

# *investigaciones*



1 [2015]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
REPÚBLICA ARGENTINA



investigaciones

**Dirección**

Dra. Mercedes de Urioste

**Colaboradores**

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel  
Lic. Marta Isaura Trotta Lagos  
Lic. Paula Frondizi  
Lic. María Isabel Sampedro  
Dra. Laura D. Tellarini  
Dra. Marisol Rodríguez  
Dra. Andrea S. Bartos  
Trad. Laureana Cayuso

**Corrección**

Trad. Carolina Mozo Sartorio

**Diseño de tapa y fotografía**

DG Pablo Molina Almirón

Esta publicación es editada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación  
Impreso en la Argentina - *Printed in Argentina*

Corte Suprema de Justicia de la Nación  
Dirección General de Bibliotecas  
Oficina de Referencia Extranjera  
Talcahuano 550, 7º piso, Oficina 7057  
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina.  
Teléfonos: 4370 - 4600 (internos 4637 / 4639)  
E-mail: [derecho\\_comparado@csjn.gov.ar](mailto:derecho_comparado@csjn.gov.ar)  
Sitio Web: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

investigaciones 1 [2015]

Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2015  
en Altuna Impresores S.R.L., Doblas 1968 (C1424BMN) Buenos Aires, Argentina  
[altunaimpresores@altunaimpresores.com.ar](mailto: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



investigaciones 1 [2015]

## SUMARIO

-Buenos Aires, 2015. Año XIX-

Secciones	Páginas
SENTENCIAS ÍNTEGRAMENTE TRADUCIDAS .....	9/99
JURISPRUDENCIA .....	101/254
ÍNDICES .....	255/262

OFICINA DE REFERENCIA EXTRANJERA  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
REPÚBLICA ARGENTINA



SENTENCIAS  
ÍNTEGRAMENTE  
TRADUCIDAS

*investigaciones*



CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS  
TRIBUNAL EN PLENO**LAMBERT y OTROS c. FRANCIA***(Recurso n° 46043/14)*

SENTENCIA

ESTRASBURGO

5 de junio de 2015

*Sentencia definitiva sujeta a revisión editorial.***En el caso *Lambert y otros c. Francia*,**

La Corte Europea de Derechos Humanos, reunida en pleno, integrada por:

Dean Spielmann, *Presidente*,  
Guido Raimondi,  
Mark Villiger,  
Isabelle Berro,  
Khanlar Hajiyev,  
Ján Šikuta,  
George Nicolaou,  
Nona Tsotsoria,  
Vincent A. De Gaetano,  
Angelika Nußberger,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Erik Møse,  
André Potocki,  
Helena Jäderblom,  
Aleš Pejchal,  
Valeriu Griţco,  
Egidijus Kūris, *jueces*,  
y Erik Fribergh, *Secretario*,

habiendo deliberado en sesión privada el 7 de enero y el 23 de abril de 2015, dicta la siguiente sentencia el 23 de abril de 2015:

## PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en el recurso n° 46043/14 interpuesto el 23 de junio de 2014 ante esta Corte contra la República de Francia por cuatro ciudadanos franceses, a saber, Pierre y Viviane Lambert, David Philippon y Anne Tuarze (“los peticionantes”), en términos del art. 34 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (“Convención”).

2. Los representantes de los peticionantes fueron J. Paillot, abogado en Estrasburgo, y J. Triomphe, abogado en París. El gobierno francés (Gobierno) estuvo representado por su Agente F. Alabrune, Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

3. Los peticionantes alegaron, en particular, que el retiro de la nutrición y de la hidratación artificiales a Vincent Lambert resultaría contrario a las obligaciones que al Estado impone el art. 2 de la Convención; que el mismo constituiría maltrato equivalente a tortura en términos de lo dispuesto en el art. 3 de la Convención, y que lesionaría su integridad física en violación del art. 8 de la Convención.

4. El recurso fue asignado a la Sección Quinta de la Corte (Regla 52.1 del Reglamento de la Corte). El 24 de junio de 2014, la Sala competente decidió aplicar la Regla 39 del Reglamento de la Corte para notificar al Gobierno el recurso y para darle un tratamiento prioritario.

5. El 4 de noviembre de 2014, una Sala de la Sección Quinta integrada por Mark Villiger, Presidente, los jueces Angelika Nußberger, Boštjan M. Zupančič, Vincent A. De Gaetano, André Potocki, Helena Jäderblom y Aleš Pejchal, y el Secretario de la Sección, Stephen Phillip, se inhibió a favor de la Corte en Pleno, sin que alguna de las partes haya formulado ninguna oposición (art. 30 de la Convención y Regla 72).

6. La composición de la Corte en Pleno se determinó con base en las disposiciones de los arts. 26.4 y 26.5 de la Convención, y la Regla 24 del Reglamento.

7. Tanto los peticionantes como el Gobierno presentaron observaciones por escrito sobre la admisibilidad y el fondo del caso.

8. También presentaron observaciones Rachel Lambert, François Lambert y Marie-Geneviève Lambert, esposa, sobrino y media hermana de Vincent Lambert, respectivamente, así como la Unión Nacional de Asociaciones de Familias de Pacientes con Traumatismos Craneanos y Lesiones Cerebrales (UNAFTC), la Asociación Amréso-Bethel y la Clínica de Derechos Humanos del Instituto Internacional de Derechos Humanos, a los cuales el Presidente había autorizado a intervenir en calidad de terceros en el procedimiento escrito (art. 36.2 de la Convención y Regla 44.3 *a*) del Reglamento). También se autorizó a Rachel Lambert, François Lambert y Marie-Geneviève Lambert a participar en la audiencia.

9. Se celebró una audiencia pública en el Edificio de Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 7 de enero de 2015 (Regla 59.3 del Reglamento).

Comparecieron ante la Corte:

(a) *por el Gobierno*

F. ALABRUNE, Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo Internacional, *Agente*,  
 E. JUNG, Redactora de la Sección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo Internacional,  
 R. FÉRAL, REDACTOR DE LA SECCIÓN de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Desarrollo Internacional,  
 S. RIDEAU, Asesora de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Sociales, Salud y Derechos de la Mujer,  
 I. ERNY, Asesora Legal, Derechos de los Usuarios, División de Asunto Jurídicos y Éticos, Ministerio de Asuntos Sociales, Salud y Derechos de la Mujer,  
 P. ROUAULT-CHALIER, Subdirectora de Asuntos Jurídicos y Contenciosos, Ministerio de Justicia,  
 M. LAMBLING, Redactora, Oficina de Derechos de las Personas y de la Familia, Ministerio de Justicia; *Asesores*;

(b) *por los peticionantes*

J. PAILLOT, abogado,  
 J. TRIOMPHE, abogado, *Asesor*  
 G. PUPPINCK,  
 Prof. X. DUCROCQ,  
 Dr. JEANBLANC, *Asesores*;

(c) *por Rachel Lambert, tercera interviniente*

L. PETTITI, abogado, *Asesor*  
 Dr. OPORTUS,  
 Dr. SIMON, *Asesores*;

(d) *por François y Marie-Geneviève Lambert, terceros intervinientes*

M. MUNIER-APAIRE, Miembro de la Matrícula de Abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación,  
 B. LORIT, Abogado, *Asesores*.

Los peticionantes, con excepción del nombrado en primer término, también estuvieron presentes, así como Rachel Lambert, François Lambert y Marie-Geneviève Lambert, terceros intervinientes.

La Corte escuchó las declaraciones de los Sres. Alabrune, Paillot, Triomphe, Munier-Apaire y Pettiti, así como las respuestas de los Sres. Alabrune y Paillot a las preguntas formuladas por uno de los jueces.

## LOS HECHOS

### I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

10. Los peticionantes, Pierre Lambert y su esposa Viviane Lambert, nacieron en 1929 y 1945, respectivamente, y viven en Reims; David Philippon, nació en 1971 y vive en Mourmelon, y Anne Tuarze, nació en 1978 y vive en Milizac; todos son ciudadanos franceses. Son los padres, el medio hermano y hermana de Vincent Lambert, respectivamente, quien nació el 20 de septiembre de 1976.

11. Vincent Lambert sufrió graves traumatismos en la cabeza como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido el 29 de septiembre de 2008, que lo dejó cuadripléjico y en estado de completa dependencia. De acuerdo con la pericia médica ordenada por el Consejo de Estado el 14 de febrero de 2014, se encuentra en estado vegetativo crónico (véase párrafo 40, *infra*).

12. Desde septiembre de 2008 hasta marzo de 2009 Vincent Lambert estuvo internado en el servicio de reanimación y luego en el de neurología del Hospital de Chalons-en-Champagne. De marzo a junio de 2009 estuvo en el centro de helioterapia en Berck-sur-Mer, antes de ser llevado, el 23 de junio de 2009, al Hospital Universitario de Reims que hace el seguimiento y rehabilitación de los pacientes en estado vegetativo o en estado de conciencia mínima, y es donde Vincent Lambert se encuentra hasta el día de hoy. Tal unidad médica solo tiene comodidad para ocho pacientes. Vincent Lambert recibe alimentación e hidratación artificiales suministradas por vía enteral, es decir, a través de una sonda gástrica.

13. En julio de 2011 Vincent Lambert fue evaluado por una unidad especializada del Hospital Universitario de Lieja, el *Coma Science Group*, el cual llegó a la conclusión de que se encontraba en un estado neurovegetativo crónico denominado “conciencia mínima *plus*”. Siguiendo las recomendaciones del *Coma Science Group*, Vincent Lambert recibió sesiones diarias de fisioterapia desde septiembre de 2011 hasta fines de octubre de 2012, las cuales no dieron resultado alguno. También recibió 87 sesiones de terapia del habla y del lenguaje entre marzo y septiembre de 2012, en un intento infructuoso de establecer un código de comunicación con él. Asimismo, se hicieron intentos de sentar al paciente en una silla de ruedas.

### A. Primera decisión adoptada en términos de la Ley del 22 de abril de 2005

14. Dado que en 2012 quienes cuidaban a Vincent Lambert observaron crecientes signos de lo que ellos creyeron era una resistencia de su parte al cuidado diario, a principios de 2013 el equipo médico inició un procedimiento colectivo previsto por la Ley del 22 de abril de 2005 relativa a los derechos de los pacientes y a las cuestiones del fin de la vida (véase párrafo 54, *infra*), en el que también participó Rachel Lambert, esposa del paciente.

15. El procedimiento llevó a que el Dr. Kariger, médico a cargo de Vincent Lambert y jefe del departamento en el que se encontraba internado, tomara la decisión de retirarle la nutrición y reducir su hidratación. La decisión fue puesta en práctica el 10 de abril de 2013.

## **B. Orden del 11 de mayo de 2013**

16. El 9 de mayo de 2013, fundándose en lo dispuesto por el art. 521-2 del Código de los Tribunales Administrativos (pedido urgente para la protección de un derecho fundamental), los peticionantes solicitaron al juez que resuelve los pedidos urgentes del Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne que ordenara al hospital –bajo apercibimiento de multa– el restablecimiento de la normal nutrición e hidratación a Vincent Lambert y la provisión de todos los cuidados que el estado de salud de este requiriera.

17. Mediante orden del 11 de mayo de 2013, el juez hizo lugar a la solicitud de los peticionantes. Declaró que, dado que Vincent Lambert no había dejado ninguna directiva anticipada y ante la inexistencia de una persona de confianza en términos de las disposiciones pertinentes del Código de Salud Pública, el procedimiento colectivo debía continuar con su familia, pese a la circunstancia de que esta se encontraba dividida respecto de su porvenir. El juez señaló que si bien la esposa de Vincent Lambert había participado en el procedimiento, lo cierto es que del examen del expediente resultaba claro que sus padres no habían sido informados de la existencia de dicho trámite y que la decisión de retirar la nutrición y restringir la hidratación, cuya naturaleza y motivos no se les habían transmitido, no había respetado sus deseos.

18. Por consiguiente, el juez estimó que esas deficiencias procesales constituían una vulneración grave y manifiestamente ilegal de un derecho fundamental, a saber, el derecho al respeto a la vida, y ordenó al hospital restablecer la normal nutrición e hidratación a Vincent Lambert y brindarle todos los cuidados necesarios que la condición de este requiriera.

## **C. Segunda decisión adoptada en términos de la Ley del 22 de abril de 2005**

19. En septiembre de 2013 se inició otro procedimiento colectivo. El Dr. Kariger consultó a seis médicos, tres de ellos ajenos al hospital (un neurólogo, un cardiólogo y un anestesista con experiencia en medicina paliativa), elegidos por los padres de Vincent Lambert, su esposa y el equipo médico, respectivamente. También tomó en consideración la contribución escrita de un médico a cargo de un centro de cuidados prolongados que funciona dentro de un hogar de ancianos.

20. El 27 de septiembre y el 16 de noviembre de 2013, el Dr. Kariger también celebró dos reuniones con la familia, a las que asistieron la esposa, los padres y los ocho hermanos de Vincent Lambert. Rachel Lambert y seis de los ocho hermanos y hermanas se manifestaron a favor de retirar la nutrición e hidratación artificiales, mientras que los peticionantes se mostraron favorables a seguir manteniéndolas.

21. El 9 de diciembre de 2013, el Dr. Kariger se reunió con todos los médicos y la casi totalidad de los miembros del equipo que lo cuidaba. Tras la reunión, el Dr. Kariger y cinco de los seis médicos consultados se manifestaron a favor de retirarle el tratamiento.

22. Como conclusión del proceso de consulta, el 11 de enero de 2014 el Dr. Kariger anunció su intención de discontinuar la nutrición e hidratación artificial a

partir del día 13 de enero, sujeto esto a una solicitud presentada ante el Tribunal Administrativo. Su decisión, redactada en un informe de trece páginas –cuya síntesis de 7 hojas fue leída a la familia–, remarcó, en particular, que la condición de Vincent Lambert se caracterizaba por una lesión cerebral irreversible y que el tratamiento resultaba inútil, desproporcionado y orientado únicamente a mantener la vida por medios artificiales. De acuerdo con el informe, el médico no tenía ninguna duda de que Vincent Lambert no hubiera deseado, antes del accidente, vivir en semejantes condiciones. El Dr. Kariger llegó a la conclusión de que prolongar la vida del paciente mediante la continuación de la nutrición e hidratación artificiales constituía obstinación terapéutica.

#### **D. Sentencia del Tribunal Administrativo del 16 de enero de 2014**

23. El 13 de enero de 2014 los peticionantes promovieron una nueva petición urgente para la protección de un derecho fundamental ante el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne en términos del art. L. 521-2 del Código de los Tribunales Administrativos, a fin de que prohibiera, tanto al hospital como al médico en cuestión, el retiro de la nutrición e hidratación artificiales a Vincent Lambert y ordenara su traslado inmediato a un centro especializado en cuidados prolongados en Oberhausbergen, dirigido por la asociación Amréso-Bethel (véase párrafo 8, *supra*). Rachel Lambert y François Lambert, sobrino de Vincent Lambert, intervinieron en el procedimiento en calidad de terceros.

24. El Tribunal Administrativo, reunido en pleno con sus nueve jueces, celebró una audiencia el 15 de enero de 2014 y dictó sentencia al día siguiente ordenando la suspensión de la implementación de la decisión del Dr. Kariger del 11 de enero de 2014.

25. El Tribunal Administrativo comenzó observando que el art. 2 de la Convención no impide a los Estados dictar disposiciones que autoricen a las personas a oponerse a potenciales tratamientos que prolonguen artificialmente su vida. De igual forma, no impide al médico a cargo de un paciente que no puede expresar su voluntad y cuyo tratamiento el médico considera –después de implementar una serie de garantías– que constituye una obstinación terapéutica retirar dicho tratamiento bajo la supervisión del Consejo Médico, del Comité de Ética del hospital, en su caso, y de los tribunales administrativos y penales.

26. El Tribunal Administrativo también observó que de las disposiciones pertinentes del Código de Salud Pública, tal como fueran modificadas por la Ley del 22 de abril de 2005 y a la luz de los debates parlamentarios, surgía con claridad que la nutrición e hidratación artificial por vía enteral –que están sujetas, al igual que la medicación, al monopolio distributivo farmacéutico, destinadas a suministrar nutrientes específicos a pacientes con alteraciones funcionales y cuya administración requiere el recurso a técnicas invasivas– constituían una forma de tratamiento.

27. Al observar que la decisión del Dr. Kariger se había fundado en el deseo que aparentemente habría expresado Vincent Lambert de no ser mantenido vivo en un estado de gran dependencia, y en que este no había formulado directivas anticipadas ni designado una persona de confianza, el Tribunal Administrativo

sostuvo que la opinión que él había confiado a su esposa y a uno de sus hermanos correspondía al de una persona sana que no se había enfrentado con las consecuencias inmediatas de sus deseos, y que no constituía la manifestación formal de una voluntad expresa, independientemente de su experiencia profesional con pacientes en una situación similar. El Tribunal también sostuvo que la circunstancia de que Vincent Lambert hubiera tenido una relación conflictiva con sus padres debido a que no compartía sus valores morales ni su compromiso religioso, no constituía una razón válida para considerar que hubiera manifestado un claro deseo de rechazar todo tipo de tratamiento, y agregó que de su aparente resistencia a la atención médica que se le brindaba no podía deducirse una conclusión unívoca en cuanto a su voluntad de vivir o no. El Tribunal Administrativo, entonces, llegó a la conclusión de que el Dr. Kariger había evaluado erróneamente la voluntad de Vincent Lambert.

28. El Tribunal Administrativo también señaló que, de acuerdo con el informe elaborado en 2011 por el Hospital Universitario de Lieja (véase párrafo 13, *supra*), Vincent Lambert se encontraba en un estado de conciencia mínima que comportaba la persistencia de una percepción emocional y la existencia de posibles respuestas a su entorno. En consecuencia, la administración de nutrición e hidratación artificiales no tenía por objeto mantenerlo vivo artificialmente. Finalmente, el Tribunal consideró que, en tanto y en cuanto el tratamiento no causara estrés o sufrimiento, no podía ser caracterizado como inútil o desproporcionado. Por todo ello, sostuvo que la decisión del Dr. Kariger había constituido una violación grave y manifiestamente ilícita del derecho de Vincent Lambert a la vida. Entonces, emitió una orden de suspensión de la implementación de la decisión y rechazó la solicitud de que el paciente fuera trasladado a la unidad especializada en cuidados prolongados en Oberhausbergen.

#### **E. Sentencia del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2014**

29. Mediante tres demandas presentadas el 31 de enero de 2014, Rachel Lambert, François Lambert y el Hospital Universitario de Reims apelaron esa sentencia del Tribunal Administrativo ante el juez que resuelve los pedidos urgentes del Consejo de Estado. Los peticionantes presentaron una reconvencción, solicitando el inmediato traslado de Vincent Lambert a la unidad especializada en cuidados prolongados. La UNAFTC (véase, *supra*, párr. 8) solicitó intervenir en calidad de tercero.

30. En la audiencia celebrada en relación con la solicitud urgente el 6 de febrero de 2014, el Presidente de la División Judicial del Consejo de Estado decidió remitir el caso al Tribunal en Pleno, reuniendo a los diecisiete miembros de la Asamblea Judicial.

31. La audiencia ante el Tribunal en Pleno tuvo lugar el 13 de febrero de 2014. En sus declaraciones ante el Consejo de Estado, el Relator Público citó, *inter alia*, las observaciones hechas por el Ministro de Salud a los miembros del Senado que examinaban el proyecto de ley conocido como “Proyecto Leonetti”:

“Si bien el acto de retirar un tratamiento [...] da lugar a la muerte, la intención que justifica ese acto [no es matar; es] permitir que la muerte

retome su curso natural y aliviar el sufrimiento. Esto es particularmente importante para los agentes de salud, cuyo rol no es quitar la vida.”

32. El Consejo de Estado dictó sentencia el 14 de febrero de 2014. Después de acumular las demandas y autorizar la intervención de la UNAFTC, el Consejo de Estado definió en los siguientes términos el rol del juez del Tribunal Administrativo que resuelve los pedidos urgentes cuando es llamado a pronunciarse en términos del art. L. 521-2 del Código de los Tribunales Administrativos:

“Conforme a lo dispuesto por el [art. L. 521-2], cuando el juez del Tribunal Administrativo que resuelve las solicitudes urgentes recibe una demanda de esta naturaleza fundada en una urgencia especial puede ordenar cualquier medida necesaria para salvaguardar un derecho fundamental que ha sido supuestamente vulnerado de manera grave y manifiestamente ilícita por una autoridad administrativa. Estas disposiciones legislativas confieren al juez que resuelve las solicitudes urgentes –quien, habitualmente, decide solo y ordena medidas de naturaleza provisional conforme a lo dispuesto en el art. L. 511-1 del Código de los Tribunales Administrativos– la facultad de ordenar a la brevedad, y aplicando el estándar de prueba de la ilegalidad manifiesta, las medidas necesarias para proteger las libertades fundamentales.

Sin embargo, el juez que resuelve las peticiones urgentes debe ejercer sus facultades de manera especial cuando se encuentra ante una demanda interpuesta en términos del art. L 521-2... relativa a una decisión tomada por un médico con base en el Código de Salud Pública que puede resultar en la discontinuidad o retiro de un tratamiento por razones de obstinación terapéutica, cuya ejecución puede causar una lesión irreversible a la vida. En tales circunstancias, el juez, que, en su caso, puede actuar como miembro de un tribunal, debe tomar las medidas tutelares necesarias para impedir que la decisión en cuestión sea implementada cuando no caiga en uno de los supuestos previstos por la ley y hacer un balance de las libertades fundamentales en juego, a saber, el derecho al respeto a la vida y el derecho del paciente a consentir un tratamiento médico y a no someterse a un tratamiento resultante de una obstinación terapéutica. En ese caso, el juez que resuelve las peticiones urgentes o el tribunal al que ha remitido el caso puede, según corresponda, después de suspender temporalmente la implementación de la medida y antes de expedirse sobre la solicitud, ordenar una pericia médica, y, conforme a lo dispuesto por el art. R. 625-3 del Código de los Tribunales Administrativos, solicitar la opinión de toda persona cuya competencia y conocimiento puedan resultar útiles para informar la decisión del tribunal.”

