual imponía las normas de actuación y calidad de los productos y servicios; relación de la que resulta, además, su responsabilidad por el uso incorrecto del mismo, en virtud del principio de apariencia que resulta de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato en el que se toma en consideración la garantía de una correcta atención al enfermo derivado de la propia obligación de facilitar la franquiciadora al franquiciado las técnicas a emplear en el funcionamiento de la actividad médica, tipos de prótesis y clases de material o productos a utilizar, ya sean quirúrgicos, sanitarios, etc.

La desestimación de los recursos supone la condena en las costas a quienes los han formulado, en aplicación de los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala Civil, caso STS 1769/2014, sentencia del 7-5-2014, en http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/20140507%20TSC%20REC%20545.2012.pdf.



MÉDICOS. SANCIONES DISCIPLINARIAS. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA. CONSTITUCIONALIDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA INFORMACIÓN. INTERÉS PÚBLICO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: un Colegio de Médicos estadual acusó a un médico especialista en medicina interna que ejercía su profesión en forma independiente de haber cobrado a varios pacientes particulares honorarios superiores a los establecidos

en la escala legal. Alegó que el médico había interpretado a su conveniencia la palabra "sesión" incluida en la reglamentación y, por lo tanto, había facturado sesiones pese a que no había visto a los pacientes y, a su vez, registró consultas, que cobró, en días en que los pacientes no concurrieron a su consultorio.

El Tribunal Disciplinario de los Profesionales de la Salud encontró que el médico había violado sus obligaciones profesionales en los cuatro casos sometidos a consideración de este Tribunal, le revocó su permiso para participar en las elecciones profesionales y le impuso una multa de € 25.000. También ordenó la publicación de la sentencia en la revista médica de circulación en su región, conforme a lo dispuesto por el art. 60.3 de la Ley de los Profesionales de la Salud del Estado de Renania (ley).

El Tribunal estadual de Apelaciones Disciplinarias para Profesionales de la Salud redujo la multa a € 20.000, pero confirmó las otras sanciones.

Entonces, el médico recurrente planteó la inconstitucionalidad de estas dos decisiones e, indirectamente, la del art. 60 de la ley.

2. Sentencia: la decisión de un tribunal disciplinario que castiga una conducta particularmente grave puede ser publicada en una revista médica en forma no anónima en la medida en que esté jurídicamente fundada y haya sido ordenada por un juez.

Por lo tanto, la sentencia impugnada no viola la Constitución.

- **2.1.** Las normas que constituyen el fundamento de la sanción disciplinaria se compadecen con el art. 103.2 de la Ley Fundamental y son suficientemente precisas en su redacción. La circunstancia de que existan diversas acepciones del término "sesión" no conduce a la conclusión de que las disposiciones en que se fundan las sanciones disciplinarias no sean suficientemente precisas para justificar una condena impuesta por un tribunal disciplinario. Dado el significado que en la vida diaria tiene esta palabra, era suficientemente evidente para el recurrente que su criterio disidente lo exponía a un riesgo de ser sancionado.
- **2.2.** Las sentencias impugnadas se compadecen con el derecho general a la personalidad (art. 2.1 en conjunción con el art. 1.1 LF).
- **2.2.1.** Una norma que permite una injerencia con el derecho general a la intimidad es válida si es adecuada y necesaria para satisfacer un legítimo objetivo común suficientemente importante como para justificar el alcance de dicha injerencia. El art. 60.3 de la ley satisface estas exigencias. Cabe destacar que la norma respeta el principio de proporcionalidad. Se dirige a los profesionales de la salud, a quienes la sociedad acuerda una confianza especial que merece protección. Las normas disciplinarias pueden prever sanciones adecuadas para la conducta inapropiada que perturbe o que pueda perturbar esta confianza.

Conforme a la interpretación de las decisiones impugnadas –que en cualquier caso está constitucionalmente justificada–, el art. 60.3 de la ley autoriza la publicación de las sentencias definitivas de un tribunal disciplinario en forma

no anónima. Esta medida se justifica porque persigue la satisfacción de un interés legítimo en informar al público en general y en particular a quienes están asegurados, así como a los miembros de las asociaciones médicas, quienes, al recibir información acerca de una conducta grave, pueden adaptar su comportamiento a los estándares esperados. Además de este efecto preventivo general, la publicación también castiga una conducta personal indebida importante que conlleva el riesgo de generar mayores costos para quienes estén asegurados.

La autorización para publicar la sentencia pública en forma no anónima de un tribunal disciplinario no viola el Derecho Constitucional en la medida en que se refiera a casos específicos y excepcionales. Por otra parte, el principio de proporcionalidad se respeta si se publica una sola vez y en un medio dirigido a esa profesión.

- **2.2.2.** No hay objeciones constitucionales a la aplicación casuística de la normativa en cuestión. La aplicación de esta sanción exige hacer un balance de todos los intereses relevantes del caso. Particularmente, no merece objeción constitucional la circunstancia de que los tribunales disciplinarios hayan considerado sumamente grave la mala conducta del profesional, puesto que la conducta sistemática del recurrente estaba dirigida a cobrar honorarios en violación del sistema reglamentario, lo que podría generar cuantiosos daños.
- **2.3.** El derecho fundamental a la libertad de trabajo (art. 12.1 LF) no brinda ninguna protección adicional al recurrente en este caso.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 1128/13, sentencia del 3-3-2014, en http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-031.html.



NOMBRE. FILIACIÓN. FILIACIÓN LEGÍTIMA. ATRIBUCIÓN CONSUETUDINARIA DEL APELLIDO PATERNO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: los cónyuges Alessandra Cusan y Luigi Fazzo son ciudadanos italianos residentes en Milán. Cuando en abril de 1999 nació Maddalena, su primera hija, ambos se presentaron ante el Registro Civil para solicitar su inscripción con el apellido materno (Cusan), pero la solicitud fue rechazada y la niña fue inscripta con el apellido del padre (Fazzo).

En junio de 2000, los cónyuges impugnaron la decisión del Registro Civil ante el Tribunal de Milán, alegando que en el derecho italiano no existía disposición alguna contraria a su pretensión. El tribunal rechazó la demanda observando que, si bien ninguna disposición exigía la inscripción del hijo de un matrimonio con el apellido del padre, esa exigencia se funda en un principio profundamente arraigado en la conciencia social y en la cultura italiana. Los cónyuges interpusieron entonces

un recurso ante el Tribunal de Apelaciones de Milán, el cual confirmó la sentencia de primera instancia, observando que, en varias oportunidades, la Corte Constitucional había afirmado que la falta de previsión de la posibilidad de que la madre transmitiera su apellido a los "hijos legítimos" no violaba el art. 29 (igualdad moral y jurídica de los cónyuges) ni el art. 3 (igualdad ante la ley) de la Constitución, así como también había establecido que compete al legislador determinar la conveniencia de introducir un sistema diferente de atribución del apellido y que existían no menos de seis proyectos de ley en trámite ante el Parlamento vinculados a dicha cuestión. El Tribunal de Milán estimó que esto demostraba que la norma consuetudinaria de atribución del apellido todavía estaba vigente y destacó que no había sido cuestionada jurisprudencialmente. Finalmente, declaró que la no aplicación de esa norma podía dar lugar a que los niños a los que se les hubiera atribuido el apellido materno fueran considerados "hijos ilegítimos".

Entonces, los cónyuges interpusieron un recurso ante la Corte de Casación, la cual suspendió el trámite del proceso y ordenó la remisión de la causa a la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional declaró inadmisible el plante o de inconstitucionalidad de la norma que atribuye a los "hijos legítimos" el apellido del padre. A esos efectos, si bien consideró que el sistema vigente era fruto de una concepción patriarcal de la familia y de la potestad del marido, cuyo origen se hallaba en el derecho romano y que no era compatible con el principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer, se declaró incompetente para entender en el caso. Agregó que la norma denunciada por los demandantes difícilmente se conciliaba con los textos internacionales aplicables, pero estimó que competía al legislador establecer un régimen jurídico que se compadeciera con la Constitución.

El 13 de diciembre de 2006, los cónyuges presentaron un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) contra Italia.

Posteriormente, en marzo de 2011, los cónyuges solicitaron autorización al Ministro del Interior de Italia para agregar el apellido "Cusan" al apellido de sus "hijos legítimos", ya que de esa forma, explicaron, rendirían homenaje a su abuelo materno fallecido en 2011 dado que el único hermano de la Sra. Cusan no había tenido descendencia. El 14 de diciembre de 2012, el Prefecto de Milán dictó un decreto autorizando a los cónyuges a cambiar el apellido de sus hijos por el de "Fazzo Cusan".

Sin embargo, a pesar de la autorización, los cónyuges pretendieron mantener vigente su recurso ante la Corte, señalando, además, que el decreto del Prefecto había sido dictado en el marco de un procedimiento administrativo y no de uno judicial, y que no se les había concedido la autorización necesaria para registrar a sus hijos únicamente con el apellido de su madre, solicitada al Tribunal de Milán.

2. Sentencia: se declara, por seis votos contra uno, que ha habido una violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención. Asimismo, se declara, por unanimidad, que es improcedente examinar el reclamo en relación con el art. 8 considerado aisladamente así como el relativo al art. 5 del Protocolo nº 7 solo o en conjunción con el art. 14 de la Convención.

Los recurrentes invocan el art. 8 de la Convención, solo o en conjunción con el art. 14, porque consideran que la ley italiana debería permitir a los padres elegir el apellido de sus hijos. Estiman que en las sociedades modernas la unidad de la familia no puede depender de la transmisión del apellido paterno y que la protección de los intereses del niño no puede justificar la discriminación. También señalan que se han acordado tratamientos diferentes a personas que se encuentran en situaciones similares –a saber, el marido y la esposa–, ya que el apellido del padre es impuesto a los "hijos legítimos". Tal discriminación está, según los recurrentes, claramente fundada en el sexo.

En lo concerniente a la unidad familiar, la atribución del apellido materno habría tenido, según los recurrentes, el mismo efecto que la del apellido paterno, ya que Maddalena habría sido identificada solamente con el apellido de uno de sus progenitores. También estiman que la única finalidad de la norma aquí impugnada es proteger una tradición fundada en una concepción de la familia en la que el padre goza de una posición preferencial, como la misma Corte de Casación había reconocido.

Por su parte, el gobierno italiano (Gobierno) alega que la atribución del apellido materno habría sido perjudicial para Maddalena, pero los recurrentes no ven la razón por la cual esta circunstancia habría de privar al recurrente de sus derechos parentales. Suponiendo que tal fuera el caso, semejante consecuencia —que la atribución del apellido materno sería perjudicial para Maddalena— sería manifiestamente contraria a la Convención.

El Gobierno, además, estima que la Corte de Casación y la Corte Constitucional han examinado atentamente las observaciones de los recurrentes y que el tribunal mencionado en segundo término consideró necesaria la intervención del legislador. Además, señala que la posibilidad de reemplazar o de completar el apellido había sido introducida por el decreto presidencial nº 396/2000. Esta modificación legislativa estaba fundada en decisiones judiciales italianas relativas a principios fundamentales del orden comunitario para los casos de personas poseedoras de doble nacionalidad. El Consejo de Estado italiano, por su parte, también había autorizado, en este caso, el reemplazo del apellido del padre por el de la madre por razones de reconocimiento al abuelo materno. De esa forma, según el Gobierno, Italia ha tenido en cuenta la evolución de la sociedad actual y la protección de los derechos del hombre en un ámbito tan delicado como el de la familia. En función de esto, el Gobierno llegó a la conclusión de que no ha existido una injerencia en la vida privada y familiar de los recurrentes, quienes tenían a su disposición un recurso efectivo ante el Prefecto.

El Gobierno, sin embargo, sostuvo que el cambio de apellido debe mantener un justo balance entre el interés público en la determinación del estado civil de las personas, por un lado, y el derecho a la identidad personal en tanto derecho fundamental protegido por el Código Civil, por el otro. Ese balance estaría garantizado, según el Gobierno, por las disposiciones del decreto presidencial 396/2000. Si el apellido del padre hubiera sido reemplazado por el de la madre, habría habido, entre los recurrentes, una discriminación contraria al art. 14 de la Convención. Esto podría resultar de la falta de reconocimiento de Maddalena por parte de su padre, con lo cual la responsabilidad parental de la niña habría recaído solo sobre la recurrente. El

Gobierno insiste a este respecto en la necesidad de los niños de tener una identidad personal y una situación jurídica segura y verificable.

El Gobierno alega que el principio de no discriminación debe aplicarse tanto horizontal como verticalmente, es decir, a los cónyuges entre sí y estos en relación con sus hijos, a fin de garantizar a todas las personas involucradas el goce de los derechos y libertades: salvo en el supuesto de que los recurrentes hubieran invocado fundamentos objetivos y razonables en sustento de su pedido de sustituir el apellido, la concesión de esa autorización habría dado lugar a una discriminación entre los cónyuges fundada en el sexo, que habría vulnerado el art. 14.

Esta Corte estima que el reclamo de los recurrentes se presta a ser examinado, en principio, con base en el art. 14 en conjunción con el art. 8 de la Convención. El art. 8 no contiene una disposición expresa en relación con el apellido, pero, en tanto medio determinante de identificación personal y vínculo con una familia, el apellido de una persona tiene relación con su vida privada y familiar. La circunstancia de que el Estado y la sociedad tengan interés en reglamentar su uso no resulta suficiente para excluir esta cuestión del ámbito de la vida privada y familiar, concebida de forma de que incluye, en cierta medida, el derecho que la persona tiene de establecer relaciones con sus semejantes.

En el presente caso, los recurrentes, en su carácter de padres de Maddalena, tenían un claro interés fundado en un derecho estrictamente personal de intervenir en el proceso de determinación del apellido de su hija recién nacida. Por otra parte, los tribunales nacionales les reconocieron el *locus standi* en el proceso relativo a la impugnación del rechazo a la inscripción de Maddalena con el apellido de su madre. Asimismo, es conveniente recordar que esta Corte ha afirmado que la elección del nombre del niño por parte de sus padres se encuadra en la esfera privada de estos. Lo propio sucede con respecto al apellido.

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que la discriminación deriva de acordar un tratamiento diferenciado sin justificación objetiva ni razonable a personas que se encuentran en situaciones comparables. Sin embargo, no toda diferencia de trato implica automáticamente la violación del art. 8. A los fines de establecer dicha violación convencional, es preciso determinar si a las personas que se encuentran en situaciones análogas o comparables se les acuerda un tratamiento preferencial y, en caso afirmativo, si esa diferencia es discriminatoria.

Una diferenciación resulta discriminatoria a los fines del art. 14 si no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación se aprecia a la luz de los principios que prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho garantizado por la Convención no solo debe perseguir un fin legítimo: el art. 14 también resulta vulnerado si no existe "una relación de razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido".

A la luz de lo dicho hasta aquí, esta Corte estima que en el marco de la determinación del apellido que debe imponerse a los "hijos legítimos", las personas que se encuentran en situaciones similares —como en este caso el padre y la madre de la niña— han recibido un trato diferente. En efecto, a diferencia del padre, la madre no ha podido lograr que se inscriba a su hija recién nacida con su apellido a pesar del acuerdo existente entre los cónyuges.

Esta Corte ha tenido ocasión de tratar cuestiones semejantes en los casos Burghartz, Ünal Tekeli y Losonci Rose et Rose. El primero de ellos trataba el rechazo a la pretensión de un marido que pretendía que su apellido precediera al apellido de familia que, en ese caso, era el de su esposa. En el segundo estaba en cuestión una norma jurídica turca, según la cual, después de contraer matrimonio, la mujer no puede llevar exclusivamente su apellido de soltera mientras que el hombre casado sí conserva su apellido. El último se vinculaba con la exigencia del derecho suizo de que los cónyuges que, de común acuerdo, pretendan usar el apellido de la mujer, presenten en conjunto un pedido a las autoridades. Subsidiariamente, el derecho civil suizo dispone que a partir del matrimonio el nuevo apellido de la familia es el del marido.

En todos estos casos, la Corte ha hallado una violación del art. 14 de la Convención en conjunción con el art. 8, y ha recordado la importancia de la evolución hacia la igualdad de los sexos y de la eliminación de toda discriminación fundada en el sexo en la elección del apellido. Por otra parte, ha estimado que la tradición de manifestar la unidad familiar a través de la atribución a todos los miembros de la misma del apellido del esposo no puede justificar una discriminación hacia las mujeres.

Por todo ello, esta Corte no puede más que llegar a conclusiones análogas en el presente caso, en el que la determinación del apellido de los "hijos legítimos" fue realizada únicamente con base en una discriminación fundada en el sexo de los padres. La norma en cuestión, en efecto, sostiene que el apellido atribuido debe ser, sin excepción, el del padre, a pesar de que ambos cónyuges pretenden lo contrario. Además, lo cierto es que la misma Corte Constitucional italiana ha reconocido que el sistema en vigencia procede de una concepción patriarcal de la familia y de las potestades del marido que ya no es compatible con el principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer, y la Corte de Casación lo ha confirmado. Si bien la norma que dispone que el apellido del marido debe ser impuesto a los "hijos legítimos" puede ser necesaria en la práctica y no está necesariamente en contradicción con la Convención, cuando se trata de la inscripción de los recién nacidos en el Registro Civil, la imposibilidad de derogarla resulta excesivamente rígida y discriminatoria hacia las mujeres.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Affaire Cusan et Fazzo c. Italie, sentencia del 7-1-2014, en http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139896.



PATRIA POTESTAD. PRIVACIÓN. CRITERIOS DE APLICACIÓN. MENORES. INTERÉS SUPERIOR (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la Comunidad Foral de Navarra promovió una acción contra Julián y Eugenia, padres del menor Teodulfo, tendiente a que se los privara de la patria potestad, al amparo de lo que dispone el art. 170 del Código Civil

(CC). Al menor se lo declaró en situación de desamparo y se encuentra en situación de acogimiento preadoptivo, dada la incapacidad de sus padres para atenderlo.

El juzgado de primera instancia entendió en la demanda. Consideró que en el caso concurre una causa grave, que no es puntual o esporádica, sino reiterada, exponente de un "repetido incumplimiento y pasividad en el ejercicio [por parte de los progenitores] de la función tuitiva y protectora que tenían atribuida", ya que mientras el niño estuvo bajo la guarda de sus padres biológicos existió, en esencia, una situación de riesgo resultante de "un grave y reiterado incumplimiento de los deberes que comprenden la misma" que tuvo como resultado "el padecimiento de lesiones relevantes, así como un abandono emocional que evidencias [sic] una desatención y, cuanto menos, descuido y trato negligente en su cuidado tanto material como moral". El niño refleja un "severo retraso del proceso madurativo... con un estado de privación afectiva que se refleja en unas respuestas a nivel evolutivo equivalente a un bebe de dos meses que no se justifican por su prematuridad". Sufre también "una serie de lesiones relevantes y poco frecuentes" sin que las mismas tengan "explicación en causa patológica", y durante el período transcurrido "hasta que la Administración tiene que intervenir, alertada, por los servicios médicos sufre traumatismos de relevancia dando lugar a la declaración de situación de desamparo y asunción de la tutela" por la misma; lesiones, por lo demás, que curan "fuera de la influencia de los padres biológicos".

La sentencia de la Audiencia Provincial revocó la del Juzgado. Entendió que la sentencia recurrida "opta por la que se viene a denominar visión estática, a los efectos de examinar la concurrencia de causa de privación de la patria potestad", frente a la concepción dinámica, que la Sala consideró más ajustada, puesto que "la patria potestad y su posible privación ha de verse no sólo referida a un momento concreto, sino al momento en que se está examinando si procede o no dicha declaración, por encontrarse los progenitores incursos en causa de privación de la patria potestad, y ello por cuanto... la patria potestad y la posible privación o no de la misma, ha de verse desde la perspectiva de que sea la medida que mejor favorece y protege al menor, y no tanto como un castigo que se impone a los progenitores que han incumplido, después se verá en que [sic] grado, los deberes propios de la patria potestad". Justificó, además, esta "visión dinámica" en que, "como señala el párrafo segundo del art. 270 del CC., la declaración de pérdida de la patria potestad no es definitiva sino que puede, con posterioridad, revocarse y por tanto rehabilitarse a los progenitores, que en su momento pudieran haber sido privados de la patria potestad en dicha función" y que ni "siquiera el Código Penal impone la perdida [sic] de la patria potestad con carácter definitivo, sino por el tiempo previsto en cada tipo penal".

La Comunidad Foral de Navarra interpuso, entonces, un recurso de casación por: a) incorrecta interpretación del art. 170 CC., en relación con el art. 154 del mismo texto legal; b) infracción del art. 39.3 de la Constitución, en relación con el artículo 3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y del art. 3.1 de la LO 1/96, del 15 de enero, por cuanto la sentencia no prima en su decisión los derechos del niño, conforme al que deben interpretarse los arts. 154, 170 y 172 CC., y c) resolver puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria en la misma Audiencia Provincial.

- **2. Sentencia:** se hace lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, sentencia que se casa y, en su lugar, se confirma la dictada en primera instancia con imposición a los demandados de las costas causadas por su recurso de apelación y sin especial declaración sobre las demás, incluidas las de este recurso.
- 2.1. Esta sentencia constituye una expresión formal de una doctrina contradictoria sobre el carácter estático o dinámico de la medida de privación de la patria potestad, simplificando el problema sobre cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad, conforme al art. 170 CC, y sin atender de una forma específica e individualizada al interés superior y preferente de un menor que se encontraba incurso en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección, tanto material como moral, en el corto espacio de tiempo que convivió con sus padres, desde su nacimiento hasta que tuvo que intervenir la Administración, alertada por los servicios médicos debido a los graves y distintos traumatismos sufridos por causa imputable a sus progenitores. Además, lo hace sin descalificar jurídicamente los elementos fácticos tenidos en cuenta por el juzgador de instancia ("visión estática").

La tesis mantenida en la sentencia sobre el momento en que procede valorar la concurrencia de causa de privación de la patria potestad ("visión dinámica") se opone a la doctrina de este Tribunal contenida en las sentencias del 31 de julio 2009 y 6 de febrero de 2012.

En primer lugar, la doctrina del Tribunal Supremo es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo, que en el caso se produce en virtud de sentencia firme de la AP de Navarra del 12 de abril de 2006. La misma Audiencia, en sentencias del 26 de septiembre de 2007, 14 de diciembre de 2007 y 8 de mayo de 2009, confirmó la suspensión de visitas al menor por parte de sus padres, el acogimiento preadoptivo, y desestimó la impugnación de acogimiento preadoptivo, respectivamente. La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por sus padres de sus deberes, y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue.

En segundo lugar, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar, es necesario atender, entre otras circunstancias, al tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. Las sentencias precedentes ponen sin duda en cuestión estas circunstancias favorables.

Por lo demás, la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes previstos en el art. 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (sentencia de este Tribunal, SSTS 18 de octubre de 1996; 10 de noviembre de 2005).

Es cierto que corresponde al juez analizar si ha habido un cambio de circunstancias con posterioridad al momento en que se produjo esta declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. La sentencia recurrida lo hace de una forma meramente abstracta, anteponiendo el interés de los progenitores al del niño, sin valorar de forma concreta el interés del menor en estar otra vez bajo la potestad de sus padres biológicos. Se limita a señalar que los padres son personas normales y que en principio no hay ninguna circunstancia que los incapacite para ejercer sus funciones, pero prescinde de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con un desarrollo integral, físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético del menor, así como la plena evolución de su personalidad y la incidencia que el posible cambio que implica el reintegrarse a su familia biológica puede tener en todos estos aspectos, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con sus padres acogedores, con los que está perfectamente integrado, como sostiene el Ministerio Fiscal. Lo que es cierto es que difícilmente puede hablarse de normalidad con episodios tan graves para la salud y la integridad del menor como los descritos en la sentencia del juzgado en un período fundamental de su vida y en los que sus padres están directamente implicados.

2.2. La estimación del recurso supone asumir la instancia y ratificar la sentencia del juzgado, condenando a los demandados al pago de las costas causadas en apelación y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de la primera instancia ni del recurso de casación.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sala Civil, caso STS 2131/1420, sentencia del 6-6-2014, en http://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/JURISPRUDENCIA/FICHERO/20140606%20TSC%20REC%20718.2012.pdf.



PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DISCAPACIDAD MENTAL. DEFINICIÓN BASADA EN EL COEFICIENTE INTELECTUAL. CONSTITUCIONALIDAD. DERECHO PENAL. PENAS. PENA DE MUERTE. INAPLICABILIDAD A INCAPACES (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: con posterioridad a la decisión en que la Corte declaró que las Octava y Decimocuarta Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos prohíben la ejecución de personas con discapacidad mental (véase *Atkins v. Virginia*, 536 *U.S.* 304, p. 321 -2002-), el condenado Hall solicitó a un tribunal

estadual de Florida que se dejara sin efecto su condena al ofrecer pruebas que incluían una evaluación de su coeficiente intelectual (*IQ*) con un resultado de 71 puntos.

El tribunal denegó su petición sobre la base de que la normativa del estado de Florida le exigía acreditar un coeficiente intelectual igual o inferior a 70 puntos para poder ofrecer esta evaluación como prueba adicional de su discapacidad mental.

La Suprema Corte de Florida rechazó la apelación de Hall, porque consideró constitucional el umbral de 70 puntos de coeficiente intelectual fijado por el estado.

- **2. Sentencia:** el requisito mínimo fijado por el estado, tal como fuera interpretado por la Suprema Corte de Florida, es inconstitucional.
- (a) La Octava Enmienda, la cual "reafirma el deber del Gobierno de respetar la dignidad de todas las personas" (ver *Roper v. Simmons*, 543 *U.S.* 551, p. 560 2005-), prohíbe ejecutar a personas con discapacidad mental. No se satisface ningún propósito criminológico legítimo con la ejecución de personas con discapacidad mental (ver *Atkins*, *cit.*, pp. 317/320). La prohibición de tales ejecuciones además protege la legitimidad del proceso judicial en relación con aquellas personas que enfrentan "un riesgo especial de ejecución injusta" porque tienen una mayor probabilidad de hacer declaraciones confesionales falsas, a menudo son testigos no calificados y están en peores condiciones de colaborar en forma significativa con sus abogados defensores (*ibid.*, pp. 320/321). Para determinar si la definición de discapacidad mental del estado de Florida implementa estos principios y el *holding* de *Atkins*, corresponde considerar los estudios profesionales y psiquiátricos elaborados sobre el propósito y el significado del puntaje del test de coeficiente intelectual, de qué modo esa puntuación se relaciona con *Atkins* y cómo los diferentes estados han implementado tal precedente.
- (b) La legislación de Florida hace caso omiso de la práctica médica establecida. El texto de la ley de Florida podría estar en apariencia en consonancia con el criterio de la comunidad médica discutido en Atkins y con las conclusiones a que se arriba en el presente caso. Define la discapacidad mental como la existencia de déficits concurrentes en el funcionamiento intelectual y adaptativo, que históricamente han sido la característica que define la discapacidad mental (ver Atkins, cit. supra, p. 308). Y tampoco existe nada en la ley que impida al estado de Florida tener en cuenta un margen de error estándar de medición (SEM) en el test de coeficiente intelectual, un hecho estadístico que refleja la imprecisión propia del test y que reconoce que el coeficiente de una persona se mide mejor en términos de un rango, por ejemplo, cinco puntos por encima o por debajo del resultado registrado. Sin embargo, según la interpretación de la Suprema Corte de Florida, la normativa del estado hace caso omiso de la práctica médica establecida de dos modos que se relacionan: por un lado, toma el puntaje del test como una prueba final concluyente de la capacidad intelectual de un acusado, pese a que los expertos considerarían otra prueba; y, por el otro, se funda en una medición supuestamente científica de las capacidades del imputado, pero se niega a admitir la imprecisión propia de esa forma de medición. Si bien los profesionales hace mucho tiempo que coinciden en que el resultado del test

debería ser interpretado como un rango, el estado de Florida concibe el puntaje del test como un número fijo, excluyendo, por tanto, la consideración de otras pruebas relevantes (por ejemplo, los déficits en el funcionamiento adaptativo, incluyendo las pruebas de conductas previas, del entorno y de su crianza).