33. El Consejo de Estado sostuvo que, tanto del texto de las disposiciones pertinentes del Código de Salud Pública (arts. L. 1110-5, L. 1111-4 y R. 4127-37) como de los antecedentes parlamentarios, resultaba claramente que las disposiciones en cuestión tenían un alcance general y que eran aplicables al caso de Vincent Lambert y a los de todos los usuarios del servicio de salud. El Consejo de Estado afirmó lo siguiente:

“De estas disposiciones surge con claridad que cada persona debe recibir los cuidados más apropiados para su estado de salud, y que las acciones preventivas

y exploratorias y la atención brindada no deben someter al paciente a riesgos desproporcionados en relación con los beneficios previstos. Tales acciones no deben continuarse con obstinación terapéutica y pueden discontinuarse o retirarse cuando parezca que resultan inútiles o desproporcionadas, o que no tienen otro efecto que mantener la vida artificialmente, se encuentre o no el paciente en situación terminal. Cuando el paciente es incapaz de expresar su voluntad, cualquier decisión de restringir o retirar el tratamiento con base en que su continuación constituiría una obstinación terapéutica no puede ser adoptada por el médico cuando dicha medida pueda poner en riesgo la vida del paciente sin que se haya seguido el procedimiento colectivo definido por el Código de Ética Médica y las reglas de consulta establecidas por el Código de Salud Pública. Si el médico toma una decisión semejante, debe, en todos los casos, preservar la dignidad del paciente y dispensarle cuidados paliativos.

Por otra parte, de las disposiciones de los arts. L. 1110-5 y L. 1110-4 del Código de Salud Pública, ilustradas por los antecedentes parlamentarios de la Ley del 22 de abril de 2005, resulta con claridad que el legislador pretendía incluir entre los tipos de tratamiento susceptibles de ser restringidos o retirados para evitar la obstinación terapéutica todas las acciones tendientes a tratar de mantener artificialmente las funciones vitales del paciente. La nutrición e hidratación artificiales encuadran en esta categoría de acciones y, en consecuencia, son susceptibles de retirarse en caso de que su continuación pueda traducirse en obstinación terapéutica.”

34. A continuación, el Consejo de Estado observó que, tomando en consideración todas las circunstancias del caso, le correspondía constatar por sí que se hubieran satisfecho los presupuestos legales de cualquier decisión de retirar un tratamiento cuya continuación constituiría una obstinación terapéutica. En consecuencia, necesitaba tener a disposición la mayor cantidad de información posible, en particular sobre el estado de salud de Vincent Lambert. Por consiguiente, antes de expedirse, consideró necesaria la realización de una pericia médica a cargo de reconocidos profesionales especializados en neurociencia. Los peritos –actuando en conjunto y de manera independiente, y después de examinar al paciente, reunirse con el equipo médico y el personal a cargo de los cuidados, y de familiarizarse personalmente con la historia clínica del paciente– debían emitir su opinión sobre la condición actual de salud de Vincent Lambert, brindar al Consejo de Estado toda la información relevante, así como la posibilidad de alguna modificación.

35. El Consejo de Estado decidió confiar la elaboración de la pericia a un equipo de tres médicos nombrados por el Presidente de la División Judicial y propuestos por el Presidente de la Academia Nacional de Medicina, el Presidente del Comité Nacional de Asesoría Ética y el Presidente del Consejo Nacional de Medicina, respectivamente. La tarea del grupo de peritos, que debían entregar su informe dentro del plazo de dos meses contados a partir de la conformación de su equipo, era la siguiente:

“(i) describir la condición clínica actual de Lambert y la forma en que ha evolucionado a partir de la evaluación realizada en julio de 2011 por el *Coma Science Group* del Hospital Universitario de Lieja;

(ii) expresar una opinión con relación a si la lesión cerebral del paciente es o no irreversible y al diagnóstico clínico;

(iii) determinar si el paciente es capaz de comunicarse a través de algún medio con quienes lo rodean;

(iv) evaluar la existencia de algún signo que sugiera que en el momento actual el Sr. Lambert reacciona a los cuidados que se le dispensan, y, de ser así, si esas reacciones pueden interpretarse como rechazo a los cuidados, como sufrimiento y como deseo de que el tratamiento que lo mantiene con vida sea retirado, o, por el contrario, como deseo de que el tratamiento continúe.”

36. Habida cuenta del alcance, la dificultad y las cuestiones científicas, éticas y deontológicas planteadas por el caso de conformidad con el art. R. 625-3 del Código de los Tribunales Administrativos, el Consejo de Estado también consideró necesario invitar a la Academia Nacional de Medicina, al Comité Nacional de Asesoría Ética y al Consejo Nacional de Medicina, y al Sr. Jean Leonetti, Relator de la Ley del 22 de abril de 2005, a presentar, a fines de abril de 2014, observaciones escritas con el objeto de aclarar la aplicación de los conceptos de obstinación terapéutica y de mantenimiento artificial de la vida a los fines del referido art. L. 1110, con especial atención a las personas que, como Vincent Lambert, se encontraban en un estado de conciencia mínima.

37. Por último, el Consejo de Estado rechazó la solicitud de los peticionantes de trasladar a Vincent Lambert a una unidad especializada de cuidados prolongados (véase párrafo 29, *supra*).

## **F. Informe pericial médico y observaciones generales**

### *1. Informe pericial médico*

38. Los peritos examinaron a Vincent Lambert en nueve oportunidades. Se familiarizaron con toda la historia clínica y, en particular, con el informe del *Coma Science Group* de Lieja (ver párrafo 13, *supra*), las constancias del tratamiento y del expediente administrativo, y tuvieron acceso a todos los estudios de diagnóstico por imágenes. También consultaron todos los documentos del expediente judicial que estimaron relevantes para su informe pericial. Asimismo, entre el 24 de marzo y el 23 de abril de 2014 se reunieron con todas las partes (la familia, el equipo médico y el personal a cargo del cuidado del paciente, los consultores médicos y representantes de la UNAFTC y del hospital) y realizaron una serie de estudios a Vincent Lambert.

39. El 5 de mayo de 2014, los peritos enviaron su informe preliminar a las partes a fin de recibir sus comentarios. El informe final, entregado el 26 de mayo de 2014, brindó las siguientes respuestas a las preguntas del Consejo de Estado.

#### **(a) Condición clínica de Vincent Lambert y cómo ha evolucionado**

40. Los peritos indicaron que el estado clínico de Vincent Lambert correspondía a un estado vegetativo y que no había signos que indicaran un estado

mínimo de conciencia. Además, afirmaron que Lambert tenía dificultades para deglutir, una severa imposibilidad motora en los cuatro miembros y una significativa retracción de los tendones. Asimismo, señalaron que su estado de conciencia se había deteriorado desde la evaluación realizada en Lieja en 2011.

#### **(b) Carácter irreversible de la lesión cerebral y diagnóstico clínico**

41. Los peritos indicaron que los dos factores principales a tener en cuenta a fin de evaluar si la lesión cerebral era irreversible o no eran, por un lado, el lapso de tiempo transcurrido desde el accidente que había causado la lesión, y, por el otro, la naturaleza misma de las lesiones. En este caso, notaron que habían pasado cinco años y medio desde el traumatismo craneano inicial, y que los estudios por imágenes mostraban una atrofia cerebral severa y evidenciaban una pérdida neuronal definitiva, una destrucción casi total de regiones estratégicas, como ambas partes del tálamo y la parte superior del tronco cerebral, y una grave lesión en las vías de comunicación cerebrales. Llegaron a la conclusión de que la lesión cerebral era irreversible y agregaron que el largo período de progresión, el deterioro clínico del paciente desde julio de 2011, su actual estado vegetativo, la naturaleza destructiva y la extensión de la lesión cerebral y los resultados de las pruebas funcionales, junto con las severas deficiencias motoras de las cuatro extremidades, apuntaban a un mal pronóstico clínico.

#### **(c) Capacidad de Vincent Lambert para comunicarse con su entorno**

42. A la luz de las pruebas realizadas y, en particular, de la circunstancia de que la terapia del habla y del lenguaje realizada en 2012 no había logrado establecer un código de comunicación, los peritos llegaron a la conclusión de que Vincent Lambert no era capaz de establecer una comunicación funcional con quienes lo rodeaban.

#### **(d) Existencia de signos que sugieran que Vincent Lambert reacciona a los cuidados que se le brindan e interpretación de tales signos**

43. Los peritos observaron que Vincent Lambert reaccionaba a los cuidados que se le brindan y a los estímulos dolorosos, pero llegaron a la conclusión de que se trataba de respuestas inconscientes. En su opinión, no era posible interpretarlas como una vivencia consciente del sufrimiento o como la expresión de algún intento o deseo de retirar o continuar el tratamiento.

#### *2. Observaciones generales*

44. El 22 y el 29 de abril y el 5 de mayo de 2014, el Consejo de Estado recibió las observaciones generales del Consejo Nacional de Medicina, del Relator de la Ley del 22 de abril de 2005 Jean Leonetti, de la Academia Nacional de Medicina y del Comité Nacional de Asesoría Ética.

El Consejo Nacional de Medicina dejó particularmente en claro que, al usar la expresión “que no tengan otro efecto que mantener la vida artificialmente” en el art. L. 1110-5 del Código de Salud Pública, la legislatura había procurado abordar la situación no solo de los pacientes que son mantenidos con vida exclusivamente mediante el uso de métodos y técnicas que reemplazan las funciones vitales esenciales, sino también, y sobre todo, de aquellos cuyas funciones cognitivas y relacionales están profunda e irreversiblemente deterioradas. También destacó la importancia de la noción de temporalidad, y afirmó que cuando la condición patológica se torna crónica y produce el deterioro fisiológico del paciente y la pérdida de sus facultades cognitivas y relacionales, la obstinación en la aplicación del tratamiento puede considerarse irrazonable si no se presentan signos de mejoría manifiesta.

El Sr. Leonetti destacó que la Ley era aplicable a pacientes con lesiones cerebrales graves, que, por lo tanto, estaban graves y que, en estadios avanzados, eran incurables, pero que no necesariamente se encontraban “en el final de la vida”. Por ello, en el título de la Ley, el legislador se había referido a “los derechos de los pacientes y cuestiones del final de la vida” y no a “los derechos de los pacientes *en* situaciones del final de la vida”. También esbozó los criterios de la obstinación terapéutica y sus elementos de evaluación, y afirmó que la referencia al tratamiento que “no tiene otro efecto que el de mantener la vida artificialmente”, más rigurosa que el texto del proyecto inicial (tratamiento “que prolonga artificialmente la vida”), resultaba más restrictiva y aludía a mantener artificialmente la vida “en un sentido puramente biológico”, en circunstancias en las que, en primer lugar, el paciente presenta una lesión cerebral masiva e irreversible, y, en segundo lugar, no tiene la posibilidad de estar consciente de sí mismo y de relacionarse con otros. Asimismo, señaló que la Ley solo hace responsable al médico de la decisión de retirar el tratamiento y se resolvió no trasladar esa responsabilidad a la familia para evitar sentimientos de culpa y garantizar que la persona que toma la decisión esté identificada.

La Academia Nacional de Medicina reiteró la prohibición fundamental de que los médicos deliberadamente quiten la vida a otra persona, lo cual constituye la base de la relación de confianza entre el médico y el paciente. Asimismo, reiteró su tradicional tesis según la cual la Ley del 22 de abril de 2005 no solo es aplicable a las diferentes situaciones que entraña “el final de la vida”, sino también a aquellas que plantean el muy difícil cuestionamiento ético de “detener la vida” en el caso de pacientes que se encuentran en modo “supervivencia”, en estado de conciencia mínima o en estado vegetativo crónico.

El Comité Nacional de Asesoría Ética realizó un análisis profundo de las dificultades planteadas por las nociones de obstinación terapéutica y tratamiento y mantenimiento artificial de la vida, resumió los datos médicos relativos a los estados de conciencia mínima y abordó los planteos éticos que surgen de tales situaciones. En particular, recomendó la realización de un proceso de reflexión orientado a asegurar que la deliberación pueda desembocar en un verdadero proceso colectivo de decisión y que, en caso de falta de consenso, pueda recurrirse a la posibilidad de la mediación.

## G. Sentencia del Consejo de Estado del 24 de junio de 2014

45. Se celebró una audiencia el 20 de junio de 2014 ante el Consejo de Estado. En sus presentaciones, el relator público destacó, en particular, lo siguiente:

“... [e]l legislador no ha querido imponer a los profesionales de la salud la carga de cubrir la brecha existente entre dejar que la muerte siga su curso cuando ya no puede seguir evitándose, y causarla directamente mediante la administración de una sustancia letal. Al discontinuar un tratamiento, el médico no está quitándole la vida a un paciente, sino que está decidiendo retirarlo cuando ya no queda nada por hacer”.

El Consejo de Estado dictó sentencia el 24 de junio de 2014. Después de haber admitido como tercero interviniente a Marie-Geneviève Lambert, media hermana de Vincent Lambert, y reiterado las disposiciones relevantes de derecho interno tal como habían sido comentadas y aclaradas por las observaciones generales recibidas, examinó los argumentos de los peticionantes fundados en la Convención y en el derecho interno.

46. En relación con el primer punto, el Consejo de Estado reiteró que cuando el juez que resuelve los pedidos urgentes es llamado a pronunciarse en términos del art. L. 521-2 del Código de los Tribunales Administrativos sobre una decisión adoptada por un médico fundada en el Código de Salud Pública que puede resultar en la discontinuidad o retiro de un tratamiento con base en la obstinación terapéutica, y cuando la implementación de esa decisión puede provocar un daño irreversible a la vida, el juez debe examinar todos los alegatos de que las disposiciones en cuestión resultan incompatibles con la Convención (véase, *supra*, párr. 32).

47. En el caso que tenía que resolver, el Consejo de Estado respondió a los argumentos fundados en los arts. 2 y 8 de la Convención en los siguientes términos:

“En primer lugar, cabe considerar que las disposiciones impugnadas del Código de Salud Pública definieron un marco legal que reafirma el derecho de todas las personas a recibir el cuidado más adecuado, el derecho a que su deseo de rechazar todo tratamiento sea respetado y el derecho a no someterse a un tratamiento médico que equivalga a obstinación terapéutica. Tales disposiciones no permiten al médico tomar una decisión que pueda poner en peligro la vida del paciente, ni restringir o retirar el tratamiento de una persona incapaz de expresar su voluntad, excepto cuando se satisface la doble y estricta condición de que la continuación del tratamiento constituya obstinación terapéutica y de que sean respetadas las garantías exigidas, a saber, que se tome en consideración cualquier deseo manifestado por el paciente, y que por lo menos otro médico y el personal a cargo del cuidado del paciente sean consultados, así como la persona de confianza, la familia o cualquier otra persona cercana al paciente. Toda decisión de esa naturaleza adoptada por un médico es susceptible de ser apelada ante los tribunales a fin de garantizar que las condiciones establecidas por la ley sean cumplidas.

En consecuencia, tomadas en conjunto y teniendo en cuenta su propósito y las condiciones para su ejecución, las disposiciones impugnadas del Código

de Salud Pública no pueden considerarse incompatibles con las exigencias del art. 2 de la Convención..., o con el art. 8...”.

El Consejo de Estado, además, rechazó los alegatos de los peticionantes fundados en los arts. 6 y 7 de la Convención, y afirmó que el rol confiado a un médico por las disposiciones del Código de Salud Pública no era incompatible con la obligación de imparcialidad establecida en el art. 6, a la vez que el art. 7, aplicable a las condenas penales, no era relevante en este caso.

48. En relación con la aplicación de las disposiciones pertinentes del Código de Salud Pública, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

“Si bien la nutrición e hidratación artificiales se encuentran entre los tratamientos susceptibles de ser retirados en caso de que su continuación pueda traducirse en obstinación terapéutica, la mera circunstancia de que una persona se encuentre en un estado irreversible de inconsciencia o, *a fortiori*, de que haya perdido irreversiblemente su autonomía y que por ello dependa de esa forma de nutrición e hidratación no equivale *per se* a una situación en la que la continuación del tratamiento aparezca injustificada en razón de la obstinación terapéutica.

A fin de evaluar si se reúnen las condiciones para retirar la nutrición e hidratación artificiales de un paciente con una lesión cerebral severa –cualquiera haya sido su causa– que se encuentra en estado vegetativo o en estado de conciencia mínima, y que por ello es incapaz de expresar su voluntad y depende de esa nutrición e hidratación como medios de soporte vital, el médico a cargo del paciente debe fundar su decisión en una serie de factores médicos y no médicos cuyo gravitación relativa no puede determinarse con anticipación, sino que dependerá de las circunstancias de cada paciente, de manera que el médico debe evaluar cada situación en su particularidad. Además de los factores médicos, que deben cubrir un período suficientemente largo, deben ser evaluados de manera colegiada y referirse en particular al estado actual del paciente, a la variación de su estado desde que ocurrió el accidente o la enfermedad, su grado de sufrimiento y el diagnóstico clínico, el médico debe acordar una importancia particular a cualquier deseo que el paciente pueda haber manifestado previamente, cualquiera haya sido su forma o tenor. En ese sentido, en caso de que tales deseos se desconozcan, no puede presumirse que consistan en un rechazo por parte del paciente a ser mantenido en vida en las condiciones actuales. El médico también debe tomar en consideración el parecer de la persona de confianza en el caso de que haya sido designada por el paciente, de los miembros de la familia o, en su defecto, de otra persona cercana al paciente, en el momento de establecer un consenso. Al evaluar la situación particular del paciente, el médico debe ser guiado principalmente por la preocupación de actuar para el máximo beneficio del paciente...”.

49. El Consejo de Estado también precisó que, a la luz de todas las circunstancias del caso y de las pruebas aportadas en el curso del proceso contradictorio –del informe pericial médico en particular–, le correspondía comprobar si la decisión tomada por el Dr. Kariger el 11 de enero de 2014 satisfacía las condiciones impuestas

por la Ley a cualquier decisión de retirar un tratamiento cuya continuación equivaldría a obstinación terapéutica.

50. A este respecto, el Consejo de Estado resolvió lo siguiente:

“En primer lugar, del examen del caso resulta que el procedimiento colectivo llevado a cabo por el Dr. Kariger... antes de tomar su decisión el 11 de enero de 2014 satisfizo los requisitos establecidos en el art. R. 4127-37 del Código de Salud Pública y comportó la consulta de seis médicos, pese a que dicho artículo exige la opinión de un solo médico y, de ser necesario, de dos. El Dr. Kariger no estaba legalmente obligado a permitir que a la reunión del 9 de diciembre de 2013 asistiera un segundo médico designado por los padres de Lambert además del que ya habían designado. Tampoco se deduce del examen del caso que algunos miembros del personal a cargo del cuidado del paciente hayan sido deliberadamente excluidos de esa reunión. Por otro lado, lo cierto es que el Dr. Kariger tenía derecho a entrevistarse con François Lambert, sobrino del paciente. La circunstancia de que el Dr. Kariger se haya opuesto a un pedido de este para que se retirara del caso y trasladara al paciente a otro establecimiento, y de que haya expresado su parecer públicamente no equivale—teniendo presentes todas las circunstancias del caso— a no cumplir con las obligaciones implícitas en el principio de imparcialidad, que, además, el Dr. Kariger ha respetado. En consecuencia, contrariamente a lo esgrimido ante el Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne, el procedimiento que precedió a la adopción de la decisión del 11 de enero de 2014 no estaba viciado por irregularidades.

En segundo lugar, las observaciones de los peritos indican que la situación clínica actual de Lambert corresponde al estado vegetativo, con ‘dificultades de deglución, severo impedimento motor en los cuatro miembros, algunos signos de disfunción del tronco cerebral’ y ‘autonomía respiratoria preservada’. Los resultados de los exámenes realizados del 7 al 11 de abril de 2014 para evaluar la función y la estructura cerebral del paciente... son compatibles con un estado vegetativo. Asimismo, los peritos señalaron que la evolución clínica, caracterizada por la desaparición de las fluctuaciones en el estado de conciencia de Lambert observadas durante la evaluación realizada en julio de 2011 por el *Coma Science Group* de la Universidad de Lieja, y por el fracaso de las terapias recomendadas en el momento de dicha evaluación, sugería un ‘deterioro del estado de conciencia del [paciente]’ desde esa fecha.

Además, de acuerdo con los resultados volcados en el informe pericial, los estudios exploratorios realizados revelaron “un daño cerebral grave y extenso, especialmente evidenciado por un deterioro severo de la estructura y del metabolismo de las regiones subcorticales, de crucial importancia para la función cognitiva” y “una importante disfunción estructural en las vías de comunicación entre las regiones del cerebro relacionadas con la conciencia”. La gravedad de la atrofia cerebral y del daño observado, combinada con el período de cinco años y medio transcurrido desde el accidente inicial, llevó a los expertos a la conclusión de que el daño cerebral era irreversible.

Por otro lado, los expertos llegaron a la conclusión de que “el largo período de progresión, el deterioro clínico del paciente desde 2011, su actual estado vegetativo, la naturaleza destructiva y el grado del daño cerebral, los resultados de los estudios funcionales y la severidad del deterioro de los cuatro miembros señalaban un mal pronóstico clínico”.

Por último, al ver que Lambert respondía a los cuidados suministrados y a ciertos estímulos, los expertos indicaron que las características de dichas respuestas sugerían que eran respuestas no conscientes. Los expertos no consideraban posible interpretar estas respuestas de comportamiento como prueba de la existencia de “una percepción consciente del dolor” o como la expresión de alguna intención o deseo de retirar o continuar el tratamiento que mantiene al paciente con vida.

Estos resultados, a los que arribaron los expertos en forma unánime después de una evaluación colectiva durante la cual se examinó al paciente en nueve ocasiones diferentes, se realizaron estudios neurológicos exhaustivos, se celebraron reuniones con el equipo médico y el personal a cargo del cuidado del paciente y se revisó su historia clínica completa, confirman las conclusiones del Dr. Kariger en cuanto a la naturaleza irreversible del daño y al pronóstico clínico de Lambert. El debate que tuvo lugar en el juicio contencioso ante el Consejo de Estado luego de la presentación del informe pericial no logró invalidar las conclusiones de los mismos. Si bien se desprende de tal informe, como fuera mencionado anteriormente, que las respuestas de Lambert al tratamiento no pueden ser interpretadas y por lo tanto no pueden considerarse una expresión de deseo de retirar el tratamiento, el Dr. Kariger indicó en la decisión impugnada que, de hecho, el comportamiento en cuestión era pasible de múltiples interpretaciones, las cuales debían ser tratadas con gran cautela, y no incluyó este aspecto en las razones de su decisión.

En tercer lugar, las disposiciones del Código de Salud Pública permiten que se tengan en cuenta los deseos del paciente expresados en formas distintas a las directivas anticipadas. Resulta evidente a partir de la evaluación de este caso, y especialmente a partir de las declaraciones de Rachel Lambert, que ella y su esposo, ambos enfermeros, con frecuencia comentaban sus respectivas experiencias profesionales relacionadas con pacientes con soporte vital y con múltiples discapacidades, y que Lambert había expresado claramente, en varias oportunidades, que no quería que lo mantuviesen con vida artificialmente si en algún momento se encontrase en un estado de dependencia tan elevado. El tenor de esas declaraciones brindadas por Rachel Lambert, en detalle y con sus fechas correspondientes, fue confirmado por uno de los hermanos de Lambert. Si bien estas declaraciones no fueron formuladas en presencia de los padres de Lambert, ellos no negaron que su hijo pudiera haberlo dicho o que hubiera expresado deseos en contrario, y varios hermanos de Lambert señalaron que las declaraciones en cuestión eran coherentes con la personalidad, las experiencias pasadas y las opiniones personales de su hermano.

En consecuencia, al expresar entre las razones de la decisión en cuestión que Lambert no deseaba, antes de su accidente, vivir en esas condiciones, no puede considerarse que el Dr. Kariger hubiese interpretado de manera errónea los deseos expresados por el paciente antes del accidente.

En cuarto lugar, el médico a cargo de un paciente debe, en virtud de lo dispuesto por el Código de Salud Pública, obtener la opinión de los familiares del paciente antes de tomar la decisión de retirar el tratamiento. El Dr. Kariger cumplió con esta exigencia y consultó a la esposa, padres y hermanos de Lambert en las dos reuniones mencionadas con anterioridad. Mientras que los padres de Lambert y algunos de sus hermanos y hermanas se oponían al retiro del tratamiento, la esposa de Lambert y otros hermanos expresaron que estaban de acuerdo con el retiro del mismo. El Dr. Kariger tomó en cuenta ambas opiniones. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, Kariger llegó a la conclusión de que el hecho de que los familiares no tuviesen una opinión unánime en cuanto a la decisión que debía tomarse no constituía un impedimento para su decisión.

De las consideraciones mencionadas se desprende que las diversas condiciones impuestas por la Ley para que un médico a cargo de un paciente pueda tomar la decisión de retirar el tratamiento –que no tiene otro efecto más que mantener la vida artificialmente y cuya continuidad constituiría una obstinación terapéutica– han sido cumplidas en el caso de Vincent Lambert y a la luz del juicio contencioso ante el Consejo de Estado. En consecuencia, la decisión tomada por el Dr. Kariger el 11 de enero de 2014 de suspender la nutrición e hidratación artificial de Vincent Lambert no puede ser declarada ilegal”.

51. En consecuencia, el Consejo de Estado anuló la sentencia del Tribunal Administrativo y desestimó la demanda del peticionante.

## II. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA NACIONAL PERTINENTE

### A. Código de Salud Pública

52. El art. L.1110-1 del Código de Salud Pública (en adelante, “Código”) establece que deben emplearse todos los medios posibles para asegurar a cada persona el derecho fundamental a la protección de la salud. El art. L. 1110-2 del Código dispone que el paciente tiene derecho al respeto de su dignidad, mientras el art. 1110-9 garantiza a toda persona cuya condición lo requiera el derecho a cuidados paliativos. Estos se encuentran definidos en el art. 1110-10 como un cuidado activo y continuo para aliviar el dolor, calmar el sufrimiento psicológico, preservar la dignidad del paciente y apoyar a las personas cercanas a él.

53. La Ley del 22 de abril de 2005 sobre los derechos del paciente y cuestiones relacionadas con el final de la vida, conocida como la Ley Leonetti, en nombre de su relator Jean Leonetti (véase párrafo 44, *supra*), reformó una serie de artículos del Código.

La Ley fue sancionada luego de la labor de una comisión parlamentaria encabezada por el Sr. Leonetti, cuyo objetivo era explorar el conjunto de las cuestiones relacionadas con el final de la vida y considerar posibles reformas legislativas o reglamentarias. Durante el desarrollo de su trabajo, la comisión parlamentaria recibió testimonios de un gran número de personas y presentó su informe el 30 de junio de 2004. La Ley fue aprobada por unanimidad en la Asamblea Nacional el 30 de noviembre de 2004 y en el Senado, el 12 de abril de 2005.

La Ley no autoriza la eutanasia ni el suicidio asistido. Permite a los médicos, de acuerdo con un procedimiento establecido, discontinuar el tratamiento solamente en aquellos casos en los que continuar con el mismo constituiría una obstinación terapéutica (en otras palabras, llevar el tratamiento a una duración irrazonable).

Los artículos pertinentes del Código que fueron reformados por la Ley son los siguientes:

#### **Artículo L. 1110-5**

“Toda persona, teniendo en cuenta su estado de salud y la urgencia del tratamiento que requiera, tiene derecho a recibir el cuidado más adecuado y el tratamiento más seguro que conozca la ciencia médica en ese momento para que el mismo sea eficaz. Los actos o cuidados preventivos o exploratorios no deben, en la medida en que la ciencia médica lo pueda garantizar, someter a un paciente a riesgos desproporcionados en relación con los beneficios anticipados.

Dichos actos no deben continuarse por obstinación terapéutica. Cuando resulten inútiles o desproporcionados, o no tengan otro efecto que mantener la vida artificialmente, deben ser discontinuados o retirados. En esos casos, el médico debe preservar la dignidad del paciente terminal y garantizar su calidad de vida, brindándole el cuidado referido en el art. L.110-10 (...).

Toda persona tiene derecho a recibir los cuidados necesarios para aliviar el dolor. El dolor debe ser, en todos los casos, prevenido, evaluado, tomado en cuenta y tratado.

Los profesionales de la salud deben tener en cuenta las medidas disponibles para permitirle a cada persona vivir una vida digna hasta el momento de su muerte (...).”

#### **Artículo L.1111-4**

“Toda persona debe, junto con el profesional de la salud y a la luz de la información brindada y de las recomendaciones hechas por este último, tomar las decisiones relativas a su propia salud.

El médico debe respetar los deseos de la persona luego de haberle informado las consecuencias de su elección (...).

Ningún acto o tratamiento médico puede ser administrado sin el consentimiento libre e informado del paciente, el cual puede ser retirado en cualquier momento.

Cuando una persona es incapaz de expresar sus deseos, no se le puede realizar ninguna intervención ni examen excepto en caso de urgencia o

imposibilidad, sin que la persona de confianza a que alude el art. L. 1111-6 o la familia o, ante la inexistencia de estos, una persona cercana al paciente haya sido consultada.

Si la persona fuera incapaz de expresar sus deseos, ninguna decisión para limitar o retirar el tratamiento, cuando dicha medida pudiera poner en riesgo la vida del paciente, puede ser tomada sin haberse cumplido el procedimiento colectivo establecido en el Código de Ética Médica, sin haber consultado a la persona de confianza a la que hace referencia el art. L1111-6 o la familia o, en su defecto, una persona cercana al paciente, y sin la evaluación de cualquier directiva anticipada presentada por el paciente. La decisión de limitar o retirar el tratamiento, junto con las razones de esa decisión, debe ser asentada en la historia clínica del paciente (...).

#### **Artículo L.1111-6**

“Todos los adultos pueden designar a una persona de confianza, que puede ser un familiar, otra persona cercana al adulto o su médico personal, quien será consultado si el paciente fuera incapaz de expresar sus deseos y de recibir la información necesaria para tal fin. La designación debe ser por escrito y puede ser revocada en cualquier momento. Si el paciente lo deseara, la persona de confianza puede brindar apoyo y asistir a las consultas médicas con el paciente a fin de ayudarlo en la toma de decisiones.

Cuando el paciente es admitido en el establecimiento de salud, se le debe ofrecer la posibilidad de designar a una persona de confianza de acuerdo con las condiciones establecidas en el párrafo anterior. La designación será válida durante el período de internación del paciente, salvo que el paciente decidiera otra cosa (...).

#### **Artículo L.1111-11**

“Todo adulto puede formular directivas anticipadas en el caso de que en algún momento fuera incapaz de expresar sus deseos. Estas directivas deben indicar los deseos de la persona con respecto a las condiciones en las cuales un tratamiento puede ser limitado o retirado en una situación del final de la vida. Las mismas pueden ser revocadas en cualquier momento.

Si las directivas anticipadas hubieran sido redactadas menos de tres años antes de que el individuo quedara inconsciente, el médico deberá tomarlas en cuenta a la hora de decidir sobre exámenes, intervenciones o tratamientos respecto de la persona en cuestión (...).

54. El procedimiento colectivo establecido en el quinto párrafo del art. L.1111-4 del Código se encuentra descripto detalladamente en el art. R.4127-37, que forma parte del Código de Ética Médica, y establece lo siguiente:

“I. El médico debe, en todo momento, procurar aliviar el sufrimiento a través de los medios más apropiados para la condición del paciente y brindar apoyo moral. Debe evitar cualquier obstinación terapéutica en la realización de exámenes o tratamientos, y puede decidir retirar o discontinuar el

tratamiento que resulte inútil o desproporcionado, o cuyo único propósito o efecto sea mantener la vida artificialmente.

II. En todos los casos contemplados en el quinto párrafo del art. L.1111-4 y en el primer párrafo del art. L.1111-13, la decisión de limitar o retirar el tratamiento administrado no puede ser tomada a menos que se haya implementado previamente un procedimiento colectivo. El médico puede implementar el procedimiento colectivo por iniciativa propia y puede verse obligado a hacerlo a la luz de cualquier directiva anticipada del paciente y presentada por alguna de las personas que la tenga en su poder, mencionada en el art. R. 111-19, o a pedido de la persona de confianza, la familia o, en su defecto, de otra persona cercana al paciente. Las personas que tienen en su poder las directivas anticipadas del paciente, la persona de confianza, la familia o, si fuera el caso, otra persona cercana al paciente deben ser informados tan pronto como se haya tomado la decisión de implementar el procedimiento colectivo.

La decisión de limitar o retirar el tratamiento debe ser tomada por el médico a cargo del paciente, luego de haber consultado con el personal a cargo de su cuidado, si existiere, y sobre la base de una opinión razonada de al menos un médico que actúe como consultor. No debe existir una relación jerárquica entre el médico a cargo del paciente y el consultor. La opinión razonada de un segundo consultor puede ser requerida si alguno de estos dos médicos lo considera necesario.

La decisión de limitar o retirar el tratamiento debe tomar en cuenta todo deseo previamente expresado por el paciente, especialmente bajo la forma de directivas anticipadas, si las hubiese, la opinión de la persona de confianza que el paciente pudiera haber designado y la opinión de la familia o, en su defecto, de otra persona cercana al paciente (...).

Cuando se toma la decisión de limitar o retirar el tratamiento, deben informarse las razones para ello. Las opiniones recibidas, la naturaleza y el tenor de las consultas realizadas con el personal a cargo del cuidado del paciente, y las razones de esta decisión deben ser asentadas en la historia clínica del paciente. La persona de confianza, si hubiese sido designada, la familia o, en su defecto, otra persona cercana al paciente deben ser informadas de la naturaleza y de las razones de la decisión de limitar o retirar el tratamiento.

III. Cuando se hubiera decidido limitar o retirar el tratamiento en términos de los arts. L.1110-5, L.1111-4 o L1111-13, en las circunstancias previstas en los puntos I y II del presente artículo, el médico debe, aun si el sufrimiento del paciente no puede ser evaluado a raíz de su estado cerebral, implementar el tratamiento necesario, especialmente en lo que respecta al alivio del dolor y sedación, para asistir al paciente de acuerdo con los principios y condiciones establecidos en el art. R.4127-38. El médico debe garantizar que las personas cercanas al paciente estén informadas de la situación y reciban el apoyo necesario”.

55. El art. R. 4127-38 del Código establece lo siguiente:

“El médico debe apoyar al paciente terminal hasta el momento de su muerte, garantizar, por medio de un tratamiento y medidas adecuados, la calidad de vida en la medida en que se acerca a su fin, preservar la dignidad del paciente y la comodidad de las personas cercanas a él.

Los médicos no tienen derecho a quitar la vida intencionalmente”.

## **B. Proyecto de ley del 21 de enero de 2015**

56. Dos miembros del Parlamento (Leonetti y Claeys) presentaron un proyecto de ley ante la Asamblea Nacional el 21 de enero de 2015, donde proponían especialmente las siguientes reformas a la Ley del 22 de abril de 2005:

- El art. 2 del Proyecto de Ley especifica que la nutrición e hidratación artificial constituyen una forma de tratamiento.

- Las directivas anticipadas tienen efecto vinculante para el médico, y su validez ya no estará sujeta a un límite temporal (en la actualidad tiene una validez de tres años), su redacción estará sujeta a un procedimiento establecido y serán más accesibles. Cuando no hubiera directivas anticipadas, se establece la función de la persona de confianza (cuya tarea será expresar los deseos del paciente y su testimonio tiene prioridad ante cualquier otro).

- El proyecto reconoce expresamente que toda persona tiene “derecho a negarse o a no someterse a cualquier tratamiento” y que el médico no puede insistirle para continuar con el mismo (texto anterior). Sin embargo, el médico debe continuar brindando asistencia al paciente, especialmente en la forma de cuidados paliativos.

- Se reconoce el derecho a no sufrir (el médico debe adoptar toda medida para el alivio del dolor y sedación disponible en las fases avanzadas o terminales, aun si estas pudieran tener como efecto un acortamiento del tiempo de vida restante).

- El derecho de los pacientes en fases terminales a una profunda y continua sedación hasta el momento de su muerte también se reconoce: el retiro del tratamiento (incluso de la nutrición e hidratación artificial) siempre debe estar acompañado de la sedación. Cuando el paciente fuera incapaz de expresar sus deseos, el proyecto de ley establece –sujeto a la consideración de los deseos del paciente y de acuerdo con un procedimiento colectivo– que el médico debe discontinuar o retirar el tratamiento que “no tiene otro efecto más que mantener la vida artificialmente” (en el texto actual, el médico *puede* discontinuar dicho tratamiento). Si se cumplen estos criterios, el paciente tiene derecho a una profunda y continua sedación hasta el momento de la muerte.

El Proyecto de ley fue aprobado el 17 de marzo de 2015 por la Asamblea Nacional y en la actualidad está siendo evaluado por el Senado.

## **C. Código de los Tribunales Administrativos**

57. El art. L. 521-2 del Código de los Tribunales Administrativos, relativo a las solicitudes urgentes para la protección de una libertad fundamental, establece lo siguiente:

“Cuando se le presenta una solicitud como cuestión urgente, el juez que entiende en las solicitudes urgentes puede ordenar cualquier medida

que considere necesaria para proteger una libertad fundamental que supuestamente ha sido violada de manera grave y evidentemente ilegal por un organismo de derecho público o por una organización regida por el derecho privado responsable de prestar un servicio público, en el ejercicio de sus funciones. El juez que entiende en las solicitudes urgentes debe decidir dentro de las 48 horas”.

58. El art. R. 625-3 del mismo Código establece que:

“El tribunal que examina la causa debe convocar a cualquier persona cuya pericia o conocimientos puedan resultar útiles para informar su decisión del caso a partir de observaciones generales sobre los temas en cuestión.

La opinión debe ser presentada por escrito y debe ser comunicada a las partes (...)”.

### III. INSTRUMENTOS DEL CONSEJO DE EUROPA

#### A. La convención de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina

59. La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano relacionada con la Aplicación de la Biología y la Medicina (conocida como la Convención de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina), adoptada en 1997, que entró en vigencia el 1º de diciembre de 1999, fue ratificada por veintinueve de los países miembros del Consejo de Europa. Sus disposiciones más importantes son las siguientes:

##### **Artículo 1 – Objeto y finalidad**

“Las partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (...)”.

##### **Artículo 5 – Norma general**

“Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

##### **Artículo 6 – Protección de las personas incapaces de prestar consentimiento**

1. “A reserva de lo dispuesto en los arts. 17 y 20, solo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. (...)
3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, esta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley.  
La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.
4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el art. 5.
5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada”.

#### **Artículo 9 – Deseos expresados anteriormente**

“Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

### **B. Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida**

60. Esta Guía fue redactada por el Comité de Bioética del Consejo de Europa en el curso de su trabajo sobre los derechos de los pacientes y con la intención de facilitar la implementación de los principios incorporados a la Convención de Oviedo.

Su objeto es proponer puntos de referencia para la implementación del proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida, combinar trabajos de referencia normativa y ética y elementos relacionados con la buena práctica médica que usan los profesionales de la salud en la implementación del proceso de toma de decisiones, y contribuir, a través de la aclaración que brinda, al debate global del tema.

61. La Guía cita como marcos éticos y legales de referencia para el proceso de toma de decisiones los principios de autonomía (consentimiento libre, informado y previo del paciente), beneficencia y no maleficencia, y justicia (acceso igualitario a la salud). Especifica que los médicos nunca deben someter a un paciente a tratamientos que son innecesarios o desproporcionados en relación con los riesgos y restricciones que pueden generar. Deben brindar a los pacientes un tratamiento que sea proporcionado y adecuado a su situación. También tienen la obligación de cuidar a sus pacientes, aliviar su sufrimiento y brindarles apoyo.

El tratamiento incluye las intervenciones cuyo objetivo es mejorar el estado de salud de un paciente actuando sobre las causas de la enfermedad, pero también las intervenciones que no tienen relación alguna con la etiología de la enfermedad, sino que actúan sobre los síntomas, o que son respuestas a una disfunción de algún órgano. Bajo el título “Cuestiones Controversiales”, la Guía establece lo siguiente:

### **“La cuestión sobre limitar, retirar o mantener la hidratación y nutrición artificial**

La comida y bebida dadas a aquellos pacientes que siguen siendo capaces de comer y beber son contribuciones externas que atienden necesidades fisiológicas que siempre deberán ser satisfechas. Son elementos esenciales del cuidado, que deben ser dados a menos que el paciente los rechace.

La nutrición e hidratación artificial se dan a un paciente tras una indicación médica e implican decisiones relativas a procedimientos y dispositivos médicos (perfusión, tubos de alimentación).

La nutrición e hidratación artificial se consideran, en varios países, formas de tratamiento. Por tanto, estos pueden ser limitados o retirados en determinadas circunstancias y de acuerdo con las garantías estipuladas para la limitación o retirada del tratamiento (rechazo del tratamiento expresado por el paciente, rechazo de un tratamiento desproporcionado o «encarnizamiento terapéutico» evaluado por el equipo de atención y aceptado en el marco de un proceso colectivo). Lo que se debe tener en cuenta en este asunto son los deseos del paciente y si la naturaleza del tratamiento es la apropiada para la situación en cuestión.

En cambio, en otros países, la nutrición e hidratación artificial no se considera un tratamiento que pueda ser limitado o retirado, sino una forma de cuidado que cubre las necesidades básicas del individuo. Por lo tanto, en este caso, no puede ser retirado a menos que el paciente haya expresado este deseo en la fase terminal del final de la vida.

La cuestión acerca de si es apropiada o no, en términos médicos, la nutrición e hidratación artificial en la fase terminal, es en sí misma un tema de debate. Algunos consideran que aplicar o continuar la nutrición e hidratación artificial es necesario para mantener el confort del paciente. Para otros, teniendo en cuenta la investigación en cuidados paliativos, los beneficios de la nutrición e hidratación artificial en la fase terminal son cuestionables.”

62. La Guía trata el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico cuando se aplica a situaciones del final de la vida (incluyendo su implementación, modificación, adaptación, limitación o retiro). No trata las cuestiones de eutanasia o suicidio asistido, autorizadas en algunas legislaciones nacionales.

63. Si bien otras partes intervienen en el proceso de toma de decisiones, la Guía destaca que la parte principal es el paciente mismo. Cuando el paciente no puede o ya no puede seguir interviniendo en la toma de decisiones, estas deberán ser tomadas por un tercero de acuerdo con los procedimientos establecidos en la legislación nacional pertinente. Sin embargo, el paciente debería, de todos modos, intervenir en el proceso de toma de decisiones a través de cualquier deseo anteriormente expresado. La Guía enumera varias formas en que esto puede ocurrir: el paciente puede haber confiado sus intenciones oralmente a un familiar, a un amigo cercano o a una persona de confianza designada como tal; o sus deseos pueden haber sido redactados formalmente en directivas anticipadas, o en un testamento vital, o en poderes otorgados a otra persona, a veces llamados poderes de futura protección.

64. Otras de las personas que pueden intervenir en el proceso de toma de decisiones son el representante legal o apoderado del paciente, familiares y amigos cercanos, y cuidadores. La Guía destaca que los médicos tienen una función vital, cuando no principal, por su capacidad de evaluar la situación del paciente desde un punto de vista médico. Cuando los pacientes no son o han dejado de ser capaces de expresar sus deseos, los médicos son quienes, en el marco del proceso de toma de decisiones colectivo, y habiendo hecho intervenir a todos los profesionales de la salud involucrados, van a tomar la decisión clínica guiada por el mejor interés del paciente. A tal fin, deberán haber tomado nota de todos los elementos relevantes (consulta con familiares, amigos cercanos, personas de confianza, etc.) y tomado en cuenta cualquier deseo expresado anteriormente. En algunos sistemas la decisión es tomada por un tercero, pero en todos los casos son los médicos los que deben garantizar que el proceso de toma de decisiones sea conducido adecuadamente.

65. La Guía reitera que el paciente siempre debe estar en el centro de cualquier proceso de la toma de decisiones, el cual adopta una dimensión colectiva cuando el paciente ya no desea o no puede participar en él directamente. La Guía identifica tres etapas principales en el proceso de toma de decisiones: una etapa individual (donde cada parte forma sus argumentos sobre la base de la información recabada), una etapa colectiva (donde todas las partes intervienen en los intercambios y discusiones) y una etapa final (donde se toma la decisión propiamente dicha).

66. La Guía señala que, algunas veces, cuando las posturas divergen significativamente o cuando la cuestión es altamente compleja o específica, puede resultar necesario consultar a terceros, sea para contribuir al debate o para superar un problema o resolver un conflicto. La consulta a un comité de ética clínica puede, por ejemplo, resultar adecuada. Al final del debate colectivo debe llegarse a un acuerdo. Debe elaborarse una conclusión que esté validada colectivamente y luego formalizada por escrito.