- (c) El rechazo del límite estricto de 70 puntos en la gran mayoría de los estados y una "tendencia consecuente" (ver Roper, cit. supra, p. 567) hacia el reconocimiento de la existencia de un margen de error estándar de medición reflejan notoriamente que existe consenso en que la sociedad no considera este límite estricto como adecuado o humanitario. Como máximo, son nueve los estados que establecen el límite estricto de coeficiente intelectual en 70 puntos, por lo cual en 41 estados una persona en el lugar de Hall no sería considerada automáticamente pasible de ser condenada a pena de muerte. La dirección del cambio ha sido consecuente. A partir de Atkins, muchos estados han sancionado leyes a fin dar cumplimiento a la exigencia constitucional de que las personas con discapacidad mental no pueden ser ejecutadas. Dos de esos estados parecen tener un límite estricto fijado en los 70 puntos, pero al menos otros once han eliminado la pena de muerte o aprobado leyes que permiten a los imputados ofrecer pruebas de discapacidad mental adicionales cuando la puntuación del test de coeficiente intelectual es superior a 70. Toda legislatura estadual -excepto una- que ha examinado la cuestión después de Atkins y cuyas leyes han sido interpretadas por sus tribunales ha adoptado una posición contraria a la de Florida.
- (d) El fallo *Atkins* reconoce el error intrínseco que existe en el test de coeficiente intelectual y proporciona una guía fundamental sobre la definición de la discapacidad mental. Los estados cumplen un rol crítico en promover la protección acordada en *Atkins* y en proporcionar a esta Corte una interpretación de cómo debe medirse y evaluarse la discapacidad mental, pero *Atkins* no les dio un margen de discrecionalidad ilimitado para definir íntegramente el alcance de la protección constitucional. Las definiciones clínicas de discapacidad mental que, expresamente, rechazaron el límite de 70 puntos del resultado del test de coeficiente intelectual y que desde hace mucho tiempo incluyeron el margen de error estándar de medición constituyeron una premisa fundamental de *Atkins* (*op. cit.*, p. 309, notas 3 y 5). Una breve mención de Florida en la lista de los estados que prohíben la ejecución de personas con discapacidad mental (*ibid.*, p. 315) no demuestra que esta Corte, en *Atkins*, haya aprobado la interpretación que actualmente el estado hace de su legislación. La Suprema Corte de Florida aún no ha interpretado que dicha ley exija mantener un límite estricto de 70 puntos de coeficiente intelectual.
- (e) Cuando el resultado del test de coeficiente intelectual de un imputado se encuadra dentro del reconocido e intrínseco margen de error de este test, debe permitirse al imputado ofrecer pruebas adicionales de su discapacidad mental, incluyendo testimonios sobre sus déficits de adaptación. Esta determinación legal de la discapacidad mental se diferencia de un diagnóstico médico, pero está informada por el sistema de diagnóstico de la comunidad médica, que es de particular ayuda en el presente caso, donde no se ha presentado ninguna definición alternativa, y donde

esta Corte y los estados han puesto un alto grado de confianza en la experiencia de la profesión médica.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Hall v. Florida*, sentencia del 27-5-2014, en http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-10882_kkg1.pdf>.



PROCESO CIVIL. ARBITRAJE. CONVENIOS ARBITRALES. CLÁUSULA COMPROMISORIA. CONTRATOS. PRUEBA. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL POR INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: Alain Chaperon es agricultor y productor de cereales, y mantiene relaciones comerciales con la Sociedad Anónima Simplificada (SAS) Nidera France, vinculada a la distribución de productos agrícolas.

En abril de 2011, SAS Nidera France demandó a Chaperon ante la Cámara Internacional de Arbitraje de París por el pago del lucro cesante sufrido por los mayores costos abonados debido a que no había cumplido un contrato de compraventa de trigo en febrero de 2010.

Mediante una decisión de junio de 2011, el tribunal de arbitraje hizo lugar a la demanda, constató la existencia de una cláusula compromisoria, se declaró competente rechazando la excepción de incompetencia articulada por Chaperon y condenó a este al pago de € 15.040,08 por los mayores costos. Por otra parte, aumentó la tasa de interés aplicable a partir de la interposición de la demanda de arbitraje y condenó a Chaperon al pago de € 2.631,20 en concepto de las costas de arbitraje. El tribunal desestimó la solicitud de indemnización que Nidera fundó en el art. 700 del Código Procesal Civil (CPC) y ordenó la ejecución provisoria de la sentencia.

Por tal motivo, Chaperon interpuso un recurso contra la sentencia en diciembre de 2011, y en diciembre de 2012 solicitó que se declarara la nulidad de la decisión y que se condenara a *SAS Nidera France* al pago de € 3.000 en virtud de lo dispuesto por el art. 700 CPC. Fundó su pretensión en que el tribunal de arbitraje había violado el principio de contradicción (art. 1492 CPC) al admitir la existencia de un contrato marco celebrado y al haber aplicado la cláusula compromisoria del mismo, que no existía.

En octubre de 2012, *SAS Nidera France* solicitó al tribunal el rechazo del recurso de nulidad interpuesto por Chaperon y de las otras pretensiones de este, y que lo condenara al pago de € 3.500 conforme a lo establecido en el art. 700 CPC. Fundó su petición en las condiciones generales del contrato de compraventa, en las relaciones comerciales mantenidas por las partes, y en los usos y costumbres de la profesión.

2. Sentencia: se anula el laudo dictado en junio de 2011 por el tribunal de arbitraje en razón de la inexistencia del contrato, considerando que, de acuerdo con el art. 1341 del Código Civil (CC) y el decreto nº 80-533 del 15 de julio de 1980

modificado, los contratos cuyos montos sean superiores a € 1.500 deben formalizarse en documento público o privado a menos que exista un principio de prueba por escrito (v. art. 1347 CC). En el documento ofrecido por SAS Nidera France consta solo la firma de su representante; por lo tanto, no constituye principio de prueba por escrito del contrato en cuestión, y SAS Nidera France no ha ofrecido ningún documento emanado de Chaperon susceptible de tener esta naturaleza. Tratándose de un contrato civil, su inexistencia no puede suplirse mediante la invocación de los usos y costumbres de la profesión ni por la existencia de un flujo de negocios entre las partes, ni mucho menos por la remisión a las condiciones generales del contrato, dada la inexistencia del vínculo.

Considerando la mencionada inexistencia contractual, resulta ineficaz la invocación que hace SAS Nidera France de la independencia de la cláusula compromisoria estipulada en las condiciones generales del contrato de compraventa.

Se declara la incompetencia del tribunal arbitral para resolver el fondo del asunto ante la inexistencia de un convenio arbitral (*conf.* art. 1492 CPC).

Se condena a *SAS Nidera France*, como parte vencida, a pagar a Alain Chaperon la suma de € 3.000 en virtud de lo establecido en el art. 700 CPC.

Notas del Instituto: 1) Véase VIDAL, Dominique, "Note", en *Revue de l'arbitrage*, 2013, nº 2, pp. 454/459, donde alega que no es frecuente que un tribunal de apelaciones anule un laudo arbitral por incompetencia del tribunal arbitral, especialmente si es por la inexistencia de un convenio arbitral. La naturaleza convencional del arbitraje es, sin embargo, un principio fundamental y su desconocimiento, por negligencia o impericia, implica la nulidad del laudo. Los casos expuestos se resolvieron en circunstancias muy similares, en el ámbito de profesionales que, sin ser comerciantes, estaban habilitados para utilizar la cláusula compromisoria debido a su actividad profesional. **2)** En el mismo sentido, véase Tribunal de Apelaciones de París, Sala I, sentencia del 4-12-2012.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE PARÍS, Sala I, sentencia del 19 -3-2013, en http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/sites/default/files/usages/contentieux/Paris190313_11_22077.PDF.



PROCESO CIVIL. DEBIDO PROCESO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. JURISDICCIÓN ORDINARIA. DOCTRINA NORTEAMERICANA. EXTRANJEROS. SOCIEDADES. FILIALES CON SEDE EN EL EXTRANJERO (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: veintidós residentes argentinos promovieron una acción ante un tribunal federal de los Estados Unidos contra la empresa DaimlerChrysler AG (Daimler), alegando que su filial argentina —Mercedes-Benz Argentina (MB Argentina)— había colaborado con las fuerzas de seguridad argentinas durante la "Guerra Sucia" que tuvo lugar entre 1976 y 1983, para secuestrar, detener, torturar y asesinar a ciertos trabajadores de MB Argentina, entre quienes estaban los aquí recurrentes o personas estrechamente relacionadas con estos. Con base en esos argumentos, los actores fundaron su demanda en la *Alien Tort Statute*, en la *Torture Victim Protection Act* de 1991, y en las leyes de California y de Argentina.

Justificaron la jurisdicción de los tribunales norteamericanos para entender en este caso en los contactos que el estado de California tiene con Mercedes-Benz U.S.A. LLC (MBUSA) –otra filial de Daimler, registrada en el estado de Delaware, con sede principal de sus negocios en Nueva Jersey–, que distribuye los vehículos fabricados por Daimler a concesionarios independientes en todo el territorio norteamericano. Daimler opuso una excepción de incompetencia, a la que el tribunal hizo lugar. Esta decisión fue apelada.

La cámara federal de apelaciones revocó esta sentencia y declaró que MBUSA –empresa que se presume que se encuentra bajo la jurisdicción ordinaria (*all-purpose jurisdiction*) de los tribunales de California– era "agente" de Daimler y que, por lo tanto, esta última también está sujeta a la mencionada competencia de los tribunales de dicho estado.

En este estado, Daimler interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

- **2. Sentencia:** los tribunales de California no tienen jurisdicción para entender en las demandas promovidas contra Daimler por los daños y perjuicios fundados en el supuesto accionar de MB Argentina fuera del territorio de los Estados Unidos.
- (a) La ley de California que habilita a los tribunales estaduales a dictar sentencias contra extranjeros no residentes (*California' Long Arm Statute*) otorga a los jueces la jurisdicción más amplia admisible en términos de la Constitución Federal. Por tanto, la cuestión a decidir es si la sentencia de la cámara federal de apelaciones está en consonancia con los límites impuestos por la garantía federal al debido proceso (conf. Regla Federal de Procedimiento Civil 4(k)(1)(A)).
- (b) Durante mucho tiempo, esta Corte ha sostenido que la jurisdicción ordinaria de los tribunales está necesariamente circunscripta a los límites geográficos del foro (conf. Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 -1878-). Ese criterio estrictamente territorial posteriormente fue sustituido por una interpretación menos rígida que quedó plasmada en el leading case International Shoe Co. v. Washington (326 U.S. 310 -1945-). International Shoe fue un precedente del reconocimiento de dos categorías de jurisdicción: una es la hoy denominada *specific jurisdiction* (jurisdicción específica) (conf. Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown (2011)), que es la que los tribunales tienen cuando la "demanda surge o se vincula con la conexión que el demandado tiene con el foro" (conf. Helicópteros Nacionales de Colombia SA v. Hall, 466 U.S. 408, p. 414, nota 8 -1984-). En International Shoe, se diferenció el ejercicio de la jurisdicción específica, basada en el caso, de la categoría conocida actualmente como "jurisdicción ordinaria", que se ejerce cuando el "accionar permanente y continuo de una empresa comercial extranjera dentro de un Estado [resulta] suficientemente importante y es de una naturaleza tal que justifica que se la pueda demandar por motivos totalmente independientes de dichas actividades".

A partir de la decisión adoptada en el caso *International Shoe*, la "jurisdicción específica ha pasado a ser la cuestión más relevante de la teoría moderna de la jurisdicción y competencia" (conf. *Goodyear* cit., *supra*). En cambio, esta Corte ha

dictado menos decisiones relativas a la jurisdicción ordinaria (conf. *Perkins v. Benguet Consol. Mining Co.*, 342 *U.S.* 437 -1952-; *Helicópteros*, cit., *supra*, y *Goodyear*, cit., *supra*). Tal como surge de la jurisprudencia de esta Corte posterior a *International Shoe*, la jurisdicción específica se ha independizado del criterio adoptado en *Pennoyer*, pero la jurisdicción ordinaria no ha sido ampliada más allá de los límites que tradicionalmente se le han reconocido.

- (c) Aun presumiendo a los fines de la adopción de esta decisión que MBUSA tiene su sede en California, lo cierto es que la conexión que Daimler tiene con dicho estado no basta para someterla a la jurisdicción ordinaria de los tribunales californianos.
- (1) Cualquiera sea el rol que la teoría de la agencia pueda jugar en el marco de la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que el análisis realizado por la cámara federal de apelaciones en este caso no puede confirmarse, porque la decisión que tomó en relación con la agencia está básicamente fundada en que los servicios de MBUSA resultaban "importantes" para Daimler, en razón de la hipotética disposición favorable que tendría para brindarlos si MBUSA no existiera. Pero si la "importancia" fuera, en este sentido, suficiente para justificar la atribución de jurisdicción, se podría demandar a las empresas extranjeras con cualquier fundamento cuando tienen una empresa filial o asociada en el Estado, conclusión esta que iría incluso más allá de los postulados de la tesis amplia de la competencia ordinaria desestimada en *Goodyear* (cit., *supra*).
- (2) Aun asumiendo que MBUSA tiene su asiento en California y que los contactos de MBUSA son imputables a Daimler, seguiría sin existir fundamento para someter a Daimler a la jurisdicción ordinaria de los tribunales de California. Los foros generales (all purpose forums) de la jurisdicción ordinaria son el lugar donde está inscripta una sociedad comercial y aquel donde esta tiene el asiento principal de sus negocios (conf. Goodyear, cit.,). Sin embargo, los recurrentes proponen ir mucho más allá de estos estándares, y aprobar el ejercicio de la jurisdicción ordinaria en todos los Estados en los que una empresa comercial ejerce una actividad comercial sustancial, continua y sistemáticamente. Las palabras "continua y sistemática" -de las que la recurrente y la cámara federal de apelaciones hicieron caso omiso- fueron empleadas en International Shoe para describir las situaciones en las que se puede ejercer la jurisdicción específica (International Shoe, cit., supra, p. 317). Antes bien, con respecto a la jurisdicción ordinaria, Shoe Internacional se refirió, en cambio, a los supuestos en que las operaciones continuas de una empresa comercial en un Estado son importantes y tienen "una naturaleza tal que justifica que se la pueda demandar por motivos totalmente independientes de dichas actividades" (cit., supra, p. 318). En consecuencia, la cuestión que realmente hay que analizar es -tal como esta Corte ya lo ha explicado- si la conexión que una empresa extranjera tiene con un Estado es tan "continua y sistemática" como para que quede en una situación esencialmente equiparable a la de aquellas que tienen su sede en el Estado del foro (Goodyear, cit., supra).

Daimler y MBUSA no están inscriptas en California ni tienen allí el asiento principal de sus negocios. Si las actividades que Daimler realiza en California constituyeran fundamento suficiente para que los tribunales californianos pudieran dictar sentencia en este caso originado en Argentina, este mismo alcance global presumiblemente también existiría en cada uno de los Estados en los que las ventas de MBUSA sean importantes. Ninguna decisión de esta Corte ha consagrado una doctrina tan amplia de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, la cámara federal de apelaciones no tenía fundamento para llegar a la conclusión de que Daimler –incluso si se le atribuyen las conexiones de MBUSA– tenía contacto local en California y, por ende, estaba expuesta a ser demandada allí por extranjeros por motivos en que no tenían conexión alguna con acontecimientos ocurridos en California o que tuvieran allí su impacto principal.

(3) Por último, cabe considerar el contexto transnacional de esta controversia. Los recientes precedentes de esta Corte han tornado inválidas las pretensiones que los apelantes fundan en la *Alien Tort Statute* y en la *Torture Victim Protection Act* (conf. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* (2013) y *Mohamad v. Autoridad Palestinian Authority* (2012)). Por otro lado, la cámara federal de apelaciones dio poca relevancia a los riesgos que su tesis amplia de la jurisdicción ordinaria generaba para la comunidad internacional.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Daimler AG v. Bauman et al.*, sentencia del 14-1-2014, en http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/11-965_1qm2.pdf>.



PROCESO CIVIL. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. ACCIONES DE CLASE. ACCIONES COLECTIVAS. ACCIONES DE MASAS, PROCEDENCIA (EE.UU).

1. Antecedentes del caso: el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Class Action Fairness Act* (CAFA) de 2005 para reducir los requisitos de admisibilidad de la jurisdicción diversa en las acciones de clase y, para lo que aquí resulta relevante, para las acciones de masas, esto es, las acciones civiles "en las cuales cien o más personas solicitan que se resuelvan sus demandas de daños y perjuicios, con base en que todas ellas plantean cuestiones de hecho o de derecho en común" (v. art. 1332(d)(11)(B)(i) del Título 28 del Código de los Estados Unidos).

El estado de Mississippi demandó a los fabricantes de monitores LCD ante un tribunal estadual denunciando ciertas violaciones al derecho estadual y solicitando, *inter alia*, el reembolso de lo abonado por las compras de LCD realizadas por dicho estado y por algunos de sus ciudadanos.

Los demandados solicitaron que el caso se trasladara a un tribunal federal. El tribunal federal de primera instancia consideró que el proceso promovido constituía una acción de masas en términos del mencionado art. 1332(d)(11)(B)(i), pero devolvió el expediente al tribunal estadual porque entendió que caía dentro del ámbito de aplicación de la excepción del "público en general" de la CAFA (art. 1332

(d)(11)(B)(ii)(III)). La Cámara Federal de Apelaciones admitió que se trataba de una acción de masas, pero consideró inaplicable la excepción del público en general y revocó la sentencia.

Entonces, el estado de Mississippi interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

- **2. Sentencia:** esta acción no constituye una acción de masas en términos de la CAFA porque el estado de Mississippi es el único accionante identificado.
- (a) Contrariamente a lo que alegan los apelantes, en la expresión "cien o más personas" de la CAFA no quedan comprendidas las personas no identificadas que tienen un interés legítimo en las pretensiones planteadas por accionantes identificados. El Congreso supo cómo redactar el texto para que produjera ese efecto cuando quiso que tuviera ese significado (ver, por ejemplo, los arts. 1332(d)(5)(B) y 1332(d)(1)(D)). La circunstancia de que no haya ejercido esta opción al redactar la cláusula relativa a la acción de masas indica que no tuvo la intención de que la exigencia de numerosidad que contiene este artículo se satisfaga incluyendo a los interesados con intereses legítimos pero no identificados.

La interpretación que proponen los apelantes tampoco puede conciliarse con la circunstancia de que las "cien o más personas" no sean personas no identificadas que no hayan intervenido en el proceso, sino los "accionantes" a los que posteriormente hace referencia la norma, esto es, precisamente las mismas partes que pretenden unir sus pretensiones en un solo proceso. Esto resulta evidente en dos sentidos fundamentales. Primero, la CAFA utiliza las palabras "personas" y "accionantes" en la misma forma en que lo hace la Regla Federal de Procedimiento Civil nº 20, que utiliza el término "personas" para referirse a aquellos individuos que proponen unirse para actuar como "parte actora" en una única acción. Segundo, es difícil imaginar cómo podría proponerse que las "pretensiones de cien o más" personas no identificadas "sean juzgadas en forma conjunta con base en que tienen en común cuestiones de hecho y de derecho con las pretensiones de algún grupo completamente diferente de accionantes identificados.

Si interpretáramos que la palabra "accionantes" incluye a las personas identificadas y a las no identificadas que tienen un interés legítimo, ampliaríamos el significado de "accionantes" de un modo que no permitiría identificar esta categoría. Ordinariamente, se interpreta que un accionante es una parte que promueve una demanda civil ante un tribunal de justicia, y no cualquier persona –identificada o no– a quien un proceso pueda beneficiar. Por otra parte, la definición propuesta por los apelantes también tendría que aplicarse a la referencia ulterior a los "accionantes" que la cláusula de la norma que regula las acciones de masas hace en la frase "la jurisdicción solo se ejerce sobre aquellos accionantes que demanden montos superiores a los USD 75.000" (ver art. 1332(d)(11)(B)(i); Brown v. Gardner, 513 U.S. 115, p. 118 -1991-). Esto generaría un caos administrativo que el Congreso no pudo haber tenido la intención de crear (véase Griffin v. Oceanic Contractors, Inc., 458 U.S. 564, p. 575 -1982-, caso en el cual los tribunales de primera instancia hubieran tenido que identificar a cientos –o, en este caso, a cientos de miles– de partes no identificadas

que reclamaban montos inferiores a USD 75.000 y luego decidir cómo pronunciarse en relación con sus pretensiones).

- (b) El marco normativo refuerza la interpretación que hace este Tribunal de la norma que regula la acción de masas. La CAFA establece que con posterioridad al traslado del proceso a un juzgado federal, la causa no puede ser trasladada a otro tribunal "a menos que la mayoría de los actores de la misma así lo solicite" (art. 1332(d)(11)(C)(i)). Si la expresión "accionantes" incluyera a partes no identificadas, sería extremadamente difícil para un tribunal identificar el enorme número de las partes que realmente tienen un interés legítimo para decidir si un caso puede ser trasladado. Además, la pretensión de los apelantes de que este caso debe ser trasladado porque es similar a una acción de clase resulta inadmisible porque no reconoce que la cláusula que regula la acción de masas funciona fundamentalmente para asegurar que las flexibles reglas jurisdiccionales relativas a las acciones de clase que contiene la CAFA no puedan eludirse promoviendo una demanda que nombre a un conjunto de actores en lugar de articular una acción de clase. Si el Congreso hubiera pretendido que la CAFA autorizara el traslado de procesos representativos promovidos por los estados como únicos accionantes, conforme a la tesis que proponen los apelantes, así lo habría dispuesto en la cláusula que reglamenta las acciones de clase, y no en la relativa a las acciones de masas.
- (c) Esta Corte ha interpretado que la ley que reglamenta la diversidad de jurisdicción (casos en que los actores son vecinos de distintos estados) exige que, en ciertos contextos, los tribunales vayan más allá de lo que surge de las presentaciones de las partes para garantizar que estas no están creando o destruyendo indebidamente la diversidad de jurisdicción (por ejemplo, Wecker v. National Enameling & Stamping Co., 204 U.S. 176, pp. 185, 186-1907-), pero el Congreso no tuvo intención de que se aplicara este análisis del contexto a la cláusula que regula las acciones de masas. Primero, podría tener sentido incorporar este análisis del contexto a la cláusula que regula las acciones de masas si dicho análisis se hubiera aplicado previamente en forma similar. Sin embargo, eso no ha sucedido aquí y, por lo tanto, cualquier presunción de que el Congreso haya tenido la intención de incorporar el análisis -en caso de que esta exista- sería, en términos relativos, débil. Segundo, incluso si el principio del contexto se hubiera aplicado previamente de este modo, lo cierto es que el Congreso expresamente indicó que no tenía la intención de que el principio se aplicara a la cláusula que regula a las acciones de masas, a través de los indicadores textuales descriptos ut supra y al prohibir que los actores se agrupen con personas no identificadas en un proceso a fin de transformarlo en una acción de masas (art. 1332(d)(11)(B)(ii)(II)). Exigir a los tribunales federales de primera instancia que identifiquen a las partes no identificadas interesadas en la causa contradiría esa intención.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Mississippi Ex Rel. Hood, Attorney General v. Au Optronics Corp. et al.*, sentencia del 14-1-14, en http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-1036_0971.pdf.



PROCESO CIVIL. RECURSOS. RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL. PROCEDENCIA (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Francisca Liliana Vázquez Romero interpuso una demanda de amparo contra los integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, y de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, así como contra el Presidente y el Procurador Público del Poder Judicial, solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago correspondiente al Exp. nº 1460-2006 desde la Resolución nº 38, del 4 de diciembre de 2009, hasta el Decreto nº 5, del 25 de enero de 2013, por haberse vulnerado sus derechos "al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva".

Refiere que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora, Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación ni el Decreto nº 40, del 19 de octubre de 2011. Sostiene, igualmente, que la Sala Civil Suprema demandada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago fue transformado en constitucional pese a ser civil, por lo que "cambió la jurisdicción" remitiéndolo a la Sala Constitucional Suprema demandada, y que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Exp. nº 1460-2006.

El 26 de marzo de 2013, el Tercer Juzgado Civil de Chimbote declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio de la demanda no estaban referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados; porque la recurrente pretendía replantear la controversia pese a que había sido debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados, y en razón de que había vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, por cuanto la Resolución nº 40 le había sido notificada el 26 de octubre de 2011.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que entre la fecha de notificación de la Resolución n° 40 y la de interposición de la demanda había transcurrido en exceso el plazo de prescripción.

2. Sentencia: se declara infundada la demanda al no acreditarse la vulneración de derecho constitucional alguno de la recurrente, estableciéndose como precedente vinculante conforme al art. VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional la regla contenida en esta sentencia.

Al no haberse acreditado los hechos que sustentan la pretensión, el Tribunal Constitucional estima que la presente demanda debe ser declarada infundada.

Al respecto, enfatiza que demandas de esta naturaleza, mediante las cuales se invocan derechos fundamentales pero sin demostrar en modo alguno de qué modo habría ocurrido la vulneración o qué contenido específico de los mismos fue ilegítimamente intervenido, obstaculizan el normal desenvolvimiento de la justicia constitucional.

El artículo 18 del Cód. Proc. Const. ha delineado la procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC), estableciendo que tal recurso debe ser interpuesto contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda, y presentado en el plazo de diez días contados desde e1 día siguiente de notificada la resolución.

Una lectura descontextualizada de dicha disposición podría conducir a creer que bastaría para que se conceda el recurso con la desestimación de la demanda y el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, pero este Tribunal Constitucional ya ha señalado, en la STC 02877-2005-HC/TC, que "a partir de la jurisprudencia y las disposiciones del Cód. Proc. Const. mencionadas, puede inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del RAC" (Fundamento Jurídico 27).

Aún más, en dicho expediente, y con carácter de precedente, se dejó sentado que "[a]parte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC" (Fundamento Jurídico 31).

Lamentablemente, y a pesar de la claridad del precedente y su obligatoriedad general, se repiten casos como el presente en el que se interpone un recurso de agravio constitucional manifiestamente infundado, que se limita a invocar formalmente derechos reconocidos por la Constitución, pero con una completa carencia de fundamento.

La atención de estos casos produce demoras que impiden atender oportuna y adecuadamente aquellos otros en los cuales verdaderamente existen vulneraciones que exigen una tutela urgente.

El Reglamento Normativo de este Tribunal Constitucional aborda este problema en su art. 11: "Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Cód. Proc. Const., la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial fiel, ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse".

Queda claro que el precedente y el Reglamento Normativo se orientan en el mismo sentido, por lo que no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes.

Este Tribunal ha sostenido que "resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela" (STC 04119-2005-AA, Fundamento jurídico 64, entre muchos otros) y, por lo tanto, debe concentrar sus recursos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente.

A fin de optimizar adecuadamente el derecho a la tutela procesal efectiva, el Tribunal considera indispensable en esta ocasión explicitar los supuestos en que, sin más trámite, emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, estableciendo el precedente vinculante que se desarrolla en el siguiente fundamento.

El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando: a) carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque; b) la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional; c) la cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; d) se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales. La citada sentencia se dictará sin más trámite.

Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

De este modo, este Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Preservará, así, la autoridad que le ha confiado el pueblo a través del Congreso de la República.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Expte. n° 00987-2014-PA/TA, *Santa Francisca Vázquez Romero*, sentencia del 6-8-2014, en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00987-2014-AA.pdf.



PROCESO CIVIL. RECURSOS. RECURSO DE CASACIÓN. SENTENCIA. VALIDEZ. LEGITIMIDAD. NULIDAD. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. JUECES. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. LÍMITES. INDEPENDENCIA (POLONIA).

- 1. Antecedentes del caso: Danuta K. planteó la inconstitucionalidad del art. 4241(1) del Código Procesal Civil de Polonia, conforme al cual solo es posible plantear la nulidad de una sentencia jurídicamente válida dictada por un tribunal de segunda instancia en caso de ilegitimidad evidente, flagrante y grave. Fundó su pretensión en que dicho artículo es violatorio del art. 77(1) de la Constitución polaca, por cuanto limita la posibilidad de solicitar un resarcimiento por los perjuicios sufridos como consecuencia de los actos ilícitos cometidos por las autoridades públicas.
- **2. Sentencia:** el art. 4241(1) del Código Procesal Civil no violenta el art. 77(1) de la Constitución.

Conforme lo ha resuelto esta Corte en los casos nros. SK 18/00, SK 77/06 y SK 49/08 y pacíficamente la doctrina, las acciones legales adoptadas para el ejercicio del derecho constitucional al resarcimiento de los perjuicios causados por los actos ilícitos cometidos por una autoridad pública —en el caso de que tales actos ocurran en ocasión del dictado de una sentencia jurídicamente válida— deben contemplar los siguientes valores constitucionales: 1) el principio de protección de la confianza de

los ciudadanos en el Estado y en sus leyes; 2) el respeto a la seguridad jurídica; 3) el principio de confianza en los fallos jurídicamente válidos, elemento fundamental del derecho a un juicio justo, y 4) el principio de libertad de decisión de los tribunales para considerar y resolver los casos, elemento fundamental de la independencia judicial. Por ello, es necesario distinguir entre "ilegitimidad" e "ilegitimidad de un fallo jurídicamente válido dictado por un tribunal", y, en consecuencia, limitar los términos de la responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados por la actividad judicial.

La recurrente alega que no existen motivos para establecer una diferencia en cuanto a la premisa –de ilegitimidad de una sentencia jurídicamente válida– a los fines de un recurso de casación o de que se declare la nulidad de una decisión. Sin embargo, si bien es posible recurrir a ambas alternativas en el marco de una sentencia jurídicamente válida, lo cierto es que ellas tienen naturaleza, propósitos y efectos diferentes (v. sentencia n° SK 49/08 de esta Corte).