67. Si el médico es quien toma la decisión, debe hacerlo sobre la base de las conclusiones del debate colectivo y debe informarlo, como resulte apropiado, al paciente, a la persona de confianza y/o el entorno del paciente, al personal a cargo del cuidado del paciente y a los terceros que hayan intervenido en el proceso. La decisión también debe ser formalizada (en forma de un resumen por escrito de las razones) y guardada en un lugar identificado.

68. La Guía destaca la naturaleza controversial del uso de una sedación profunda en la fase terminal, que puede producir un acortamiento del tiempo de vida restante. Por último, sugiere una evaluación del proceso de toma de decisiones luego de su aplicación.

### **C. Recomendación del Comité de Ministros**

69. En la Recomendación CM/Rec(2009)11 sobre los principios relativos a los poderes de futura protección y directivas anticipadas por incapacidad, el Comité de Ministros recomendó a los Estados miembros que promovieran estas prácticas y definió un número de principios para asistir a los Estados miembros en su regulación.

## D. Instrumentos de la Asamblea Parlamentaria

70. En la Recomendación 1418 (1999) sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los pacientes con enfermedades terminales y personas en situación de muerte, la Asamblea Parlamentaria recomendó al Comité de Ministros incentivar a los Estados miembros a respetar y proteger la dignidad de los pacientes con enfermedades terminales y pacientes situación de muerte en todo sentido, incluyendo su derecho a la auto-determinación, a la hora de adoptar las medidas necesarias:

(i) para garantizar que las directivas anticipadas o testamentos vitales de los pacientes que rechazan tratamientos médicos específicos sean respetados cuando estos ya no son capaces de expresar sus deseos;

(ii) para garantizar que –a pesar de que es el médico quien tiene la responsabilidad terapéutica final– los deseos que los pacientes han expresado en relación con determinadas formas de tratamiento sean tomados en cuenta, siempre y cuando ello no viole su dignidad humana.

71. La Resolución 1859 (2012) de la Asamblea Parlamentaria titulada “Protección de los derechos humanos y la dignidad a través de la consideración de los deseos previamente expresados por los pacientes” reitera los principios de autonomía personal y consentimiento establecidos en la Convención de Oviedo (*véase supra*, párrafo 59), conforme a los cuales nadie puede ser obligado a someterse a ningún tratamiento médico contra su voluntad. La Resolución establece directrices para los parlamentos nacionales en relación con directivas anticipadas, testamentos vitales y poderes de futura protección.

## IV. DERECHO COMPARADO

### A. Legislación y práctica en los Estados miembros del Consejo de Europa

72. De acuerdo con la información de que dispone la Corte en relación con 39 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, no existe consenso alguno, en la práctica, a favor de autorizar el retiro de un tratamiento destinado solamente a prolongar artificialmente la vida. En la mayoría de los países, el retiro del mismo está sujeto a ciertas condiciones. En otros países, la legislación prohíbe el retiro o no se pronuncia al respecto.

73. En aquellos países que lo autorizan, esta posibilidad se encuentra prevista en la legislación o en instrumentos que no tienen fuerza vinculante, como por lo general en un código de ética médica. En Italia, ante la inexistencia de un marco legal, el retiro de un tratamiento ha sido autorizado jurisprudencialmente.

74. Si bien las previsiones detalladas para el retiro del tratamiento varían de país en país, existe consenso en cuanto a la gran importancia que tienen los deseos del paciente en el proceso de toma de decisiones. Como el principio de consentimiento a la atención médica es uno de los aspectos del derecho a la vida privada, los Estados han implementado diferentes procedimientos para garantizar que el consentimiento sea expreso o para verificar su existencia.

75. Toda la legislación que autoriza el retiro del tratamiento prevé la posibilidad de que los pacientes formulen directivas anticipadas. Ante la inexistencia de dichas directivas, la decisión corresponde a un tercero, ya sea al médico que trata al paciente, a personas cercanas al paciente, a su representante legal o incluso a los tribunales. En todos los casos, la intervención de las personas cercanas al paciente es posible, si bien la legislación no elige entre ellas en caso de desacuerdo. Sin embargo, algunos países establecen una jerarquía entre las personas cercanas al paciente y dan prioridad a los deseos del cónyuge.

76. Además del requisito de buscar el consentimiento del paciente, el retiro del tratamiento también está sujeto a otras condiciones. Según el país de que se trate, el paciente se debe estar muriendo, debe estar en una condición con consecuencias médicas graves e irreversibles, el tratamiento ya no debe responder al mejor interés del paciente, debe ser inútil, o el retiro debe estar precedido de una fase de observación de una duración suficiente y de una revisión de la condición del paciente.

## **B. Observaciones de la Clínica de Derechos Humanos**

77. La Clínica de Derechos Humanos, tercero interviniente (véase *supra*, párrafo 8), presentó un resumen de las legislaciones y prácticas nacionales relacionadas con la eutanasia activa y pasiva y el suicidio asistido en Europa y América.

78. El estudio llega a la conclusión de que no existe consenso alguno en la actualidad entre los Estados miembros del Consejo de Europa ni en los otros países estudiados en lo que respecta a la autorización para la práctica del suicidio asistido o la eutanasia.

79. Sin embargo, existe consenso en cuanto a la necesidad de que la eutanasia pasiva esté estrictamente regulada en aquellos países que la autorizan. A ese respecto, cada país establece criterios en su legislación para determinar el punto en el cual la eutanasia puede ser realizada, a la luz de la condición del paciente y a fin de asegurar que este haya consentido dicha medida. Sin embargo, estos criterios varían considerablemente de país en país.

## **EL DERECHO**

### **I. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA ACCIONAR EN NOMBRE Y POR CUENTA DE VINCENT LAMBERT**

80. Los peticionantes alegaron que el retiro de la nutrición e hidratación a Vincent Lambert violaría las obligaciones que tiene el Estado en términos del art. 2 de la Convención. En su opinión, privarlo de la nutrición e hidratación constituiría un maltrato equivalente a la tortura en términos del significado del art. 3 de la Convención. Alegaron también que la suspensión de fisioterapia desde octubre de 2012 y de terapia para restablecer el reflejo de deglución equivalían a un trato inhumano y degradante, en violación a dicha disposición. Por último, alegaron que

el retiro de la nutrición e hidratación también violaría la integridad física de Vincent Lambert, en violación del art. 8 de la Convención.

81. Los arts. 2, 3 y 8 establecen lo siguiente:

#### **Artículo 2**

“1. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente (...)”.

#### **Artículo 3**

“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

#### **Artículo 8**

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

### **A. Legitimación activa de los peticionantes para actuar en nombre y por cuenta de Vincent Lambert**

#### *1. Presentaciones de las partes*

##### **(a) El Gobierno**

82. El Gobierno observó que los peticionantes no habían expresado su deseo de actuar en nombre de Vincent Lambert y consideró que la cuestión de si podían peticionar a la Corte en nombre de Lambert carecía de objeto.

##### **(b) Los peticionantes**

83. Los peticionantes alegaron que cualquier persona, independientemente de su incapacidad, debe poder beneficiarse de las garantías acordadas por la Convención, incluso cuando carezca de un representante. Destacaron que su legitimación o interés en interponer una demanda jamás había sido impugnada ante los tribunales nacionales, dado que el derecho francés otorgaba a la familia del paciente cuyo tratamiento se proponía retirar el derecho a expresar su opinión sobre la medida en cuestión. Ello necesariamente implicaba otorgarle legitimación activa para actuar en juicio, no solo por derecho propio, sino también en nombre del paciente.

84. Citando los criterios establecidos por la Corte en el fallo *Koch v. Germany* (n° 497/09, §§ 43 y siguientes, 19 de julio de 2012), los peticionantes alegaron

que dichos estándares están satisfechos en la presente causa porque esta plantea una cuestión de interés general, por los estrechos lazos familiares existentes y por los intereses personales que ellos tienen en el juicio. Destacaron que habían recurrido ante los tribunales nacionales y luego ante la Corte para hacer valer los derechos fundamentales que Vincent Lambert tiene en términos de los arts. 2 y 3, que él mismo era incapaz de invocar y que su mujer tampoco podía invocar, ya que había aceptado la decisión médica en cuestión.

### (c) Los terceros intervinientes

85. Rachel Lambert, esposa de Vincent Lambert, alegó que los peticionantes no tenían legitimación activa para actuar en juicio en nombre de Vincent Lambert. Señaló que la Corte estaba dispuesta a reconocer la legitimación activa de un familiar sea cuando la demanda planteaba una cuestión de interés general relativa al “respeto a los derechos humanos” y la persona en cuestión, en carácter de heredero, tenía un interés legítimo en promover la demanda, o con base en el efecto directo sobre los propios derechos de los peticionantes. Sin embargo, en el caso *Sanles Sanles v. Spain* ((dec.), n° 48335/99, ECHR 2000-XI), la Corte había considerado que los derechos invocados por la peticionante en términos de los arts. 2, 3, 5 y 8 de la Convención eran no transmisibles y había resuelto que la peticionante, que era la cuñada y legítima heredera del causante, no podía presentarse como víctima de una violación en nombre de su cuñado fallecido.

86. En relación con la cuestión de la representación, la esposa de Lambert observó que era esencial que los representantes demostraran que habían recibido instrucciones específicas y explícitas de la presunta víctima. Este no era el caso de los peticionantes, quienes no habían recibido instrucciones específicas y explícitas de Vincent Lambert. Por el contrario, la evaluación del caso por el Consejo de Estado había destacado la circunstancia de que la esposa de Lambert había informado los deseos que este le había expresado en confianza, lo cual fue corroborado por las declaraciones brindadas ante los tribunales nacionales.

87. François Lambert y Marie-Geneviève Lambert, primo y media hermana de Vincent Lambert, respectivamente, alegaron que los peticionantes carecían de legitimación activa para actuar en nombre de Vincent Lambert. En primer lugar, las violaciones a los arts. 2, 3 y 8 de la Convención denunciadas por los peticionantes se referían a derechos no transmisibles que los peticionantes no podían reclamar por derecho propio; en segundo lugar, los peticionantes no eran representantes legales de Vincent Lambert, quien era un adulto nacido en 1976; en tercer lugar, su solicitud violaba la libertad de conciencia de Vincent Lambert y su propio derecho a la vida, así como su privacidad. François Lambert y Marie-Geneviève Lambert observaron que, si bien la Corte, por vía de excepción, había aceptado que los padres podían actuar en nombre y en el lugar de una víctima al denunciar una violación del art. 3 de la Convención, ello solo podía ocurrir cuando se tratara de la desaparición o muerte de la víctima y en determinadas circunstancias específicas. Esas condiciones no estaban satisfechas en la presente causa, lo cual tornaba inadmisibles las demandas. Además, alegaron que la Corte

había tenido ocasión de confirmar esta inadmisibilidad en casos de pacientes en la fase final de la vida similares al presente caso (hicieron referencia a *Sanles Sanles*, citado anteriormente, y al caso *Ada Rossi and Othes v. Italy* ((dec.), n° 55185/08, 16 de diciembre de 2008).

88. Por último, alegaron que los peticionantes no podían impugnar “legítimamente” el fallo del Consejo de Estado, porque la postura que defendían se oponía directamente a las creencias de Vincent Lambert. Los médicos y jueces habían tomado en cuenta los deseos de Lambert, que este había confiado a su esposa –con quien había tenido una relación muy cercana– con pleno conocimiento de los hechos, a raíz de su experiencia profesional como enfermero.

## 2. La opinión de la Corte

### (a) Recapitulación de los principios en juego

89. En los casos recientes *Nencheva and Others v. Bulgaria* (n° 48609/06, 18 de junio de 2013) y *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* (GC, n° 47848/08, ECHR 2014), la Corte reiteró los siguientes principios.

A fin de poder fundar una acción en el art. 34 de la Convención, el peticionante debe poder alegar haber sido víctima de una violación a la Convención. De conformidad con la jurisprudencia establecida de la Corte, el concepto de “víctima” debe interpretarse de manera autónoma e independientemente de otros conceptos propios de derecho interno, tales como aquellos relacionados con un interés legítimo o la capacidad de hecho (v. *Nencheva and Others, supra*, § 88). El interesado debe ser capaz de demostrar haber sido “afectado directamente” por la medida impugnada (v. *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu, supra*, § 96, con referencias adicionales).

90. Se admite una excepción a este principio cuando la violación o violaciones a la Convención alegadas están estrechamente vinculadas con una muerte o desaparición en circunstancias en las que supuestamente se halla involucrada la responsabilidad del Estado. En estos supuestos, la Corte ha reconocido la legitimación activa de parientes de la víctima para iniciar una acción (v. *Nencheva and Others, supra*, § 89, y *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu, supra*, §§ 98-99, con referencias adicionales).

91. En los casos en que la demanda no es interpuesta por la víctima misma, el art. 45, inc. 3 del Reglamento del Tribunal exige que se presente un poder por escrito que otorgue facultades para realizar actos procesales en su nombre, debidamente firmado. Es esencial que los representantes demuestren haber recibido instrucciones específicas y explícitas de la supuesta víctima en cuyo nombre intentan recurrir ante la Corte (v. *Post v. the Netherlands* (dec.), n° 21727/08, 20 de enero de 2009; *Nencheva and Others, supra*, § 83; y *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu, supra*, § 102). Sin embargo, los órganos convencionales han sostenido que pueden surgir consideraciones especiales en el caso de víctimas de supuestas violaciones a los arts. 2, 3 y 8 de la Convención cometidas por autoridades nacionales. Así, se han admitido demandas interpuestas por individuos en nombre de la víctima o víctimas

aun cuando no se hubiese presentado poder válido alguno (v. *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, *supra*, § 103).

92. Se ha tenido especial consideración en lo que hace a la condición de vulnerabilidad de las víctimas por razón de su edad, sexo o discapacidad, en virtud de la cual se hallaran en una situación de privación de capacidad para interponer una demanda ante la Corte. Asimismo, se ha dado la debida importancia al vínculo existente entre la persona accionante y la víctima (*ibid.*).

93. A modo de ejemplo, en el caso *S.P., D.P. and A.T. v. the United Kingdom* (nº 23715/94, decisión de la Comisión del 20 de mayo de 1996), que concernía, *inter alia*, a una supuesta violación del art. 8 de la Convención, la Comisión declaró admisible una demanda interpuesta por un abogado patrocinante en nombre de unos menores a los que había representado en el proceso judicial en el orden nacional, en el que había sido designado por el curador *ad litem* tras advertir en particular que la madre no había demostrado ningún interés en la causa, que las autoridades locales constituían la parte cuyos actos se impugnaban en la demanda, y que no había conflicto de intereses entre el patrocinante y los menores.

En el caso *İlhan v. Turkey* (GC, nº 22277/93, §§ 54-55, *ECHR* 2000-VII), en el que la víctima directa, Abdüllatif İlhan, había sufrido lesiones graves causadas a raíz de malos tratos inferidos por fuerzas de seguridad, la Corte sostuvo que la acción interpuesta por el hermano, fundada en los arts. 2 y 3 de la Convención, podía considerarse admisible en virtud de que surgía claramente de los hechos que Abdüllatif İlhan había prestado su consentimiento para iniciar la acción, no había conflicto de intereses entre él y su hermano, quien se había involucrado en gran medida en el caso, y la víctima se encontraba en una especial condición de vulnerabilidad dadas las lesiones que había sufrido.

En el caso *Y.F. v. Turkey* (nº 24209/94, § 31, *ECHR* 2003-IX), en el que el cónyuge de la víctima, fundándose en el art. 8 de la Convención, alegaba que su esposa había sido obligada a someterse a un examen ginecológico tras su detención bajo custodia policial, la Corte resolvió que la decisión de iniciar una demanda por supuestas violaciones a la Convención cometidas en perjuicio de la víctima quedaba en manos del peticionante, especialmente teniendo en cuenta la condición de vulnerabilidad de la víctima en las circunstancias particulares del caso.

94. Siguiendo en el contexto del art. 8 de la Convención, la Corte también ha aceptado en numerosas oportunidades que padres de menores que se encontraban privados de la patria potestad podían interponer una demanda en nombre de sus hijos menores (v., en particular, *Scozzari and Giunta v. Italy*, GC, nros. 39221/98 y 41963/98, §§ 138-139, *ECHR* 2000-VIII; *Šneerson and Kampanella v. Italy*, nº 14737/09, § 61, 12 de julio de 2011; *Diamante and Pelliccioni v. San Marino*, nº 32250/08, §§ 146-47, 27 de septiembre de 2011; *A.K. and L. v. Croatia*, nº 37956/11, §§ 48-50, 8 de enero de 2013; y *Raw and Others v. France*, nº 10131/11, §§ 51-52, 7 de marzo de 2013). El criterio clave que ha seguido la Corte en estos casos fue el riesgo de que pudieran pasarse por alto ciertos intereses de los menores y de que se les negara una protección efectiva a sus derechos reconocidos por la Convención.

95. Por último, la Corte adoptó recientemente un enfoque similar en el caso *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, *supra*, sobre un joven

de procedencia romana HIV positivo y en un estado avanzado de discapacidad, que murió hospitalizado antes de que fuera interpuesta la demanda, al no tener ningún pariente conocido ni representante alguno asignado por el Estado. Dadas las circunstancias excepcionales del caso y la gravedad de las violaciones alegadas, la Corte reconoció que el Centro de Recursos Legales tenía legitimación para representar a Valentin Câmpeanu. El Tribunal puso particular énfasis en el hecho de que resolver lo contrario equivaldría a impedir que alegaciones tan graves sobre una supuesta violación a la Convención fueran sometidas a revisión judicial en el orden internacional (§ 112).

### **(b) Aplicación al caso *sub examine***

96. Los peticionantes alegan en nombre de Vincent Lambert una violación a los arts. 2, 3 y 8 de la Convención (ver párrafo 80 *supra*).

97. La Corte considera en un principio que la jurisprudencia existente sobre demandas interpuestas en nombre de personas fallecidas no es aplicable al caso *sub examine*, toda vez que Vincent Lambert no ha fallecido, sino que se encuentra en un estado descrito por el informe pericial médico como vegetativo (ver párrafo 40, *supra*). El Tribunal debe, por lo tanto, determinar si el caso puede encuadrarse en aquellos supuestos en que la Corte ha sostenido con anterioridad que podía interponerse una acción en nombre y por cuenta de una persona en estado de vulnerabilidad sin que esta última hubiera dejado un poder válido o instrucciones a la persona que pretende accionar en su nombre (ver párrafos 93-95, *supra*).

98. Se advierte que ninguno de los casos en que la Corte ha aceptado, como excepción a los requisitos de admisibilidad, que un individuo pueda accionar en nombre de otro es comparable con el caso *sub examine*. El caso *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu*, *supra*, ha de distinguirse del presente caso en la medida en que la víctima directa era una persona que había fallecido y que no tenía a nadie que lo representara. En el caso *sub examine*, al hallarse la víctima directa incapacitada de expresar sus deseos, numerosos miembros de su familia cercana desean expresarse en su nombre, aunque defendiendo puntos de vista diametralmente opuestos. Los peticionantes invocan principalmente el derecho a la vida garantizado por el art. 2, cuya “sacralidad” fue puesta de resalto por la Corte en *Pretty v. the United Kingdom* (nº 2346/02, § 65, *ECHR* 2002-III), mientras que los terceros intervinientes (Rachel Lambert, François Lambert y Marie-Geneviève Lambert) fundan su petición en el derecho al respeto a la vida privada, y en particular el derecho de cada individuo, ínsito en el concepto de autonomía personal (v. *Pretty*, *supra*, § 61), a decidir de qué manera y en qué momento su vida debería llegar a su fin (*ibid.*, § 67; v. también *Haas v. Switzerland*, nº 31322/07, § 51, *ECHR* 2011, y *Koch*, *supra*, § 52).

99. Los peticionantes sugieren que la Corte debería aplicar los mismos criterios establecidos en *Koch* (*supra*, § 44), requisitos estos que aquellos alegan cumplir en su presentación en virtud de sus estrechos vínculos familiares con la víctima, el hecho de que tienen un interés de orden personal o legal legítimo en el resultado del proceso, y el hecho de que previamente habían demostrado interés en el caso.

100. Sin embargo, la Corte observa que en *Koch, supra*, el peticionante alegó que el sufrimiento de su esposa y las circunstancias de su muerte lo habían afectado de tal manera que constituyó ello mismo una violación *a sus propios derechos* a la luz del art. 8 de la Convención (§ 43). Así, fue sobre ese punto que se solicitó a la Corte expedirse, y fue en ese contexto que el Tribunal consideró que también allí debían tenerse en cuenta los estándares desarrollados en su propia jurisprudencia que permitían a un pariente o heredero iniciar una acción ante él en nombre de la persona fallecida (§ 44).

101. En opinión de la Corte, estos estándares no son aplicables al caso *sub examine*, dado que Vincent Lambert no ha fallecido y los peticionantes pretenden accionar *en su nombre*.

102. Una revisión de los casos en los que los órganos de la Convención han aceptado que un tercero pueda, en circunstancias excepcionales, accionar en nombre y por cuenta de una persona en estado de vulnerabilidad (ver párrafos 93-95 *supra*) revela que se han seguido principalmente los siguientes dos criterios: el riesgo de que la víctima directa se vea privada de una protección efectiva a sus derechos, y la ausencia de un conflicto de intereses entre la víctima y el peticionante.

103. Al aplicar estos criterios al caso *sub examine*, la Corte no advierte ningún riesgo, en primer lugar, de que Vincent Lambert sea privado de una protección efectiva de sus derechos, pues de conformidad con la jurisprudencia uniforme del Tribunal (ver párrafos 90, *supra*, y 115, *infra*), queda en manos de los peticionantes, en su carácter de parientes cercanos de Vincent Lambert, invocar ante la Corte en su propio nombre el derecho a la vida garantizado por el art. 2.

104. Con respecto al segundo criterio, la Corte debe determinar a continuación si existe una convergencia de intereses entre los peticionantes y Vincent Lambert. En ese sentido, advierte que uno de los aspectos clave del proceso judicial en el orden interno consistió precisamente en determinar cuáles eran los deseos de Vincent Lambert, considerando que la decisión que tomó el Dr. Kariger el 11 de enero de 2014 se basó en la certeza de que Vincent Lambert “no había querido, con anterioridad al accidente, vivir en esas condiciones” (ver párrafo 22, *supra*). En su sentencia del 24 de junio de 2014, el Consejo de Estado resolvió, a la luz del testimonio de la esposa de Vincent Lambert y uno de sus hermanos varones, y de las declaraciones de varios de sus otros hermanos, que no podía considerarse que el Dr. Kariger, al basar su decisión en esa convicción, “hubiese interpretado de manera errónea los deseos expresados por el paciente con anterioridad al accidente” (ver párrafo 50, *supra*). Por consiguiente, la Corte no considera que se haya establecido que existe una convergencia de intereses entre las afirmaciones de los peticionantes y lo que habrían sido los deseos de Vincent Lambert.

105. La Corte concluye que los peticionantes no tienen legitimación para plantear sus pretensiones fundadas en los arts. 2, 3 y 8 de la Convención en nombre y por cuenta de Vincent Lambert.

106. Por lo tanto, estas demandas resultan incompatibles *ratione personae* con las disposiciones de la Convención en términos del art. 35, inc. 3 a) y deben ser rechazadas con base en el art. 35, inc. 4.

## **B. Legitimación de Rachel Lambert para accionar en nombre y por cuenta de Vincent Lambert**

### *1. Presentaciones de las partes*

107. En una carta de su abogado de fecha 9 de julio de 2014, Rachel Lambert solicitó autorización para representar a su esposo Vincent Lambert como tercero interviniente en el proceso judicial. A fin de fundar su solicitud, adjuntó una sentencia de un tribunal de tutela de primera instancia de Châlons-en-Champagne, de fecha 17 de diciembre de 2008, por la que se le concedía un poder para representar a su esposo en cuestiones atinentes a la administración de sus bienes gananciales, así como también dos declaraciones de una hermana y un medio hermano de Vincent Lambert. De estas declaraciones surge que Vincent Lambert no habría querido que fueran sus padres –de quienes estaba distanciado tanto físicamente como en un orden afectivo– los que tomaran una decisión respecto de su caso, sino más bien su esposa, que era la persona en quien había depositado su confianza. Asimismo, presentó una declaración de su madrastra, quien dijo haber acompañado a Rachel Lambert en julio de 2012 a una consulta con un profesor de medicina del Hospital de la Universidad de Lieja, reunión a la que también asistieron los primeros dos peticionantes. En esa consulta, tanto ella como Rachel Lambert habían manifestado el deseo de Vincent Lambert de no vivir en un estado de incapacidad en caso de que tal circunstancia ocurriera, y la segunda peticionante, según surge de la declaración, habría sostenido que de surgir un planteo relacionado con la práctica de la eutanasia, dejaría la decisión en manos de Rachel Lambert. Según sus observaciones, Rachel Lambert manifestó que, en vistas de que era ella quien conocía los deseos de su esposo, corroborado esto por las declaraciones que había presentado, solo ella tenía legitimación procesal para actuar en nombre de Vincent Lambert y para representarlo en juicio.

108. El Gobierno no realizó ningún planteo en su presentación sobre el punto.

109. Los peticionantes manifestaron que la decisión del tribunal de tutela producida por Rachel Lambert no le otorgaba un poder general para representar a su esposo, sino meramente un poder para representarlo en cuestiones patrimoniales. No podía, por lo tanto, manifestar ser la única persona capaz de representar a su esposo ante la Corte. Por otra parte, los peticionantes sostuvieron que las declaraciones que Rachel Lambert había producido eran inválidas; asimismo, impugnaron el contenido de la declaración de su madrastra. Advirtieron que Vincent Lambert no había designado a una persona de confianza y concluyeron que, en virtud del derecho francés vigente y en ausencia de una declaración de curatela total o parcial, Vincent Lambert carecía de representación legal en procesos relacionados con la defensa de sus derechos personalísimos.

### *2. La opinión de la Corte*

110. La Corte advierte que no existe ninguna disposición en la Convención que permita a un tercero interviniente representar a otra persona ante la Corte. Por

otra parte, en términos del art. 44, inc. 3 a) del Reglamento del Tribunal, es tercero interviniente cualquier persona involucrada “que no sea el peticionante”.

111. De conformidad con lo anterior, la Corte no puede sino rechazar la petición de Rachel Lambert.

### C. Conclusión

112. La Corte ha resuelto que los peticionantes carecían de legitimación para alegar una violación a los arts. 2, 3 y 8 de la Convención en nombre y por cuenta de Vincent Lambert (ver párrafos 105-06, *supra*), y también ha rechazado la petición de Rachel Lambert de representar a su esposo como tercero interviniente (ver párrafos 110-11, *supra*).

No obstante, la Corte pone de resalto que, independientemente de lo resuelto en relación con la admisibilidad de la demanda, examinará a continuación todas las cuestiones sustantivas que se plantean en el caso *sub examine* vinculadas con la violación del art. 2 de la Convención, dado que fueron planteadas por los peticionantes en su propio nombre.

## II. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ART. 2 DE LA CONVENCIÓN

113. Los peticionantes afirmaron que el retiro de la nutrición e hidratación artificial efectuada a Vincent Lambert violaría las obligaciones que al Estado impone el art. 2 de la Convención. Sostuvieron que la Ley del 22 de abril de 2005 no era clara ni precisa, e impugnaron el procedimiento que culminó con la decisión que tomó el médico interviniente el 11 de enero de 2014.

114. El Gobierno presentó excepciones y defensas a este argumento.

### A. Admisibilidad

115. La Corte reitera lo ya establecido en su jurisprudencia en el sentido de que los parientes de una persona en cuya muerte se halla supuestamente involucrada la responsabilidad del Estado pueden considerarse víctimas de una violación al art. 2 de la Convención (ver párrafo 90, *supra*). Si bien Vincent Lambert aún está vivo, no hay duda alguna de que si se le retirara la nutrición e hidratación artificial, sobrevendría su muerte en un corto plazo. Por consiguiente, aun cuando esta violación constituye una violación potencial o futura (ver *Tauira and 18 Others v. France*, n° 28204/95, decisión de la Comisión del 4 de diciembre de 1995, *Decisions and Reports* (DR) 83-B, p. 131), la Corte considera que los peticionantes, en su carácter de parientes cercanos de Vincent Lambert, pueden fundar su demanda en el art. 2.

116. La Corte observa que la presente acción no se halla manifiestamente mal fundada en términos del art. 35, inc. 3 a) de la Convención. Advierte asimismo que tampoco resulta inadmisibile en razón de ningún otro motivo. La demanda debe entonces declararse admisible.

## B. Fondo

### 1. *La normativa aplicable*

117. La Corte reitera que la primera oración del art. 2, considerada como una de las disposiciones más importantes de la Convención y que consagra uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas miembros del Consejo de Europa (ver *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 de septiembre de 1995, §§ 146-47, Serie A, n° 324), impone al Estado la obligación no solo de abstenerse de privar “intencionalmente” del derecho a la vida (obligaciones negativas), sino también de adoptar medidas tendientes a asegurar las vidas de aquellos sometidos a su jurisdicción (obligaciones positivas) (ver *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 de junio de 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III).

118. La Corte tratará estos dos aspectos a su turno y comenzará por examinar si el caso *sub examine* involucra obligaciones negativas del Estado en términos del art. 2.

119. Si bien los peticionantes reconocieron que el retiro de la nutrición e hidratación podría ser legítimo en casos de obstinación terapéutica, y admitieron que existía una distinción legal entre, por un lado, eutanasia y suicidio asistido, y, por el otro, “abstención terapéutica”, que consiste en retirar o no brindar un tratamiento que se ha tornado irrazonable, sostuvieron no obstante en forma reiterada en sus observaciones que en virtud de que, en su opinión, no se daban en el caso *sub examine* estos presupuestos, el mismo suponía una privación intencional del derecho a la vida; en este sentido, aludieron al concepto de “eutanasia”.

120. El Gobierno hizo particular hincapié en que la decisión médica impugnada no tuvo en miras poner fin a una vida, sino retirar un tratamiento que había sido rechazado por el paciente o —cuando el paciente ya no fue capaz de expresar sus deseos— que suponía, en la opinión del médico interviniente basada en factores clínicos y no clínicos, una obstinación terapéutica. Citó las palabras del relator público del Consejo de Estado, quien en sus presentaciones del 20 de junio de 2014 había advertido que un médico, al discontinuar un tratamiento, no estaba quitando la vida a su paciente, sino decidiendo retirar el tratamiento cuando no había nada más que hacer (ver párrafo 45, *supra*).

121. La Corte observa que la Ley del 22 de abril de 2005 no autoriza la eutanasia ni el suicidio asistido: permite a los médicos retirar un tratamiento, siguiendo un procedimiento establecido, solo si continuarlo revela una obstinación terapéutica. En sus observaciones emitidas al Consejo de Estado, la Academia Nacional de Medicina reiteró la prohibición fundamental impuesta a los médicos de quitar deliberadamente la vida a otra persona, lo que constituía la base de la relación de confianza entre médico y paciente. Tal prohibición se halla plasmada en el art. R.4127-38 del Código de Salud Pública, que establece que los médicos no pueden quitar la vida intencionalmente (ver párrafo 55, *supra*).

122. En la audiencia del 14 de febrero de 2014 ante el Consejo de Estado, el relator público citó las observaciones hechas por el Ministro de Salud a los miembros del Senado en oportunidad de examinar el proyecto de ley conocido como el Proyecto Leonetti:

“Si bien el acto de retirar un tratamiento [...] da lugar a la muerte, la intención que justifica ese acto [no es matar: es] permitir que la muerte retome su curso natural y aliviar el sufrimiento. Esto resulta de particular importancia para los agentes de salud, cuyo rol no es quitar la vida”.

123. En el caso *Glass v. the United Kingdom* ((dec.), n° 61827/00, 18 de marzo de 2003), los peticionantes interpusieron una demanda fundada en el art. 2 de la Convención por la administración de una dosis potencialmente letal de diamorfina a su hijo, sin su consentimiento, ordenada por los médicos del hospital donde estaba siendo atendido. La Corte advirtió que los médicos no habían tenido la intención de quitar deliberadamente la vida al menor o acelerar su muerte, y analizó las pretensiones de los padres desde el ángulo de las obligaciones positivas del Estado (v. también *Powell v. the United Kingdom* (dec.), n° 45305/99, ECHR 2000-V).

124. La Corte advierte que tanto los peticionantes como el Gobierno trazan una distinción entre el acto de quitar la vida intencionalmente y la “abstención terapéutica” (ver párrafos 119-20, *supra*), y recalca la importancia de esta distinción. En el contexto de la legislación francesa, que prohíbe quitar la vida intencionalmente y permite retirar o no brindar un tratamiento para mantener a un paciente con vida solo en ciertas circunstancias específicas, la Corte considera que en el caso *sub examine* no se ponen en tela de juicio las obligaciones negativas del Estado establecidas en el art. 2, y examinará entonces las pretensiones de los peticionantes solo desde el ángulo de las obligaciones positivas del Estado.

## 2. Determinación de si el Estado cumplió con sus obligaciones positivas

### (a) Presentaciones de las partes y de los terceros intervinientes

#### (i) Los peticionantes

125. Los peticionantes afirmaron en primer lugar que la Ley del 22 de abril de 2005 no era aplicable al caso de Vincent Lambert, quien, desde el punto de vista de aquellos, no se encontraba enfermo ni en fase terminal, sino que estaba en un estado de discapacidad avanzada. En su presentación, hicieron referencia a la “oscuridad” que surgía de la letra de la Ley sobre los siguientes puntos: el concepto de obstinación terapéutica (y en particular el criterio adoptado sobre el tratamiento que “no tiene otro efecto que mantener la vida artificialmente”, que en su opinión era extremadamente impreciso), y la categorización de la nutrición e hidratación artificial como tratamiento y no como cuidados dispensados al paciente. Según surge de su presentación, la nutrición enteral administrada a Vincent Lambert no constituía un tipo de tratamiento que pudiese ser retirado, y el concepto de obstinación terapéutica tampoco era aplicable a su estado clínico.

126. Sostuvieron que el procedimiento que condujo a la decisión que tomó su médico el 11 de enero de 2014 resultaba incompatible con las obligaciones del Estado plasmadas en el art. 2 de la Convención. En su opinión, el procedimiento no había sido realmente colectivo, ya que se había procurado buscar opiniones sobre una base puramente consultiva, y había sido el médico interviniente únicamente quien

había tomado la decisión. Afirmaron que eran posibles otros métodos alternativos que permitieran la participación de otros profesionales o miembros de la familia, en ausencia de una persona de confianza, en la toma de decisiones. Por último, sostuvieron que la legislación debería prever la posibilidad de desacuerdo entre familiares y disponer como mínimo el recurso a la mediación.

*(ii) El Gobierno*

127. El Gobierno adujo que la Ley del 22 de abril de 2005 suponía un equilibrio entre el derecho al respeto a la vida y el derecho del paciente a aceptar o rechazar un tratamiento. La definición de obstinación terapéutica fue basada en los principios éticos de beneficencia y no maleficencia reiterados en la “Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida”, publicada por el Consejo de Europa. De acuerdo con estos principios, los profesionales de la salud tenían la sola obligación de brindar el tratamiento adecuado y sus actos debían ser guiados solo por el beneficio del paciente, el cual debía evaluarse en términos generales. A tal fin, habrían de tomarse en cuenta tanto factores clínicos como no clínicos, y en particular los deseos del paciente. El Gobierno señaló que en oportunidad de haber sido tratado el proyecto en el Parlamento, se había rechazado una enmienda por la que se procuraba excluir la nutrición e hidratación artificial del alcance del término “tratamiento”. Recalcó que la palabra “tratamiento” abarcaba asimismo métodos e intervenciones practicados ante una deficiencia funcional en el paciente e implicaba el empleo de técnicas médicas invasivas.

128. El Gobierno hizo particular hincapié en que la legislación francesa ofrecía una serie de garantías procesales: la consideración de los deseos del paciente y de la opinión de su persona de confianza, de la familia o de aquellas personas cercanas al paciente, y la implementación de un procedimiento colectivo en el que participaran la familia y aquellas personas allegadas al paciente. Por último, la decisión que tomó el médico interviniente estaba sujeta a revisión judicial.

*(iii) Los terceros intervinientes*

*(α) Rachel Lambert*

129. Rachel Lambert alegó que la Ley del 22 de abril de 2005 rodeaba a la decisión médica de numerosas garantías, y establecía un equilibrio entre el derecho de cada individuo a recibir los cuidados más apropiados a su estado de salud y el derecho a no someterse a un tratamiento en circunstancias que podrían traducirse en una obstinación terapéutica. Puso de resalto que la voluntad del legislador no había sido limitar el reconocimiento de los deseos del paciente expresados con anterioridad a aquellos casos en los cuales aquel habría designado a una persona de su confianza o dejado instrucciones por escrito con antelación; cuando este no fuera el caso, se procuró que se consultara la opinión de la familia a fin de determinar, en primer lugar, qué habría querido el paciente.

130. Al referirse al procedimiento colectivo implementado en el caso *sub examine*, señaló que el Dr. Kariger había realizado una interconsulta con seis médicos

(tres de ellos, no pertenecientes al cuerpo médico del hospital), había convocado a una reunión con prácticamente la totalidad del personal encargado del cuidado del paciente y del personal médico, y había tenido dos reuniones con la familia. Su decisión había sido extensamente fundada y era prueba de la profesionalidad que revelaba su postura.

(β) *François Lambert y Marie-Geneviève Lambert*

131. François Lambert y Marie-Geneviève Lambert adujeron que la decisión del médico interviniente había sido tomada de conformidad con la Ley del 22 de abril de 2005, *supra*, cuyas disposiciones resumen en su presentación. Pusieron de resalto que la información que surge del informe pericial médico ordenado por el Consejo de Estado coincidía íntegramente con la noción de tratamiento con el solo efecto de mantener la vida artificialmente, observando que era la incapacidad de Vincent Lambert para comer y beber por sí mismo, sin asistencia médica en forma de nutrición e hidratación enteral, lo que causaría su muerte.

132. Sostuvieron que el proceso de toma de decisiones en el caso *sub examine* había resultado particularmente largo, meticuloso y respetuoso de los derechos de todos los interesados, de las opiniones médicas y paramédicas consultadas, así como también de las opiniones de los familiares que habían sido invitados a participar en el procedimiento (en especial, los peticionantes, quienes habían sido asistidos por un médico de su elección a lo largo de todo el proceso) y que habían sido informados en todo momento de las medidas adoptadas. En su opinión, la decisión final había sido tomada de conformidad con el procedimiento exigido por Ley y por la Convención, establecido en la “Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida”, publicada por el Consejo de Europa.

(γ) *UNAFTC (Unión Nacional de Asociaciones de Familias de Víctimas de Traumatismos Craneales y Daño Cerebral)*

133. La UNAFTC se hizo eco de las inquietudes de las familias y las instituciones que representa, y manifestó que los pacientes en estado vegetativo crónico o de conciencia mínima no se encontraban en fase terminal ni eran mantenidos con vida artificialmente, y si el estado de salud de una persona no revelara que estuviera en riesgo su vida, la nutrición e hidratación artificial no podía considerarse un tratamiento que pudiese ser retirado. La UNAFTC sostuvo que los deseos de un paciente no podían determinarse sobre la base de observaciones verbales informadas por algunos de sus familiares y que en caso de duda, debe siempre inclinarse la balanza del lado de la vida. De cualquier modo, en ausencia de instrucciones dejadas con antelación o de una persona de confianza del paciente, no podría tomarse la decisión de retirar el tratamiento cuando no hay consenso en la familia.

*(δ) Amrésó-Bethel*

134. La asociación Amrésó-Bethel, que dirige una unidad terapéutica para pacientes en estado vegetativo crónico o de conciencia mínima, proporcionó información detallada sobre los cuidados dispensados a sus pacientes.

*(ε) Clínica de Derechos Humanos*

135. En vista de la multiplicidad de enfoques a nivel mundial que existen sobre cuestiones atinentes a la extinción de la vida y las diferencias existentes en relación con las circunstancias en las que se ha permitido la eutanasia pasiva, la Clínica de Derechos Humanos manifestó que debería dejarse a los Estados un cierto margen de apreciación a la hora de encontrar un equilibrio entre la autonomía personal del paciente y la protección a su derecho a la vida.

**(b) La opinión de la Corte***(i) Consideraciones generales**(α) Jurisprudencia existente en la materia*

136. La Corte nunca ha tenido ocasión de resolver una cuestión como la planteada en el caso *sub examine*, pero sí ha examinado una serie de casos relativos a cuestiones relacionadas.

137. En un primer grupo de casos, los peticionantes o sus parientes invocaban el derecho a morir, fundándose en numerosos artículos de la Convención.

En el caso *Sanles Sanles, supra*, el peticionante, actuando en nombre de su cuñado, que era tetrapléjico y deseaba poner fin a su vida con la asistencia de terceros, y quien falleció antes de que se interpusiera la demanda, hizo valer el derecho a morir con dignidad, fundándose en los arts. 2, 3, 5, 6, 8, 9 y 14 de la Convención. La Corte declaró la inadmisibilidad de la demanda por resultar incompatible *ratione personae* con las disposiciones de la Convención.

En el caso *Pretty, supra*, la peticionante se encontraba en la fase terminal de una enfermedad neurodegenerativa irreversible y planteó en su demanda, con base en los arts. 2, 3, 8, 9 y 14 de la Convención, que su esposo no podía ayudarla a suicidarse sin enfrentar luego un proceso penal promovido por las autoridades del Reino Unido. La Corte en este caso no encontró que se hubiese cometido ninguna violación a las disposiciones en juego.

Los casos *Haas y Koch, supra*, se relacionaban con el suicidio asistido, y en ellos los peticionantes fundaron sus demandas en el art. 8 de la Convención. En *Haas*, el peticionante, quien había sufrido durante mucho tiempo de un grave trastorno afectivo bipolar, deseaba poner fin a su vida y planteó en su demanda que no podía adquirir la sustancia letal que necesitaba a tal efecto sin prescripción médica; la Corte aquí sostuvo que no había habido violación del art. 8. En *Koch*, el peticionante alegó que el negar a su esposa (quien estaba paralizada y necesitaba ventilación artificial) la adquisición de una dosis letal de medicación que le permitiera quitarse la vida

había violado el derecho de ella, y el suyo propio, al respeto a su vida privada y familiar. Impugnó asimismo la decisión de los tribunales nacionales de no examinar el fondo de su demanda, y aquí la Corte halló que hubo violación del art. 8 solo sobre ese punto.

138. En un segundo grupo de casos, los peticionantes planteaban el tema de la administración o la suspensión de un tratamiento médico.

En *Glass, supra*, los peticionantes cuestionaron la administración de diamorfina a su hijo enfermo por decisión de los médicos del hospital sin su consentimiento y la orden de “no resucitación” que figuraba en su historia clínica. En su sentencia del 18 de marzo de 2003, *supra*, la Corte resolvió que su demanda fundada en el art. 2 de la Convención se hallaba manifiestamente mal fundada; y en su decisión del 9 de marzo de 2004, sostuvo que no había habido una violación al art. 8 de la Convención.

En el caso *Burke v. the United Kingdom* ((dec.), n° 19807/06, 11 de julio de 2006), el peticionante sufría de una enfermedad cerebral degenerativa irreversible y temía que los criterios aplicables en el Reino Unido podrían conducir a su debido tiempo a que le suspendieran la nutrición e hidratación artificial que recibía. La Corte declaró su demanda, fundada en los arts. 2, 3 y 8 de la Convención, inadmisibles por estar manifiestamente mal fundada.

Finalmente, en su sentencia en el caso *Ada Rossi and Others, supra*, la Corte declaró inadmisibles *ratione personae* una demanda interpuesta por individuos y asociaciones en la que planteaban, con base en los arts. 2 y 3 de la Convención, los efectos potencialmente adversos para ellos de la ejecución de una sentencia de la Corte de Casación de Italia que autorizaba la suspensión de la nutrición e hidratación artificial a una joven en estado vegetativo.

139. La Corte observa que, con excepción de la violación de carácter procesal del art. 8 en *Koch, supra* (ver párrafo 137, *supra*), no se halló ninguna violación a la Convención en ninguno de estos casos.

### (β) Contexto

140. El art. 2 exige que el Estado adopte medidas adecuadas para garantizar el derecho a la vida de aquellos sometidos a su jurisdicción (v. *L. C.B., supra*, § 36, y la sentencia en *Powell, supra*); en la esfera de la salud pública, estas obligaciones positivas exigen a los Estados dictar normas que obliguen a los hospitales, sean públicos o privados, a adoptar medidas adecuadas tendientes a la protección de la vida de sus pacientes (v. *Calvelli and Ciglio v. Italy*, GC, n° 32967/96, § 49, *ECHR* 2002-I; fallo *Glass, supra*; *Vo v. France*, GC, n° 53924/00, § 89, *ECHR* 2004-VIII; y *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu, supra*, § 130).