El objetivo último de una solicitud de declaración de nulidad de una sentencia jurídicamente válida es subsanar el perjuicio que ha ocasionado y no el perjuicio objeto de la demanda original. En efecto, tanto una declaración de que una sentencia es nula como la evaluación de la manera en que el Estado cumple con una de sus funciones fundamentales como es la administración de justicia deben basarse en premisas diferentes a las que subyacen en una sentencia de casación, la cual está orientada a rectificar la resolución de una disputa en un caso particular.

CORTE CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia nº SK 4/11 del 27-9-2012, en http://www.trybunal.gov.pl/eng/press_releases/sk0411.htm.



PROCESO CIVIL. RECURSOS. **SENTENCIA.** DISPOSICIONES APELABLES. GARANTÍAS PROCESALES. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. ALCANCE (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el Sr. Y demandó a la Sra. X el pago de una indemnización por haber ocupado la casa que tienen en condominio.

El tribunal de primera instancia ordenó un informe pericial para determinar el monto de la indemnización reclamada. Las conclusiones de este experto fueron impugnadas por la demandada, pero constituyeron al fundamento de la sentencia que condenó a esta al pago de una indemnización por ocupación y del impuesto inmobiliario de 2008, y al accionante a hacerse cargo de los gastos generados por la inspección del gas. El juez ordenó compensar las deudas entre los litigantes.

La Sra. X apeló esta decisión. El tribunal de apelaciones solo se pronunció sobre la parte dispositiva de la sentencia apelada porque consideró que, en virtud de lo dispuesto por el decreto nº 2009-1524 del 9 de diciembre de 2009 (que entró en vigencia el 1º de enero de 2011), no se pueden revisar las disposiciones de la sentencia relativas al informe pericial y al pago en común de los servicios de una agencia de viajes.

Se interpuso entonces un recurso ante la Corte de Casación.

2. Sentencia: el tribunal de apelaciones violó el art. 954, inc. 2 del Código Procesal Civil (conforme fuera reformado por el decreto nº 2009-1524 del 9 de diciembre de 2009) al resolver que esta norma solo se aplica a las apelaciones interpuestas a partir del 1° de enero de 2011.

Por los motivos que aquí se exponen, se anulan todas las partes de la sentencia dictada en este caso por el tribunal de segunda instancia y se devuelven las actuaciones. Se imponen las costas al Sr. Y.

2.1 Primer motivo del recurso de casación

La apelante se agravia porque la sentencia apelada rechazó el pedido de anulación del informe pericial por ella interpuesto.

El art. 954, inc. 2 del Código Procesal Civil (conforme fuera reformado por decreto del 9 de diciembre de 2009, que entró en vigencia el 1° de enero de 2011) dispone expresamente que "el Tribunal de Apelaciones solo se pronuncia sobre las pretensiones que surgen de la parte dispositiva de la sentencia, de manera que no se pueden cuestionar las disposiciones de la sentencia relativas a la validez del informe pericial y al pago compartido de las facturas de la agencia de viajes.

El juez debe, en cualquier circunstancia, hacer observar el principio de contradicción. Para negarse a pronunciarse sobre el pedido de anulación del informe pericial, la sentencia impugnada se fundó en la norma conforme a la cual el tribunal de apelaciones solo resuelve las pretensiones enunciadas en la parte dispositiva de la sentencia recurrida. Al decidir así el recurso, sin haber invitado previamente a las partes a fundar sus pretensiones, el tribunal de alzada desconoció el principio de contradicción, violando el art. 16 de Código Procesal Civil.

La apelante solicitó subsidiariamente la anulación del informe pericial y la revocación de la parte dispositiva de la sentencia, en particular en cuanto rechaza el pedido de anulación del informe pericial. Por lo tanto, reclamó la anulación no solamente de esa pericia en razón de las conclusiones a las que había llegado, sino también de su parte dispositiva. Al rechazar pronunciarse sobre este pedido de anulación so pretexto de que debía resolver solo las pretensiones enunciadas en la parte dispositiva de la sentencia sin invocar ulteriores fundamentos, el tribunal de apelaciones violó el art. 954 del Código Procesal Civil.

En cualquier hipótesis, la recurrente solicitó la anulación del informe pericial y la modificación de toda la parte dispositiva de la sentencia, particularmente en cuanto rechazó el pedido de anulación del informe pericial. Sin embargo, al negarse a pronunciarse sobre el pedido de anulación de la pericia so pretexto de que solo podía resolver las pretensiones enunciadas en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, el tribunal de apelaciones desnaturalizó los escritos del apelante violando el art. 4 de Código Procesal Civil.

2.2 Segundo motivo del recurso de casación

La apelante reprochó al tribunal de alzada haber confirmado la decisión de primera instancia, que la había condenado a pagar a su copropietario (el Sr. Y), en

concepto de indemnización por haber ocupado la casa que tenían en común entre enero de 2007 y julio de 2008, la suma de €16.340 con más los intereses legales a partir del 28 de abril de 2009.

La indemnización por ocupación se impone al copropietario que tiene el goce exclusivo de un bien. El Sr. Y tomó conocimiento de que la Sra. X le negaba el acceso a la casa a través de un correo del 28 de diciembre de 2006 y decidió, en consecuencia, no seguir asumiendo los gastos.

Dado que las partes no produjeron, al apelar, pruebas que aporten mayor claridad sobre las condiciones de la ocupación del bien indiviso, la Sra. X no pudo invocar válidamente que el Sr. Y había reconocido, en una declaración del 20 de octubre de 2009, haber ingresado a la casa el 16 de abril de 2008 en ausencia de su ex concubina para recuperar sus pertenencias, que ella no tenía interés en saber cómo había ingresado porque no poseía las llaves y que carecía de importancia saber cómo había ingresado al inmueble dado que él no tenía llaves y que ese acto aislado no podía interpretarse como una tentativa de reanudar la vida en común ni de cuestionar el goce exclusivo del bien que la mujer tenía desde hacía más de un año.

A los fines de la determinación del valor locativo del inmueble que tenía la mujer, el tribunal de primera instancia se negó a tomar en cuenta los €1.720 mensuales entregados por la Sra. X –valor locativo fijado por el Sr. Y, en concordancia con el precio de venta del bien de €550.000 y con los alquileres de inmuebles semejantes—, dado que la Sra. X había realizado tasaciones bajas a través de inmobiliarias al no haber podido ingresar al lugar.

En los supuestos de indivisibilidad o de un vínculo de dependencia necesaria entre los distintos puntos de una sentencia, la casación se extiende a la disposición que constituye la consecuencia necesaria de aquella que merece censura. En virtud de lo dispuesto por el art. 625 del Código Procesal Civil, la casación para intervenir la sentencia impugnada en cuanto deniega la anulación del informe pericial tiene por efecto la anulación de la decisión misma en cuanto fijó el valor de la indemnización por ocupación con base en dicho informe.

CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, Sala Civil 2, caso nº 12-22837 del 26-9-2013, en http://APP.VLEX.COM/#VID/COUR-CIVILE-2-SEPTEMBRE-2013-BULLETIN-465612358>.



PROCESO PENAL. ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. RAZONABILIDAD. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. ESTUPEFACIENTES (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: un detective de la policía del condado de Miami-Dade recibió un llamado anónimo que denunciaba que Joelis Jardines plantaba marihuana en su hogar. Un mes después, el Departamento de Policía y la Administración de Control de Drogas enviaron a un equipo de vigilancia a ese domicilio. Los detectives fueron acompañados por un perro entrenado para detectar

marihuana, cocaína, heroína y otras drogas, y se dirigieron a la galería de la vivienda, donde inmediatamente el perro advirtió, mediante el olfato, la existencia de narcóticos. Basándose en la alerta del perro, los oficiales obtuvieron una orden de allanamiento. Durante la diligencia se encontraron plantas de marihuana, y Jardines fue acusado de tráfico de marihuana. Entonces, Jardines solicitó al tribunal que declarara inadmisible como prueba la existencia de las plantas de marihuana en su domicilio, alegando que la investigación canina había sido un registro irrazonable (unreasonable search). El tribunal hizo lugar al planteo de inadmisibilidad y dictó sentencia a favor de Jardines, pero la Cámara Federal de Apelaciones de Florida revocó la sentencia.

La Suprema Corte de Florida declaró nula la sentencia de cámara y coincidió con la decisión del tribunal de primera instancia de declarar inadmisible la prueba, fundándose en que, en términos de la Cuarta Enmienda, no existían elementos suficientes que justificaran el allanamiento llevado a cabo por los policías.

Entonces, la familia Jardines interpuso un *writ of ceritorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

- **2. Sentencia:** se confirma la sentencia objeto de recurso. La diligencia realizada en el domicilio de la familia Jardines constituyó –en términos de la Cuarta Enmienda– un "registro" de un área protegida constitucionalmente.
- (a) Cuando "el Gobierno obtiene información llevando a cabo una injerencia física" sobre personas, domicilios, documentos o efectos personales, "indudablemente realiza un 'registro' en términos de la interpretación originaria de la Cuarta Enmienda" (*United States v. Jones* -2012-).
- **(b)** En el "núcleo mismo" de la Cuarta Enmienda radica "el derecho de los hombres a recluirse en su hogar y a estar allí libres de cualquier injerencia gubernamental irrazonable" (*Silverman v. United States*, 365 *U.S.* 505, p. 511-1961-). La zona "inmediatamente contigua al domicilio y asociada a este" –las dependencias– "forma parte del domicilio a los fines de la Cuarta Enmienda" (*Oliver v. United States*, 466 *U.S.* 170, p. 180 -1984-). En este caso, los oficiales ingresaron a las dependencias: la galería de entrada constituye el ejemplo clásico de las áreas "a las cuales se extiende la vida hogareña" (*ibid.*, p.182, nota 12).
- (c) Los oficiales no fueron invitados explícita ni implícitamente a ingresar al domicilio. No se exige que los oficiales "se cubran los ojos" cuando pasan delante de una casa "cuando transitan por la vía pública" (*California v. Ciraolo*, 476 *U.S.* 207, p. 213 -1986-); sin embargo, "nadie puede poner un pie en la propiedad de un vecino sin estar autorizado para ello" (*Entick v. Carrington*, 2 *Wils. K.B.* 275, p. 291, 95 *Eng. Rep.* 807, p. 817 -1765-). Un oficial de policía que no cuenta con una orden de allanamiento puede acercarse a un domicilio con la expectativa de hablar con sus ocupantes, porque eso "es lo mismo que puede hacer cualquier particular" (*Kentucky v. King* -2011-). Pero el alcance de una orden se limita no solo a un área específica, sino también a un propósito determinado, y no existe una invitación consuetudinaria a ingresar a las dependencias simplemente para realizar un un allanamiento.

(d) Resulta innecesario determinar si los oficiales violaron la expectativa de privacidad que tenía Jardines en términos de lo resuelto en *Katz v. United States* (389 *U.S.* 347 -1967-).

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Florida v. Jardines*, sentencia del 26-3-2013, en http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-564_5426.pdf>.



PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. DERECHO A LA INFORMACIÓN. INFORMACIÓN SOBRE PROCESOS EN TRÁMITE. RESTRICCIONES. ÓRDENES MORDAZA. VALIDEZ. IMPUGNACIÓN (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en septiembre de 2004, se juzgó a dos hombres por importación y provisión de sustancias sometidas a fiscalización (controlled drugs). El juez de primera instancia decidió suspender el procedimiento porque consideró que uno de los acusados no tendría un juicio justo, al haberse comprobado que los policías y los fiscales habían oído por casualidad ciertas conversaciones que había mantenido con sus abogados. Esta decisión judicial puso fin a la acción promovida por el fiscal e impidió que el acusado fuera nuevamente acusado por la misma causa.

El 28 de septiembre de 1994, el juez dictó una orden que prohibía transitoriamente la publicación de cualquier informe sobre el procedimiento. Al día siguiente, la BBC de Escocia hizo una presentación judicial que dio lugar a que el juez modificara la orden y prohibiera la publicación hasta que concluyera el trámite de cualquier apelación o juicio ulterior. Esta decisión quedaría firme el 1° de octubre de 2004 en la medida en que no se solicitara su revocación o una modificación adicional.

La Corona apeló la decisión del juez de poner fin al proceso. En la audiencia de apelación celebrada el 15 de febrero de 2005, la *High Court*, ante un pedido de la Corona que no fue materia de oposición, dictó una orden que prohibía la publicación de cualquier informe de la audiencia de apelación hasta que concluyera el trámite del recurso. Esta orden iba a quedar firme el 17 de febrero de 2005 en la medida en que no se solicitara su revocación o una modificación de la misma. En la tarde del día que se celebró esa audiencia, la BBC de Escocia envió un fax a la *High Court* pidiendo ser escuchada cuanto antes en relación con la orden. Se le respondió que no podría ser escuchada antes del 18 de febrero de 2005. El gobierno británico juzgó que la orden había quedado firme el 17 de febrero, puesto que no había sido recurrida hasta entonces. La BBC de Escocia, en cambio, consideró que el fax que había enviado el día 15 constituía una solicitud de revisión que había impedido que la orden entrara en vigencia.

En marzo y en junio de 2005, respectivamente, la *Court of Appeal* revocó las dos órdenes que prohibían publicar cualquier informe vinculado al juicio.

Entonces, el periodista británico Mackay y la BBC de Escocia interpusieron un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, denunciando que el Gobierno británico había violado los arts. 6, 10 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), al haberles negado una audiencia en la que pudieran impugnar la orden que la *High Court* había dictado el 15 de febrero de 2005.

2. Sentencia: ha habido una violación del art. 13 (carencia de un remedio efectivo) en conjunción con el art. 10 (libertad de expresión y de información) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Los medios de comunicación deben tener la posibilidad de impugnar una orden que les prohíbe difundir información sobre un caso criminal.

2.1. Art. 6 de la Convención

Esta Corte recuerda que el derecho a informar en relación con cuestiones afirmadas en audiencias públicas no es un derecho humano. En consecuencia, una restricción a ese derecho no puede crear una obligación en términos del art. 6 de la Convención.

Por lo tanto, la pretensión que los peticionantes fundan en el art. 6 resulta inadmisible.

2.2. Art. 13 en conjunción con el art. 10 de la Convención

La cuestión esencial a decidir consiste en determinar si se ha violado el derecho de los peticionantes a contar con un remedio efectivo para impugnar la orden de no publicar informes de los procedimientos judiciales en trámite. Por lo tanto, es necesario examinar si ha habido una violación del art. 13 interpretado en conjunción con el art. 10.

En la mayoría de los casos de Inglaterra y Gales, la *Criminal Justice Act* de 1988 permite a las personas físicas o a otros interesados apelar las órdenes judiciales que prohíben la publicación de informes sobre procesos judiciales en trámite, pero esa posibilidad no existe en Escocia. Es verdad que, en la práctica, cuando la prensa quiere, en Escocia, impugnar esas órdenes judiciales, se celebran audiencias antes de la tramitación del proceso en relación con el cual los medios quieren informar. Sin embargo, lo cierto es que conforme al régimen actualmente vigente, los tribunales judiciales no están obligados a celebrarlas y su fijación depende completamente, en cada caso, de los contactos informales que los medios tengan con los funcionarios judiciales.

Teniendo presente la importancia que los medios tienen en cualquier sociedad democrática, las garantías acordadas a la prensa revisten una particular importancia. En vista de las restricciones a la libertad de los medios de difundir información impuestas por estas órdenes judiciales, resulta claro que la práctica escocesa actual es defectuosa.

No se fijó una audiencia para que los peticionantes impugnaran la orden que les prohibía difundir información relativa a la apelación criminal antes de que esta tramitara. Su petición de que se revocara la orden judicial recién fue examinada en junio de 2005, esto es, alrededor de tres meses después de que fuera resuelta

la mencionada apelación. Para entonces, el interés que los peticionantes pudieran haber tenido en informar había estado seriamente debilitado. En consecuencia, los peticionantes no han podido impugnar efectivamente la orden judicial.

Si bien los peticionantes pudieron haber recurrido al *nobile officium* (un procedimiento usado cuando no existe ningún otro recurso en el derecho escocés) luego de que la orden judicial quedara firme el 17 de febrero de 2005, lo cierto es que ellos creyeron que el envío de su fax del 15 de febrero de 2005 había constituido la interposición de un recurso contra la orden que impedía que adquiriera carácter definitivo. Si creían que la orden no estaba firme, tenían derecho a llegar a la conclusión de que no podían recurrir, en ese momento, al *nobile officium*. En esas circunstancias, aun cuando en otros casos el recurso podría haber sido efectivo a los fines del art. 13, lo cierto es que no lo ha sido para los peticionantes.

A la luz de la conclusión a que esta Corte ha llegado en relación con la práctica de los tribunales judiciales y el *nobile officium*, se decide que ha habido una violación al art. 13 en conjunción con el art. 10.

Notas del Instituto: 1) En virtud de lo dispuesto por los arts. 43 y 44 de la Convención, esta decisión de Sala no es definitiva. Durante los tres meses posteriores a su adopción, cualquiera de las partes puede solicitar que el caso sea remitido a la Gran Sala de la Corte. En el supuesto de que eso suceda, un panel de cinco jueces considera si el caso merece un examen ulterior. Si así se decide, la Gran Sala pasa a entender en el caso y dicta una sentencia definitiva. Si se rechaza el pedido de remisión, la sentencia de la Sala queda firme el día del rechazo y se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que supervisen su ejecución. 2) Se puede acceder a más información vinculada al proceso de ejecución de las sentencias de la Corte en http://www.coe.int/t/dghl/ monitoring/execution>. 3) En relación con el derecho a la libertad de información, ver Esteva Gallicchio, Eduardo Gregorio, "El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la justisprudencia en Uruguay", en Estudios Constitucionales, Santiago, Universidad de Talca, 2008, Nº 1, pp. 15/41; RIVERA S., José Antonio, "El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jusrisprudencia. Una perspectiva en Bolivia", íd., pp. 43/67; SALGADO PESANTES, Hernán, "El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana", íd., pp. 69/83; Hernández Valle, Rubén, "Delimitación de los derechos a la intimidad y de información en la doctrina y jusrisprudencia costarricence", íd., pp. 85/102; BAZÁN, Víctor, "El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina", íd., pp. 103/154; y Nash Rojas, Claudio, "Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", íd., pp. 155/169.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *MacKay & BBC Scotland v. the United Kingdom*, sentencia del 7-12-2010, en http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=878043&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.



PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (CHILE).

1. Antecedentes del caso: Francisco Pino Matus fue condenado a una pena de cien días de reclusión con más las accesorias legales por el cuasi delito de lesiones graves. Contra esta sentencia y contra la irregularidad del proceso, interpuso un recurso de nulidad que fue acogido favorablemente. En consecuencia, fue sometido a un segundo juicio que concluyó con una condena de ciento cincuenta días de reclusión.

Entonces, solicitó al Tribunal Constitucional de Chile que declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 387, inc. 2, del Código Procesal Penal (Cód. Proc. Penal), el cual dispone: "La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código. Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad a favor del acusado, conforme a las reglas generales".

Pino Matus afirmó que, en el momento de interponer este recurso, no conocía el texto de la sentencia dictada en el segundo proceso, la cual no le había sido notificada, sino solo leída parcialmente en una audiencia ante el tribunal que la había dictado. Destacó que si hubiera sido notificado, hubiera tenido un plazo de diez días para interponer un recurso de nulidad, pero que, en virtud de lo dispuesto por el precepto impugnado, estaba en la hipótesis de dos condenas en los dos juicios sucesivos, por lo que carecía de recursos contra la segunda sentencia que lo había condenado. Denunció que la aplicación del precepto legal impugnado quebrantaba las normas de los arts. 6 y 7 de la Constitución Política pues, al no haber control de las infracciones cometidas por el juzgado de primera instancia en el segundo proceso, se vulneraban los principios de supremacía constitucional y de legalidad de las penas y los delitos. Asimismo, argumentó que se infringían los arts. 1 y 4 de la Constitución Política, en tanto la ausencia de recurso constituye una grave afectación del Estado de derecho democrático, en la medida en que los recursos cautelan la eficacia del proceso.

Consideró también que se vulneraba lo dispuesto en el número 3º del art. 19 de la Carta Fundamental, en sus incisos segundo y quinto, en cuanto a los derechos de defensa y a un procedimiento racional y justo, ya que la ausencia de recurso afecta el derecho de defensa y el debido proceso, que exige un recurso amplio en contra de la sentencia condenatoria, en lo que denomina el derecho al recurso, en este caso cercenado por el precepto impugnado, contrariando los principios, valores y normas constitucionales.

Por otra parte, señaló que no podía estimarse satisfecho el estándar del debido proceso por el solo hecho de haber recurrido exitosamente el primer juicio, ya que no tenía cómo hacer valer sus garantías fundamentales como imputado frente a lo obrado en el segundo proceso al carecer de recurso para ello. Agregó que sostener

que ya había sido condenando anteriormente era darle valor a un proceso fenecido, que había perdido todo valor por haber sido declarado nulo, en contravención al tenor literal del art. 76 de la Carta Fundamental. Sostuvo también que el derecho al recurso está garantizado en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, que lo exige con caracteres de sencillez, amplitud y poca formalidad, motivo por el cual si un recurso calificable como restringido afecta dicha garantía, con mucha mayor razón lo hará la interdicción o ausencia del mismo.

Planteando la imposibilidad de reducir el caso a un examen de proporcionalidad, señaló que debe ponderarse, por un lado, el derecho al recurso como parte de la garantía fundamental del debido proceso y, por otro lado, las consideraciones económicas de la gestión judicial en que se funda el precepto impugnado. Dicho examen evidencia que el medio elegido —la privación del derecho a impugnar la sentencia— no es congruente con el fin buscado y deviene, además, en un atentado al debido proceso, derecho que prima por sobre consideraciones de orden económico.

Agregó que el sistema procesal tiene por fin la cautela de las garantías del imputado, siendo una suerte de Carta Magna para él, lo que en el código chileno se traduce en el recurso de nulidad por infracción a derechos y garantías constitucionales o contenidos en tratados internacionales, de conformidad con su art. 373, letra *a*), cuestión que no es coherente con lo dispuesto por el precepto impugnado.

Asimismo, citó lo razonado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica* (sentencia del 2-7-2004), en orden a que los Estados tienen un margen de apreciación a la hora de configurar el derecho al recurso en su respectiva legislación procesal. Expuso que, a juicio de dicha Corte, el medio de impugnación, además de existir, debe ser eficaz, amplio y funcional a los derechos del imputado, permitiendo un examen integral de la decisión.

Afirmó que el caso *sub lite* era de mayor gravedad que el citado, ya que en el sistema chileno no se está en presencia de un recurso insuficiente, sino más bien frente a un caso de ausencia de recurso.

Finalmente, señaló que el precepto impugnado es de carácter decisivo, al impedir recurrir la condena dictada en su contra.

2. Sentencia: se rechaza el requerimiento interpuesto y se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en estas actuaciones.

Ante todo, cabe recordar que el art. 93, inc. 1, N° 6, de la Constitución Política dispone que es atribución del Tribunal Constitucional "resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o esencial, resulte contraria a la Constitución".

Conforme al mencionado artículo, para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, se requiere que este pueda llegar a ser aplicado en un proceso en trámite. Lo anterior se reitera en el art. 84, N° 3, de la ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional. Asimismo, el art. 81 de dicho cuerpo legal señala que "el requerimiento podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en

tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución".

Si bien este Tribunal declaró admisible el presente recurso en consideración al certificado de gestión pendiente presentado por el recurrente, la supuesta gestión que este invoca en el segundo proceso había concluido por sentencia definitiva a la fecha de la interposición del recurso que se está resolviendo.

Consta en autos que se dio lectura ante Pino Matus a la sentencia definitiva del segundo procedimiento, la cual se encuentra ejecutoriada (art. 346 Cód. Proc. Penal).

En definitiva, no procede acoger la acción de inaplicabilidad entablada por el requirente, toda vez que la aplicación del precepto legal impugnado no resulta de decisión en gestión pendiente alguna; en otras palabras, el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita no puede ser invocado en el caso *sub lite* al no existir gestión pendiente en que ello pueda ocurrir. En consecuencia, en el presente caso falta un presupuesto esencial de la acción de inaplicabilidad.

Por lo demás, la legislación procesal penal prevé el recurso de nulidad en los casos contemplados en los arts. 373 y 374 Cód. Proc. Penal, tanto en contra del juicio oral como de la sentencia definitiva. De ser acogido el recurso en contra de un juicio oral, la ley manda repetirlo para salvaguardar la inmediación propia del nuevo enjuiciamiento criminal. Respecto del segundo juicio, el artículo impugnado solo admite excepcionalmente un nuevo recurso de nulidad cuando este hubiere terminado con una condena siempre que el juicio anulado hubiere concluido con una sentencia absolutoria. Lo hace como consecuencia del principio *pro reo*.

En todo caso, la ley procesal penal contempla la revisión de una sentencia definitiva por parte de la Corte Suprema en el párrafo 3 del Título VIII del Libro IV Cód. Proc. Penal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, Rol 1501, sentencia del 31-8-2010, en http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/1507>.



PROCESO PENAL. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. JUEZ NATURAL. GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. RESTRICCIONES. CONSTITUCIONALIDAD. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EXCEPCIONES PRELIMINARES. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – SURINAME).

1. Antecedentes del caso: el señor Alibux ejerció los cargos de Ministro de Finanzas y Ministro de Recursos Naturales de Suriname entre septiembre de 1996 y agosto de 2000. Fue procesado con motivo de la compra de un inmueble realizada entre junio y julio de 2000. El 18 de octubre de 2001, Suriname adoptó la Ley

sobre Acusación de Funcionarios con Cargos Políticos (en adelante, "LAFCP") con el propósito de reglamentar el art. 140 de su Constitución y "establecer las reglas para procesar a quienes hayan ejercido cargos en la administración pública, incluso con posterioridad a su retiro, por actos delictivos que hayan cometido en el ejercicio de sus funciones". Si bien la policía realizó investigaciones preliminares entre abril y septiembre de 2001, el Procurador recién inició formalmente el proceso penal contra Alibux el 28 de enero de 2002, cuando la LAFCP ya se encontraba vigente. Alibux fue sometido a un proceso ante la Asamblea Nacional y a una investigación preliminar. Posteriormente, fue juzgado en única instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia y el 5 de noviembre de 2003 fue sentenciado por la comisión del delito de falsificación previsto en el art. 278, en relación con los arts. 46, 47 y 72 del Código Penal, y condenado a un año de detención y tres de inhabilitación para ocupar el cargo de Ministro. Cuando se adoptó esta decisión, el régimen jurídico de Suriname no proveía ningún recurso contra esta sentencia. El 27 de agosto de 2007, se reformó la LAFCP y se incorporó un recurso de apelación a fin de que los acusados con base en el art. 140 de la Constitución fueran juzgados en primera instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia y, en el supuesto de que interpusieran el recurso de apelación, por entre cinco y nueve jueces del mismo órgano. Dicha reforma también estableció un plazo de tres meses para que todas las personas que habían sido condenadas con anterioridad a la misma pudieran apelar sus sentencias. No obstante, Alibux no interpuso dicho recurso.

Por otra parte, el art. 144 de la Constitución dispone la creación de una Corte Constitucional que, sin embargo, no había sido establecida cuando se dictó el fallo mencionado.

Adicionalmente, el 3 de enero de 2003, mientras tramitaba el proceso penal contra Alibux, se le impidió la salida del país por cuestiones personales.

Entonces, Alibux interpuso un recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

Excepciones Preliminares

El Estado presentó tres excepciones preliminares relacionadas con la falta de agotamiento de los recursos internos, fundándose en: *i*) la presentación de la petición ante la Comisión antes de que se dictara la sentencia condenatoria; *ii*) la falta de apelación de la sentencia condenatoria, y *iii*) la falta de agotamiento de los recursos en relación con el impedimento de salida del país.

Se desestiman las excepciones preliminares planteadas por el Estado.

Respecto a la primera excepción, es verdad que la presunta víctima remitió dicho documento el 22 de agosto de 2003, y que hasta esa fecha aún no se había dictado una sentencia definitiva en el proceso criminal seguido en su contra. El informe de admisibilidad fue adoptado el 9 de marzo de 2007. No obstante, en el presente caso, en vista de la resolución interlocutoria de la Alta Corte de Justicia de Suriname que rechazó las objeciones preliminares interpuestas por el peticionante

en el proceso penal interno, así como de la inexistencia de un recurso de apelación contra la eventual sentencia condenatoria, la emisión de esta no era un requisito indispensable a efectos de la presentación del caso ante la Comisión.

Respecto de la segunda excepción, esta Corte entiende que, al momento de la imposición de la condena a Alibux, no existía el recurso de apelación. Por otra parte, la necesidad de su agotamiento no fue invocada en el momento procesal oportuno. En consecuencia, esta excepción resulta extemporánea.

Respecto de la tercera excepción, cabe destacar que el Estado no contravino su admisibilidad en las primeras etapas del procedimiento ante la Comisión ni indicó cuáles eran los recursos que la presunta víctima debió agotar, información que tampoco fue aportada a esta Corte.