141. La Corte pone de resalto que la cuestión planteada ante ella en el caso *sub examine* no se vincula con la eutanasia, sino más bien con el retiro de un tratamiento que mantiene al paciente con vida (ver párrafo 124, *supra*).

142. En *Haas, supra* (§ 54), la Corte reiteró que había que hacer una interpretación sistemática de la Convención (v. *mutatis mutandis, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2)*, GC, n° 32772/02, § 83, *ECHR* 2009). En este fallo, la Corte consideró apropiado, en ocasión de analizar una posible violación al art. 8, remitirse al art. 2 de la Convención (*ibid.*). Según el Tribunal, el

camino inverso también es aplicable: en un caso como el *sub examine*, al examinar una posible violación del art. 2, sería apropiada una remisión al art. 8 de la Convención, así como también al derecho al respeto a la vida privada y a la noción de autonomía personal ínsita en aquel derecho. En *Pretty* (§ 67), la Corte no estaba preparada para descartar el hecho de que impedir por ley a la peticionante que ejerciera su derecho a elegir eludir lo que consideraba que sería una muerte angustiosa y no digna constituía una injerencia indebida en su derecho al respeto a su vida privada, garantizado por el art. 8, inc. 1 de la Convención. En *Haas, supra* (§ 51), se afirmó que el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento su vida debería llegar a su fin constituía uno de los aspectos del derecho al respeto a la vida privada.

La Corte remite aquí en particular a los párrafos 63 y 65 del fallo *Pretty*, donde sostuvo lo siguiente:

“... En materia de tratamientos médicos, la negación a aceptar someterse a un determinado tratamiento podría, inevitablemente, conducir a un resultado fatal; no obstante, la imposición de un tratamiento médico, sin el consentimiento del paciente adulto capaz, constituiría una injerencia en la integridad física de una persona de tal manera que podrían verse comprometidos los derechos garantizados por el art. 8, inc. 1 de la Convención. Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, una persona bien puede pretender ejercer su derecho a elegir morir negándose a prestar su consentimiento para un tratamiento que podría tener el efecto de prolongar su vida...”.

“La esencia misma de la Convención es el respeto a la dignidad humana y a la libertad humana. Sin negar el principio de sacralidad de la vida garantizado por la Convención, la Corte considera que es en términos del art. 8 que la noción de calidad de vida cobra importancia. En una era de creciente sofisticación en el campo de la medicina combinada con expectativas de vida más altas, a muchas personas les preocupa que puedan llegar a ser obligadas a prolongar su vida en la vejez o en un estado de avanzada decrepitud física o mental, lo que entra en conflicto con ideas fuertemente afianzadas de identidad propia y personal”.

143. La Corte tomará en consideración estas observaciones al analizar si el Estado cumplió con sus obligaciones positivas que surgen del art. 2. Por otra parte, advierte que, en ocasión de tratar la cuestión sobre la administración o el retiro de un tratamiento médico en los casos *Glass y Burke, supra*, tomó en cuenta los siguientes factores:

- la existencia en el derecho y en la práctica en el orden interno de un marco regulatorio compatible con los requisitos del art. 2 (*Glass, supra*);
- si se habían tomado en consideración los deseos del peticionante expresados con anterioridad y los de las personas cercanas a él, así como también las opiniones de otros profesionales de la salud (*Burke, supra*);
- la posibilidad de recurrir a la justicia en caso de duda respecto a cuál es la mejor decisión que ha de tomarse en interés del paciente (*ibid.*).

La Corte tomará en consideración estos factores al examinar el caso *sub examine*. Asimismo, tendrá en cuenta los criterios establecidos en la “Guía para el

proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida”, publicada por el Consejo de Europa (ver párrafos 60-68, *supra*).

(γ) *Margen de apreciación*

144. La Corte reitera que el art. 2 es considerado como una de las disposiciones más importantes de la Convención, una disposición que no admite, en tiempos de paz, derogación alguna en virtud del art. 15 y que impone una interpretación restrictiva de las excepciones previstas en dicho artículo (ver, entre otras fuentes, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, GC, n° 23458/02, §§ 174-77, *ECHR* 2011 (fragmentos)). Sin embargo, en el marco de las obligaciones positivas del Estado, cuando se han tratado cuestiones complejas de orden científico, jurídico o ético relacionadas en particular con el comienzo o el fin de la vida, y en ausencia de consenso entre los Estados miembros, la Corte ha reconocido que estos últimos gozan de un cierto margen de apreciación.

En primer lugar, la Corte observa que en el caso *Vo, supra* (donde se resolvió la absolución de un médico imputado por homicidio culposo que había sido responsable de la muerte del niño por nacer de la peticionante), en su análisis sobre en qué momento comienza la vida desde el enfoque dado por el art. 2 de la Convención, concluyó que la cuestión estaba comprendida dentro del margen de apreciación de los Estados en esta esfera. Tomó en consideración la inexistencia de una aproximación a la problemática común entre los Estados contratantes, así como también la ausencia de consenso en el orden europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida (§ 82).

La Corte reiteró esta línea de argumentación en, *inter alia*, el caso *Evans v. the United Kingdom* (GC, n° 6339/05, §§ 54-56, *ECHR* 2007-I, donde se planteó la cuestión de que el derecho interno permitía a la ex pareja de la peticionante revocar su consentimiento para el almacenamiento y uso de embriones fecundados por ambos) y en el caso *A, B and C v. Ireland* (GC, n° 25579/05, § 237, *ECHR* 2010, donde los peticionantes esencialmente cuestionaban, fundándose en el art. 8 de la Convención, la prohibición del aborto en Irlanda por motivos de salud y bienestar de la persona).

145. En lo referente al suicidio asistido, la Corte advirtió, en el contexto del art. 8 de la Convención, que no había consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento su vida debía llegar a su fin, y concluyó, por lo tanto, que el margen de apreciación de los Estados en esta área era “considerable” (v. *Haas, supra*, § 55, y *Koch, supra*, § 70).

146. La Corte sostuvo asimismo, en términos generales, en el caso *Ciechońska v. Poland* (n° 19776/04, § 65, 14 de junio de 2011), donde se planteaba la responsabilidad del Estado en la muerte accidental del esposo de la peticionante, que la elección de los medios tendientes a garantizar las obligaciones positivas previstas en el art. 2 era en principio una cuestión que se hallaba comprendida dentro del margen de apreciación de los Estados.

147. La Corte advierte que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa a favor de permitir el retiro de un tratamiento que mantiene

la vida artificialmente, aunque la mayor parte de los Estados parezca permitirlo. Mientras que las normas que regulan en forma pormenorizada el retiro de un tratamiento varían de Estado a Estado, existe no obstante consenso en lo que hace a la importancia primordial de los deseos del paciente en el proceso de toma de decisiones, cualquiera sea la forma en que esos deseos estén expresados (ver párrafos 74-75, *supra*).

148. Por consiguiente, la Corte considera que en esta esfera que hace a la extinción de la vida, como en aquella que concierne al comienzo de la vida, debe otorgarse a los Estados un cierto margen de apreciación, no solo en la determinación de si ha de permitirse o no el retiro de un tratamiento que mantiene la vida artificialmente y en las disposiciones que regulan en forma pormenorizada el procedimiento a seguir en ese caso, sino también en lo que hace a la manera de encontrar un equilibrio entre la protección del derecho a la vida del paciente y la protección de su derecho al respeto a su vida privada y su autonomía personal (v., *mutatis mutandis*, *A, B and C, supra*, § 237). No obstante, este margen de apreciación no es ilimitado (*ibid.*, § 238), y la Corte se reserva la facultad de examinar si el Estado ha cumplido o no con sus obligaciones previstas en el art. 2.

(ii) *Aplicación al caso sub examine*

149. Los peticionantes alegan que la Ley del 22 de abril de 2005 carecía de claridad y precisión, a la vez que impugnan el procedimiento que culminó con la decisión que tomó el médico interviniente el 11 de enero de 2014. En su opinión, estas deficiencias fueron el resultado del no cumplimiento por parte de las autoridades nacionales de su deber de garantía previsto en el art. 2 de la Convención.

(α) *Marco legislativo*

150. Los peticionantes cuestionaron la falta de precisión y claridad en la Ley, la cual, según lo expuesto en su presentación, no era aplicable al caso de Vincent Lambert, quien no se encontraba enfermo ni en fase terminal. Sostuvieron asimismo que la legislación no definía con suficiente precisión los conceptos de obstinación terapéutica y de tratamiento que podía ser retirado.

151. La Corte toma en consideración el marco legislativo establecido en el Código de Salud Pública (en adelante, “el Código”), con las modificaciones introducidas por la Ley del 22 de abril de 2005 (ver párrafos 52-54, *supra*). Por otra parte, reitera que la labor de interpretación es inherente a la función judicial (ver, entre otras fuentes, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey*, GC, n° 13279/05, § 85, 20 de octubre de 2011). Observa el Tribunal que con anterioridad a los fallos citados en el caso *sub examine*, los tribunales franceses jamás habían sido llamados a interpretar las disposiciones de la Ley del 22 de abril de 2005, aunque había estado ya en vigencia durante nueve años. En el caso *sub examine*, el Consejo de Estado tenía la función de aclarar el ámbito de aplicación de la Ley y definir los conceptos de “tratamiento” y “obstinación terapéutica” (ver *infra*).

### *Ámbito de aplicación de la Ley*

152. En su sentencia del 14 de febrero de 2014, el Consejo de Estado determinó el ámbito de aplicación de la Ley. Sostuvo que surgía con claridad de la misma redacción de las disposiciones aplicables y de los debates parlamentarios previos a la sanción de la Ley que las disposiciones en cuestión eran de carácter general y aplicables a todos los usuarios del sistema de salud, estuviera el paciente o no en fase terminal (ver párrafo 33, *supra*).

153. La Corte advierte que Jean Leonetti, relator de la Ley del 22 de abril de 2005, en sus observaciones hechas al Consejo de Estado afirmó, en carácter de *amicus curiae*, que la Ley era aplicable a pacientes con daño cerebral que sufrieran por razón de ello una enfermedad grave e irreversible en estado avanzado, pero que no necesariamente se encontrarán “en la fase final de su vida”. Por esa razón, el Poder Legislativo, en el título de la Ley, se había referido a los “derechos del paciente y cuestiones relacionadas con el fin de la vida”, y no a los “derechos del paciente en la fase final de su vida” (ver, en sentido similar, las observaciones de la Academia Nacional de Medicina, párrafo 44, *supra*).

### *Concepto de tratamiento*

154. El Consejo de Estado, en su sentencia del 14 de febrero de 2014, elaboró una interpretación del concepto de tratamiento que podía ser retirado o limitado. Sostuvo, a la luz de los arts. L. 1110-5 y 1111-4 del Código, *supra*, y de los debates parlamentarios, que la voluntad del legislador había sido incluir entre tales tipos de tratamiento todos los actos realizados con el fin de mantener las funciones vitales del paciente artificialmente, y la nutrición e hidratación artificial estaba comprendida dentro de esta categoría de actos. Las presentaciones hechas en calidad de *amicus curiae* al Consejo de Estado coincidieron en este punto.

155. La Corte advierte que la “Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida”, publicada por el Consejo de Europa, trata estos temas. La Guía específicamente dispone que el tratamiento contempla no solo intervenciones que tienen por objeto mejorar el estado de salud del paciente actuando sobre las causas de la enfermedad, sino también intervenciones que apuntan solo a los síntomas y no a la etiología de la enfermedad, o que responden a una disfunción orgánica. De acuerdo con los estándares de la Guía, la nutrición e hidratación artificial es proporcionada a un paciente por indicación médica, e implica decisiones a tomar relativas a procedimientos e instrumentos médicos (perfusión, tubos de alimentación). La Guía observa que existen diferencias en la aproximación a este tema entre los distintos ordenamientos. Algunos consideran que la nutrición e hidratación artificial constituye un tipo de tratamiento que puede ser limitado o retirado dependiendo de las circunstancias y de conformidad con las garantías previstas en el derecho interno. Los factores que han de tomarse en consideración a este respecto son los deseos del paciente y si el tratamiento resulta apropiado o no en la situación médica planteada. En otros países, es considerada como un tipo de cuidados dispensados al paciente que cubren las necesidades básicas

del individuo y que no pueden retirarse a menos que el paciente, en fase terminal o en la fase final de su vida, haya expresado un deseo en ese sentido (ver párrafo 61, *supra*).

### *Concepto de obstinación terapéutica*

156. En términos del art. L. 1110-5 del Código, el tratamiento pasará a constituir obstinación terapéutica si resulta inútil o desproporcionado o no tiene “ningún otro efecto que el de mantener la vida artificialmente” (véase el párrafo 53, *supra*). Es este último criterio el que se aplicó en el presente caso y que los peticionantes consideran impreciso.

157. En sus observaciones ante el Consejo de Estado en calidad de *amicus curiae*, el Sr. Leonetti afirmó que esta redacción, que era más rigurosa que la del proyecto original (tratamiento “que prolonga la vida artificialmente”), era más restrictiva y se refería a sostener artificialmente la vida “en el sentido puramente biológico, en circunstancias en las que, en primer lugar, el paciente presenta una lesión cerebral masiva e irreversible, y, en segundo lugar, su estado no brinda ninguna perspectiva de que recobre la conciencia de sí mismo o vuelva a relacionarse con otros” (véase el apartado 44, *supra*). En el mismo sentido, el Consejo Médico Nacional también destacó la importancia de la noción de temporalidad y afirmó que cuando la condición patológica se torna crónica y produce el deterioro fisiológico del paciente y la pérdida de sus facultades cognitivas y relacionales, la obstinación en la aplicación del tratamiento puede considerarse irrazonable si no se presentan signos de mejoría manifiesta (*ibid.*).

158. En su sentencia del 24 de junio de 2014, la Consejo de Estado detalló los factores que el médico debe tener en cuenta para evaluar si se cumplen los presupuestos para que exista obstinación terapéutica, pero dejó en claro que cada situación tenía que ser considerada por sus propios méritos. Estos eran: los factores médicos (que debían cubrir un período suficientemente largo, debían ser evaluados de manera colegiada y referirse en particular al estado actual del paciente, a la evolución de su estado, a su grado de sufrimiento y al diagnóstico clínico) y los factores no médicos, a saber, los deseos del paciente, cualquiera haya sido su forma o tenor, a los cuales el médico “debe acordar una importancia particular”, y las opiniones de la persona de confianza, la familia o las personas cercanas al paciente.

159. La Corte observa que el Consejo de Estado estableció dos importantes salvaguardias en dicha sentencia. En primer lugar, señaló que “la mera circunstancia de que una persona se encuentre en un estado irreversible de inconsciencia o, *a fortiori*, de que haya perdido irreversiblemente su autonomía y que por ello dependa de esa forma de nutrición e hidratación no equivale *per se* a una situación en la que la continuación del tratamiento aparezca injustificada en razón de la obstinación terapéutica”. En segundo lugar, hizo hincapié en que, en caso de que sus deseos se desconozcan, no puede presumirse que consistan en un rechazo por parte del paciente a ser mantenido con vida en las condiciones actuales (véase párrafo 48, *supra*).

160. Sobre la base de este análisis, la Corte no puede suscribir los argumentos de los peticionantes. Considera que las disposiciones de la Ley del 22 de abril de

2005, según la interpretación del Consejo de Estado, constituyen un marco jurídico suficientemente claro a los fines del art. 2 de la Convención para regular con precisión las decisiones tomadas por los médicos en situaciones tales como la que existe en el presente caso. Por tanto, la Corte concluye que el Estado puso en marcha un marco reglamentario apto para garantizar la protección de la vida de los pacientes (véase párrafo 140, *supra*).

(β) *El proceso de toma de decisiones*

161. Los peticionantes denuncian el proceso de toma de decisiones, el cual, conforme a su criterio, debería haber sido genuinamente colectivo o, al menos, tener prevista la mediación para el supuesto en que no se llegara a un acuerdo.

162. La Corte señala, en primer lugar, que no puede interpretarse que el art. 2 ni su jurisprudencia impongan algún requisito en cuanto al procedimiento a seguir para lograr arribar a un posible acuerdo. Señala que en el caso *Burke*, antes citado, decidió que el procedimiento que consiste en la determinación de los deseos del paciente y en la consulta a las personas cercanas a él así como a otro personal médico resulta compatible con el art. 2 (véase el párrafo 143, *supra*).

163. La Corte observa que, si bien el procedimiento previsto en la legislación francesa se describe como “colectivo” e incluye varias fases de consulta (con el equipo de atención, con al menos otro médico, con la persona de confianza, con la familia o con las personas cercanas al paciente), es el médico a cargo del paciente el único que toma, solo, la decisión. Los deseos del paciente deben ser tenidos en cuenta y la propia decisión debe ir acompañada de sus fundamentos y añadirse a la historia clínica del paciente.

164. En sus observaciones como *amicus curiae*, Jean Leonetti señaló que la Ley dio al médico la exclusiva responsabilidad de tomar la decisión de retirar el tratamiento y que se había resuelto no pasar esa responsabilidad a la familia a fin de evitar cualquier sentimiento de culpa y para asegurar que la persona que tomó la decisión esté identificada.

165. Pues bien, del material de derecho comparado que la Corte tiene a su disposición surge que en aquellos países que autorizan a retirar el tratamiento, cuando el paciente no ha establecido ninguna directiva anticipada, existe una gran variedad de modalidades de regímenes para la adopción de la decisión final de retirar el tratamiento. Esta puede ser adoptada por el médico (esta es la situación más común), en forma conjunta por el médico y la familia, por la familia o el representante legal, o por los tribunales (véase el párrafo 75, *supra*).

166. La Corte observa que el procedimiento colectivo en el presente caso se extendió desde septiembre 2013 hasta enero 2014 y que, en cada etapa de su ejecución, superó la satisfacción de las exigencias establecidas por la Ley. Considerando que el procedimiento prevé la consulta a otro médico y, en su caso, a un segundo, el Dr. Kariger consultó a seis médicos, uno de los cuales fue designado por los peticionantes. Convocó a una reunión de casi todo el equipo de atención y tuvo dos reuniones con la familia a las que asistieron la esposa de Vincent Lambert, sus padres y sus ocho hermanos. Tras esas reuniones, la esposa de Vincent Lambert y seis de sus hermanos

y hermanas alegaron a favor de retirar el tratamiento, al igual que cinco de los seis médicos consultados, mientras que los peticionantes se opusieron a esta medida. El médico también mantuvo conversaciones con François Lambert, sobrino de Vincent Lambert. Su decisión, de trece páginas de extensión (una versión abreviada de la cual, de siete páginas, fue leída a la familia) estuvo fundada en forma muy pormenorizada. El Consejo de Estado declaró en su sentencia del 24 de junio de 2014 que no estaba viciada por ninguna irregularidad (véase el párrafo 50, *supra*).

167. El Consejo de Estado determinó que el médico había cumplido con el requisito de consultar a la familia y que había sido lícito que tomara su decisión sin contar con la opinión favorable unánime de los miembros de esta. La Corte señala que el derecho francés en su estado actual prevé que la familia sea consultada (y no que participe en la toma de la decisión), pero no prevé la mediación en caso de desacuerdo entre sus miembros. Asimismo, no especifica el orden en el que las opiniones de sus miembros deben ser tenidas en cuenta, a diferencia de lo previsto en otros países.

168. La Corte toma nota de la falta de consenso sobre este tema (véase el párrafo 165, *supra*) y considera que la organización del proceso de toma de decisiones, incluyendo la designación de la persona que toma la decisión final de retirar el tratamiento y las modalidades de la toma de la decisión, cae dentro del margen de apreciación del Estado. Señala también que el procedimiento seguido en el presente caso fue largo y meticuloso, superando con creces la satisfacción de las exigencias establecidas por la Ley, y considera que, aunque los peticionantes no estén de acuerdo con el resultado, ese procedimiento satisface las exigencias derivadas del art. 2 de la Convención (véase el párrafo 143, *supra*).

#### (γ) Recursos judiciales

169. Por último, la Corte examinará los recursos con que contaron los peticionantes en el presente caso. Observa que el Consejo de Estado, que tuvo que resolver por primera vez un recurso interpuesto contra una decisión de retirar un tratamiento médico en términos de la Ley del 22 de abril de 2005, hizo algunas aclaraciones importantes en sus sentencias de 14 de febrero y 24 de junio de 2014, relativas al alcance de la revisión llevada a cabo por el juez del tribunal administrativo que resuelve las solicitudes urgentes en casos como el que nos ocupa.

170. Los peticionantes habían presentado una solicitud urgente ante el tribunal administrativo para la protección de un derecho fundamental, fundándose en el art. L. 521-2 del Código de los Tribunales Administrativos. Este artículo dispone que “cuando el juez del Tribunal Administrativo que resuelve las solicitudes urgentes recibe una demanda de esta naturaleza fundada en una urgencia especial, puede ordenar cualquier medida necesaria para salvaguardar un derecho fundamental que ha sido supuestamente vulnerado de manera grave y manifiestamente ilícita por una autoridad administrativa”. Cuando entiende en una solicitud así fundada, el juez del tribunal administrativo que resuelve las solicitudes urgentes normalmente resuelve solo y con carácter de urgencia, y puede ordenar medidas provisionales fundadas en el criterio de prueba de la ilegalidad manifiesta.

171. La Corte señala que, tal como lo define el Consejo de Estado (véase el párrafo 32, *supra*), el juez que resuelve las solicitudes urgentes no solo tiene atribuciones para suspender la ejecución de la decisión del médico, sino también para llevar a cabo una revisión completa de su legalidad (y no solo para aplicar la prueba de la ilegalidad manifiesta), actuando como miembro de un tribunal y, si surge la necesidad, para solicitar posteriormente una pericia médica y requerir las opiniones de *amicus curiae*.

172. El Consejo de Estado también especificó en su sentencia del 24 de junio 2014 que el particular rol que el juez juega en estos casos implicaba que tenía que examinar –además de las alegatos de que la decisión en cuestión era ilegal– todo argumento en el sentido de que las disposiciones legislativas que se habían aplicado eran incompatibles con la Convención.