Fondo

En atención a los derechos de la Convención alegados en el presente caso, corresponde realizar un análisis de: 1) el principio de legalidad y de retroactividad; 2) el derecho a las garantías judiciales, en particular el derecho a recurrir el fallo; 3) el derecho a la protección judicial, y 4) el derecho de circulación y residencia, en particular el derecho a salir libremente del país de origen.

Con respecto al principio de legalidad y de retroactividad, se reitera la jurisprudencia de esta Corte sobre este principio en relación con conductas delictivas y penas, así como la favorabilidad en la aplicación de la pena. Sin embargo, cabe observar que en el presente caso, la Comisión alegó que dicho principio puede también ser aplicable a normas que regulan el procedimiento. En este sentido, la controversia jurídica planteada radica en determinar si la LAFCP violó el principio de legalidad y de retroactividad.

Al respecto, tomando en consideración la aplicación en el tiempo de normas procesales en la región y a nivel comparado, esta Corte considera que la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata no vulnera el art. 9 convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquel de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es justamente el momento de la comisión del delito. Es decir, los actos que conforman el procedimiento se agotan según la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene per se el principio de legalidad. En razón de lo anterior, el principio de legalidad, en el sentido de que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal.

A los efectos del presente caso, se constata que, al momento en que se cometieron los hechos imputados a Alibux, estos estaban tipificados en el art. 278 y conexos del Código Penal, por lo que dicha normativa cumplía con el principio

de legalidad. Asimismo, en el art. 140 de la Constitución se establecían las bases del procedimiento para su juzgamiento. Por su parte, la aplicación inmediata de la LAFCP no afectó el tipo penal ni la severidad de la pena, por lo que el Estado de Suriname no violó, en perjuicio de Liakat Ali Alibux, los principios de legalidad y de retroactividad, establecidos en el art. 9 de la Convención Americana.

Con respecto al derecho a recurrir el fallo, corresponde reiterar la jurisprudencia uniforme de esta Corte sobre el alcance y contenido del art. 8.2(h) de la Convención, así como de los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir un fallo ante juez o tribunal superior.

Además, en relación con el establecimiento de jurisdicciones distintas a las penales ordinarias para el juzgamiento de altas autoridades, esta Corte decide que, si bien la jurisdicción penal ordinaria se activa ante la presunta comisión de un delito con el fin de investigar y sancionar a los presuntos autores, lo cierto es que con respecto a ciertos altos funcionarios, algunos ordenamientos jurídicos han atribuido la competencia para juzgarlos a una jurisdicción distinta a la ordinaria en virtud del alto cargo que ocupan y de la importancia de su investidura. En este sentido, el Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos. En virtud de ello, la designación del máximo órgano de justicia—que en este caso fue la Alta Corte de Justicia—, a efectos del juzgamiento penal de altos funcionarios públicos, no es *per se* contraria al art. 8.2(h) de la Convención Americana.

En este caso concreto, Liakat Alibux fue juzgado por el máximo órgano de justicia de Suriname, por lo que no existía un tribunal o juez superior que pudiera hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio. Al respecto, en supuestos como estos, esta Corte ha interpretado que, al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara dentro del mismo órgano colegiado superior —pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente— resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada si así lo considera pertinente. En este sentido, reitera que puede establecerse, por ejemplo, que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso. Sin perjuicio de ello, esta Corte estima que el Estado puede organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda.

En virtud de ello, se observa que en el presente caso Alibux no contó con la posibilidad de recurrir su condena con el fin de otorgarle seguridad y tutela a sus derechos, con independencia del rango o cargo ejercido y de la jurisdicción competente establecida para su juzgamiento. Por otra parte, el Estado no pudo demostrar de qué manera, al ser juzgado por un grupo de tres jueces del máximo órgano de justicia, Alibux contó con plenas garantías, en particular la de recurrir el fallo condenatorio, en contravención del art. 8.2(h) de la Convención.

Respecto del alegado subsecuente recurso de apelación, esta Corte estima que se creó cuando el fallo condenatorio ya había adquirido la calidad de cosa

juzgada y luego de haberse cumplido el total de la pena. Para Alibux, la posibilidad de interponer un recurso impugnatorio en el año 2007 contra una condena ya cumplida significó su mera existencia formal, debido a que los efectos de la sentencia ya se habían materializado. Por tanto, el Estado de Suriname violó el art. 8.2(h) de la Convención Americana.

Con respecto al derecho a la protección judicial, corresponde analizar la resolución interlocutoria de la Alta Corte de Justicia del 12 de junio de 2003, mediante la cual resolvió cinco objeciones interpuestas por los representantes de Alibux en relación con los alegatos sobre la inexistencia del derecho a recurrir el fallo, con la aplicación retroactiva de la LAFCP, así como con el procedimiento seguido en su contra y con su competencia para entender en asuntos constitucionales. Adicionalmente, si bien esta Corte reconoce la importancia que los tribunales constitucionales tienen como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, lo cierto es que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad, el cual está a cargo de todos los órganos del Estado. A este respecto, el Estado de Suriname no violó de manera autónoma el derecho a la protección judicial, establecido en el art. 25 de la Convención Americana, en perjuicio de Liakat Ali Alibux.

Con respecto a la prohibición de salida del país impuesta a Alibux el 3 de enero de 2003, esta Corte observa que de los preceptos normativos señalados por el Estado no se desprende una regulación clara y precisa que determine la legalidad de la restricción al derecho de circulación para el presente caso. El Estado tampoco aportó información sobre el procedimiento que hubiera permitido a la presunta víctima impugnar la restricción impuesta. Por tanto, Suriname aplicó una restricción al derecho de salir del país a Alibux sin demostrar haber observado el requisito de legalidad, en contravención del art. 22, incisos 2 y 3 de la Convención Americana.

Reparaciones

Esta sentencia constituye per se una forma de reparación, y no procede ordenar al Estado dejar sin efectos el proceso penal y la pena impuesta a Alibux. Además, toma nota y valora que en el año 2007 se haya adoptado la normativa interna respecto del recurso de apelación para altos funcionarios y reitera la obligación de todos los órganos del Estado de ejercer ex officio un control de convencionalidad.

Asimismo, se ordena al Estado: *i)* como medida de satisfacción, realizar las publicaciones ordenadas en el fallo; *ii)* como medidas de compensación indemnizatoria, pagar las cantidades fijadas por daño inmaterial y reintegro de costas y gastos, y *iii)* rendir a esta Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la sentencia.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Serie C No. 276, sentencia del 30-1-2014, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf>.



PROCESO PENAL. HÁBEAS CORPUS. SUSPENSIÓN DEL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. ASISTENCIA LETRADA. DERECHO A INVOCAR LA INCAPACIDAD. PENA DE MUERTE (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Valencia Gonzales está condenada a muerte en el estado de Arizona e interpuso una acción federal de hábeas corpus. Su abogado pidió la suspensión del trámite de dicho proceso con base en que su defendida carece de capacidad mental, y esto le impide comunicarse y colaborar razonablemente con sus letrados. Agregó que la Cámara Federal de Apelaciones para el 9° Circuito, en la decisión adoptada en el caso *Rohan v. Woodford* (334 F. 3d. 803 -2003-, doctrina actualmente incorporada a la legislación en el art. 3599 del Título 18 del Código de los Estados Unidos), había autorizado dicha suspensión en los supuestos en que el peticionante es incapaz. El tribunal federal de primera instancia rechazó esta petición, porque consideró que las cuestiones que tenía que resolver estaban basadas en el expediente judicial o eran susceptibles de ser resueltas como cuestiones de derecho, y, en consecuencia, su decisión era independiente del aporte que pudiera hacer la condenada.

Posteriormente, Gonzales pidió a la cámara federal de apelaciones el dictado de un *mandamus*. Dicho tribunal aplicó la doctrina *Rohan* y el reciente caso *Nash*—que otorgó a los peticionantes un derecho a invocar su falta de capacidad aun cuando el recurso esté fundado en cuestiones basadas en el expediente—, y llegó a la conclusión de que el art. 3599 otorgaba a Gonzáles el derecho a la suspensión del proceso hasta tanto se determinara su capacidad.

En un caso similar, Sean Carter es un presidiario condenado a muerte en Ohio que promovió un proceso federal de hábeas corpus, pero posteriormente solicitó que se lo declarara incapaz y que se suspendiera el trámite iniciado hasta tanto se determinara esta última cuestión. El tribunal federal de primera instancia hizo lugar a esta petición y declaró que Carter carecía de capacidad para colaborar con su defensor, aplicando el mencionado criterio adoptado en *Rohan*. Asimismo, determinó que, para resolver cuatro de las pretensiones de Carter, era necesaria la colaboración de este. Con este fundamento, desestimó el pedido de hábeas corpus articulado, sin que esta decisión tuviera los efectos de cosa juzgada, y suspendió el plazo de prescripción de la acción de hábeas corpus. Al entender por apelación, la cámara federal buscó parcialmente sustento en *Rees v. Peyton* (384 *U.S.*312, *per curiam* -1966-) (*Rees I*) para interpretar que el art. 4241 del Título 18 del Código de los Estados Unidos otorga un derecho judicialmente exigible a invocar la incapacidad y decidió que los tribunales pueden aplicar esta disposición para resolver el desistimiento formulado por un condenado a muerte que ha interpuesto un hábeas corpus. En consecuencia,

dispuso que el trámite de la petición quedara indefinidamente suspendido en relación con cualquiera de las pretensiones que exigiera la colaboración de Carter.

Entonces, los representantes de los estados interpusieron sendos *writs of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, que esta resolvió en forma conjunta.

- 2. Sentencia: se revoca la sentencia objeto de recurso y se devuelven las actuaciones.
- **2.1.** El art. 3599 no reconoce a una persona condenada en sede estadual un derecho a la suspensión del trámite de hábeas corpus cuando es declarado incapaz.
- (a) La aserción del mencionado derecho no puede fundarse en el texto de la norma citada, la cual garantiza a los condenados a muerte que han articulado un hábeas corpus federal el derecho a contar con asesoramiento letrado sufragado por el gobierno federal (art. 3599(a)(2)) y establece varias condiciones que el defensor designado debe satisfacer (art. 3599(b)-(e)), pero no ordena directamente a los tribunales de primera instancia que suspendan el trámite del proceso cuando los peticionantes son declarados incapaces.

Esta afirmación también resulta difícil de encuadrar en los precedentes constitucionales de esta Corte. Si la Sexta Enmienda incluyera un derecho implícito a invocar la incapacidad, el derecho a tener capacidad para ser sometido a juicio derivaría de dicha Enmienda y no del derecho al debido proceso (v. *Cooper v Oklahoma*, 517 *U.S.* 348, p. 354 -1966-). Pero si bien el beneficio que deriva del derecho a tener asesoramiento jurídico en el juicio podría verse afectado si un acusado incapaz no puede comunicarse con su abogado, lo cierto es que esta Corte nunca ha dicho que el derecho a invocar la incapacidad derive del derecho a contar con asesoramiento jurídico, y ahora no va a presumir ni a inferir que el Congreso ha tenido la intención de apartarse de esos precedentes y de enmarcar un derecho a invocar la incapacidad en un proceso federal de hábeas corpus en el derecho a contar con asesoramiento jurídico gratuito (v. *Merck & Co v. Reynolds* -2010-).

(b) La cámara federal de apelaciones identificó la doctrina que había adoptado en *Rohan* y llegó a la conclusión de que la incapacidad mental de un peticionante podría "eviscerar el derecho a tener asesoramiento jurídico" en los procesos federales de hábeas corpus. Sin embargo, dado que la naturaleza del procedimiento previsto en el art. 2254 tiene una mirada retrospectiva y está fundada en el expediente, en general el defensor puede ejercer bien su función sin perjuicio de la capacidad o falta de capacidad de su representado. *Rees I* (cit., *supra*), *Rees v. Peyton* (386 *U.S.* 989 -1967-) (*Rees II*) y *Rees v. Superintendent of the Virginia State Penitenciary* (516 *U.S.* 802 -1995-) (*Rees III*) son casos en que un condenado a muerte incapaz intentó desistir de su pedido de *certiorari*, pero no brindan sustento alguno a quien ha interpuesto un hábeas corpus federal e intenta obtener la suspensión del proceso que tramita ante el tribunal federal de primera instancia, ni a las decisiones que la cámara federal de apelaciones adoptó en los casos *Rohan*, *Nash* y en este. La interpretación de la cámara

tampoco se compadece con lo resuelto en el caso *McFarland v Scott* (512 *U.S.* 849, p. 858-1994-), en el cual esta Corte decidió que un tribunal de primera instancia puede suspender una ejecución después de que un condenado a muerte haya invocado su derecho a contar con asesoramiento jurídico pero antes de que haya interpuesto un hábeas corpus federal. En el caso *in decidendo*, Gonzales está intentando conseguir la suspensión del proceso que tramita en primera instancia más de seis años después de haber interpuesto su hábeas corpus. Indudablemente este lapso es suficientemente amplio para que su defensor haya investigado y presentado sus pretensiones.

2.2. El art. 4241 tampoco otorga un derecho a invocar la incapacidad durante el trámite del proceso de hábeas corpus. La cámara de apelaciones fundó principalmente su conclusión en una mala interpretación de *Rees I*, caso que no reconoció ese derecho. Por otra parte, el mencionado art. 4241 ni siquiera se aplica al proceso de hábeas corpus, sino que, literalmente, solo se aplica al proceso de instrucción anterior al de sentencia "y en cualquier momento luego del comienzo del cumplimiento de la *probation* o de la libertad condicional". Sin embargo, el proceso de hábeas corpus federal comienza luego de que se ha dictado la sentencia, y quienes interponen esta acción van a la cárcel y no cumplen una *probation*. Por otra parte, el art. 4241, al igual que los restantes del Título 18 del Código de los Estados Unidos, en general se aplica exclusivamente a quienes son acusados en sede federal y no en sede estadual, como Carter.

Finalmente, el art. 4242(a) autoriza a un tribunal de primera instancia a hacer lugar a un pedido de determinación de la capacidad cuando existen motivos razonables para creer que la incapacidad mental del imputado no le permite "comprender (...) el proceso seguido en su contra o colaborar adecuadamente en su defensa", mientras que el proceso de hábeas corpus que reglamenta el art. 2254 constituye una acción civil promovida contra el director de una cárcel estadual mediante la cual el peticionante impugna vía incidental la condena que se le había impuesto en un juicio estadual anterior.

2.3. A los fines de resolver esos casos, basta con tratar los límites de la discrecionalidad que tienen los tribunales federales de primera instancia para suspender el trámite del proceso, sin que resulte necesario determinar los contornos precisos de esa discrecionalidad. En el caso de Gonzales, el tribunal *a quo* no abusó de su discrecionalidad cuando denegó el pedido de suspensión, luego de observar que todas las pretensiones formuladas estaban basadas en el expediente o eran pasibles de una decisión como cuestiones de derecho, cualquiera fuese la capacidad que Gonzales tuviera. La revisión de las pretensiones basadas en el expediente que están sujetas a lo dispuesto en el art. 2254(d) se limita al expediente llevado por el tribunal estadual que resolvió la cuestión de fondo planteada en el caso. En consecuencia, cualquier prueba que Gonzales pudiera tener resulta ahora inadmisible. Por otra parte, tres de las pretensiones de Carter no justifican la suspensión del trámite porque la cuestión de fondo en ellas planteada fue resuelta en un proceso estadual que tramitó con posterioridad a la condena y, por lo tanto, puede ser materia revisión en términos del art. 2254(a). Por consiguiente, la prueba que no consta en el expediente y que

Carter pueda tener en relación con dichas pretensiones resultaría inadmisible. De las constancias de autos no surge con claridad si él agotó los recursos que tenía para lograr el reconocimiento de su cuarta pretensión. En caso afirmativo, dicha pretensión también estaría basada en el expediente. Pero incluso en caso contrario, una suspensión indefinida resultaría inapropiada, puesto que permitiría que los peticionantes frustraran uno de los objetivos perseguidos por la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996 al ir postergando indefinidamente su revisión federal en términos de un hábeas corpus (*Rhines v. Weber*, 544 *U.S.* 269, p. 277/278 -2005-).

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Ryan v. Valencia Gonzales*, decisión del 8-1-2013, en http://supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-930-77k7.pdf.



PROCESO PENAL. JUICIO ABREVIADO. PLEA BARGAINING. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: los actores cuestionaron las condenas que se les habían impuesto por la comisión de delitos federales, luego de haber negociado con el juez y el fiscal las imputaciones que se les harían (*plea bargaining*).

En los casos 2 BvR 2628/10 y 2 BvR 2883/10 también se cuestiona la constitucionalidad del art. 257 (c) del Código Procesal Penal, que introdujo la Ley de Regulación de la Negociación de los Cargos en el Proceso Penal (PBA).

- **2. Sentencia:** pese a los serios déficits en su implementación, la PBA actualmente no es inconstitucional. Sin embargo, la legislatura debe evaluar permanentemente la efectividad de los mecanismos que garantizan la observancia de los derechos constitucionales y, de ser necesario, mejorarlos. Los llamados "acuerdos informales" que se realizan fuera del marco normativo no son admisibles.
- **2.1.** Las impugnaciones constitucionales están bien fundadas en cuanto se dirigen contra las decisiones impugnadas. Resultan, en cambio, infructuosas en lo demás.
- **2.1.1.** El derecho penal se basa en el principio de culpabilidad individual, que tiene rango constitucional. Este principio se funda en la garantía de la dignidad humana y de la responsabilidad personal (arts. 1.1. y 2.1 de la Ley Fundamental (LF)), así como en el principio de legalidad (art. 20.3 LF). La Constitución exige al Estado garantizar el buen funcionamiento del sistema de justicia penal. El principal objetivo de los procesos penales es establecer las circunstancias del caso, ya que sin ellas sería imposible implementar el principio fundamental de culpabilidad individual.

El derecho a un juicio justo garantiza a los imputados el ejercicio de sus garantías procesales y de su derecho a impugnar adecuadamente infracciones legales,

especialmente aquellas provenientes del Estado. La función fundamental del Poder Legislativo es establecer estos derechos procesales. Una violación al derecho a un juicio justo solo existe cuando de una valoración global del derecho procesal se deduce que no se ha arribado a las conclusiones que son ineludibles en un Estado de derecho o que se ha renunciado a derechos cuyo ejercicio resulta indispensable en el mencionado Estado de derecho.

En el contexto de esta valoración general, también ha de tenerse presentes los presupuestos de funcionamiento de un sistema de justicia criminal, tales como la obligación de garantizar un proceso rápido.

El derecho a no autoincriminarse y a la presunción de inocencia se fundan en el Estado de derecho y tienen rango constitucional. En particular, el imputado tiene que estar en condiciones de decidir en forma irrestricta e independiente si quiere o no participar en el proceso penal y, en caso afirmativo, en qué medida.

2.1.2. En este marco, es cierto que los procesos de negociación de los cargos generan el riesgo de que no se respeten plenamente *a priori* las normas constitucionales. Sin embargo, la Constitución no prohíbe que el Poder Legislativo permita estos procesos a fin de simplificar los procedimientos. Para satisfacer las exigencias constitucionales, el legislador consideró necesario establecer presupuestos expresos de validez para estos procesos de negociación que, si bien en la práctica resultan de peso, lo cierto es que nunca dejaron de ser cuestionables. Con la PBA, la legislatura no introdujo una nueva clase de modelo procesal "consensual", sino que integró estos procesos de negociación al del procedimiento vigente.

La PBA señala expresamente que el tribunal sigue manteniendo intacta su obligación de investigar *ex officio* los hechos. Así, el legislador aclaró que estos acuerdos de negociación no pueden constituir *per se* el único fundamento de una sentencia, siendo ineludiblemente necesaria la convicción del propio tribunal. Por otra parte, resulta indispensable comprobar la confesión basada en el proceso de negociación de los cargos. La restricción que esto impone al alcance práctico de estos acuerdos es una consecuencia inevitable de su introducción en el proceso penal actualmente vigente.

La PBA reglamenta exhaustivamente cuándo estos procesos de negociación resultan admisibles en los procesos penales. Por lo tanto, prohíbe, durante estas instancias de negociación, la aplicación de los eufemísticamente llamados criterios "informales". Además, limita el proceso de negociación al objeto del juicio. Las llamadas soluciones en paquete en las cuales el fiscal promete poner fin a otras investigaciones no son admisibles.

La transparencia y la documentación del proceso de negociación son aspectos clave de la reglamentación, y garantizan un control efectivo del público, de la fiscalía y del tribunal de apelaciones.

Es de destacar que las acciones vinculadas con el proceso de negociación aquí analizado deben ser completamente incorporadas al trámite del proceso, que normalmente es público. Este hecho también confirma que incluso después de arribar a un acuerdo en este proceso de negociación, la convicción del juez debe derivar del proceso en general.

La violación al deber de garantizar la transparencia y la documentación del proceso en general da lugar a un acuerdo que ha sido negociado en forma ilegal, y si un tribunal lo admite, en muchos casos no se puede excluir la posibilidad de que la sentencia esté fundada en esta violación a la ley.

Es de suma importancia la supervisión ejercida por la fiscalía. Esta no solo debe negarse a aceptar un proceso ilegal de negociación, sino que, además, debe articular recursos contra las sentencias que se basan en esos acuerdos. La circunstancia de que la fiscalía forme parte de una estructura jerárquica y que esta tenga la obligación de informar hace posible que esta función supervisora pueda ejercerse conforme a criterios constitucionales.

Finalmente, la PBA dispone que el acusado debe ser informado de en qué circunstancias y con qué consecuencias el tribunal puede apartarse de la conclusión que se le propuso. Esta provisión de información tiene por objeto poner al imputado en condiciones de decidir en forma independiente si desea cooperar o no en el proceso de negociación. Si se viola este deber de información, habitualmente el tribunal de apelaciones presume que la confesión y, por lo tanto, la sentencia están fundadas en esta violación.

La PBA garantiza en forma suficiente la satisfacción de las exigencias constitucionales. Si bien la ley sufre de deficiencias en su ejecución, esto no torna actualmente inconstitucionales sus disposiciones.

La regulación legal solo sería inconstitucional si los mecanismos de protección previstos fueran tan fragmentarios o insuficientes que promovieran la práctica ilegal de procesos legales de negociación de los cargos, o si el déficit en su implementación estuviera determinado por la estructura de la norma.

Las conclusiones que arrojaron el análisis empírico y las declaraciones formuladas en el curso del trámite de este recurso no conducen inequívocamente a la presunción de que los defectos estructurales del concepto reglamentario hayan dado lugar al presente déficit en su implementación. Esta conclusión tiene diversos fundamentos. El estudio empírico menciona como motivo principal la "falta de factibilidad". Esto sugiere que, hasta ahora, no hay una conciencia suficientemente desarrollada de que no deben existir estos procesos de negociación de los cargos si no se satisfacen las exigencias de la PBA.

- **2.1.3.** El Poder Legislativo debe ejercer una permanente observación de la evolución futura de esta práctica: si continúa apartándose significativamente de las normas reglamentarias y si la PBA demuestra ser insuficiente para superar el déficit en su aplicación, el legislador deberá contrarrestar esta evolución equivocada con medidas adecuadas. Si esta situación subsiste sin la intervención del legislador, daría lugar a un *status* de inconstitucionalidad.
- **2.2.** Las decisiones de los tribunales ordinarios recurridas junto con las denuncias de inconstitucionalidad interpuestas resultan incompatibles con las exigencias que la LF impone a estos recursos de negociación en los procesos penales.

- **2.2.1.** Las decisiones que fueron cuestionadas en los casos 2 BvR 2628/10 y 2 BvR 2883/10 violan el derecho de los recurrentes a un juicio justo garantizado en un Estado de derecho y vulneran su derecho a no autoincriminarse. En general, el acuerdo arribado en estos procesos de negociación puede resultar compatible con el principio de un juicio justo si, antes de su conclusión, se ha informado al imputado del limitado efecto vinculante que tiene sobre el tribunal. Si se incorpora al juicio una confesión que se ha hecho en violación al deber de información, la sentencia que recaiga estará basada en la violación de un derecho fundamental, a menos que se pueda descartar que la provisión inadecuada de información haya sido el fundamento de la confesión, puesto que el imputado hubiera confesado aun en caso de haber estado instruido correctamente. El tribunal de apelaciones debe expedirse específicamente a este respecto.
- **2.2.2.** La decisión del Tribunal Regional adoptada en el caso 2 BvR 2155/11 viola el principio constitucional de responsabilidad individual porque condena al recurrente principalmente con base en una confesión formal que no fue verificada. Por otra parte, la sentencia se basó en un proceso de negociación de los cargos que había determinado el contenido de la condena en forma inadmisible. En este caso, también se ha violado claramente el derecho a no autoincriminarse. El Tribunal Regional combinó una diferencia entre los límites mínimo y máximo a las penas aplicables en este caso —los cuales ya de por sí son excesivos— con la garantía de suspender la sentencia en probation, alternativa esta que era la única posible porque el rango de la pena había sido combinado con el de un delito menor.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, casos 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10 y 2 BvR 2155/10, sentencia del 19-03-2013, en http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg13-017.html>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. DEBIDO PROCESO. PRUEBA. DETENCIONES ARBITRARIAS. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS — MÉXICO).

1. Antecedentes del caso: el 6 de junio de 1997, Juan García Cruz y Santiago Sánchez Silvestre fueron detenidos sin orden judicial por agentes de la Policía Judicial del Distrito Federal de México y sometidos a tortura mientras se encontraban bajo la custodia de los agentes policiales que realizaron su detención con el fin de doblegar su resistencia psíquica y obligarlos a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas (en relación con la portación de armas de fuego de uso privativo del Ejército, homicidios, lesiones, entre otros). En las actas de esas declaraciones, la autoridad ministerial hizo constar que ambos presentaban huellas

externas de lesiones recientes y que ambos habían manifestado que los agentes de la Policía Judicial se las habían infligido.

El 8 de junio de 1997, García Cruz y Sánchez Silvestre prestaron declaración ante el Ministerio Público de la Federación, acto en el cual se encontraron asistidos por un estudiante de Derecho como "persona de confianza". A solicitud del Ministerio Público, se designaron peritos médicos para que dictaminaran sobre su estado psico-físico y sus lesiones. Los primeros dos certificados médicos indicaron que presentaban huellas externas de lesiones recientes, que por su naturaleza tardan menos de 15 días en sanar, y que se trataba de lesiones que no ponían en peligro la vida. Un tercer certificado médico arribó a la misma conclusión y agregó, *inter alia*, que se requería una evaluación radiográfica de las lesiones en hombros y brazos que presentaban las víctimas, y que estas tenían también un aumento de volumen de la región afectada y una limitación de movimientos.

García Cruz y Sánchez Silvestre fueron investigados y procesados judicialmente en dos causas penales tramitadas sobre la base de las mismas declaraciones ministeriales. En dichos procesos, manifestaron que la detención no se había realizado en el lugar indicado por los policías judiciales que la habían practicado, y que habían sido lesionados y torturados por aquellos. Desde las primeras diligencias en la investigación y en repetidas ocasiones, García Cruz y Sánchez Silvestre denunciaron o pusieron en conocimiento de las autoridades judiciales dichos hechos de agresión y tortura. Sin embargo, estas no iniciaron la pertinente investigación.

El 28 de agosto de 1998, un juzgado de primera instancia en lo penal los declaró penalmente responsables de la comisión del delito de portación de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, y les impuso una condena de tres años de prisión y multa de doce días.

Contra esa sentencia se interpusieron ciertos recursos de apelación. El 21 de enero de 1999, una cámara de apelaciones confirmó la condena de privación de libertad y redujo la multa impuesta. Respecto del valor probatorio de las declaraciones de García Cruz y Sánchez Silvestre, la cámara manifestó, *inter alia*, que si bien en el sumario obraban los certificados médicos que acreditaban la existencia de las lesiones, lo cierto es que tales certificados no demostraban que dichas lesiones les hubieren sido efectivamente inferidas por sus captores para emitir declaraciones inculpatorias y que no se había aportado medio de prueba alguno para demostrar la pretensión. Con esta base, llegó a la conclusión de que no podía decirse que las mencionadas declaraciones carecieran de validez alguna.

García Cruz y Sánchez Silvestre presentaron, entonces, un recurso de amparo contra de esa sentencia. El 18 de octubre de 1999, un tribunal colegiado penal la confirmó, salvo en lo referido a la cuantificación del monto de la multa. Con respecto a los alegatos de tortura, compartió el criterio de la cámara de apelaciones, y respecto a la alegada deficiencia en la defensa de oficio, sostuvo, *inter alia*, que el incumplimiento de sus obligaciones por parte del defensor no es un hecho imputable al juzgador. Sobre las circunstancias de la detención, estableció que no existían elementos de prueba que acreditaran que la detención se había realizado en la vivienda de García Cruz y Sánchez Silvestre.

Proceso penal por los delitos de homicidio, lesiones, robo con violencia, delincuencia organizada y daño en los bienes

El 9 de diciembre de 1996, el Ministerio Público inició de oficio una investigación preliminar en relación con hechos ocurridos ese mismo día en los cuales había perdido la vida un agente policial por disparo de arma de fuego, y habían resultado heridos un agente policial y otras personas. A esta investigación se incorporaron las declaraciones ministeriales formuladas por García Cruz y Sánchez Silvestre los días 6 y 8 de junio de 1997.

El 6 de septiembre de 2001, el juez interviniente condenó a Sánchez Silvestre y a García Cruz por la comisión de los delitos de homicidio, lesiones, robo con violencia, delincuencia organizada y daño en los bienes en perjuicio de cinco personas, el patrimonio del Estado de México y la colectividad, respectivamente. Les impuso una pena privativa de libertad por el término de cuarenta años y mil días de multa. La sentencia concedió pleno valor probatorio a las declaraciones ministeriales.

García Cruz y Sánchez Silvestre apelaron esta sentencia. El 12 de febrero de 2002, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México confirmó la condena de cuarenta años de prisión, modificó otros puntos resolutivos, desestimó las alegaciones de tortura, y consideró que las declaraciones ministeriales formuladas por García Cruz y Sánchez Silvestre tenían pleno valor probatorio. Afirmó, *inter alia*, que no estaba justificado que las lesiones físicas se les hubiesen ocasionado precisamente en el momento en que declaraban asistidos por una persona de confianza ante el órgano investigador.

Contra esta sentencia, García Cruz y Sánchez Silvestre promovieron una acción de amparo. El 5 de octubre de 2007, la Primera Sala Colegiada Penal de Texcoco del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México desestimó las alegaciones de tortura de García Cruz y Sánchez Silvestre, y consideró que sus declaraciones ministeriales tenían pleno valor probatorio, adoptando las mismas consideraciones de la sentencia cuya apelación resolvía.

El 19 de diciembre de 2011, la Fiscalía para la Investigación de los Delitos Cometidos por Servidores Públicos inició de oficio una investigación preliminar por la probable comisión del delito de tortura en perjuicio de García Cruz y Sánchez Silvestre respecto de los hechos ocurridos en 1997.

García Cruz y Sánchez Silvestre permanecieron privados de su libertad durante 15 años, 10 meses y 12 días hasta que fueron puestos en libertad el 18 de abril de 2013 en cumplimiento de sentencias dictadas por tribunales mexicanos con posterioridad al sometimiento del caso a la Corte Interamericana:

- el 25 de marzo de 2013, el Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Séptima Región concedió un amparo directo penal interpuesto por García Cruz y Sánchez Silvestre contra la última sentencia dictada en su contra y contra la ejecución de la misma a fin de que se restituyera a los recurrentes el goce de las garantías violadas y sus derechos humanos. Determinó, *inter alia*, que la sentencia objeto de recurso estaba sustentada en declaraciones obtenidas mediante coacción y era atentatoria de los principios constitucionales de no autoincriminación, presunción de inocencia y defensa adecuada, por sustentar una condena en una

prueba ilícita en contravención a los criterios constitucionales y legales contenida en normas internas y supranacionales. La sentencia de amparo resolvió devolver los autos al tribunal que había dictado la sentencia recurrida para que la revocara y dictara otra en la que reiterara las consideraciones que no habían sido materia de la concesión del amparo en relación con la acreditación de los elementos de los delitos de homicidio calificado, lesiones, robo con violencia y daño en los bienes; determinara que no estaba acreditado el delito de delincuencia organizada; y considerara el derecho de defensa de los recurrentes, que la confesión de estos había sido obtenida mediante tortura, que el reconocimiento de estos por medio de fotografías constituía una prueba ilícita, y que la declaración de los aprehensores carecía de eficacia como prueba testimonial. Asimismo, le ordenó resolver lo que conforme a derecho procediera con respecto a la responsabilidad de los recurrentes en la comisión de los delitos de homicidio calificado, lesiones, robo con violencia y daño en los bienes; y

 el 18 de abril de 2013, la Primera Sala Colegiada Penal de Texcoco dictó una sentencia conforme a dichas pautas y ordenó la liberación de García Cruz y Sánchez Silvestre.

2. Sentencia: se decide por unanimidad homologar el Acuerdo de Solución Amistosa y Reconocimiento de la Responsabilidad del Estado suscrito entre las partes el 18 de noviembre de 2013 y aceptar que el Estado de México es responsable por la violación de los siguientes derechos contenidos en la Convención Americana: libertad personal (art. 7), integridad personal (art. 5), garantías judiciales y protección judicial (arts. 8 y 25), todo lo anterior en relación con el deber general de respetar los derechos (art. 1.1); por la violación de las disposiciones 1, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y por la violación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la Convención Americana, en conexión con el art. 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura), en perjuicio de Juan García Cruz y Santiago Sánchez Silvestre.

Dicho acuerdo contempló una solución entre las partes de la controversia planteada en este caso en cuanto a los hechos, a la violación de los derechos humanos y a la determinación de medidas de reparación. Asimismo, incluyó un reconocimiento de responsabilidad internacional por el Estado respecto de todos los hechos y las violaciones a los derechos humanos determinados por la Comisión Interamericana en el Informe de Fondo. Por la manera en que el Estado formuló su reconocimiento de responsabilidad por las violaciones declaradas por la Comisión Interamericana, el mismo comprendió también las consideraciones de derecho que llevaron a dicho órgano a concluir que se habían producido esas violaciones en perjuicio de las víctimas de este caso.

Cabe destacar la importancia de que dicho acuerdo de solución amistosa se haya alcanzado en una etapa temprana del litigio ante este Tribunal, antes de que venciera el plazo para que el Estado presentara su contestación. Ello permitió a esta Corte arribar a una sentencia sobre el fondo, las reparaciones y costas de forma más pronta que si se hubiera llevado a término el proceso internacional, con la consecuente

obtención de justicia y reparación para las víctimas del caso. Asimismo, se pone de manifiesto la trascendencia del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado en este caso, puesto que este reconoció la totalidad de los hechos presentados por la Comisión en su Informe de Fondo, incluso aquellos acontecidos antes de la fecha en que México reconociera la competencia contenciosa de la Corte.

Derecho a la integridad personal

El Estado reconoció que es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, consagrado en los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención, y en los arts. 1, 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, debido a que después de su detención, García Cruz y Sánchez Silvestre fueron sometidos a tortura durante el tiempo en que estuvieron en custodia de agentes policiales y previo a formular sus primeras declaraciones ante el Ministerio Público. Asimismo, la violación a dichos derechos se produjo por la falta de investigación de las alegaciones de tortura, a pesar de que había indicios de su ocurrencia (en las actas de sus declaraciones y en los certificados de los exámenes médicos se hizo constar que presentaban lesiones físicas), y de que ambos habían puesto en conocimiento de las autoridades ministeriales y judiciales los hechos cometidos en su perjuicio por parte de los agentes policiales.

Derecho a la libertad personal

El Estado reconoció que es responsable de la violación al derecho a la libertad personal consagrado en los arts. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4 de la Convención, en relación con el art. 5.1 y 2, y todos los anteriores en relación con el art. 1.1 de la misma, como consecuencia de no haber garantizado efectivamente dicho derecho por no cumplir con su deber de investigar las alegaciones de García Cruz y Sánchez Silvestre de haber sido detenidos ilegalmente en su domicilio sin orden judicial, así como por haberlos sometido a una detención arbitraria porque fueron sometidos a tortura durante su detención inicial y hasta que fueron puestos a disposición de la autoridad competente. Adicionalmente, el Estado aceptó su responsabilidad internacional por la falta de efectividad del control judicial de la detención, ya que la intervención judicial en el proceso por el delito de portación de armas de fuego de uso privativo del Ejército no resultó un medio efectivo para controlar la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios policiales encargados de la detención y custodia de García Cruz y Sánchez Silvestre y para restablecer sus derechos, en particular considerando las declaraciones de ambos a la luz de las constancias médicas emitidas en el curso del proceso penal.

Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

México reconoció su responsabilidad por la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, así como a la obligación de investigar la tortura a la que fueron sometidos García Cruz y Sánchez Silvestre, consagrados en

los arts. 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento y los arts. 1, 6, 8 y 10 de la Convención contra la Tortura, debido a:

i) la falta de una investigación seria, exhaustiva e imparcial de la denuncia de los presuntos actos de tortura, que los compelieron a declararse culpables de los delitos y hechos imputados en relación con la portación de armas de fuego de uso privativo del Ejército, homicidios, lesiones, entre otros, mediante confesiones escritas, de las cuales posteriormente se retractaron. García Cruz y Sánchez Silvestre fueron investigados y procesados judicialmente en dos causas penales tramitadas sobre la base de las mismas declaraciones ministeriales, en las cuales manifestaron que la detención no se había realizado en el lugar indicado por los policías judiciales que la practicaron; y que fueron lesionados y torturados por aquellos;

ii) la violación al derecho de defensa, respecto de las garantías protegidas en el art. 8.2.d), e) y f) de la Convención, debido a que durante las declaraciones que formularon ante la Policía Judicial y el Ministerio Público de la Federación no contaron con la asistencia de un abogado defensor, así como por la falta de una defensa adecuada derivada de las omisiones en que incurrió la defensa otorgada por el Estado en la causa penal en su contra por el delito de portación de armas de fuego reservada para uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea;

iii) la violación al principio de presunción de inocencia, protegido en el art. 8.2 de la Convención, y a las garantías protegidas en los arts. 8.2.g) y 8.3 de la misma, así como al art. 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, como consecuencia de que los tribunales en ambas causas penales otorgaron valor a las ya mencionadas declaraciones ministeriales ante el Ministerio Público del Distrito Federal y ante el Ministerio Público de la Federación para establecer la responsabilidad penal de los inculpados, indicando que no había pruebas para demostrar la tortura, colocando la carga de la prueba en su contra y considerándolos presuntos culpables. El Estado reconoció que los tribunales no cumplieron con excluir totalmente –como hubieran debido– las declaraciones formuladas ante el Ministerio Público ni la declaración judicial, lo cual debieron hacer por cuanto la existencia de tortura inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias, de conformidad con los estándares internacionales.

Por otra parte, el Estado reconoció que incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el art. 2 de la Convención Americana, así como la obligación contenida en el art. 6 de la Convención contra la Tortura, en relación con las consideraciones efectuadas por la Comisión en los párrafos 217 a 249 del Informe de Fondo.

Cabe destacar que el incumplimiento de la obligación de investigar los hechos de tortura en el presente caso provino, fundamentalmente, de la omisión de las autoridades estatales de iniciar una investigación penal para investigar esos hechos de forma independiente de los procesos penales seguidos contra las víctimas. Ante las alegaciones de García Cruz y Sánchez Silvestre de haber sido torturados y las constancias en las actas de sus declaraciones y certificados médicos de que presentaban lesiones físicas, correspondía al Estado iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva de dichos alegatos de tortura conforme a los protocolos y estándares específicos. Adicionalmente, se reitera la jurisprudencia sobre la regla

de exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura, tratos crueles e inhumanos y coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona. Asimismo, se estima pertinente reiterar que aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción constituye, a su vez, una infracción a un juicio justo, y que los actos de tortura que pudieran haber ocurrido anteriormente a que el imputado efectúe su declaración pueden tener incidencia en el momento en que la rinde.

En cuanto a las reparaciones, esta sentencia constituye per se una forma de reparación y, de conformidad con lo convenido en el acuerdo de solución amistosa, se dispone que el Estado debe, entre otras medidas: a) realizar y proseguir de modo diligente todas las investigaciones y actuaciones necesarias para deslindar responsabilidades y, en su caso, sancionar la comisión del delito de tortura, en perjuicio de García Cruz y Sánchez Silvestre; b) eliminar los antecedentes penales que pudiesen existir en contra de aquellos en relación con los hechos del presente caso; c) otorgar a las víctimas atención médica preferencial y gratuita y brindarles atención psicológica; d) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y disculpa pública por los hechos del presente caso; e) realizar las publicaciones de esta sentencia y de un resumen de la sentencia del juicio de amparo 778/2012; f) otorgar becas educativas a las víctimas; g) entregar en propiedad una vivienda en el Distrito Federal a cada víctima; h) realizar un seminario con expertos para debatir la aplicación de la doctrina de la inmediatez procesal utilizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y hacer llegar las conclusiones de dicho evento a diversos servidores públicos encargados de la defensoría de oficio, así como de la procuración e impartición de justicia; i) efectuar un programa para operadores de justicia para continuar otorgando capacitación para que puedan identificar, reaccionar, prevenir, denunciar y sancionar el uso de técnicas de tortura, y j) pagar las cantidades acordadas por concepto de indemnizaciones de los daños material e inmaterial y del reintegro de costas y gastos.

Esta Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 26-11-2013, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. MUJER. ACCESO A LA JUSTICIA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. IGUALDAD ANTE LA LEY. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. FEMICIDIO. MENORES. PROCESO PENAL. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. DEBER DE DILIGENCIA EN LA INVESTIGACIÓN. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN

JUDICIALES. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. PROCESO. EXCEPCIONES PRELIMINARES. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – GUATEMALA).

1. Antecedentes del caso: el 17 de diciembre de 2001, a las 16.00, Rosa Elvira Franco Sandoval denunció ante la Policía Nacional Civil la desaparición de su hija, María Isabel Veliz Franco, quien había salido de su casa hacia su trabajo a las 8.00 del día anterior y no había regresado. María Isabel tenía en ese momento 15 años de edad y vivía con su madre, sus dos hermanos y abuelos. No se ha acreditado que luego de la denuncia se hubieran realizado acciones de búsqueda de la niña.

El 18 de diciembre de 2001, a partir de una llamada anónima, se encontró un cadáver. El mismo día, la señora Franco Sandoval, luego de ver por televisión noticias sobre lo anterior, acudió a la morgue e identificó el cuerpo de su hija. Luego se estableció que la causa de la muerte había sido un "[t]rauma de cráneo [...] produci[do por] arma blanca".

La investigación de los hechos, iniciada a partir del hallazgo del cuerpo, no ha concluido, permanece abierta y no ha derivado en la identificación de posibles responsables. El Estado reconoció que un conflicto de competencia sustanciado entre el 11 de marzo y el 21 de noviembre de 2002 generó un atraso en la investigación. También aceptó, como falta de diligencia, la omisión de aplicación de una medida cautelar en relación con una persona sospechosa, pese a la sugerencia de los investigadores efectuada el 20 de febrero de 2002. Cuando se pretendió ubicar de nuevo el paradero de esa persona, cuatro años después, no fue posible hacerlo.

Además, en los primeros momentos de la investigación se presentaron diversas irregularidades, a saber: a) falta de aseguramiento del lugar del hallazgo del cadáver; b) falta de rigurosidad en la inspección ocular; c) deficiencias en la elaboración del acta de levantamiento del cadáver; d) traslado inadecuado del cadáver; e) recolección inadecuada de las evidencias y su manejo indebido; f) omisión de aseguramiento de la cadena de custodia de las evidencias, y g) necropsia incompleta. El Estado aceptó que "no se hicieron, o no se hicieron correctamente [...] los propios exámenes y la propia necropsia". Asimismo, luego de tales momentos iniciales, el "allanamiento" a un inmueble en la dirección suministrada por el informante anónimo el 18 de diciembre de 2001 se realizó después de más de un año y medio de esa fecha, y el análisis de las llamadas telefónicas correspondientes al teléfono celular que tenía María Isabel fue considerado después de más de tres años de contar con la información. Además, durante todo el tiempo que lleva la investigación, hubo períodos prolongados en que se omitió la realización de diligencias sustantivas de investigación.

Por otra parte, las autoridades omitieron recabar pruebas pertinentes para determinar la violencia sexual, o las realizaron tardíamente. Al respecto, tal como reconoció el Estado, en el momento de los hechos no había legislación ni procedimientos específicos para investigar casos de violencia contra la mujer. En algunos informes de la investigación, se hizo referencia explícita a la forma de vestir de María Isabel, a su vida social y nocturna, a sus creencias religiosas, así como a la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia.

Los hechos del caso sucedieron en un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala, en el que la existencia de homicidios por razones de género no era excepcional. El Estado, antes y después de ese momento, ha adoptado diversas medidas tendientes a afrontar la discriminación y violencia contra las mujeres. Sin perjuicio de ello, hacia diciembre de 2001, así como en los años subsiguientes, Guatemala presentaba un alto índice de impunidad general, en cuyo marco la mayoría de los actos violentos que conllevaban la muerte de mujeres quedaban impunes.

2. Sentencia: Guatemala vulneró en perjuicio de la niña María Isabel Veliz Franco, de 15 años de edad al momento de los hechos, el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a la vida (art. 4.1) e integridad personal (art. 5.1), en relación con los derechos del niño (art. 19) y con la obligación general de garantizar los derechos sin discriminar (art. 1.1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar la violencia contra la mujer. Asimismo, el Estado violó los derechos a las garantías judiciales (art. 8.1), a la protección judicial (art. 25.1) y a la igualdad ante la ley (art. 24) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos (art. 1.1) y adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2) de dicho tratado, y con los deberes de actuar con diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7.b y 7.c) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de la madre de la niña, Rosa Elvira Franco Sandoval, de los hermanos de María Isabel, Leonel Enrique Veliz Franco y José Roberto Franco, y de los abuelos de esta, actualmente fallecidos, Cruz Elvira Sandoval Polanco y Roberto Pérez. Además, Guatemala violó el derecho a la integridad personal (art. 5.1. de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1. de la misma), en perjuicio de la señora Franco Sandoval.

No resulta procedente pronunciarse sobre las alegadas violaciones, en perjuicio de María Isabel, al derecho a la libertad personal (art. 7) y los derechos del niño (art. 19) de la Convención Americana, en relación con la investigación después del hallazgo del cuerpo de la víctima.

Excepciones preliminares

El Estado presentó dos excepciones preliminares.

En cuanto a la falta de competencia de la Corte Interamericana para conocer sobre el art. 7 de la Convención de Belén do Pará, cabe destacar que el Estado ratificó dicho tratado el 4 de abril de 1995 sin reservas o limitaciones. Esta Corte reitera su jurisprudencia anterior al colegir que el art. 12 de ese tratado le concede competencia y, en consecuencia, desestima esta excepción preliminar.

En cuanto a la falta de agotamiento de los recursos internos, el Estado adujo que estaba abierta la investigación del caso, por lo que, a su entender, no se habían agotado los recursos internos. Guatemala también expresó que no había un retraso injustificado que justificara una excepción al requisito del previo agotamiento de

los recursos. La Comisión, al admitir el caso, indicó que existía tal retardo y que, al analizar el punto, tuvo en cuenta un conflicto de competencia entre órganos judiciales internos que se produjo antes de la presentación de la petición inicial. El Estado aceptó que dicho conflicto de competencia había generado un atraso en la investigación. En consecuencia, se desestima también esta excepción preliminar.

Fondo

El deber de garantizar los derechos humanos adquiere especial intensidad en relación con las niñas, por lo que surge un deber del Estado de actuar con estricta diligencia para cumplir tal obligación. Además, las autoridades estatales, cuando la señora Franco Sandoval realizó la denuncia de la desaparición de su hija, debieron considerar tal acto como una indicación de la probable vulneración de los derechos de la niña. El Estado conocía o debió conocer que el hecho denunciado se insertaba en el ya mencionado contexto de aumento de la violencia homicida contra mujeres. Por ello, en tales circunstancias, la omisión estatal de realizar acciones de búsqueda implicó una falta al deber del Estado de prevenir violaciones a los derechos de la niña. Por lo tanto, el Estado resulta responsable de incumplir, en perjuicio de María Isabel, su deber de garantizar los derechos a la vida e integridad personal, en relación con los derechos del niño, la obligación general de garantizar los derechos sin discriminación, y la obligación de prevenir la violencia contra la mujer.

Por otra parte, resulta verosímil que el homicidio de María Isabel haya sido cometido por razones de género, dados los evidentes signos de violencia con que se encontró su cadáver. Siendo así, las autoridades estatales tienen la obligación de investigar ex officio las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género del acto perpetrado. La debida diligencia incluye el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias correspondientes tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual. En este sentido, la investigación no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como tortura y actos de violencia sexual. Asimismo, debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia en razón del género. Los Estados tiene la obligación de adoptar normas o implementar las medidas necesarias que permitan a las autoridades ofrecer una investigación con la debida diligencia, de acuerdo con las pautas referidas. "La ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos [...] y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada". Dicha ineficacia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.

A partir de los parámetros expuestos, esta Corte llega a la conclusión de que el modo en el que se llevó a cabo la investigación, de acuerdo con los hechos ya mencionados, no cumplió pautas de diligencia debida, lo que se vinculó a la inexistencia de normas y protocolos para la investigación de este tipo de hechos. Además, el incumplimiento del deber de no discriminación se vio agravado por el

hecho de que algunos funcionarios a cargo de la investigación efectuaron declaraciones que denotan la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación. La investigación abierta a nivel interno no ha garantizado el acceso a la justicia de los familiares de María Isabel, violando los derechos a las garantías judiciales, la protección judicial y el derecho a la igualdad ante la ley, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, y con los deberes de actuar con diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

La falta de prevención en el caso, así como la falta de una actuación diligente en la investigación y la impunidad en que permanecen los hechos generaron un estado de sufrimiento a la señora Franco Sandoval. Además, está demostrado que durante la investigación ella fue objeto de tratos despectivos e irrespetuosos por parte de agentes estatales, referidos a ella y respecto a su hija, lo que produjo a la señora Franco Sandoval una afectación adicional a su integridad personal.

Reparaciones

Esta sentencia constituye per se una forma de reparación, pero también se ordena que el Estado, en los plazos y modalidades que esta Corte establece, debe: a) conducir eficazmente la investigación y, en su caso, abrir el proceso penal correspondiente y, de ser pertinente, otros que correspondieren para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de los vejámenes y privación de la vida de la niña María Isabel Veliz Franco; b) publicar en el Diario Oficial de Guatemala y en un diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el resumen oficial de la sentencia, y publicar esta en forma íntegra en sitios web oficiales del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Policía Nacional Civil; c) realizar un acto de disculpa pública; d) elaborar un plan de fortalecimiento calendarizado del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF); e) implementar, teniendo en cuenta lo normado por la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, adoptada en el año 2008 en Guatemala, el funcionamiento de órganos jurisdiccionales especializados; f) implementar programas y cursos para funcionarios públicos pertenecientes al Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional Civil que estén vinculados a la investigación de actos de homicidio de mujeres sobre estándares en materia de prevención, eventual sanción y erradicación de homicidios de mujeres, y capacitarlos sobre la debida aplicación de la normativa pertinente en la materia; g) brindar atención médica o psicológica a Rosa Elvira Franco Sandoval, si ella así lo desea; h) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como por el reintegro de costas y gastos, y reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida; e i) rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con 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, caso *Veliz Franco y Otros c. Guatemala (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, sentencia del 19-5-2014, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf.



RESPONSABILIDADINTERNACIONALDELESTADO.DERECHOSYLIBERTADES ORIGINARIOS. FUNDAMENTALES. **PUEBLOS** DERECHOS POLÍTICOS. RESTRICCIONES. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL ORIGEN ÉTNICO. LIBERTAD DE PENSAMIENTO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN SOCIAL. RESTRICCIONES. PROCESO PENAL. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. PRUEBA. PRUEBA TESTIMONIAL. TESTIGOS DE IDENTIDAD RESERVADA. PRISIÓN PREVENTIVA. DETENCIONES ARBITRARIAS. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. PENAS. PENAS ACCESORIAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. TERRORISMO (Convención Americana sobre Derechos Humanos – Chile).

1. Antecedentes del caso: Segundo Aniceto Catrimán, Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia y Patricia Roxana Troncoso Robles son chilenos. Los tres primeros eran, en la época de los hechos del caso, autoridades tradicionales del pueblo indígena mapuche; los otros cuatro son miembros de dicho pueblo indígena, y la señora Troncoso Robles era activista por la reivindicación de los derechos de dicho pueblo. La dirigencia de las comunidades mapuche es ejercida por los "Lonkos" y los "Werkén", autoridades tradicionales electas. Catrimán y Pichún Paillalao eran Lonkos y Ancalaf Llaupe era Werkén. Contra esas ocho personas se abrieron procesos penales por hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las Regiones VIII (Biobío) y IX (Araucanía) de Chile, en los cuales fueron condenados como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de la ley nº 18.314, que "[d]etermina conductas terroristas y fija su penalidad" (conocida como "Ley Antiterrorista"). En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados (relativos a incendio de predio forestal, amenaza de incendio y quema de un camión de una empresa privada) resultó afectada la integridad física ni la vida de persona alguna. El proceso penal seguido contra Ancalaf Llaupe tramitó en aplicación del Código de Procedimiento Penal de 1906 (ley n° 1853) y sus reformas, porque los hechos por los que se lo juzgó ocurrieron en la Región del BioBío en una fecha anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en esa región. Los procesos penales seguidos contra las otras siete referidas personas se rigieron por el Código Procesal Penal de 2000 (ley nº 19.696), porque los hechos por los cuales fueron juzgadas ocurrieron en la Región de la Araucanía con posterioridad a la

entrada en vigencia del referido código en esa región. A las ocho víctimas de este caso les fueron dictadas medidas de prisión preventiva en dichos procesos penales.

A principios de la década de 2000 –época en que ocurrieron los hechos por los cuales fueron condenadas penalmente las víctimas de este caso—, existía en el sur de Chile (Regiones VIII, IX y X), fundamentalmente en la IX Región (de la Araucanía), una situación social de numerosos reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros del pueblo indígena mapuche, líderes y organizaciones del mismo, con el fin de que fueran atendidas y solucionadas sus reivindicaciones, principalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales, y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales.

En el contexto de esa protesta social, se incrementó el nivel de conflictividad en dichas regiones y, aparte de las movilizaciones sociales y de otras medidas de presión, se presentaron algunas acciones de hecho violentas calificadas como "graves", tales como la ocupación de tierras no ligadas a procedimientos de reclamación en curso, el incendio de plantaciones forestales, cultivos, instalaciones y casas patronales, la destrucción de equipos, maquinaria y cercados, el cierre de vías de comunicación y enfrentamientos con la fuerza pública.

A partir del año 2001, se incrementó significativamente el número de dirigentes y miembros de comunidades mapuche investigados y juzgados por la comisión de delitos ordinarios en relación con actos violentos asociados a la referida protesta social. En una mayoría de casos, se los ha investigado y/o condenado por delitos de carácter terrorista en aplicación de la referida Ley Antiterrorista. De las 19 causas formalizadas por el Ministerio Público entre 2000 y 2013 bajo dicha ley, 12 "se relacionan con reivindicaciones de tierras de grupos mapuche".

El resultado de los procesos penales contra las ocho víctimas de este caso fue el siguiente:

- 1) Los Lonkos Catrimán y Pichún Paillalao fueron condenados como autores del delito de amenaza de incendio terrorista, y se les impusieron las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y penas accesorias de inhabilitación que restringían el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos mediante sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol del 27 de septiembre de 2003. En diciembre de ese año, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia desestimó los recursos de nulidad interpuestos.
- 2) Millacheo Licán, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Marileo Saravia y Troncoso Robles fueron condenados como autores del delito de incendio terrorista por el hecho de incendio de un fundo, y se les impusieron las penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y penas accesorias de inhabilitación que restringían el ejercicio de los derechos políticos mediante sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol del 22 de agosto de 2004. En octubre de ese año, la Corte de Apelaciones de Temuco desestimó los recursos de nulidad interpuestos.
- 3) Ancalaf Llaupe fue condenado como autor de la conducta terrorista tipificada en el art. 2, nº 4 de la ley (relativa, *inter alia*, a "arrojar" artefactos explosivos o incendiarios "de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño") ya mencionada en relación con la quema de un camión de una empresa privada, y se le impusieron las penas de cinco años y un día de presido

mayor en su grado mínimo y penas accesorias de inhabilitación que restringían el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos mediante sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 4 de junio de 2004, que revocó parcialmente la sentencia condenatoria emitida por el Ministro Instructor.

Entonces, interpusieron un recurso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Sentencia: se declara, por unanimidad, que el Estado es responsable por la violación del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, así como por la violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley y del derecho a la libertad personal, en perjuicio de Catrimán, Pichún Paillalao, Ancalaf Llaupe, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán y Troncoso Robles.

Asimismo, también por unanimidad, se declara que Chile violó el derecho de la defensa a interrogar testigos, en perjuicio de Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe; que violó el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, en perjuicio de Catrimán, Pichún Paillalao, Marileo Saravia, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán y Troncoso Robles; que también violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en perjuicio de Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe, y que violó los derechos políticos, en perjuicio de estas últimas tres personas y de Marileo Saravia, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán y Troncoso Robles, y el derecho a la protección de la familia, en perjuicio de Ancalaf Llaupe.

Adicionalmente, se decide por cuatro votos a favor y dos en contra que no procede emitir un pronunciamiento sobre la alegada violación del derecho a un juez o tribunal imparcial.

Esta Corte también decide, por unanimidad, que Chile no violó el derecho a la integridad personal, así como tampoco incumplió el deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior y en relación con el derecho a la libertad personal, y que no procede emitir un pronunciamiento sobre la alegada violación del deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con el derecho de la defensa a interrogar testigos.