173. La Corte señala que el Consejo de Estado examinó el caso interviniendo como tribunal pleno (los diecisiete miembros de la Asamblea Judicial), lo cual es muy inusual en un procedimiento de medidas cautelares. En su sentencia del 14 de febrero 2014, declaró que la evaluación llevada a cabo en el Hospital Universitario de Lieja se había realizado dos años y medio antes, y consideró que era necesario contar con la información más completa posible sobre el estado de salud de Vincent Lambert. Por lo tanto, ordenó una pericia médica que encomendó a tres reconocidos especialistas en neurociencia. Además, en vista de la magnitud y la dificultad de las cuestiones planteadas por el caso, solicitó a la Academia Nacional de Medicina, al Comité Consultivo Nacional de Ética, al Consejo Médico Nacional y a Jean Leonetti que le presentaran observaciones generales en calidad de *amici curiae*, a fin de aclarar, en particular, los conceptos de obstinación terapéutica y de mantenimiento artificial de la vida.

174. La Corte observa que el informe pericial fue elaborado en gran profundidad. Los peritos examinaron a Vincent Lambert en nueve ocasiones, llevaron a cabo una serie de pruebas y, para hacer su informe, se familiarizaron con toda su historia clínica y con todos los elementos relevantes del expediente judicial. Entre el 24 de marzo y el 23 de abril 2014, también se reunieron con todas las partes interesadas (la familia, el equipo médico y de atención, los consultores médicos, y los representantes de UNAFTC y el hospital).

175. En su sentencia del 24 de junio de 2014, el Consejo de Estado comenzó por examinar la compatibilidad de las disposiciones pertinentes del Código de Salud Pública con los arts. 2, 8, 6 y 7 de la Convención (véase el párrafo 47, *supra*), antes de evaluar la conformidad de la decisión del Dr. Kariger con las disposiciones del Código (véanse los párrafos 48 a 50, *supra*). Su revisión abarcó la legalidad del procedimiento colectivo y la satisfacción de los requisitos de fondo establecidos por la Ley, que a su juicio consideró satisfechos, particularmente a la luz de las conclusiones del informe de los peritos. Señaló, en particular, que de los informes periciales surgía con claridad que la condición clínica de Vincent Lambert era la de estado vegetativo crónico, que había sufrido graves y extensos daños cuya seriedad, sumada al período de cinco años y medio que había transcurrido desde el accidente, llevaba a la conclusión de que era irreversible y que había un “mal pronóstico clínico”. En opinión del Consejo de Estado, estas conclusiones confirmaban las del Dr. Kariger.

176. La Corte observa además que el Consejo de Estado, después de destacar “la importancia particular” que el médico debe acordar a los deseos del paciente (véase el párrafo 48, *supra*), trató de averiguar cuáles habían sido los deseos de Vincent Lambert. Como este último no había formulado ninguna directiva anticipada ni designado una persona de confianza, el Consejo de Estado tomó en cuenta el testimonio de su esposa Rachel Lambert. Tomó nota de que tanto ella como su marido eran enfermeros con experiencia en el trato con pacientes en reanimación y con discapacidades múltiples, que a menudo habían discutido sus experiencias profesionales y que en varias de esas ocasiones Vincent Lambert había expresado el deseo de no ser mantenido vivo artificialmente en un estado altamente dependiente (véase el párrafo 50, *supra*). El Consejo de Estado determinó que esos comentarios –cuyo tenor fue confirmado por uno de los hermanos de Vincent Lambert– habían sido informados por Rachel Lambert con todo detalle y con las fechas correspondientes. También tuvo en cuenta la circunstancia de que varios de los otros hermanos de Vincent Lambert habían declarado que estas observaciones estaban en consonancia con la personalidad de su hermano, con su experiencia pasada y con sus puntos de vista, y señaló que los peticionantes no habían afirmado que él hubiera hecho declaraciones en sentido contrario. El Consejo de Estado observó, por último, que la consulta a la familia prevista por la ley había tenido lugar (*ibid.*).

177. Los peticionantes alegaron, con base en el art. 8 de la Convención, que el Consejo de Estado no debería haber tenido en cuenta las observaciones orales de Vincent Lambert, a las que ellos consideraban demasiado genéricas.

178. La Corte señala, en primer lugar, que el paciente es la parte principal en el proceso de toma de decisiones y cuyo consentimiento debe permanecer en el centro de este último; esto es cierto incluso cuando el paciente es incapaz de expresar sus deseos. La Guía del Consejo de Europa para el Proceso de Toma de Decisiones relativas al Tratamiento Médico en Situaciones del Final de la Vida recomienda que el paciente debe participar en el proceso de toma de decisiones a través de cualquier deseo expresado anteriormente que pueda haber sido confiado por vía oral a un miembro de la familia o un amigo cercano (véase párrafo 63, *supra*).

179. Asimismo, la Corte observa que, de acuerdo con el material de derecho comparado que tiene a su disposición, ante la inexistencia de directivas anticipadas o de un “testamento vital”, una serie de países exige que se procure determinar los presuntos deseos del paciente a través de una variedad de medios (declaraciones del representante legal o de la familia, otros factores que dan testimonio de la personalidad del paciente y sus creencias, y así sucesivamente).

180. Por último, la Corte señala que en la sentencia dictada en el caso *Pretty* (cit., *supra*, § 63), reconoció el derecho de toda persona a negarse a dar su consentimiento para recibir un tratamiento que podría tener el efecto de prolongar su vida. En consecuencia, entiende que el Consejo de Estado tenía derecho a considerar que las pruebas que se le presentaron eran suficientemente precisas para establecer cuáles eran los deseos de Vincent Lambert con respecto al retiro o continuación de su tratamiento.

*(δ) Consideraciones finales*

181. La Corte es plenamente consciente de la importancia de las cuestiones planteadas por el presente caso, que se refiere a cuestiones médicas, jurídicas y éticas extremadamente complejas. En las circunstancias del caso, la Corte reitera que correspondía principalmente a las autoridades nacionales comprobar si la decisión de retirar el tratamiento era compatible con la legislación nacional y la Convención, y establecer los deseos del paciente en términos de la legislación nacional. La función de la Corte consiste en determinar si el Estado ha cumplido con las obligaciones positivas que le impone el art. 2 de la Convención.

Basándose en este criterio, la Corte encuentra que tanto el marco legislativo establecido por la legislación nacional, según fuera interpretado por el Consejo de Estado, como el proceso de toma de decisiones que se llevó a cabo de manera meticulosa en el presente caso satisfacen los requisitos del art. 2. En cuanto a los recursos judiciales con que contaron los peticionantes, la Corte ha llegado a la conclusión de que el presente caso fue objeto de un examen en profundidad en el curso del cual todos los puntos de vista pudieron ser expresados y se consideraron cuidadosamente todos los aspectos, a la luz tanto de una pericia médica detallada como de las observaciones generales formuladas por los organismos médicos y éticos del más alto rango.

En consecuencia, la Corte llega a la conclusión de que las autoridades nacionales cumplieron con sus obligaciones positivas derivadas del art. 2 de la Convención, teniendo en cuenta el margen de apreciación que les había dejado en el presente caso.

*(ε) Conclusión*

182. De ello se deduce que no habría violación del art. 2 de la Convención en el caso de ejecución de la sentencia del Consejo de Estado del 24 de junio de 2014.

## III. ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONVENCION

183. Los peticionantes alegaban ser potencialmente víctimas de una violación de su derecho al respeto de su vida familiar con su hijo y hermano, en violación del art. 8 de la Convención.

184. La Corte es de la opinión de que este agravio está subsumido en los que los peticionantes fundan en el art. 2 de la Convención. En vista de su conclusión relativa a dicho artículo (véase el párrafo 182, *supra*), la Corte considera que no es necesario pronunciarse por separado sobre esta denuncia.

## IV. ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN

185. Los peticionantes denuncian, además, que el médico que tomó la decisión del 11 de enero de 2014 no fue imparcial, ya que previamente había tomado una decisión igual, y que la pericia médica ordenada por el Consejo de Estado no había sido objeto de un proceso plenamente contradictorio.

Se basaron en el art. 6 § 1 de la Convención, cuya parte pertinente dispone:

“ Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil... ”.

186. Aun suponiendo que el art. 6 § 1 sea aplicable al procedimiento que dio lugar a la decisión del médico del 11 de enero de 2014, la Corte considera que estas denuncias, en la medida en que no han sido ya objeto de tratamiento en términos del art. 2 de la Convención (véanse los párrafos 150 -181, *supra*), son manifiestamente infundadas.

187. De esto se sigue que este aspecto de la petición debe ser rechazada conforme a lo dispuesto por los arts. 35 §§ 3 (a) y 4 de la Convención.

## POR ESTOS FUNDAMENTOS, LA CORTE

1. Declara, por unanimidad, la admisibilidad del recurso en lo que hace a la denuncia que los peticionantes fundan, por derecho propio, en el art. 2.

2. Declara, por doce votos contra cinco, el resto del recurso inadmisibile;

3. Rechaza, por unanimidad, el pedido de Rachel Lambert de representar a Vincent Lambert en calidad de tercero;

4. Declara, por doce votos contra cinco, que no habría violación del art. 2 de la Convención en el caso de ejecución de la sentencia del Consejo de Estado del 24 de junio de 2014;

5. Declara, por doce votos contra cinco, que no es necesario pronunciarse por separado sobre la denuncia fundada en el art. 8 de la Convención.

Hecha en inglés y en francés, y leída en audiencia pública en el *Human Rights Building*, Estrasburgo, el 5 de junio de 2015, conforme a lo dispuesto por la Regla 77 §§ 2 y 3 del Reglamento de la Corte.

*Erik Friberg*  
Secretario

*Dean Spielmann*  
Presidente

Conforme a lo dispuesto por el art. 45 § 2 de la Convención y por la Regla 74 § 2 del Reglamento de la Corte, la opinión separada de los jueces Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano y Gričco se anexa a esta sentencia.

**DISIDENCIA PARCIAL CONJUNTA DE LOS JUECES HAJIYEV, ŠIKUTA, TSOTSORIA, DE GAETANO Y GRIŢCO**

1. Lamentamos tener que disociarnos de la opinión de la mayoría expresada en los puntos 2, 4 y 5 de la parte dispositiva de la sentencia dictada en este caso. Después de una considerable reflexión, creemos que una vez que todo está dicho y escrito en la presente sentencia, después de que todas las distinciones jurídicas sutiles están hechas y resueltas las triviales, lo que se propone es nada más y nada menos que una persona severamente discapacitada que es incapaz de transmitir sus deseos en relación con su condición actual pueda, con base en una serie de presunciones cuestionables, ser privada de dos necesidades básicas para mantener la vida –a saber, los alimentos y el agua–, y, por otra parte, que la Convención es impotente frente a esta realidad. Encontramos esta solución no solo aterradora, sino también –y lamentamos mucho tener que decir esto– equivalente a un retroceso en el grado de protección que la Convención y la Corte han brindado hasta ahora a las personas vulnerables.

2. Para llegar a la conclusión del párrafo 112 de la sentencia, la mayoría procede a revisar los casos existentes en los cuales los órganos de la Convención han aceptado que un tercero pueda, en circunstancias excepcionales, actuar en nombre y por cuenta de una persona vulnerable, aunque esta última no haya declarado expresamente su deseo de presentar una petición. La mayoría deduce de esa jurisprudencia dos criterios principales que deben aplicarse en estos casos: el riesgo de que la víctima directa se vea privada de la protección efectiva de sus derechos y la inexistencia de un conflicto de intereses entre la víctima y el peticionante (véase el párrafo 102 de la sentencia). Si bien compartimos estos dos criterios como tales, estamos completamente en desacuerdo con la forma en que la mayoría los aplica en las particulares circunstancias del presente caso.

En relación con el primer criterio, es cierto que los peticionantes pueden, y efectivamente optaron por, invocar el art. 2 por derecho propio. Sin embargo, ahora que la Corte ha reconocido la legitimación activa de una organización no gubernamental para representar a una persona fallecida (ver *Centre for Legal Recourses on behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumania*, [GC] n° 47848/08, *ECHR* 2014), no vemos ninguna razón válida para no seguir el mismo criterio con respecto a los peticionantes en el presente caso. De hecho, en su calidad de familiares cercanos a Vicente Lambert, tienen, *a fortiori*, una justificación aún más sólida para que actuar en su nombre ante la Corte.

En lo que respecta al segundo criterio, la mayoría considera que, dado que las decisiones nacionales impugnadas se basan en la certeza de que Vincent Lambert no hubiera querido ser mantenido vivo en las condiciones en las que actualmente se encuentra, no se ha “establecido que existe una convergencia de intereses entre las afirmaciones de los peticionantes y los que hubieran sido los deseos de Vincent Lambert” (véase el párrafo 104 de la sentencia). Esta declaración sería correcta solo si –y en la medida en que– los peticionantes alegaran una violación del derecho de Vincent Lambert a la autonomía personal fundada en el art. 8 de la Convención, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Corte, comprende el derecho

del individuo a decidir de qué manera y en qué momento su vida debe terminar (véase *Haas v. Suiza*, n° 31322/07, § 51, *ECHR* 2011). Sin embargo, aunque los peticionanes efectivamente invocan el art. 8, lo cierto es que lo hacen en un contexto completamente diferente, ya que es la integridad física de Vincent Lambert y no su autonomía personal lo que tratan de defender ante la Corte. Sus principales denuncias planteadas en nombre de Vincent Lambert se fundan en los arts. 2 y 3 de la Convención. A diferencia del art. 8, que protege una panoplia muy amplia de acciones humanas con base en las decisiones personales y que van en diferentes direcciones, los arts. 2 y 3 de la Convención son claramente unidireccionales, por cuanto no implican ningún aspecto negativo. El art. 2 protege el derecho a la vida, pero no el derecho a morir (ver *Pretty v. the United Kingdom*, n° 2346/02, §§ 39-40, *ECHR* 2002 III). Asimismo, el art. 3 garantiza un derecho positivo a no ser sometido a malos tratos, pero no hay “derecho” alguno a renunciar a este derecho y a ser, por ejemplo, golpeado, torturado o muerto por inanición. En pocas palabras, tanto el art. 2 como el art. 3 son “avenidas de un solo sentido”. El derecho a no ser muerto por inanición es el único derecho que el propio Vincent Lambert podría haber reclamado válidamente con base en los arts. 2 y 3, y no logramos ver cómo es lógicamente posible encontrar alguna falta de “convergencia de intereses” entre él y los peticionantes en el presente caso, o siquiera mantener la más mínima duda sobre este punto.

En estas circunstancias, estamos convencidos de que los peticionantes tenían legitimación para actuar en nombre y por cuenta de Vincent Lambert, y que sus respectivas demandas deberían haber sido declaradas compatibles *ratione personae* con las disposiciones de la Convención.

3. Nos gustaría dejar en claro desde el principio que si este hubiera sido un caso en el que la persona en cuestión –Vincent Lambert en este caso– hubiera expresado claramente su deseo de que no se le permitiera seguir viviendo a causa de su discapacidad física severa y del dolor asociado con la misma, o bien, a la vista de esa situación, hubiera claramente rechazado la comida y el agua, no habríamos encontrado ninguna objeción al retiro o al no aporte de la hidratación y de la alimentación si la legislación nacional previera eso (dejando siempre a salvo el derecho de los miembros de la profesión médica a negarse a ser parte en ese procedimiento por razones de objeción de conciencia). Uno puede no estar de acuerdo con una ley de este tipo, pero en esa situación dos derechos de la Convención están, por así decirlo, enfrentados uno con otro: el derecho a la vida (con la correspondiente obligación del Estado de protegerla), por una parte –art. 2–, y el derecho a la autonomía personal, que está subsumida en el art. 8. En dicho concurso, uno puede estar de acuerdo en que “el respeto a la dignidad humana y la libertad humana” (subrayado en *Pretty*, antes citado, § 65) puede prevalecer. Pero esa no es la situación de Vincent Lambert.

4. Vincent Lambert está, de acuerdo con las pruebas disponibles, en un estado vegetativo persistente, con un mínimo de conciencia en su caso. Él no tiene, sin embargo, muerte cerebral: hay una falla funcional en un nivel del cerebro, pero no en todos los niveles. De hecho, puede respirar por sí mismo (sin la ayuda de una máquina de soporte vital) y puede digerir los alimentos (el tracto gastrointestinal está intacto y en funcionamiento), pero tiene dificultad para tragar, para bajar la

comida sólida por el esófago. Más críticamente, no hay evidencia, convincente o de otra naturaleza, de que esté sufriendo dolor (más allá de la incomodidad evidente de estar constantemente en cama o en una silla de ruedas). Estamos particularmente impresionados por una presentación hecha por los peticionantes ante esta Corte en sus observaciones del 16 de octubre de 2014 sobre la admisibilidad y el fondo (véanse los párrafos 51 y 52), y que en realidad no ha sido impugnada por el Gobierno, en los siguientes términos:

“La Corte debe darse cuenta de que, como cualquier persona en un estado de conciencia severamente disminuido, el Sr. Lambert puede ser levantado de la cama, vestido, puesto en una silla de ruedas y sacado de su habitación. Muchos pacientes en una condición similar a la suya residen en casas especializadas de enfermería y pueden pasar los fines de semana y algunos días de fiesta con sus familias ... y es precisamente el método enteral utilizado para alimentarlos lo que permite esta forma de autonomía.

En septiembre de 2012 el Dr. Kariger accedió a que los padres de Vincent Lambert lo llevaran de vacaciones al sur de Francia. Eso fue seis meses antes de que tomara la primera decisión de dejar de alimentarlo... y no ha habido ningún cambio en su estado en el ínterin”.

A partir de las pruebas presentadas ante esta Corte, la nutrición enteral implica una invasión física mínima, no causa dolor al paciente y, con un entrenamiento mínimo, puede seguir siendo administrada por la familia o los parientes del Sr. Lambert (los peticionantes se han ofrecido a hacerlo), pese a que la mezcla de alimentos a ser administrada todavía tiene que ser preparada en una clínica o un hospital. En este sentido, la nutrición enteral y la hidratación (con independencia, por el momento, de si esto se denomina “tratamiento” o “cuidado” o simplemente “alimentación”) son totalmente proporcionales a la situación en la que Vincent Lambert se encuentra. En este contexto, no entendemos, incluso después de haber escuchado las presentaciones orales en este caso, por qué el traslado de Vincent Lambert a una clínica especializada –el asilo Bethel [1]– donde puede ser atendido (aliviando así las obligaciones del Hospital de la Universidad de Reims) ha sido denegado por las autoridades.

En otras palabras, Vincent Lambert está vivo y cuidado. También está siendo alimentado, y la comida y el agua son dos necesidades básicas para mantener la vida y están íntimamente ligadas a la dignidad humana. Este vínculo íntimo ha sido declarado reiteradamente en numerosos instrumentos internacionales [2]. Por lo tanto, preguntamos: ¿qué puede justificar que un Estado autorice a un médico –al Dr. Kariger o, dado que este renunció y dejó el Hospital Universitario de Reims [3], a algún otro médico en este caso– no tanto a “desenchufar [al paciente]” (Lambert no está en ninguna máquina de soporte vital), sino a retirar o discontinuar la alimentación y la hidratación de manera de llevar a Vincent Lambert a la muerte por inanición? ¿Cuál es la razón imperiosa, en las circunstancias del presente caso, que justifica que el Estado no intervenga para proteger la vida? ¿Son consideraciones económicas? Ninguna se ha planteado en este caso. ¿Es porque la persona está sufriendo un dolor considerable? No hay pruebas de ello. ¿Es porque la persona ya no resulta útil o importante para la sociedad, es porque de hecho ya no es una persona y solo tiene “vida biológica”?

5. Como ya se ha señalado, no hay ninguna indicación clara o cierta de cuáles realmente son (o incluso eran) los deseos de Vincent Lambert con respecto a la continuidad o no de la nutrición e hidratación en la situación en la que ahora se encuentra. A pesar de que era enfermero antes del accidente que lo redujo a su estado actual, nunca formuló ninguna “directiva anticipada”, ni designó a una “persona de confianza” a los fines de las diversas disposiciones del Código de Salud Pública. El Consejo de Estado, en su decisión del 24 de junio de 2014, reconoció carácter probatorio a la mayor parte de las conversaciones evidentemente casuales que Vincent Lambert había tenido con su esposa (y aparentemente, en una ocasión, también con su hermano Joseph Lambert) y llegó a la conclusión de que “[no podía] considerarse que el Dr. Kariger había interpretado de manera errónea los deseos expresados por el paciente antes del accidente” [4]. En cuestiones de tanta gravedad, solo la absoluta certeza debería haber bastado. “Interpretar” *ex post facto* lo que la gente puede o pudo no haber dicho años antes (y cuando estaba en perfecto estado de salud) en conversaciones casuales claramente expone al sistema a graves abusos. Incluso si, como hipótesis, Vincent Lambert efectivamente había expresado la opinión de que se habría negado a ser mantenido en un estado de gran dependencia, tal declaración, en nuestra opinión, no ofrece un grado suficiente de certeza respecto a su deseo de ser privado de comida y agua. Tal como los peticionantes señalan en los párrafos 153 y 154 de sus observaciones –algo que, una vez más, no ha sido negado ni contradicho por el Gobierno demandado–:

“Si el señor Vincent Lambert hubiera realmente querido que vida terminara, si realmente ‘se hubiera rendido’ psicológicamente, si real y verdaderamente hubiera querido morir, actualmente ya estaría muerto. No hubiera sobrevivido 31 días sin alimentos (entre la primera vez que su nutrición fue suspendida el 10 de abril de 2013 y la primera orden del Tribunal Administrativo de Châlons-en-Champagne, del 11 de mayo de 2013, que ordenó la reanudación de su nutrición) si algo dentro de él, una fuerza interior, no lo hubiera hecho luchar para mantenerse vivo. Nadie sabe lo que esta fuerza de vida es. Tal vez, inconscientemente, ¿es la circunstancia de que él es un padre y el deseo de ver a su hija? Tal vez sea algo más. Lo que es innegable es que, por sus acciones, el Sr. Vincent Lambert ha mostrado una voluntad de vivir que sería un error ignorar.

Por el contrario, cualquier persona que trabaja con pacientes en un estado de alteración de la conciencia le dirá que una persona en su condición que renuncia a la vida muere dentro de los diez días. En el presente caso, el Sr. Lambert sobrevivió durante 31 días sin comida y con solo 500 ml de líquido por día”.