2.1. Principio de legalidad y presunción de inocencia

Esta Corte reitera su jurisprudencia constante en lo que respecta al respeto al principio de legalidad en la elaboración de tipos penales y agrega que, tratándose de la tipificación de delitos de carácter terrorista, el principio de legalidad impone una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios, de forma que tanto toda persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal. Asimismo, destaca la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad.

Esta Corte constata que el art. 1° de la Ley Antiterrorista contenía una presunción legal del elemento subjetivo del tipo que establecía que "[s]e presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que const[ara] lo contrario", cuando el delito se cometiera mediante el uso de los medios o artificios indicados (entre ellos, "artificios explosivos o incendiarios"). Cabe destacar que la especial intención o finalidad de producir "temor en la población en general" constituía un elemento fundamental en la ley chilena para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo era y sin el cual la conducta no sería típica. Este Tribunal considera que la referida presunción de que existía tal intención cuando se daban determinados elementos objetivos (entre ellos, "el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios") resulta violatoria del principio de legalidad, consagrado en el art. 9 de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia, prevista en el art. 8.2 de la misma.

Se considera acreditado que tal presunción del elemento subjetivo del tipo terrorista fue aplicada en las sentencias que determinaron la responsabilidad penal de las ocho presuntas víctimas de este caso, y que la vigencia de dicha norma y su aplicación configuraron una vulneración del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, protegidos en los arts. 9 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidas en los arts. 1.1 y 2 de ese tratado, en perjuicio de Catrimán, Pichún Paillalao, Ancalaf Llaupe, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Marileo Saravia, Millacheo Licán y Troncoso Robles.

2.2. Principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley

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 Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Por su parte, el art. 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en los motivos prohibidos que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera.

El origen étnico (esta Corte toma en cuenta que la etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio-cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales, y orígenes históricos y tradicionales; dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales esta Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas y sociales, sus valores, usos y costumbres) de las personas es una categoría protegida por la Convención Americana que se encuentra comprendida dentro de la expresión "cualquier otra condición social" del art. 1.1 del tratado. Por

ello, está proscrito por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatorio basado en la etnia de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico. Ello es igualmente aplicable a que, de acuerdo con el art. 24 de dicho tratado, se proscribe una desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación.

Para pronunciarse sobre la alegada aplicación selectiva y discriminatoria de la Ley Antiterrorista a integrantes del pueblo mapuche, esta Corte debe centrar su atención en las decisiones judiciales. Con fundamento en la información aportada, es posible constatar que en una mayoría de causas entre 2000 y 2013 se ha invocado dicha ley contra miembros del pueblo indígena mapuche: de las 19 causas en que se formalizó la investigación penal bajo la Ley Antiterrorista, en 12 de ellas los imputados eran de origen mapuche o se relacionaban con reivindicaciones de tierras de dicho pueblo. La mayor aplicación a miembros del pueblo indígena mapuche de esa ley penal que tipifica conductas terroristas por sí misma no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación "selectiva" de carácter discriminatorio. No han sido aportados suficientes elementos de información sobre el universo de hechos de violencia o delictivos de naturaleza semejante en la época de los hechos del presente caso, supuestamente perpetrados por personas no pertenecientes a dicho pueblo, a las que, con los criterios con los que se aplicó la Ley Antiterrorista en los casos de imputados mapuches, se debiera haber aplicado también en esos otros casos. La Corte concluyó que no existían elementos que le permitieran determinar que ha existido una aplicación discriminatoria de la Ley Antiterrorista en perjuicio del pueblo mapuche o de sus integrantes.

En lo que respecta a la alegada utilización de estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias penales internas, puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, y para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales.

Teniendo en cuenta las apreciaciones de dos peritos al respecto y las expresiones particularmente señaladas como discriminatorias por la Comisión y los intervinientes comunes de los representantes que, con algunas variantes, aparecen en las distintas sentencias condenatorias, esta Corte considera que la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el art. 24 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Catrimán, Pichún Paillalao, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán, Troncoso Robles y Ancalaf Llaupe.

2.3. Alegada violación del derecho a un juez o tribunal imparcial

En lo que respecta a las alegaciones sobre violación del derecho a un juez o tribunal imparcial, consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana, por la alegada falta de imparcialidad personal de los jueces o tribunales que dictaron las sentencias condenatorias, esta Corte considera que esas alegaciones están estrechamente relacionadas con la presunción de la intención terrorista de "producir [...] temor en la población en general" (elemento subjetivo del tipo), que el Tribunal declaró violatoria del principio de legalidad y la garantía de presunción de inocencia. La alegada violación del art. 8.1 debe considerarse subsumida en la ya declarada violación de los arts. 9 y 8.2 y, en consecuencia, no resulta necesario pronunciarse a su respecto.

2.4. Derecho de la defensa a interrogar a los testigos

La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de la defensa de interrogar a los testigos, puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada.

En los procesos penales contra Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe, se reservó la identidad de determinados testigos. Corresponde analizar si, en los procesos concretos, la adopción de esas medidas procesales previstas por el ordenamiento chileno para garantizar los derechos a la vida y la integridad, la libertad y la seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal conllevó una violación del derecho de la defensa de interrogar a los testigos. Previo a efectuar tal análisis, se evaluará si en los procesos concretos de las referidas tres presuntas víctimas de este caso las medidas de reserva de identidad de testigos se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo. Para efectuar tal evaluación, cabe advertir la incidencia que tuvo la medida en el derecho a la defensa del imputado, y tomar en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso. Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada.

Procesos contra Catrimán y Pichún Paillalao

En el proceso contra Catrimán y Pichún Paillalao, el Juez de Garantía de Traiguén, a petición del Ministerio Público, decretó mantener en secreto la identidad de dos testigos y la prohibición de fotografiarlos o captar su imagen por otro medio, fundándose en los arts. 307 y 308 del Código Procesal Penal y los arts. 15 y 16 de la Ley Antiterrorista. Dichos testigos declararon en las audiencias públicas detrás de un "biombo" que ocultaba sus rostros de todos los asistentes, exceptuando a los jueces, y con un "distorsionador de voces". La defensa tuvo la oportunidad de interrogar a los

mismos en esas condiciones. En el segundo juicio, que fue celebrado en razón de la declaratoria de nulidad del primero, se permitió que los defensores de los imputados conocieran la identidad de los referidos testigos, pero bajo la prohibición expresa de transmitir esa información a sus representados. Los defensores de Catrimán se negaron a conocer tal información sobre la identidad de los testigos porque no se la podían comunicar al imputado.

El control judicial de la reserva de identidad de testigos fue insuficiente, ya que la resolución judicial que la dispuso no brindó criterios que razonablemente justificaran la necesidad de la medida fundándose en una situación de riesgo para los testigos. Las medidas de contrapeso implementadas fueron adecuadas para salvaguardar el derecho de la defensa a interrogar testigos. En lo tocante al punto de vital importancia de si las condenas estuvieron fundadas únicamente o en grado decisivo en dichas declaraciones, existen diferencias entre cada uno de los condenados:

- a) con respecto a la condena de Catrimán, no se utilizó la declaración de testigos de identidad reservada para fundamentar la declaratoria de responsabilidad como autor del delito de amenaza de incendio terrorista en perjuicio de los propietarios del predio San Gregorio. La ausencia de un efectivo control judicial, en el presente caso, no conllevó una violación de la garantía prevista en el art. 8.2.f de la Convención:
- b) la condena penal de Pichún Paillalao como autor del delito de amenaza de incendio terrorista en perjuicio del administrador y dueños del fundo Nancahue estuvo fundada en grado decisivo en la declaración de un testigo de identidad reservada (el "testigo protegido n° 1"). Ello constituyó una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el art. 8.2.f de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Pichún Paillalao.

Proceso contra Víctor Manuel Ancalaf Llaupe

En el proceso penal contra Ancalaf Llaupe, se mantuvo la reserva de identidad de ciertos testigos, y las medidas correspondientes se fundaron en la simple invocación de las normas aplicadas, sin ninguna motivación específica con respecto al caso en cuestión. En relación con este proceso penal, para realizar el análisis esta Corte también toma en cuenta la particular incidencia del carácter inquisitivo del proceso penal, de conformidad con el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906 aplicable al caso, por el cual el proceso tenía dos etapas, el sumario y el plenario, ambas de carácter escrito. Ancalaf Llaupe no solo desconoció la identidad de los referidos testigos, sino que ni siquiera tuvo conocimiento del contenido de sus declaraciones por el carácter reservado del sumario y porque, cuando se le dio conocimiento de este, se le negó el acceso a los cuadernos reservados que contenían tales declaraciones. Asimismo, la regulación de la medida con arreglo a ese código que establecía el carácter secreto del sumario tuvo consecuencias en cuanto al deber de someter la adopción y mantenimiento de la medida a control judicial puesto que, por el desconocimiento que el inculpado tiene de la existencia misma de las actuaciones, estaba impedido de solicitar el control de su legalidad hasta el momento en que tenga acceso al sumario.

Las pruebas por las que se concluyó de forma "suficiente" sobre la participación de Ancalaf Llaupe en los hechos por los que fue condenado fueron cuatro declaraciones testimoniales, tres de las cuales fueron rendidas por testigos con reserva de identidad, a las que no tuvo acceso su defensa. Ello significó que se asignó a las declaraciones de testigos con identidad reservada un peso decisivo que es inadmisible. Adicionalmente, en el proceso contra el señor Ancalaf Llaupe, el Estado también incurrió en una violación del derecho de la defensa de obtener la comparecencia de testigos propuestos.

Chile violó el derecho de la defensa de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de testigos, protegido en el art. 8.2.f de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Ancalaf Llaupe.

2.5. Derecho de recurrir el fallo penal condenatorio ante juez o tribunal superior

Esta Corte reitera su jurisprudencia sobre el alcance y el contenido del derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior respecto de sentencias penales de condena. El derecho protegido en el art. 8.2.h de la Convención implica un recurso que cumpla con: estar al alcance de toda persona condenada; tratarse de un recurso ordinario, en el sentido de que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; ser accesible, de manera que las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente; ser eficaz ,de forma tal que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea; permitir un examen o revisión integral del fallo recurrido, lo cual implica que posibilite que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, de manera que las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria, y respete las garantías procesales mínimas que, con arreglo al art. 8 de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente.

Corresponde analizar si en los procesos penales en que se aplicó el Código Procesal Penal de 2000, se cumplió con garantizar un recurso que se ajustara a las exigencias del art. 8.2.h de la Convención. Dicho código estableció el recurso de nulidad como único medio de impugnación ("para invalidar") del juicio oral y la sentencia definitiva.

Proceso penal contra Catrimán y Pichún Paillalao

Catrimán y Pichún Paillalao interpusieron independientemente recursos de nulidad contra la sentencia parcialmente condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol del 27 de septiembre de 2003. El 15 de diciembre de 2003, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia, en la cual desestimó todos los agravios expuestos por los recurrentes y mantuvo la sentencia parcialmente condenatoria respecto de Pichún Paillalao y Catrimán. En ninguna

parte de la sentencia de la Sala Segunda consta que se haya hecho un examen de los hechos del caso ni de las consideraciones jurídicas sobre tipicidad para verificar que las afirmaciones en que se había basado la sentencia recurrida hubiesen estado basadas en pruebas convincentes y en un análisis jurídico adecuado. Tampoco se realizó un análisis de fondo para concluir que la sentencia condenatoria cumplía con las exigencias legales para considerar probados los hechos ni sobre las razones de derecho que sustentaron la calificación jurídica de los mismos. La simple descripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resuelve el recurso exponga un razonamiento propio que apoye lógicamente la parte resolutiva de su decisión, implica que este no cumple con el requisito de eficacia del recurso protegido por el art. 8.2.h de la Convención, que asegura que sean resueltos los agravios o inconformidades expuestas por los recurrentes, esto es, que se tenga acceso efectivo al doble conforme. Por lo tanto, en este proceso no se realizó un examen integral de la decisión recurrida y, en consecuencia, el recurso de nulidad de que dispusieron Catrimán y Pichún Paillalao no se ajustó a los requisitos básicos necesarios para cumplir con el art. 8.2.h de la Convención Americana, de modo que se violó su derecho a recurrir el fallo condenatorio.

Proceso penal contra Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán y Troncoso Robles

Las cinco personas condenadas por el delito de incendio terrorista interpusieron independientemente recursos de nulidad contra la sentencia, los cuales fueron desestimados conjuntamente por la Corte de Apelaciones de Temuco mediante sentencia del 13 de octubre de 2004.

De los razonamientos expuestos por la Corte de Apelaciones de Temuco al resolver el recurso, surge con claridad que no realizó un examen integral de la decisión recurrida, ya que no analizó todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaba la sentencia condenatoria. Por lo tanto, el recurso de nulidad del que dispusieron Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Marileo Saravia, Millacheo Licán y Troncoso Robles no se ajustó a los requisitos básicos necesarios para cumplir con el art. 8.2.h de la Convención Americana, de modo que se violó su derecho a recurrir el fallo condenatorio.

2.6. Alegado incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno

La controversia respecto del diseño normativo del recurso de nulidad está circunscrita a la amplitud de las causales del mismo establecidas en el Código Procesal Penal. Respecto de la causal de nulidad dispuesta en el art. 373 b) del Código Procesal Penal, esta Corte considera que, desde el análisis del texto de esa disposición —que permite controvertir la sentencia por "errónea aplicación del derecho"—, no puede concluir que la misma satisface la exigencia de eficacia del recurso, puesto que su formulación normativa no impone al juez o tribunal el deber de realizar un examen de tal naturaleza que permita resolver los argumentos propuestos por los recurrentes sobre determinaciones de los hechos que se imputan al condenado y que constituyen el presupuesto fundamental del reproche penal hecho por el Estado al inculpado.

En lo que respecta a la causal de nulidad del art. 374 e) del Código Procesal Penal, esta Corte valora que los elementos aportados no resultan suficientes para concluir que no cumple con el estándar de recurso eficaz garantizado en el art. 8.2.h de la Convención en lo que respecta a su amplitud para comprender la impugnación de cuestiones fácticas por medio de argumentaciones referidas al juicio probatorio realizado por el tribunal inferior. Tomando en cuenta que existen mutuas implicaciones entre las dimensiones fáctica, probatoria y jurídica de la sentencia penal, esta Corte considera que, no siendo una conclusión derivable del texto de la causal referida, no ha sido probado que bajo la misma no sea posible impugnar cuestiones relativas a la base fáctica del fallo por medio del examen del juicio probatorio del mismo.

En el presente caso, el Estado no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el art. 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho de recurrir el fallo consagrado en el art. 8.2.h de la misma, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas.

2.7. Derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia

Esta Corte reitera su jurisprudencia respecto de los requisitos que se deben cumplir para que una privativa de la libertad personal en el marco de un proceso penal se ajuste a las disposiciones de la Convención Americana, y destaca especialmente que: es una medida cautelar y no punitiva, por lo que debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso; debe fundarse en elementos probatorios suficientes; debe estar sujeta a revisión periódica; además de estar prevista legalmente, no puede ser arbitraria, lo cual implica que debe tener una finalidad compatible con la Convención: no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar en un fin legítimo (asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia), y debe tratarse de una medida idónea, necesaria y proporcional.

Las decisiones de adopción y mantenimiento de la prisión preventiva de Ancalaf Llaupe, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán, Troncoso Robles, Catrimán y Pichún Paillalao no se ajustaron a los requisitos de la Convención Americana en cuanto a la necesidad de basarse en elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona ha participado en el ilícito que se investiga —con excepción de la decisión de adopción de Marileo Saravia, que sí cumplió con este elemento— y en cuanto al requerimiento de motivar la necesidad de la prisión preventiva en un fin legítimo, ni cumplieron con una adecuada revisión periódica.

En ninguno de los casos se tuvo en cuenta la condición de siete de las presuntas víctimas como miembros de un pueblo indígena y, en particular, la posición de autoridades tradicionales que ocupaban Catrimán y Pichún Paillalao como Lonkos y Ancalaf Llaupe como Werkén de sus respectivas comunidades. Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el art. 7 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna, deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que

conforman su identidad cultural. Asimismo, se sostuvo que la duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, y que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejercen liderazgo.

El Estado violó los derechos a la libertad personal, a no ser sometido a detención arbitraria y a no sufrir prisión preventiva en condiciones no ajustadas a los estándares internacionales, consagrados en los arts. 7.1, 7.3 y 7.5 de la Convención Americana, y el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 8.2 de la Convención Americana, todo ello en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Víctor Ancalaf Llaupe, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñan, Millacheo Lican, Troncoso Robles, Catrimán y Pichún Paillalao.

En cuanto al alegado incumplimiento del deber de adecuar el derecho interno, se constata que, en el presente caso, al ordenarse y mantenerse las medidas de prisión preventiva a las ocho víctimas de este caso repetidamente se aplicó la causal de "peligro para la seguridad de la sociedad", sin motivarse la necesidad de la medida en las circunstancias del caso concreto y con base fundamentalmente en criterios relativos a la gravedad del delito investigado y la gravedad de la pena.

El art. 363 del Código de Procedimiento Penal aplicado a Ancalaf y el art. 140 c) del Código Procesal Penal de 2000 aplicado a las restantes siete presuntas víctimas que regulaban la causal de prisión preventiva relativa al "peligro para la seguridad de la sociedad" no son normas per se contrarias a la Convención Americana, puesto que pueden ser interpretadas de una manera acorde a la misma siempre y cuando se apliquen buscando un fin procesal y los criterios tomados en cuenta sean valorados en relación con la evaluación de la configuración de un riesgo procesal en las circunstancias del caso concreto.

Chile no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, consagrado en el art. 2 de la Convención Americana, en relación con el art. 7 del mismo instrumento, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas del presente caso.

2.8. Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

En el presente caso, a Aniceto Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe les fueron impuestas las penas accesorias previstas en el art. 9 de la Constitución Política de Chile, con las cuales quedaron inhabilitados por el plazo de quince años "para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones".

La referida pena accesoria supuso una restricción indebida al ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión de Catrimán, Pichún Paillaleo y Ancalaf Llaupe, no solo por haber sido impuesta fundándose en sentencias condenatorias que aplicaron una ley penal violatoria del principio de legalidad y de varias garantías procesales, sino además porque en las circunstancias del presente caso fue contraria al principio de la proporcionalidad de la pena. Adicionalmente, la imposición de esa pena accesoria a tales personas —quienes eran autoridades

tradicionales del pueblo indígena mapuche— les restringió la posibilidad de participar en la difusión de opiniones, ideas e información a través del desempeño de funciones en medios de comunicación social, lo cual podría limitar el ámbito de acción de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ejercicio de sus funciones como líderes o representantes de sus comunidades. Esto, a su vez, incide negativamente en la dimensión social del derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Pudo haberse producido un efecto intimidante e inhibidor para el ejercicio de la libertad de expresión, derivado de los particulares efectos que tuvo la aplicación indebida de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo indígena mapuche, ya que pudo haber provocado un temor razonable en otros miembros de ese pueblo involucrados en acciones relacionadas con la protesta social y la reivindicación de sus derechos territoriales o que eventualmente desearan participar en estas.

Chile violó el derecho de libertad de pensamiento y expresión, protegido en el art. 13.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe.

2.9. Derechos políticos

A Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe les fueron impuestas penas accesorias restrictivas de sus derechos políticos, según lo establecido en los arts. 28 del Código Penal y 9 de la Constitución Política. A las otras cinco presuntas víctimas, J.P. y F.J. Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Millacheo Licán y Troncoso Robles, se les aplicaron solo las penas accesorias, también restrictivas de sus derechos políticos, previstas en el art. 28 del Código Penal.

El art. 9 de la Constitución Política de Chile establece, entre otras disposiciones, que los responsables de delitos terroristas "quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo". Añade que ello "se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley". Al respecto, el art. 28 del Código Penal establece las penas de "inhabilitación absoluta [y] perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena".

En las circunstancias del presente caso, la imposición de las referidas penas accesorias, en las que se afecta el derecho al sufragio, la participación en la dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas, incluso con carácter absoluto y perpetuo o por un término fijo y prolongado (quince años), es contraria al principio de proporcionalidad de las penas y constituye una gravísima afectación de los derechos políticos.

Ello es particularmente grave en el caso de Ancalaf Llaupe, Catrimán y Pichún Paillalao, por su condición de líderes y dirigentes tradicionales de sus comunidades, de

manera que por la imposición de las referidas penas también se afectó la representación de los intereses de sus comunidades respecto de otras, así como respecto del resto de la sociedad chilena en general. En virtud de las referidas penas, fueron impedidos de participar o dirigir funciones públicas en entidades estatales que, por su propia naturaleza, buscan promover, coordinar y ejecutar acciones de desarrollo y protección de las comunidades indígenas que estos representaban. Por la condición de líderes y dirigentes mapuche de Catrimán, Pichún Paillalao y Ancalaf Llaupe, la restricción de los derechos políticos de estos también afecta a las comunidades de las cuales hacen parte, puesto que, por la naturaleza de sus funciones y su posición social, no solo su derecho individual resultó afectado, sino también el de los miembros del pueblo indígena mapuche a quienes representaban.

El Estado violó los derechos políticos, protegidos en el art. 23 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de Catrimán, Pichún Paillalao, Marileo Saravia, Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Ancalaf Llaupe y Troncoso Robles.

2.10. Derecho a la protección de la familia

Esta Corte tiene por acreditado que Ancalaf Llaupe estuvo privado de su libertad en un centro penitenciario en la ciudad de Concepción, ubicado a más de 250 kilómetros de la ciudad de Temuco donde estaba su comunidad y familia, y que tanto Ancalaf Llaupe como su abogado y su esposa plantearon la necesidad de trasladarlo a un centro penitenciario más cercano a su lugar de residencia por los obstáculos y altos costos que representaba el viaje de ella y cinco hijos hasta la ciudad de Concepción para visitar a su esposo y padre. No obstante, la Corte de Apelaciones de Concepción no hizo lugar a la petición de la señora Prado ni a la solicitud posterior de Ancalaf Llaupe sin fundamentar la denegatoria y sin tomar en consideración un informe de la Gendarmería de Chile que indicaba que "no exist[ían] inconvenientes para que el interno [... fuera] trasladado a la Unidad Penal de Temuco, ya que el citado vive y cuenta con el [a]poyo [f]amiliar en dicha ciudad". Asimismo, tiene por probado que esta situación incidió negativamente en la periodicidad de las visitas y en el contacto de Ancalaf Llaupe con su familia, aumentando sus sentimientos de preocupación e impotencia, así como en el deterioro de sus relaciones familiares. El Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad y advierte que las visitas por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Sobre la base de lo dispuesto en los arts. 17.1 y 1.1 de la Convención Americana, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares. También indicó que los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En

el caso de las personas indígenas privadas de libertad, la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades.

En consecuencia, el Estado violó el derecho a la protección de la familia en perjuicio de Ancalaf Llaupe al haberlo recluido en un centro penitenciario muy alejado del domicilio de su familia y al denegarle en forma arbitraria las reiteradas solicitudes de que se lo trasladara a un centro penitenciario más cercano.

2.11. Esta sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, se imponen al Estado las siguientes reparaciones: (i) adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf LLaupe, José Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Troncoso Robles; (ii) brindar, de forma gratuita e inmediata, tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas del presente caso que así lo soliciten; (iii) realizar las publicaciones y radiodifusión de la sentencia según lo indicado en la misma; otorgar becas de estudio en instituciones públicas chilenas en beneficio de los hijos de las ocho víctimas del presente caso que así lo soliciten; (iv) regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial con base en los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso; (v) pagar a cada una de las ocho víctimas del presente caso la cantidad fijada en la sentencia por concepto de indemnización de los daños materiales e inmateriales; (vi) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos. Asimismo, esta Corte dispone que el Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.

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.

Notas del Instituto: 1) los Lonkos son los líderes principales de sus respectivas comunidades tanto en materia de gobierno como en aspectos espirituales; son considerados depositarios de la sabiduría ancestral y encabezan los procesos de toma de decisiones, así como también presiden importantes ceremonias religiosas; 2) los Werkén, cuyo nombre significa "mensajero", asisten a los Lonkos y cumplen un rol complementario de liderazgo, siendo portavoces de diversos temas como los políticos y culturales ante otras comunidades mapuche y ante la sociedad no mapuche; 3) la ley n° 18.314 (conocida como Ley Antiterrorista) fue promulgada en 1984 y ha sido modificada en 1991, 2002, 2003, 2005, 2010 y 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Catrimán y Otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) v. Chile (Fondo, Reparaciones y

Costas), sentencia del 29-5-2014, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. DERECHO A LA LIBERTAD. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DETENCIONES ARBITRARIAS. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. CÁRCELES (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – RUSIA).

1. Antecedentes del caso: Boris Nemtsov es un conocido político ruso y líder de la oposición, nacido en 1959 y residente en Moscú. El 31 de diciembre de 2010, participó en una manifestación política durante la cual, en su discurso, criticó la condena penal de Mikhail Khodorkovskiy (ex dueño de la compañía petrolera Yukos), condenó la corrupción imperante en la administración del Estado y cantó eslogans/consignas contra el presidente Putin. Al finalizar la manifestación, Nemtsov fue arrestado y llevado a la comisaría. Según sus propias declaraciones, antes de que pudiera cruzar el área que había sido vallada para la manifestación, la policía obstruyó su paso cuando se dirigía hacia su automóvil acompañado por su hija y una amiga. Nemtsov afirma también que fue arrestado sin explicación alguna y que no se resistió a la policía. Sin embargo, según las declaraciones del gobierno ruso (Gobierno), Nemtsov comenzó a arengar a la gente que pasaba por allí invitándola a participar de otro encuentro no autorizado y gritando eslogans contra el Gobierno. En ese momento, dos agentes de policía le ordenaron que dejara de agitar a la multitud, y lo arrestaron porque él ignoró las órdenes y continuó cantando eslogans.

El 2 de enero de 2011, Nemtsov fue declarado culpable de un delito administrativo por haber desobedecido las órdenes policiales y por resistirse al arresto. Fue condenado a un arresto administrativo de 15 días y trasladado de la comisaría a otro centro de detención, donde permaneció hasta su liberación, ocurrida el 15 de ese mes. Nemtsov afirma haber sido recluido en una celda solitaria, sin ventanas, baño ni cama.

Después de varias apelaciones infructuosas, Nemtsov recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), alegando que su arresto, detención y condena por un delito administrativo habían violado los derechos que le garantizan los arts. 10 (libertad de expresión) y 11 (derecho de asamblea y de asociación) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Asimismo, invocando los arts. 6.1/3 (d) de la misma, alegó que su audiencia no había sido pública, que le había sido imposible participar en ella, así como lograr que se presentaran testigos de su parte en condiciones semejantes a las de los testigos que atestiguaron en su contra.

2. Sentencia: se declara por unanimidad que ha habido una violación de los arts. 11, 6.1, 5.1, 3 y 13 en conjunción con el art. 3 de la Convención.

Presunta violación del art. 11 de la Convención

Las partes están de acuerdo en que Nemtsov fue arrestado uno o dos minutos después de haber llegado al vallado policial, pero no concuerdan con respecto a si Nemtsov gritó o no consignas contra el Gobierno inmediatamente antes de su arresto, si ignoró las órdenes de la policía y si continuó arengando a la gente.

Las declaraciones de Nemtsov son suficientemente convincentes y se encuentran corroboradas por pruebas. Por el contrario, existen elementos contundentes para dudar de las razones esgrimidas por el Estado respecto del arresto, detención y cargos administrativos contra Nemtsov. En particular, el relato del Gobierno no explica por qué Nemtsov comenzó a invitar a la gente a un encuentro público inmediatamente después de haber hablado en la manifestación, ni quiénes eran los transeúntes que se encontraban dentro del vallado policial. De acuerdo con los testimonios, las personas que se habían reunido ante el vallado policial participaban en la manifestación y deseaban abandonar el área restringida. Por otra parte, la filmación en video de los sucesos no muestra a Nemtsow arengando a la gente, y ninguno de los testigos oculares – excepto los dos agentes de policía que lo arrestaron — lo vieron actuar así.

En opinión de esta Corte, el arresto y los cargos administrativos han sido impuestos a Nemtsov sin ninguna vinculación con el pretendido propósito de la disposición por desobedecer las órdenes de la policía. La injerencia en el derecho a la libertad de asamblea de Nemtsov resulta arbitraria e ilegítima. Más aún, los actos que presuntamente cometió –su llamamiento a una manifestación espontánea y cantar consignas contra el Gobierno– se encuentran protegidos por los arts. 10 y 11 de la Convención. En verdad, si esas acciones hubieran ocurrido, una orden para detenerlas habría exigido una justificación. Sin embargo, los tribunales rusos prescindieron de este tipo de consideraciones.

Lo cierto es que el procedimiento contra Nemtsov y su detención tuvieron como consecuencia disuadirlo de participar en manifestaciones de protesta y de comprometerse activamente en una política de oposición al Gobierno. También tuvieron el efecto de desalentar a terceros de participar en manifestaciones y en debates políticos, sobre todo si se toma en consideración que Nemtsov es una reconocida figura pública.

Presunta violación del art. 6 de la Convención

Los procesos administrativos contra Nemtsov no han sido justos y, por ello, han de considerarse violatorios del art. 6. En efecto, las conclusiones a las que llegaron los tribunales rusos se basaron únicamente en las declaraciones de los dos agentes de policía que habían arrestado a Nemtsov. Los tribunales, además, desecharon las pruebas existentes, alegando que los testigos que habían participado en la manifestación no eran imparciales.

Presunta violación del art. 5 de la Convención

Dado que esta Corte considera que el arresto, la detención y la pena de reclusión menor de Nemtsov han sido arbitrarias e ilegítimas, la privación de su libertad ha violado el art. 5.1

Presunta violación de los arts. 3 y 13 de la Convención

El gobierno ruso no acepta la descripción hecha por Nemtsov sobre las condiciones de su detención en la comisaría. Sin embargo, sus afirmaciones no han sido corroboradas con prueba alguna, y la autenticidad del informe realizado por dos miembros de una comisión pública para el monitoreo de las dependencias carcelarias que habían visitado la comisaría el 1º de enero de 2011 para inspeccionar las condiciones de detención de Nemtsov y que habían confirmado su descripción no han sido impugnadas. Por todo ello, cabe afirmar que Nemtsov ha sido detenido durante alrededor de cuarenta horas en una pequeña celda sin ventanas, baño ni cama, y que ello le ha producido un estado de privación y de angustia de una intensidad tal que ha excedido el inevitable nivel de padecimiento propio de la detención y que equivale a un trato inhumano y degradante.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Nemtsov v. Russia*, sentencia del 31-7-2014, en .



SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA. ESTADO LAICO. DISCURSO DE APERTURA DE SESIONES LEGISLATIVAS (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: desde el año 1999, las reuniones mensuales del concejo municipal de Greece, en el estado de Nueva York, se han iniciado con un acto que incluía el recitado del *Pledge of Alliance* (tradicional juramento de libertad) y una oración dirigida por un clérigo seleccionado de la lista de congregaciones registradas en un directorio local. Si bien el programa de oración se encuentra abierto a todos los credos, casi todos los clérigos de las congregaciones locales son cristianas; por lo tanto, casi todos los predicadores que intervienen son también cristianos.

Ciertos ciudadanos que asisten a las asambleas para debatir sobre cuestiones locales interpusieron una demanda argumentando que la municipalidad violaba la Cláusula de Establecimiento, que prohíbe el establecimiento de una determinada religión (Primera Enmienda a la Constitución) al preferir a predicadores cristianos y al patrocinar oraciones sectarias. Su acción estaba dirigida a obligar a la ciudad a hacer las oraciones "inclusivas y ecuménicas" que solo hicieran referencia a un "Dios genérico".

El Tribunal Federal de Primera Instancia confirmó la práctica de la oración resolviendo la cuestión como de puro derecho, porque no encontró una preferencia inadmisible por el Cristianismo y llegó a la conclusión de que la identidad cristiana de la mayoría de quienes dirigieron las oraciones reflejaba el carácter predominantemente cristiano de las congregaciones de la ciudad, y no una política o práctica oficial de discriminación contra las religiones minoritarias. Encontró también que la Primera Enmienda no exigía a la ciudad de Greece que invitara a clérigos de congregaciones que estuvieran fuera de sus límites geográficos para lograr la diversidad religiosa y

rechazó la teoría de que la oración de apertura de las comisiones legislativas debe ser no sectaria.

La Cámara Federal de Apelaciones revocó la decisión del *a quo* y sostuvo que algunos aspectos del programa de oraciones, considerados en su conjunto por un observador razonable, transmitían el mensaje de que la ciudad de Greece estaba apoyando al Cristianismo.

Entonces, la ciudad de Greece interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se revoca la sentencia.

El *Justice* Kennedy emitió el voto de la Corte, excepto la Parte II-B, y consideró que la práctica de oración de la ciudad no viola la Cláusula que prohíbe el establecimiento de una religión.

- (a) La oración de apertura legislativa tradicionalmente ha sido considerada en consonancia con la Cláusula que prohíbe el establecimiento de una religión (ver Marsh v. Chambers, 463 U.S. 783, p. 792 -1983-). En Marsh, este Tribunal entendió que no era necesario definir los límites precisos de esta Cláusula constitucional para confirmar la constitucionalidad de la práctica del estado de Nebraska de emplear a un capellán legislativo, debido a que la historia brindaba sustento a la conclusión de que esa práctica específica estaba permitida. El Primer Congreso votó la designación y pagó a capellanes oficiales poco después de la aprobación del texto de la Primera Enmienda, y ambas Cámaras han mantenido el cargo prácticamente en forma ininterrumpida desde entonces (ver ibid., pp. 787/789, y n. 10). La mayoría de los estados también han tenido una práctica constante de oración legislativa (ibid., pp. 788/790, y n. 11). Además, existe un precedente histórico de la práctica de apertura de las asambleas legislativas locales con una oración. Marsh enseña que la cláusula que prohíbe el establecimiento de una religión debe interpretarse "en función de las prácticas e interpretaciones históricas" (ver County of Allegheny v. American Civil Liberties Union, Greater Pittsburgh Chapter, 492 U.S. 573, p.670 -1989- (voto del Justice Kennedy)). Por lo tanto, todo test debe reconocer una práctica que fue aceptada por los Padres Fundadores y que ha resistido el escrutinio crítico de los cambios históricos y políticos. El análisis de la Corte, entonces, debe consistir en determinar si la práctica de oración de la ciudad de Greece se encuadra dentro de la larga tradición seguida en el Congreso y en legislaturas estaduales.
- (b) La insistencia de los apelantes en una oración no sectaria no se compadece con esta tradición. Las oraciones consideradas en el caso *Marsh* eran consistentes con la Primera Enmienda no porque solo abrazaran un teísmo genérico, sino porque la historia y la tradición de la Nación han demostrado que en este limitado contexto la oración podría "coexistir con los principios de no establecimiento de una religión y de la libertad religiosa" (ver cit. *supra*, p. 786). El *dictum* de *County of Allegheny* que sugiere que *Marsh* permitía solo oraciones que no contuvieran referencias abiertamente cristianas es irreconciliable o incompatible con los hechos, el *holding* y los argumentos de *Marsh*, según el cual el "contenido de la oración no

concierne a los jueces" en la medida en que "no existen indicios de que la oración haya sido una oportunidad aprovechada para hacer proselitismo o sacar ventaja de una religión, ni para menospreciar otra fe o creencia" (ver op. cit., p. 795). Sostener que las invocaciones no deben ser sectarias obligaría a las legislaturas que patrocinen las oraciones y a los tribunales que deciden estos casos a actuar como supervisores y censores del discurso religioso, involucrando así al Gobierno en cuestiones religiosas en un grado mucho mayor que en el caso, con la práctica actual de la ciudad de no editar ni aprobar oraciones con antelación, ni criticar su contenido después del hecho. Los argumentos en contra de los demandados no son convincentes. Es dudoso que se pueda lograr un consenso respecto a qué constituye una oración genérica o no sectaria. Por otra parte, sería imprudente llegar a la conclusión de que solo están permitidas las palabras religiosas aceptables para la mayoría, ya que la Primera Enmienda no es una regla mayoritaria ni el Gobierno tiene facultades para definir las categorías admisibles de expresión religiosa. Al rechazar la propuesta de que la oración de apertura legislativa debe ser no sectaria, esta Corte no sugiere que no existan restricciones en cuanto a su contenido. La restricción relevante deriva del lugar que ocupa la oración en el momento de la apertura de las sesiones legislativas, en el que apunta a dar seriedad a la ocasión y reflejar los valores de una extensa parte del patrimonio cultural de la Nación. Desde los primeros días de la existencia de la Nación, se han hecho invocaciones a las asambleas compuestas por personas de muchos credos diferentes, fundándose en la idea de que la gente de diversos credos puede estar unida en una comunidad de tolerancia y devoción, aun cuando estén en desacuerdo en cuanto a la doctrina religiosa. Las oraciones formuladas en Greece no caen fuera de esta tradición. Pueden haber invocado, por ejemplo, el nombre de Jesús, pero también invocaron temas universales, por ejemplo, invocando al "espíritu de cooperación". Cuando no existe un patrón de oraciones que a lo largo del tiempo denigre, haga proselitismo o revele un objetivo gubernamental inadmisible, una impugnación constitucional exclusivamente basada en el contenido de una oración probablemente no logre acreditar la existencia de una violación constitucional (op. cit. supra, p. 794-795). Por último, en la medida en que la ciudad mantenga una política de no discriminación, la Constitución no le exige que busque más allá de sus fronteras a personas no cristianas que quieran orar para lograr el equilibrio religioso.

El Justice Kennedy, cuya opinión contó con la adhesión del Chief Justice y del Justice Alito, llegó a la conclusión en la Parte II-B de que una investigación basada en los hechos que considere tanto el contexto en el que tiene lugar la oración como la audiencia a quien va dirigida demuestra que la ciudad no está coaccionando a sus ciudadanos para cumplir un mandato religioso. La oportunidad de la oración se evalúa en el marco de la práctica histórica que muestra que la oración se ha transformado en parte de la cultura y la tradición de la Nación. Se presume que el observador razonable está familiarizado con esta tradición y comprende que sus propósitos son darles seriedad a los procedimientos públicos y reconocer el lugar que la religión tiene en la vida de muchos particulares, máxime cuando la audiencia principal de estas invocaciones no es el público, sino los propios legisladores. Y esos legisladores no ordenaron al público que participara ni separaron a los disidentes para denostarlos ni indicaron que sus decisiones podían estar influenciadas por el consentimiento

de una persona en el momento de hacer la oración. Los apelantes afirman que las oraciones los ofendieron y los hicieron sentir excluidos y no respetados, pero una ofensiva no equivale a la coerción. A diferencia de *Lee v. Weisman (505 U.S. 577-1992-)*, donde esta Corte consideró coercitiva una invocación religiosa formulada en el acto de graduación de una escuela secundaria (*ibid.*, pp. 592/594), lo cierto es que de las presentes actuaciones no surge que los ciudadanos sean disuadidos de abandonar la sala de la legislatura durante la oración, llegar más tarde o hacer una protesta posterior. La circunstancia de que la oración en Greece se rece durante la ceremonia de apertura de la asamblea legislativa y no durante el momento de la elaboración de políticas también sugiere que su propósito y efecto son reconocer a los líderes religiosos y a sus instituciones, y no excluir o coaccionar a quienes no son creyentes.

El *Justice* Thomas, conjuntamente con el *Justice* Scalia en la Parte II, coincidieron en que la práctica de la oración del pueblo no viola la Cláusula que prohíbe el establecimiento de una religión, pero consideraron que aun en el supuesto de que dicha cláusula fuera exigible a los estados a través de la Decimocuarta Enmienda, lo cierto es que no es vulnerada por la clase de presiones imperceptibles que supuestamente sufrieron los apelantes que no llegan a constituir una real coerción legal. Las oraciones municipales en este caso no se asemejan a las instituciones estatales coercitivas que existían en la época de la fundación de la Nación, las cuales ejercían el poder del Gobierno con el objeto de exigir apoyo financiero de la Iglesia, obligar a la observancia religiosa o controlar su doctrina.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Town of Greece, New York v. Galloway et al.*, sentencia del 5-5-2014, en http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-696_bpm1.pdf.



TERRORISMO. MEDIOS UTILIZADOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. BASES DE DATOS. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (ALEMANIA).

- 1. Antecedentes del caso: se impugnó judicialmente la constitucionalidad de una ley (en adelante, "Ley" o "LBDT") que establece una base central de datos de la policía y de los servicios de inteligencia federales y estaduales (en adelante, "Base").
- 2. Sentencia: la ley objeto de recurso es constitucional en cuanto a su estructura básica, ya que se compadece con el derecho a la autodeterminación informativa, garantizado por el art. 1.1. de la Constitución (CF). Sin embargo, algunos de los aspectos específicos de su disposición fundamental no satisfacen las exigencias constitucionales, por lo que deberá ser modificada parcialmente antes del

año 2015. En ciertos supuestos, sus cláusulas inconstitucionales se pueden seguir aplicando hasta tanto se apruebe la nueva reglamentación.

2.1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto no brinda fundamento alguno para que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adopte una medida preliminar, puesto que la Ley que creó la Base y los actos en ella fundados no constituyen una forma de implementación del derecho comunitario en términos del art. 51.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los objetivos cuya satisfacción persigue la LBDT han sido determinados a nivel nacional y solo pueden afectar indirectamente las relaciones jurídicas que se rigen por el derecho comunitario. En consecuencia, los derechos fundamentales garantizados en la Unión Europea no se ven comprometidos, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea carece de jurisdicción para entender en esta materia conforme a lo dispuesto por el art. 101.1, inc. 2 CF. La decisión que dicho Tribunal adoptó en el caso Äkerberg Fransson (C-617/10, sentencia del 26-2-2013) no modifica esta conclusión, dado que, al ser parte de una relación de cooperación, no debe interpretarse esta decisión de forma que constituya un acto manifiestamente ultra vires o que genere un riesgo para la protección y aplicación de los derechos fundamentales en los Estados miembros al poner en tela de juicio la identidad del orden constitucional establecido en la Ley Fundamental.

2.2. La base de datos antiterrorista se compadece –en su estructura básicacon el derecho a la autodeterminación informativa (art. 2.1. en conjunción con el art. 1.1. LF).

El intercambio de información que los artículos impugnados de la LBDT autorizan tiene una gravitación significativa para decidir este caso, dado que, para las personas afectadas, el acceso a dicha base de datos puede generar un perjuicio considerable.

Además de violar gravemente los derechos de las personas involucradas, la base de datos también facilita el intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades policiales. El Derecho alemán distingue a la policía -cuerpo que generalmente trabaja abiertamente, está organizado para cumplir funciones operativas y se rige por normas jurídicas muy detalladas- y las agencias de inteligencia, las cuales generalmente trabajan en forma confidencial, y solo tienen funciones de observación y reconocimiento a los fines de brindar información para satisfacer las necesidades de las esferas políticas a nivel consultivo; en consecuencia, se rigen por un marco jurídico menos complejo. Del derecho fundamental a la autodeterminación informativa deriva el principio de la separación de información que se aplica al intercambio de datos entre estos dos organismos. El intercambio de datos para tareas operativas entre las agencias de inteligencia y la policía constituye una violación particularmente grave de este principio, que solo puede justificarse en casos excepcionales y cuando está destinado a satisfacer un interés público de relevancia, supuesto este en el cual no resulta admisible bajar los umbrales establecidos para que exista una violación de derechos en los casos de obtención de datos.

Sin embargo, la gravedad de la violación de derechos queda atenuada por la circunstancia de que la Base está estructurada como una base compartida que sirve solamente para iniciar la recepción de información por medio de datos previamente recolectados. La transferencia de datos para el cumplimiento de funciones operativas se rige por las normas específicas relevantes que también deben satisfacer las exigencias constitucionales y el principio de la separación de información. La propia LBDT aquí impugnada solo legitima en casos urgentes y excepcionales el intercambio de información para el cumplimiento de ese tipo de funciones operativas.

Los crímenes con características terroristas, a los cuales la LBDT está destinada a combatir, se cometen contra los cimientos del orden constitucional y contra la sociedad en su conjunto. El ordenamiento constitucional exige combatir dichos actos criminales con medios propios del Estado de derecho, no considerar que configuran actos de guerra o estados de emergencia constitucional. Sin embargo, por otro lado, esto significa que, al evaluar la proporcionalidad de los medios elegidos, se debe acordar una gravitación significativa a la lucha contra el terrorismo.

Dados los intereses contrapuestos aquí en juego, la estructura fundamental de la ley regulatoria de la base de datos contra el terrorismo no merece reproche constitucional. Empero, las disposiciones relativas a la Base solo satisfacen el principio de proporcionalidad en sentido estricto si resultan claras y suficientemente específicas en cuanto a los datos que pueden registrarse y a la forma en que pueden utilizarse, y en la medida en que existan y se cumplan medidas de supervisión.

La LBDT no satisface acabadamente estas exigencias.

Violenta el principio de seguridad jurídica el art. 1.2 LBDT, que reglamenta solo en términos amplios que dejan abierto un gran margen de discrecionalidad para la utilización por parte de otras autoridades policiales de la Base. En este marco, la legislatura solo puede optar por dejar al Poder Ejecutivo la determinación de cuáles son las autoridades que pueden utilizar la Base mediante la aprobación de una ordenanza legislativa; esta decisión no se puede adoptar mediante una simple reglamentación ejecutiva, la cual resulta insuficiente a estos efectos.

Por otro lado, las disposiciones de la LBDT que determinan qué personas pueden ser incluidas en la Base no satisfacen totalmente las exigencias constitucionales.

En primer lugar, el art. 2.1 LBDT autoriza la inclusión de los datos de los miembros, partidarios y grupos de apoyo de las organizaciones terroristas. Sin embargo, esta disposición extiende este ámbito de aplicación de la Ley y permite la inclusión de datos de aquellas personas que simplemente apoyan a un grupo soporte, sin aclarar que se requiere que sean conscientes de que están apoyando dichas actividades terroristas. Por lo tanto, pueden incluirse datos de personas que han apoyado inocentemente a una organización que no les parecía sospechosa de respaldar al terrorismo o que posteriormente cometió actos de dicha naturaleza. Esto violenta el principio de que las normas jurídicas deben ser claras y resulta incompatible con la prohibición de adoptar medidas desproporcionadas al fin perseguido. No resulta posible en este caso hacer una interpretación de la norma que se compadezca con la Constitución.

El art. 2.1, n° 2 LBDT tampoco es plenamente compatible con la Constitución. Esta norma –destinada a permitir la inclusión de los datos de las personas que

podrían tener afinidad con el terrorismo— combina varias expresiones jurídicas que resultan potencialmente demasiado amplias y ambiguas.

Un empate en la votación de los miembros de esta Sala de la Corte impide declarar la inconstitucionalidad de las expresiones "uso ilegal de la violencia" ("rechtswidrige Gewalt") e "incitación intencional a ese uso de la violencia" ("vorsätzliches Hervorrufen solcher Gewalt"). Según el criterio que sostienen los cuatro miembros de la Sala que suscriben esta parte de la decisión, el uso de estos estándares se compadece con la Constitución en la medida en que no se los interprete con excesiva amplitud y que, en especial, la palabra "violencia" se interprete solamente como aquella directamente dirigida contra la vida y la integridad física, o que se ejerza por medios que resultan peligrosos para la seguridad pública. Los otros cuatro miembros de esta Sala entienden que la totalidad de la disposición en análisis debería ser declarada inconstitucional y excesivamente amplia; y que no resulta posible interpretarla conforme a la Constitución.

Conforme al significado que tiene esta disposición, y conforme a la opinión unánime de los miembros de esta Sala, el mero acto de "abogar" por la violencia ("Befürworten von Gewalt") no resulta suficiente para incluir los datos de una persona en esta Base. En consecuencia, esta cláusula violenta la prohibición de adoptar medidas desproporcionadas. En este caso, la LBDT utiliza como criterio las convicciones personales y, por lo tanto, adopta estándares que una persona solo puede controlar hasta cierto punto y en los que no se puede influir comportándose de un modo perfectamente legal.

El art. 2.1, n° 3 LBDT es inconstitucional. Conforme a esta norma, se deben almacenar en la Base datos básicos cuando las personas de contacto no conocen la conexión del protagonista con el terrorismo. En cambio, si efectivamente tienen este conocimiento, también se deben registrar datos básicos adicionales. En consecuencia, el intercambio de información no codificada entre las autoridades participantes también incluye el de los datos relativos a las personas de contacto. Esta norma viola el principio de que las normas jurídicas deben ser claras y la prohibición de adoptar medidas desproporcionadas. Sin embargo, el derecho constitucional no prohíbe, en términos generales, que los datos de las personas de contacto estén disponibles en la Base. Como regla general, esas personas solamente tienen importancia en la medida en que puedan brindar información relativa a la persona sospechosa de tener una estrecha vinculación con el terrorismo. Esto es lo que la legislación también tiene que tener en cuenta. En ese supuesto, sería posible almacenar solo algunos datos elementales de la persona de contacto -tales como la información relativa a la persona vinculada al terrorismo-, de forma que a datos de tal naturaleza solo se pueda acceder en forma confidencial.

El ámbito de aplicación de los arts. 3.1, nº 1 (a) y 1 (b) de la Ley –que determinan los datos a almacenar– resulta inobjetable en términos constitucionales. Sin embargo, es necesario documentar y publicar los pasos administrativos intermedios a través de los cuales se especifican ciertos datos. Esta obligación de documentación y publicación se aplica a las características enumeradas en el art. 3.1, nº 1 (b), (gg), (hh), (ii), (kk) y (nn) LBDT –tales como las relativas al almacenamiento de datos sobre las habilidades que resultan relevantes en conexión con el terrorismo–, que

están redactadas en términos muy amplios. Estas cláusulas satisfacen la exigencia de la claridad que deben tener las normas jurídicas, porque estas características solo pueden ser especificadas por las autoridades a cargo de la seguridad. Sin embargo, la legislatura debe garantizar la documentación y publicación de la forma en que esto se hace. La práctica actual consiste en que las expresiones jurídicas ambiguas se especifican y estandarizan mediante un listado de las características que se deben almacenar; esta lista forma parte del programa informático. El gobierno federal ha aportado a esta Sala un "manual de catalogación" sobre esta materia. Sin embargo, la LBDT no ordena la publicación de este manual. Por lo tanto, la situación jurídica actual no satisface las exigencias de una legislación estructurada conforme al Estado de derecho.

El campo de texto libre (art. 3.1, nº 1 (b), (rr) LBDT) se compadece con la prohibición de adoptar medidas desproporcionadas. No es una autorización sábana para agregar discrecionalmente información adicional, sino que permite registrar en la Base notas y evaluaciones que no pueden archivarse de otro modo en razón de la estandarización y catalogación de los datos ingresados.

No todas las disposiciones relativas a la utilización de datos resultan compatibles con la prohibición de adoptar medidas desproporcionadas.

Las normas vinculadas a la solicitud y al uso de los datos básicos resultan inobjetables en términos constitucionales. Lo mismo sucede con las solicitudes de acceso a datos básicos ampliados, en la medida en que la información se solicite en relación con un nombre determinado (art. 5.1, 1º a 3º párrafo en conjunción con el art. 3.1, nº 1 (b) LBDT). En este caso, la autoridad carece de acceso a los datos ampliados, y solo se le informa que se ha encontrado una coincidencia, y la información relativa a la autoridad que almacena los datos en cuestión y al número del archivo en que están registrados. El acceso directo a los datos básicos ampliados solo es factible mediante una solicitud formulada en un caso concreto, tal como dispone la reglamentación específica que exige la autorización de la autoridad que almacena los datos.

La disposición relativa a la llamada "búsqueda inversa" (art. 5.1, párr. 2, nº 1 (a) LBDT) violenta la prohibición de adoptar medidas desproporcionadas. Este tipo de búsqueda de datos básicos ampliados se vincula con las características específicas. En caso de que se encuentre una coincidencia, brinda a la autoridad solicitante no solo una fuente de información adicional, sino el acceso directo a los datos básicos en cuestión. Por ejemplo, una autoridad puede buscar datos de personas que tengan una afiliación religiosa, calificaciones laborales específicas y que visiten ciertos lugares de reunión en forma habitual. Si hay una coincidencia, la autoridad solicitante no solo recibe información relativa a la autoridad que tiene estos datos, sino también los nombres, domicilios y demás información básica de todas las personas que satisfacen este criterio de búsqueda. Este uso tan amplio del contenido de los datos básicos ampliados no toma suficientemente en cuenta la gravedad de este contenido. Si una búsqueda incluye los datos básicos ampliados, solo debe permitir el acceso al número del archivo y a la autoridad que los almacena, pero no a los datos mismos.

No merece objeción constitucional la utilización de los datos básicos ampliados en una emergencia (art. 5.2 en conjunción con el art. 6.2 LBDT), ni

siquiera en el supuesto de una búsqueda inversa. Las condiciones en las cuales ese uso está permitido están redactadas de un modo suficientemente restrictivo como para justificar la intervención. La disposición satisface la prohibición de adoptar medidas desproporcionadas y también respeta el principio de la separación de información entre la policía y los servicios de inteligencia.

En razón del objetivo y la forma de funcionamiento de la Base, la LBDT garantiza solo en cierta medida la transparencia del intercambio de información. En consecuencia, las personas afectadas solo tienen pocas posibilidades de quedar jurídicamente protegidas. Esto se compadece con la Constitución si se respetan los presupuestos establecidos por el derecho constitucional en lo que hace a la organización efectiva de la supervisión a nivel federal y estadual, actualmente a cargo de los comisionados de protección de datos, quienes deben tener atribuciones efectivas. Debe haber un registro completo de todo acceso a los datos y modificaciones a los mismos, y estos registros deben estar a disposición de los mencionados comisionados de modo que puedan ser evaluados en forma práctica. Deben realizarse controles a intervalos regulares, no mayores a dos años.

No se ha reglamentado en forma suficiente la exigencia de que se hagan controles obligatorios a intervalos específicos; a este respecto, la legislatura está obligada a reformar la ley. A otro respecto, las disposiciones de la LBDT deben ser interpretadas de una forma que se compadezcan con la Constitución. Por otra parte, la legislatura debe observar si surgen conflictos que la Ley debe aclarar o que requieran el establecimiento de mecanismos para la resolución de controversias, tales como la ampliación del derecho a promover una demanda.

Finalmente, resulta necesaria la adopción de normas relativas al deber de informar, a fin de garantizar la transparencia y la supervisión. Se debe asegurar que la oficina de la Policía Criminal Federal informe al Parlamento y al público en general los datos almacenados en la Base y la utilización que se hace de la misma.

La incorporación adicional completa e ilimitada prevista en la LBDT de todos los datos recolectados a través de violaciones al art. 10.1 (secreto de las comunicaciones) y al art. 13.1 de la Constitución (inviolabilidad del domicilio) a la Base resulta incompatible con la Constitución. En vista del alto grado de protección acordado por estos artículos, como regla general corresponde imponer exigencias particularmente rigurosas a la recolección de datos que violenten estos derechos fundamentales. La incorporación adicional irrestricta de esos datos a la Base permite el acceso a esta información –sin tener en cuenta los actos terroristas que ya se han cometido o cuya comisión resulte inminente– para la realización de investigaciones, aun antes de que se presenten situaciones tangibles de riesgo y aun cuando no sería posible justificar la recolección de esos datos mediante la violación del secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio. Esto violenta las exigencias impuestas a la recolección de datos en esta área.

En cambio, si una ley exigiera siempre el almacenamiento encubierto en virtud de lo dispuesto por el art. 4 LBDT, sería, en términos del principio de proporcionalidad, constitucionalmente válida. Dicha ley solo permitiría el acceso a esa información a través de la reglamentación de la transferencia de datos que se encuentra en las leyes especiales. Estas leyes especiales, por su parte, pueden establecer

umbrales específicos para que se produzca una violación a los derechos –esto es lo que exige el derecho constitucional– y una protección suficientemente efectiva de los intereses jurídicos.

La inconstitucionalidad parcial de las disposiciones impugnadas no da lugar a que sean declaradas nulas. Solamente se determina aquí que resultan incompatibles con la Constitución. La legislatura debe aprobar una nueva ley antes del 31 de diciembre de 2014. Hasta entonces, las disposiciones impugnadas deben seguir aplicándose, aunque, previamente, debe garantizarse el cumplimiento de ciertas condiciones.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 1215/07, sentencia del 24-04-2013, en http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg13-031en.html.



ÍNDICES

*i*nvestigaciones

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

ALEMANIA: 20, 30, 71, 75, 77, 85, 98, 103, 128, 189, 228, 261.

AUSTRIA: 69.

BÉLGICA: 60, 135, 175, 177.

BRASIL: 33. CANADÁ: 50. CHILE: 218, 242.

COLOMBIA: 26, 145, 162.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE

DERECHOS HUMANOS: 112, 220, 231, 237, 172.

CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS

HUMANOS: 34, 38, 46, 137, 191, 215, 256.

EE.UU.: 11, 57, 62, 127, 133, 170, 180, 198, 202, 205, 213, 225, 258.

ESPAÑA: 24, 38, 89, 96, 100, 105, 148, 186, 195.

FINLANDIA: 34.

FRANCIA: 14, 65, 79, 81, 96, 125, 134, 137, 201,

211.

GUATEMALA: 237. HUNGRÍA: 67, 83. INDIA: 41, 123.

ITALIA: 21, 28, 36, 69, 73, 140, 173, 183, 191.

MERCOSUR: 112. MÉXICO: 231. PAÍSES BAJOS: 88.

PERÚ: 15, 16, 17, 19, 32, 131, 208.

POLONIA: 210.

REINO UNIDO: 46, 63, 94, 109, 159, 215.

RUSIA: 256. SUECIA: 92. SURINAME: 220.

UNIÓN EUROPEA: 63, 65, 67, 69, 71, 73, 75, 77, 79, 81, 83, 85, 88, 89, 92, 94, 96, 98, 100.

TEMÁTICO

ABOGADOS: 63.

Relación abogado-cliente,

confidencialidad de las comunicaciones:

ABORTO: 11.

ACCESO A LA JUSTICIA: 237.

Mujer: 237.

ACCIONES DE CLASE: 205.

Acciones colectivas: 205. Acciones de masas,

procedencia: 205.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 60, 134.

Acto administrativo: 60.

Funcionarios públicos,

objeción a celebrar matrimonios igualitarios: 134.

ADOPCIÓN: 14.

Adopción simple: 14.

AMPARO: 15, 16, 17, 19.

APÁTRIDAS: 83.

ARBITRAJE: 201.

Cláusula compromisoria: 201.

Convenios arbitrales: 201.

Laudo arbitral,

anulación por incompetencia del tribunal arbitral: 201.

ASILO: 85, 88, 112.

Niños migrantes: 112.

Personas bajo persecución penal por actos

homosexuales: 88.

Terrorismo: 85.

ASOCIACIÓN ILÍCITA: 85, 127.

Conspiración: 127.

Responsabilidad penal individual: 85.

Terrorismo: 85.

BIOTECNOLOGÍA: 20, 21.

Técnicas de fecundación asistida, fecundación heteróloga: 20, 21.

CÁRCELES: 24, 131, 256.

Derechos y libertades fundamentales,

restricciones en aras de la seguridad: 24.

Medidas de seguridad,

proporcionalidad: 24.

Régimen de visitas,

restricciones: 131. Régimen penitenciario,

progresividad: 131.

Registros corporales: 24.

Responsabilidad internacional del Estado:

256.

Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y

degradantes: 256.

Visitas conyugales: 24.

COLEGIOS PRÓFESIONALES: 17.

Colegiación obligatoria: 17.

Matriculación,

condiciones: 17.

plazo para expedirse: 17.

CONSUMIDORES: 65, 67.

Cláusulas abusivas: 67.

Contratos de crédito al consumo: 65, 67.

CONTRATOS: 65, 67, 186, 201.

Cláusulas abusivas: 67.

Contratos de crédito al consumo,

evaluación precontractual de la solvencia del prestatario: 65.

Contratos de crédito al consumo denominados en divisa extranjera: 67.

Contratos de franquicia,

responsabilidad médica: 186.

Prueba: 201.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: 11,

21, 26, 28, 30, 32, 36, 60, 145, 177, 228, 261.

Acto administrativo: 60.

Estado de emergencia: 26.

Juicio abreviado: 228.

Pago de multa como exención del cumplimiento del servicio militar obligatorio: 32.

Poder Ejecutivo,

declaraciones públicas presidenciales Partidos políticos, durante una campaña electoral: 30. igualdad de oportunidades: 30. Pueblos originarios: 242. Terrorismo, medios utilizados en la lucha contra el Responsabilidad internacional del Estado: 237, terrorismo: 261. 242. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS Transexuales: 34, 36, 38, 41. DERECHO A LA INFORMACIÓN: 20, 46, 100, HUMANOS: 112, 220, 237. Excepciones preliminares, 189, 215. falta de agotamiento de los recursos internos: Acceso a la información pública: 100, 215. 220, 237. Interés público: 46, 100, 189. Opiniones consultivas: 112. Médicos, CRÍMENES DE GUERRA: 109. sanciones disciplinarias: 189. Prisioneros de guerra: 109. Personas concebidas mediante inseminación Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y artificial heteróloga, degradantes: 109. información sobre su ascendencia: 20. Proceso penal, **DEBIDO PROCESO**: 15, 109, 112, 127, 148, 173, información sobre procesos en trámite: 215. 202, 215, 218, 220, 225, 228, 231, 237, 242, Protección de datos personales: 100. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: 231, Allanamientos y registros: 148. Derecho de defensa: 127, 148, 173, 215, 218, Responsabilidad internacional del Estado: 231, 220, 225, 228, 231, 237, 242, 256. 237. Detenciones arbitrarias: 109, 112, 231, 242, Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 231. **DERECHO À LA INTIMIDAD**: 20, 24, 46, 50, 57, Garantías procesales: 148, 228, 242. Inviolabilidad del domicilio: 148. 75, 100, 105, 140, 145, 148, 189, 261. Jurisdicción y competencia: 202. Allanamientos y registros: 148. Principio de contradicción: 148. Cámaras de seguridad en las aulas: 145. Sentencia, Donantes de esperma, fundamentación: 15, 173. derecho al anonimato: 20. Escuchas telefónicas: 50, 140. requisitos de validez: 15. **DEFENSA NACIONAL: 32.** Interceptación de comunicaciones privadas: 50, 63, 105, 140. Servicio militar obligatorio, sanciones a su incumplimiento, Inviolabilidad del domicilio: 148. Libertad de prensa: 46. constitucionalidad: 32. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL: Médicos, sanciones disciplinarias, 237 DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: 21, publicación: 189. 36, 145 Personalidades públicas: 46. Derecho al libre desarrollo de la personalidad: Protección de datos personales, 145. bases de datos: 261. Técnicas de fecundación asistida, datos biométricos: 75 restricciones, derecho a la autodeterminación informativa: 261. constitucionalidad: 21. Transexuales: 36. información sensible: 57. **DERECHO A LA IDENTIDAD:** 36, 41, 137, 242. Internet. Derecho a la identidad sexual: 41. motores de búsqueda: 100. tratamiento de datos: 100. Musulmanes: 137. Pueblos originarios: 242. Registros corporales: 24 Transexuales: 36, 41. **DERECHO A LA LIBERTAD**: 109, 231, 237, 242, **DERECHO A LA IGUALDAD:** 14, 21, 30, 33, 34, 36, 38, 41, 73, 79, 81, 88, 125, 135, 162, 191, Detenciones arbitrarias: 109, 231, 242, 256. 237, 242. Responsabilidad internacional del Estado: 231, Adopción: 14. 237, 242, 256. Discriminación con base en la orientación DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA sexual: 33, 34, 36, 38, 41, 79, 88. FAMILIA: 242 Discriminación en razón de la nacionalidad: DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR: 16. DERECHO A LA VIDA: 237. Discriminación en razón del origen étnico: Responsabilidad internacional del Estado: DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y Discriminación indirecta: 135. Discriminación sexual: 81, 191, 237. FAMILIAR: 14, 21, 34, 36, 135, 177, 191. Homosexuales: 33, 34, 36, 79, 88. Adopción: 14. Igualdad ante la ley: 14, 21, 41, 125, 162, 237, Filiación, 242 impugnación de la paternidad: 177. Inmigrantes: 162. Homosexuales: 34, 36.

Medios de comunicación: 73.

Juez natural: 220.

atribución consuetudinaria del apellido	Presunción de inocencia: 148, 228, 231, 242.
paterno: 191.	Principio de no autoincriminación: 228, 231.
Técnicas de fecundación asistida: 21.	Responsabilidad internacional del Estado: 231,
Transexuales: 34, 36.	237, 256.
Uso de vestimenta que oculta el rostro: 135.	DERECHO DE HUELGA: 103.
DERECHO ADMINISTRATIVO: 60.	Libertad de expresión,
Acto administrativo: 60.	manifestaciones espontáneas: 103.
Disposiciones reglamentarias,	DERECHO DE LA COMPETENCIA: 63, 77.
principio de legalidad: 60.	Competencia desleal: 77.
Resoluciones individuales,	Interceptación de comunicaciones privadas: 63.
anulación: 60.	Medios de comunicación: 77.
efectos: 60.	DERECHO DE PROPIEDAD: 19, 125.
Seguridad jurídica: 60.	Derecho al uso y goce,
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA	restricciones fundadas en razones de
PERSONALIDAD: 17, 145.	seguridad: 19.
DERECHO AMBIENTAL: 62, 125.	Prohibición de explotación de minas: 125.
Contaminación de aguas navegables: 62.	DERECHO DEL TRABAJO : 16, 79, 81, 103, 105.
Desagües pluviales: 62.	Asignaciones familiares: 79.
Explotación de minas de hidrocarburos por	Convenios colectivos: 79.
fracturación hidráulica: 125.	Derecho de huelga: 103.
Medio ambiente: 62, 125.	Derechos sindicales: 103.
Principio de precaución: 125.	Despido,
DERECHO COMUNITARIO : 63, 65, 67, 69, 71, 73,	proporcionalidad: 105.
75, 77, 79, 81, 83, 85, 88, 89, 92, 94, 96, 98, 100.	razonabilidad: 16.
Asilo: 85.	Facultades de vigilancia y control del empleador:
Confidencialidad de las comunicaciones entre	105.
abogado y cliente: 63.	Libertad de asociación: 103.
Consumidores: 65, 67.	Libertad de expresión,
Cooperación judicial en materia civil: 69.	manifestaciones espontáneas como medida
Cooperación policial y judicial en materia penal:	de fuerza sindical: 103.
71.	Licencias: 79.
Derecho a la igualdad: 73, 79, 81, 88.	Principio de buena fe: 105.
Derecho a la información: 100.	Principio de igual remuneración por trabajo de
Derecho a la intimidad: 75, 100.	igual valor: 81.
Derecho de la competencia: 63, 77.	Principio de no discriminación e igualdad de
Derecho del Trabajo: 79, 81.	trato: 81.
Derechos de autor: 94, 96, 98.	Sanciones disciplinarias,
Inmigrantes: 83, 85, 88.	proporcionalidad: 105.
Interceptación de comunicaciones privadas: 63.	Secreto de las comunicaciones del trabajador:
Jubilaciones y pensiones: 81.	105.
Juegos de azar: 92.	Traslado del trabajador,
Libertad de establecimiento: 89.	oposición por razones de familia: 16.
Libre prestación de servicios: 73, 92.	DERECHO INTERNACIONAL
Medios de comunicación: 73, 77, 94.	HUMANITARIO: 109, 112.
Propiedad intelectual: 94, 96, 98.	Crímenes de guerra: 109.
Protección de datos personales: 75, 100.	Niños migrantes: 112.
Refugiados: 83, 85, 88.	Prisioneros de guerra: 109.
Seguridad social: 81.	PÚBLICO: 109, 112.
Sustracción internacional de menores: 69.	DERECHO ISLÁMICO: 123.
Terrorismo: 85.	Familia: 123.
DERECHO DE DEFENSA : 14, 127, 148, 170, 173,	Ley,
215, 218, 220, 225, 228, 231, 237, 242, 256.	fuentes formales e informales: 123.
Asistencia letrada: 170, 225.	Sentencia,
Debido proceso: 127, 148, 173, 215, 218, 220,	efectos: 123.
225, 231, 237, 242, 256.	ejecución: 123.
Derecho a las garantías y protección judiciales:	fuerza vinculante: 123.
220, 231, 237.	DERECHO MINERO: 125.
Derecho a un juicio justo: 14, 215, 228, 231, 242,	Prohibición de explotación de minas de
256.	hidrocarburos por fracturación hidráulica:
Derecho a un recurso efectivo: 215, 242.	125.
Garantía de la doble instancia: 218, 220, 242.	DERECHO PENAL : 85, 88, 127, 128, 131, 133, 148,
Garantías procesales: 148, 228, 242.	183, 198, 225, 237, 242.
Incapaces,	Actos homosexuales,
derecho a invocar la incapacidad a los	tipificación como delito: 88.
efectos de la suspensión del curso de la	Asociación ilícita: 85, 127.
prescripción de la acción: 225.	Delitos contra la integridad sexual: 237.

Nombre,

consentimiento informado: 159. Delitos contra la salud pública: 148. Femicidio: 237. Eutanasia pasiva: 159. Ley penal, Insanos: 159. EXTRANJEROS: 83, 85, 88, 112, 162, 170, 173, 202. retroactividad: 183. Pena de muerte: 198, 225. Apátridas: 83, 85. Penas. Inmigrantes: 83, 85, 88, 112, 162, 170, 173. proporcionalidad: 242. Jurisdicción y competencia: 202. Menores: 112. Penas accesorias, restricción de derechos: 242. Refugiados: 83, 85, 88. Penas accesorias por tiempo indeterminado: 128. Transplante de órganos, Penas privativas de la libertad: 131. turismo de transplante: 162. Personas con discapacidad mental: 198. FAMILIA: 123, 175, 177, 195. Principio de legalidad: 183. Derecho islámico: 123. Relación de causalidad: 133. FEDERALISMO: 28. Responsabilidad penal individual: 85. Distribución de competencias: 28. Terrorismo: 85, 131, 242 FEMICIDIO: 237. **DERECHOS DE AUTOR**: 94, 96, 98. **FILIACIÓN**: 20, 175, 177, 191. Derecho de participación, Filiación legítima: 175, 191. alcance temporal: 96. Impugnación de la paternidad: 175, 177. herederos forzosos: 96. Nombre, legatarios testamentarios: 96. atribución consuetudinaria del apellido Digitalización de obras: 98. paterno: 191. Internet, Posesión de estado: 177. live streaming: 94. Técnicas de fecundación asistida, transmisiones televisivas online: 94. derecho a la información del concebido vs. Restricciones: 98. derecho a la intimidad del donante: 20. Uso con fines de investigación o estudio: 98. FUERZAS DE SEGURIDAD: 28. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y Observadores voluntarios: 28. **CULTURALES: 242.** Prevención de delitos: 28. Pueblos originarios: 242. **FUNCIONARIOS PÚBLICOS**: 81, 134, 180, 210, Responsabilidad internacional del Estado: 242. 220, 237. **DERECHOS POLÍTICOS**: 30, 242. Fiscales. Partidos políticos, inmunidades e indemnidades: 180. igualdad de oportunidades: 30. responsabilidad extracontractual: 180. Pueblos originarios: 242. Responsabilidad internacional del Estado: 242. independencia: 210. Restricciones: 242. responsabilidad extracontractual: 210. **DERECHOS Y LIBERTADES** Objeción de conciencia, FUNDAMENTALES: 15, 16, 17, 19, 24, 100, objeción a celebrar matrimonios igualitarios: 125, 134, 135, 137, 145, 162, 231, 237, 242, 261. 134. **DESPIDO**: 16, 105. Proceso penal, Proporcionalidad: 105. deber de diligencia en la investigación penal: Razonabilidad: 16. 237. DIGNIDAD HUMANA: 135, 162. **DIVISIÓN DE PODERES**: 140. HÁBEAS CORPUS: 109, 131, 225. Conflicto de atribuciones: 140. HOMOSEXUALES: 33, 34, 36, 79, 88, 134. DIVORCIO: 38. Actos homosexuales, Régimen de visitas, tipificación como delito: 88. padre transexual: 38. Matrimonio, analogía con la unión civil: 33, 79. EDUCACIÓN: 145. celebración ante un funcionario público: Establecimientos educativos, 134 cámaras de seguridad en las aulas: 145. conversión en una unión civil: 34, 36. ELECCIONES: 30. Transexuales, Declaraciones públicas presidenciales durante cambio de sexo, una campaña electoral: 30. inscripción registral: 34, 36. Libertad de expresión: 30. Partidos políticos, IMPUESTOS: 14. igualdad de oportunidades: 30. Impuesto a la transmisión gratuita de bienes, ESTADO DE EMERGENCIA: 26. exenciones: 14. Constitucionalidad: 26. INMIGRANTES: 83, 85, 88, 112, 162, 170, 173. Presupuestos: 26. Inmigrantes ilegales, ESTUPEFACIENTES: 57, 127, 148, 213. principio de no devolución: 112. Comercialización: 127, 148. repatriación: 112. EUTANASIA: 159. Inmigrantes residentes imputados penalmente, Enfermos terminales, concesión de permisos de permanencia: 173. tratamientos de soporte vital, deportación: 170.

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: 112, 220. Libertad de circulación: 112. Niños migrantes: 112. Niños migrantes: 112. Refugiados: 83, 85, 88, 112. Restricciones, constitucionalidad: 220. Terrorismo: 85. Transplante de órganos: 162. LIBERTAD DE CULTO: 135, 137. INMUNIDADES E INDEMNIDADES: 140, 180. Injerencia necesaria en una sociedad democrática: 135, 137. Prohibición del burqa: 137. responsabilidad extracontractual: 180. Presidente de la República, Prohibición del uso de vestimenta que oculta el reserva de sus comunicaciones: 140. rostro: 135. INSANOS: 128, 159. Restricciones en aras de la seguridad: 135, 137. LIBERTAD DE EMPRESA: 125. Enfermos terminales, eutanasia pasiva: 159. Prohibición de explotación de minas: 125. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: 89. Interés superior: 159. Internación terapéutica preventiva como pena Restricciones: 89. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 11, 30, 41, 46, 103, accesoria por tiempo indeterminado: 128. **INTERNET**: 92, 94, 100. 135, 145, 215, 242, 256. Juegos de azar: 92. Alcances: 11. Live streaming: 94. Declaraciones públicas presidenciales durante Motores de búsqueda: 100. una campaña electoral: 30. Dimensión social: 242. Protección de datos personales: 100. Transmisiones televisivas online: 94. Libertad de prensa, órdenes mordaza: 215. JUBILACIONES Y PENSIONES: 81. personalidades públicas: 46. Manifestaciones espontáneas: 103, 256. Funcionarios públicos: 81. Jubilación anticipada: 81. Flash mobs como medida de fuerza JUECES: 210. sindical: 103. Independencia: 210. Principio de proporcionalidad: 11, 103. Responsabilidad extracontractual, Responsabilidad internacional del Estado: 242. límites: 210. Restricciones: 11, 242. JUEGOS DE AZAR: 92. Transexuales: 41. Explotación por Internet: 92. Uso de vestimenta que oculta el rostro: 135. Reglamentación, LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE falta de armonización a nivel comunitario: CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN: 134, 135, 137, 242. Restricciones: 92. Injerencia necesaria en una sociedad JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: 69, 201, 202, democrática: 135, 137. 205, 220, 237. Objeción de conciencia, funcionarios públicos: 134. Arbitraje, Prohibición del burqa: 137. anulación de laudo arbitral por incompetencia del tribunal arbitral: Prohibición del uso de vestimenta que oculta el 201. rostro: 135. CorteIDH, Responsabilidad internacional del Estado: 242. excepciones preliminares, Restricciones en aras de la seguridad: 135, 137. LIBERTAD DE PRENSA: 46, 215. falta de agotamiento de los recursos internos: 220, 237. Órdenes mordaza sobre divulgación de Jurisdicción diversa en las acciones de clase: información sobre procesos en trámite: 215. 205 Personalidades públicas: 46. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: 73, 92. Jurisdicción ordinaria. doctrina norteamericana: 202. Juegos de azar: 92. Medios de comunicación: 73. Sociedades. Restricciones: 92. filiales con sede en el extranjero: 202. Sustracción internacional de menores: 69. **MATRIMONIO**: 33, 34, 36, 38, 79, 134. Analogía con la unión civil: 33, 79. LEY: 123, 135, 183. Exigencias de precisión, claridad y Conversión en una unión civil: 34, 36. Disolución: 34, 36, 38. previsibilidad: 135. régimen de visitas, Fuentes formales e informales en el derecho islámico: 123. padre transexual: 38. Homosexuales: 33, 34, 36, 79, 134. Ley penal, retroactividad: 183. Presupuestos, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN: 103, 135, 256. heterosexualidad de los cónyuges: 34, 36. Derecho de huelga: 103. Transexuales: 34, 36. **MÉDICOS**: 20, 159, 186, 189. Sindicatos, libertad de elección de medidas en Consentimiento informado: 159, 186. conflictos laborales: 103. Derecho a la intimidad: 189. LIBERTAD DE CÁTEDRA: 145. Responsabilidad profesional,

PENA DE MUERTE: 198, 225. legitimación pasiva de los herederos del profesional: 186. Incapaces, obligaciones de medios y de resultado: 186. derecho a invocar la incapacidad a los Sanciones disciplinarias, efectos de la suspensión del curso de la publicación de la sentencia: 189. prescripción de la acción: 225. Secreto profesional: 20. inaplicabilidad: 198. PENAS: 128, 131, 198, 225, 242. Técnicas de fecundación asistida, Insanos: 128. obligación del médico interviniente de informar la ascendencia de la persona Pena de muerte: 198, 225. así concebida: 20. Penas accesorias. **MEDIDAS CAUTELARES: 183.** restricción de derechos: 242. Penas accesorias por tiempo indeterminado, Confiscación de bienes: 183. MEDIOS DE COMUNICACIÓN: 73, 77, 94. internación terapéutica preventiva: 128. Anuncios publicitarios, Penas privativas de la libertad: 131. Personas con discapacidad mental: 198. tiempo de emisión: 73. Competencia desleal: 77. Proporcionalidad: 242. PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 16, 198, 225. Derechos de autor: 94. Internet. Curador: 16. live streaming: 94. Discapacidad mental, transmisiones televisivas online: 94. definición basada en el CI, constitucionalidad: 198. Propiedad intelectual: 94. Publicidad, Incapaces absolutos: 16. Pena de muerte: 198, 225. omisiones engañosas: 77. Radiodifusión televisiva: 73, 94. Proceso penal, MENORES: 15, 38, 69, 112, 145, 175, 177, 195, 237. derecho a invocar la incapacidad a los Derecho a la autodeterminación: 145. efectos de la suspensión del curso de la Derecho a la integridad personal: 237. prescripción de la acción: 225. PODER EJECUTIVO: 30, 140. Derecho a la intimidad: 145. Derecho a la vida: 237. Inmunidades e indemnidades: 140. Derecho al libre desarrollo de la personalidad: Interceptación de comunicaciones privadas, reserva de las comunicaciones del Interés superior: 15, 38, 69, 112, 175, 177, 195. Presidente: 140. Libertad de expresión: 145. Libertad de expresión, Niños migrantes: 112. declaraciones públicas presidenciales Patria potestad: 38, 69, 195. durante una campaña electoral: 30. PRINCIPIO DE BUENA FE: 105. Régimen de visitas, padre transexual: 38. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: 60, 135, 183, 218, Sustracción internacional de menores: 69. 220, 242. MINISTERIO PÚBLICO: 140. PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: 125. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: 11, MUJER: 135, 237. Acceso a la justicia: 237. 24, 60, 73, 75, 89, 103, 105, 125, 137, 145, Delitos contra la integridad sexual: 237. 189, 242, 261. Derecho a la igualdad: 237. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD: 21. Dignidad humana: 135. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM: 71. Femicidio: 237. Alcance en el espacio de Schengen: 71. Uso de vestimenta que oculta el rostro: 135. Restricciones: 71. PRISIÓN PREVENTIVA: 242. Derecho a la libertad: 242 Detenciones arbitrarias: 242. Atribución consuetudinaria del apellido paterno: 191. Responsabilidad internacional del Estado: 242. PROCESO CIVIL: 15, 201, 202, 205, 208, 210, 211. OBJECIÓN DE CONCIENCIA: 134. Acciones de clase: 205. Funcionarios públicos, Arbitraje: 201. objeción a celebrar matrimonios Competencia: 201. igualitarios: 134. Garantías procesales: 211. ORDEN PÚBLICO: 28. Jurisdicción ordinaria, Fuerzas de seguridad, doctrina norteamericana: 202. observadores voluntarios: 28. Principio de contradicción: 211. Prevención de delitos: 28. Recursos. recurso de agravio constitucional: 208. PARTIDOS POLÍTICOS: 30. recurso de casación: 210. Derecho a la igualdad, revisabilidad de las disposiciones de un igualdad de oportunidades: 30. fallo relativas a un informe pericial: **PATRIA POTESTAD**: 38, 69, 195. 211.Privación de su ejercicio: 38, 195. Sentencia, Sustracción internacional de menores: 69. disposiciones apelables: 211. Transexuales: 38. fundamentación: 15.

legitimidad: 210.	Internet,		
nulidad: 210.	motores de búsqueda,		
requisitos de validez: 15.	responsabilidad del gestor: 100.		
validez: 210.	tratamiento de datos: 100.		
PROCESO PENAL: 50, 71, 109, 127, 131, 133, 140,	PUEBLOS ORIGINARIOS: 242.		
148, 170, 173, 180, 183, 213, 215, 218, 220,	Derecho a la identidad: 242.		
225, 228, 231, 237, 242, 256.	Derecho a la igualdad: 242.		
Allanamientos y registros: 148, 213. Derecho de defensa: 127, 148, 170, 173, 215,	Derechos económicos, sociales y culturales: 242.		
218, 220, 225, 231, 237, 242, 256.	Derechos políticos: 242.		
Detenciones arbitrarias: 109, 231, 242, 256.	Defection politicos. 2 12.		
Escuchas telefónicas: 50, 140.	REFUGIADOS : 83, 85, 88, 112.		
Funcionarios públicos,	Asilo: 85, 88, 112.		
deber de diligencia en la investigación: 237.	Niños migrantes: 112.		
Garantía de la doble instancia: 218, 220, 242.	OOPS (ONU): 83.		
Garantías procesales: 148, 242.	Personas bajo persecución penal por actos		
Imputación penal,	homosexuales: 88.		
efectos en materia inmigratoria: 170, 173.	Reconocimiento de estatuto,		
Interceptación de comunicaciones privadas,	desestimación: 83, 85.		
autorización judicial previa: 50. reserva de las comunicaciones del	requisitos: 83, 85, 88. Terrorismo: 85.		
Presidente de la República: 140.	RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS		
Inviolabilidad del domicilio: 148.	PÚBLICOS: 210.		
Juicio abreviado: 228.	Jueces,		
Medidas cautelares: 183.	responsabilidad extracontractual: 210.		
Prescripción de la acción penal: 127, 225.	RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL		
Presunción de inocencia: 148, 228, 231, 242.	ESTADO : 112, 231, 237, 242, 256.		
Principio de contradicción: 148.	Cárceles: 256.		
Principio de no autoincriminación: 228, 231.	Derecho a la igualdad: 237, 242.		
Principio <i>non bis in idem</i> : 71.	Derecho a la integridad personal: 231, 237.		
Prisión preventiva: 242.	Derecho a la libertad: 231, 237, 242, 256.		
Prueba: 127, 133, 140, 180, 213, 231, 242.	Derecho a la vida: 237.		
Admisibilidad: 213. Carga probatoria: 127.	Derecho de defensa: 231, 237, 242, 256. Obligaciones positivas: 112.		
Prueba testimonial: 180, 242.	Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y		
Relación de causalidad: 133.	degradantes: 231, 256.		
Recursos,	RESPONSABILIDAD MÉDICA: 159, 186.		
garantía de la doble instancia: 218, 220.	Consentimiento informado: 159, 186.		
recurso de agravio constitucional: 131.	Legitimación pasiva de los herederos del		
Sentencia,	profesional: 186.		
ejecución: 71.	Obligaciones de medios y de resultado: 186.		
fundamentación: 173.			
Suspensión del curso de la prescripción de la	SALUD: 148, 162.		
acción: 225.	Salud pública,		
Testigos de identidad reservada: 242. PROPIEDAD INTELECTUAL: 94, 96, 98.	comercialización de estupefacientes: 148. Transplante de órganos,		
Derecho de participación,	turismo de transplante: 162.		
alcance temporal: 96.	SEGURIDAD JURÍDICA: 60.		
herederos forzosos: 96.	Acto administrativo: 60.		
legatarios testamentarios: 96.	SEGURIDAD SOCIAL: 81.		
Derechos de autor: 94, 96, 98.	Jubilaciones y pensiones: 81.		
Digitalización de obras: 98.	SENTENCIA : 15, 71, 123, 173, 210, 211.		
Internet,	Derecho islámico: 123.		
live streaming: 94.	Disposiciones apelables: 211.		
transmisiones televisivas <i>online</i> : 94.	Efectos: 123.		
Uso con fines de investigación o estudio: 98. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: 57, 75,	Ejecución: 71, 123. Fuerza vinculante: 123.		
100, 261.	Fundamentación: 15, 173.		
Ámbito de aplicación: 100.	Legitimidad: 210.		
Bases de datos: 261.	Nulidad: 210.		
Datos biométricos: 75.	Requisitos de validez: 15.		
Derecho a la autodeterminación informativa:	Validez: 210.		
261.	SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA: 258.		
Derecho a la información: 100.	Estado laico: 258.		
Derecho a la intimidad: 100, 261.	SERVICIO MILITAR: 32.		
Información sensible,	Servicio militar obligatorio,		
estupefacientes: 57.	sanciones a su incumplimiento,		

constitucionalidad: 32.

SOCIEDADES: 202.

Filiales con sede en el extranjero,

jurisdicción: 202.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: 218. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE

MENORES: 69.

TERRORISMO: 85, 109, 131, 242, 261.

Asociación ilícita: 85.

Inmigrantes: 85.

Medios utilizados en la lucha contra el

terrorismo,

proporcionalidad: 261.

Refugiados: 85.

Terrorismo internacional: 109.

TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES,

INHUMANOS Y DEGRADANTES: 109,

231, 256.

Cárceles: 256.

Prisioneros de guerra: 109.

Responsabilidad internacional del Estado: 231,

TRANSEXUALES: 34, 36, 38, 41.

Cambio de sexo,

inscripción registral: 34, 36.

Derecho a la autodeterminación: 36.

Derecho a la identidad: 36, 41.

Derecho a la identidad sexual: 41.

Derecho a la igualdad: 34, 36, 38.

Libertad de expresión: 41.

Patria potestad,

privación de su ejercicio: 38.

Tercer género: 41.