Sin embargo, todo este énfasis en los presuntos deseos o intenciones de Vincent Lambert resta valor a otra cuestión importante, a saber, la circunstancia de que conforme al derecho francés aplicable en el presente caso, cuando un paciente está inconsciente y no ha formulado ninguna directiva anticipada, sus deseos y las opiniones o deseos de su familia solo complementan el análisis de lo que el médico a cargo del paciente percibe como una realidad médica. En otras palabras, los deseos del paciente no son, en tal situación, de ninguna manera determinantes del resultado

final. Los tres criterios establecidos en el art. L. 1110-5 del Código de Salud Pública –futilidad, desproporción y mantenimiento de la vida artificialmente– son los únicos criterios pertinentes. Tal como ha declarado el Consejo de Estado, deben tenerse en cuenta todos los deseos expresados por el paciente y debe acordarse a ellos particular importancia (véanse los párrafos 47 y 48 de la sentencia), pero esos deseos nunca son determinantes. En otras palabras, una vez que el médico a cargo ha decidido, como en el presente caso, que el tercer criterio resulta aplicable, la suerte está echada y el procedimiento colectivo es esencialmente una mera formalidad.

6. De ninguna manera puede considerarse que Vincent Lambert esté en una situación del “final de la vida”. Lamentablemente, estará pronto en esa situación, después de que la nutrición e hidratación le sean retirados o no provistos. Las personas que están en un estado aún peor que el suyo no se encuentran en una situación inminentemente terminal (siempre que no haya otra patología concomitante). Su nutrición –sin importar si se la considera tratamiento o cuidado– está cumpliendo el propósito de mantener la vida. Por lo tanto, sigue siendo un medio ordinario de mantenimiento de la vida y debe, en principio, ser mantenido.

7. Las cuestiones relativas al suministro de nutrición e hidratación a menudo son calificadas por el término “artificial”, y esto, como ha sucedido en este caso, lleva a una confusión innecesaria. Toda forma de alimentación –consista esta en colocar un biberón en la boca de un bebé o en el uso de los cubiertos en el comedor para poner comida en la boca– es, en cierta medida, artificial, dado que la ingestión de la comida está siendo mediada. Pero cuando se trata de un paciente en el estado de Vincent Lambert, la verdadera pregunta que debe plantearse (en el contexto de los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad que sustentan la noción de las obligaciones positivas que tiene el Estado en términos del art. 2) es la siguiente: ¿es la hidratación y la nutrición un beneficio para la persona, sin causarle una carga excesiva de dolor o sufrimiento o gasto excesivo de recursos? Si la respuesta es sí, entonces hay una obligación positiva de preservar la vida. Si las cargas superan los beneficios, entonces la obligación del Estado podrá, en su caso, cesar. En este contexto agregaríamos, además, que el margen de apreciación de un Estado al que nos referimos en el párrafo 148 no es ilimitado y que, pese a su amplitud, siempre debe considerarse a la luz de los valores que sustentan la Convención, el principal de los cuales es el valor de la vida. La Corte ha señalado con frecuencia que la Convención debe ser leída como un todo (principio al que se refiere el párrafo 142) e interpretada (y diríamos también aplicada) de tal manera que promueva la coherencia interna y la armonía entre sus diversas disposiciones y los diversos valores consagrados en ella (ver, aunque en diferentes contextos, *Stec and Others v. United Kingdom* (dec.) [GC], nros. 65731/01 y 65900/01, § 48, *ECHR* 2005 X, y *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nros. 39692/09, 40713/09 y 41008/09, § 54, *ECHR* 2012). Al evaluar este margen de apreciación en las circunstancias del presente caso y el método elegido por las autoridades francesas para hacer un balance de todos los intereses en conflicto, la Corte debería, por lo tanto, haber acordado más gravitación al valor de la vida. También cabe recordar que no estamos aquí en una situación donde uno puede legítimamente decir que puede haber alguna duda acerca de si existe o no vida o “vida humana” (como en los casos relacionados con la fertilidad y los embriones

humanos: la cuestión de “¿cuándo comienza la vida humana?”). Tampoco es un caso en el que haya alguna duda en cuanto a si Vincent Lambert está o no vivo. A nuestro juicio, una persona en el estado en que está Vincent Lambert es una persona con dignidad humana fundamental y debe, por lo tanto, conforme a los principios que sustentan el art. 2, recibir atención o tratamiento ordinario y proporcionado, que incluye la administración de agua y alimento.

8. Coincidimos con los peticionantes en que la Ley en cuestión carece de claridad [5]: en qué es un tratamiento ordinario y uno extraordinario, qué constituye obstinación terapéutica, y, de manera más crítica, en qué consiste prolongar (o mantener) la vida artificialmente. Es cierto que corresponde primariamente a los tribunales nacionales interpretar y aplicar la Ley, pero también resulta claro que el Consejo de Estado, en su sentencia del 24 de junio de 2014, adoptó sin crítica la interpretación hecha por el Sr. Leonetti y además resolvió de una manera superficial la cuestión de la compatibilidad de la legislación nacional con los arts. 2 y 8 de la Convención (véase el párrafo 47 de la sentencia), atribuyendo importancia solo a la circunstancia de que el “procedimiento se había observado”. Es cierto que esta Corte no debe actuar como un tribunal de cuarta instancia y que el principio de subsidiariedad debe ser respetado, pero no hasta el punto de abstenerse de afirmar el valor de la vida y de la dignidad inherente, incluso de las personas que están en un estado vegetativo, gravemente paralizadas y que no pueden comunicar sus deseos a los demás.

9. Estamos de acuerdo en que, conceptualmente, hay una distinción legítima entre la eutanasia y el suicidio asistido por un lado, y la abstención terapéutica por el otro. Sin embargo, debido a la manera en que la legislación nacional ha sido interpretada y la forma en que se ha aplicado a las circunstancias del caso en examen, estamos totalmente en desacuerdo con lo que se indica en el párrafo 141 de la sentencia. El caso ante esta Corte es uno de eutanasia, aunque con un nombre diferente. En principio, nunca es recomendable utilizar adjetivos o adverbios fuertes en los documentos judiciales, pero en este caso sin duda es absolutamente contradictorio que el Gobierno demandado insista en que la ley francesa prohíbe la eutanasia y que, por tanto, la eutanasia no entra en la ecuación en este caso. No podemos sostener lo contrario cuando es evidente que los criterios de la Ley Leonetti, tal como fueran interpretados por el más alto tribunal administrativo, cuando se aplican a una persona que está inconsciente y sometida a un “tratamiento” que no es realmente terapéutico sino simplemente de cuidado, en los hechos dan lugar a que se precipite la muerte que, de otro modo, no se produciría en un futuro previsible.

10. En los párrafos 31 y 122 de la sentencia se informa que el Relator Público ante el Consejo de Estado ha dicho (citando al Ministro de Salud, mientras que el proyecto de ley Leonetti seguía su trámite en el Senado) que “[s]i bien el acto de retirar un tratamiento... da lugar a la muerte, la intención que justifica el acto [no es matar; es] permitir que la muerte retome su curso natural y aliviar el sufrimiento. Esto es particularmente importante para los agentes de salud, cuyo rol no es quitar la vida”. Han extraído mucho de esta declaración tanto el Consejo de Estado como esta Corte. Tenemos que disentir. Aparte del hecho de que, como ya hemos dicho, no

hay evidencia en el presente caso de que el Sr. Lambert esté sufriendo de algún modo, esa declaración sería correcta si, y solo si, se hiciera una distinción adecuada entre la atención ordinaria (o tratamiento) y un cuidado extraordinario (o tratamiento). La alimentación de una persona, aunque sea por vía enteral, es un acto de cuidado ordinario, y al suspender o retirar los alimentos y el agua inevitablemente sobreviene la muerte (que de otro modo no sobrevendría en un futuro previsible). Uno puede no querer la muerte del sujeto en cuestión, pero al desear el acto u omisión que se sabe conducirá con toda probabilidad a la muerte, uno realmente tiene no obstante la intención de matar a ese sujeto. Esto es, después de todo, la noción de intención indirecta positiva, que es uno de los dos elementos de la noción de dolo en el derecho penal.

11. En 2010, con motivo de su quincuagésimo aniversario, la Corte aceptó el título *La Conciencia de Europa* al publicar un libro con ese mismo título. Suponiendo, como hipótesis, que una institución, a diferencia de los individuos que la conforman, pueda tener conciencia, esa conciencia debe no solo estar bien informada, sino también debe estar sustentada en altos valores morales o éticos. Estos valores deben ser siempre la luz que guía, independientemente de toda argumentación legal secundaria que pueda surgir en el curso del análisis de un caso. No es suficiente con reconocer, como se hace en el párrafo 181 de la sentencia, que un caso “se refiere a cuestiones médicas, jurídicas y éticas complejas”; corresponde a la esencia misma de la conciencia, con base en la *recta ratio*, que las cuestiones éticas deban dar forma y guiar el razonamiento jurídico a su destino final adecuado. De eso se trata la conciencia. Lamentamos que la Corte, en esta sentencia, haya perdido el título antes mencionado.

[1] Ver las observaciones de la asociación Amrés-Bethel, admitida como tercero.

[2] Basta con remitir al Comentario General n° 12 y al Comentario General n° 15 adoptados por el Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus sesiones 20ª y 29ª, respectivamente.

[3] Ver las observaciones de los peticionantes, § 164.

[4] Ver el séptimo párrafo de la decisión, tal como se reproduce en el párrafo 50 de la sentencia.

[5] También se vislumbra un indicio de esto en el párrafo 56.





## SUPREMA CORTE DE NEW JERSEY

*IN RE QUINLAN*

70 N.J. 10; 355 A.2d 647; 1976 N.J. LEXIS 181; 79 A.L.R.3d 205

## SENTENCIA

31 de marzo de 1976

## EL LITIGIO

La figura central de este caso trágico es Karen Ann Quinlan, residente en New Jersey, quien a los 22 años de edad se encuentra en un estado de gran debilitamiento y presuntamente agonizante en el hospital estadual Saint Clare's de Denville, New Jersey. El presente litigio, en última instancia, tiene que ver con la vida de Karen –con su continuación o su terminación– y con las responsabilidades, derechos y obligaciones vinculados a cualquier decisión crucial que con respecto a ella tomen su familia, su curador, sus médicos, el hospital, el Estado a través de sus autoridades policiales y, en último término, los tribunales de justicia.

Las actuaciones han llegado ante esta Corte luego de que se dispusiera su traslado a este Tribunal para que se expida sobre una cuestión de derecho en términos de la Regla R. 2:12-1, antes de la audiencia celebrada ante la Sala de Apelación del Tribunal Superior ante el cual el apelante Joseph Quinlan, padre de Karen (en adelante, “el demandante”), había recurrido la sentencia desfavorable emitida por la *Chancery Division*<sup>(a)</sup>.

Debido al gran daño físico sufrido –descrito detalladamente en los fundamentos de la calificada sentencia del juez de primera instancia Muir–, Karen era supuestamente incapaz. Su padre, entonces, solicitó una declaración de esa incapacidad de su hija, así como también que se lo nombrara curador de su persona y de su patrimonio. Asimismo, propuso que la resolución que le concediera la curatela –en caso de que así se decidiera– le otorgara expresamente atribuciones para autorizar la discontinuación de todos los procedimientos médicos extraordinarios que supuestamente en este momento están manteniendo el proceso vital y, por ende, la vida de Karen, ya que, en su opinión, tales medidas no representan esperanza alguna de su eventual recuperación.

El juez Muir designó un curador *ad litem* para representar los intereses de la presunta incapaz.

A través de un escrito que introducía pretensiones nuevas a la demanda, se incorporaron otras partes al litigio, habida cuenta de la naturaleza extraordinaria del

reclamo del demandante, y de que en el mismo resultaban comprometidos varios de los derechos y responsabilidades de aquellas. Entre dichas partes, estaban los médicos tratantes y el hospital, y lo que peticionaban era que se los liberara de intervenir en la ejecución de cualquier autorización como la solicitada, en caso de que fuera concedida por la Corte. También se incorporó al fiscal del Condado de Morris (a cargo de la aplicación del derecho penal), a fin de que no interfiriera o iniciara un procesamiento penal que de otro modo podría resultar en caso de que Karen dejara de vivir como resultado del ejercicio de dicha autorización extraordinaria al curador.

El procurador general de New Jersey intervino por derecho propio en términos de lo dispuesto por la Regla R. 4:33-1 en nombre del estado de New Jersey. Su intervención fue aceptada por el tribunal mediante una orden emitida en la reunión preliminar del 22 de septiembre de 1975 (R. 4:25-1 y srgtes.). Es evidente que el fundamento de su intervención es el interés del Estado en la preservación de la vida, que, indudablemente, es de índole constitucional<sup>1</sup>.

El presente caso es de suma importancia, ya que exige la decisión de cuestiones vinculadas a la definición y existencia de la muerte; a la prolongación de la vida mediante medios artificiales desarrollados por la tecnología médica, con la que jamás soñaron las generaciones pasadas en el ámbito de la práctica de las artes curativas<sup>2</sup>; al impacto de la prolongación indeterminada y artificial de la vida en los derechos de la incapaz, de su familia y de la sociedad en general; a la incidencia del derecho

<sup>1</sup> La importancia de la preservación de la vida ha quedado inmortalizada en varios documentos orgánicos. La Declaración de la Independencia establece como verdades evidentes “que todos los hombres son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. Este ideal es inherente a la Constitución de los Estados Unidos. Se encuentra explícitamente reconocido en nuestra Constitución de 1947, que establece “ciertos derechos naturales e inalienables, entre los cuales está el de gozar de la vida y defenderla”. Const. de N.J. (1947), art. I, par. 1. El gobierno de nuestro Estado se ha establecido para proteger esos derechos. Const. de N.J. (1947), art. I, par. 2, y, a través del fiscal general (N.J.S.A. 52:17A-4(h)), los hace cumplir.

<sup>2</sup> El Dr. Julius Korein, neurólogo, declaró lo siguiente:

R. [H]ay una serie de lesiones que, antes de la era de los adelantos tecnológicos y médicos, no constituían un problema en la medida en que el paciente era terminal. No podían hacer nada por sí mismos e incluso el cuidado externo era limitado. Lo era. No sé hace cuántos años no se podía mantener en vida a una persona con alimentación intravenosa porque no se podía administrarle suficientes calorías. Ahora existe la alimentación nasogástrica, altamente calórica, que puede nutrir a las personas durante años. Por eso, lo que ha sucedido es que estas cosas han ocurrido desde el principio pero la tecnología ha llegado ahora a un punto en el que es realmente posible comenzar a reemplazar cualquier cosa que no sea el cerebro para mantener algo que está irreversiblemente dañado.

P. Doctor, ¿el arte de la medicina puede reparar el daño cerebral sufrido por Karen?

R. En mi opinión, no.

P. Doctor, en su opinión, ¿existe algún tratamiento que mejore el estado de Karen?

R. No.

constitucional y del alcance de la responsabilidad judicial en cuanto a la respuesta adecuada de un tribunal de justicia de *Equity*<sup>(b)</sup> a la extraordinaria solicitud formulada por el demandante. También está implicado aquí el derecho del demandante, Joseph Quinlan, a la curatela de la persona de su hija.

Entre sus planteos “fácticos y jurídicos” en términos de la Orden Preliminar, se encontraban las siguientes:

### *I. Muerte jurídica y muerte médica*

(a) De acuerdo con las definiciones legales y médicas existentes de muerte reconocidas por el estado de New Jersey, Karen Ann Quinlan está muerta.

Esta afirmación, hecha en el contexto del profundo y supuestamente irreversible estado comatoso de Karen y de su debilitamiento físico, fue descartada durante el juicio y por la siguiente modificación a la Orden Preliminar:

De conformidad con todos los estándares jurídicos reconocidos por el estado de New Jersey y también conforme con la práctica médica estándar, Karen Ann Quinlan actualmente sigue viva.

Durante el juicio, ulteriores modificaciones a la Orden Preliminar ampliaron las cuestiones planteadas ante el tribunal. El fiscal del Condado de Morris solicitó el dictado de una sentencia declarativa que tenga por efecto que ninguna declaración del tribunal que otorgue derecho al curador a interrumpir las medidas de soporte vital tenga efecto respecto a la aplicación de las leyes penales de New Jersey referentes al homicidio. Por su parte, frente al testimonio sobre la “muerte cerebral”, el *Saint Clare’s Hospital* solicitó el dictado de una sentencia declarativa con respecto a:

[s]i la utilización por parte de un médico de los criterios desarrollados y enunciados el 5 o alrededor del 5 de agosto de 1968 por el Comité Ad Hoc de la Facultad de Medicina de Harvard y de otros criterios semejantes para determinar la muerte de un paciente cuyas funciones cardiopulmonares se mantienen gracias al soporte artificial se compadece con la práctica médica ordinaria y habitual<sup>3</sup>.

Durante el juicio, también se determinó que Karen era, efectivamente, incapaz y que su curatela era necesaria, si bien existe controversia sobre la determinación a la que luego llegó el tribunal con respecto a si esa curatela debía ser desdoblada, y si el Sr. Quinlan debía ser nombrado curador de los bienes, pero no de la persona de su hija.

Luego del traslado de las actuaciones a este Tribunal, el Procurador General interpuso conforme a derecho (R. 2:3-4) una contra-apelación<sup>4</sup> impugnando

<sup>3</sup> Los criterios del Comité *Ad Hoc* de Harvard sobre “muerte cerebral” serán discutidos *infra*.

<sup>4</sup> Esta contra-apelación fue luego retirada informalmente, pero dada la importancia del asunto,

la decisión del tribunal de primera instancia que había admitido como prueba expresiones previas de Karen, mientras aún tenía capacidad, en las que desaprobaba la prolongación de la vida a través de procedimientos médicos extraordinarios en circunstancias no disímiles a las del presente caso. Esas citadas declaraciones habían sido formuladas en el contexto de varias conversaciones en relación con otros enfermos terminales sometidos a medidas heroicas de este tipo. Las mismas fueron aportadas como prueba de lo que ella querría que fuera hecho en una contingencia como la que ahora existe. En efecto, se alega que Karen habría manifestado su firme deseo de que en situaciones análogas no se prolongara su vida mediante la utilización, por otra parte inútil, de medios extraordinarios. Dado que coincidimos con el tribunal de primera instancia en que esas declaraciones carecen de peso probatorio significativo por ser impersonales y remotas, resulta intrascendente determinar si eran o no admisibles como testimonio de oídas. Nuevamente, con posterioridad al traslado de las actuaciones a esta Corte, el curador de la persona de Karen (que había sido nombrado en la sentencia apelada) renunció y fue reemplazado por otro, circunstancia que también es irrelevante para la adopción de nuestra sentencia. Sin embargo, resulta de interés destacar los límites impuestos por el tribunal de primera instancia en su decisión complementaria del 12 de noviembre de 1975, al alcance de las atribuciones del curador personal en relación con la atención médica de su pupila:

La designación del Sr. Coburn tiene por objeto resolver los supuestos en los que el Dr. Morse<sup>5</sup>, en el proceso de cuidar y brindar tratamiento médico y cuidado a Karen Quinlan, considere necesaria la prestación de consentimiento con respecto al alcance o a la naturaleza del cuidado o tratamiento en cuestión. Si el Sr. y la Sra. Quinlan no están en condiciones de prestar su consentimiento, entonces se consultará al Sr. Coburn para que preste el suyo.

Fue esencialmente entonces cuando –apelando al poder de la *Equity*<sup>(c)</sup> y fundándose en los derechos constitucionales al libre ejercicio de la religión, a la intimidad y a la protección contra castigos crueles e inusuales– el padre de Karen Quinlan solicitó autorización judicial para el retiro del mecanismo de soporte vital que temporariamente mantenían con vida a su hija, así como su designación como curador de la persona de Karen a ese fin. Los médicos, el hospital, el fiscal del Condado de Morris, el estado de New Jersey y el curador *ad litem* de Karen se opusieron a su solicitud.

---

igualmente la tomamos en consideración.

<sup>5</sup> El Dr. Robert J. Morse, neurólogo y médico tratante de Karen desde el momento de su admisión en el *Saint Clare's Hospital* el 24 de abril de 1975 (*supra*, se ha hecho referencia a los “médicos tratantes” como los demandados, entre ellos el Dr. Arshad Javed, un internista altamente calificado especializado en neumonología, quien considera que se ocupa de esa parte del cuidado de Karen cuya responsabilidad primera es del “médico tratante”, el Dr. Morse).

## LOS HECHOS

La comprensión de las cuestiones en su perspectiva básica sugiere hacer una breve revisión de la base fáctica tal como ha sido desarrollada en el testimonio y documentada en detalle en la sentencia del juez de primera instancia. *In re Quinlan*, 137 N. J. Super. 227 (Ch. Div. 1975).

En la noche del 15 de abril de 1975, por razones aún inciertas, Karen Quinlan dejó de respirar por al menos durante dos períodos de 15 minutos cada uno. Sus amigos le hicieron reanimación boca a boca, pero esta resultó ineficaz. Fue llevada en ambulancia al *Newton Memorial Hospital* donde se comprobó que su temperatura era de 100° F, que sus pupilas no eran reactivas y que no respondía ni siquiera al dolor agudo. En el momento de la admisión en el hospital, los antecedentes eran esencialmente incompletos y no aportaban información particularmente útil.

Tres días después, el Dr. Morse examinó a Karen a pedido del Dr. McGee, médico de admisiones del *Newton Hospital*. La encontró en estado comatoso con signos de decorticación, estado vinculado a un trastorno de la corteza cerebral que provoca una postura corporal en la que los miembros superiores están flexionados mientras que los inferiores se encuentran extendidos. Necesitaba un respirador que la ayudara a respirar. El Dr. Morse no pudo obtener un informe adecuado de las circunstancias y hechos que habían dado lugar a la admisión de Karen en el *Newton Hospital*, a pesar de que esa historia o etiología resulta decisiva para realizar los diagnósticos neurológicos. Basándose en las constancias obrantes en el *Newton Memorial* y en su propia evaluación, cuando la observó por primera vez, el Dr. Morse llegó a la conclusión de que Karen estaba en estado de anoxia, provocado por una prolongada falta de oxígeno en el torrente sanguíneo. Posteriormente, cuando fue trasladada al *Saint Clare's Hospital*, ella aún estaba inconsciente, con respirador, y él le había practicado una traqueotomía. Cuando llegó, el Dr. Morse la revisó extensa y pormenorizadamente. Se le realizó un electroencefalograma para medir el ritmo eléctrico del cerebro, y el Dr. Morse describió el resultado como “anormal pero con cierta actividad compatible con su estado clínico”. Otros exámenes neurológicos –una TAC cerebral, un angiograma y una punción lumbar– arrojaron resultados normales. El Dr. Morse declaró que desde el comienzo de su tratamiento, Karen estuvo inconsciente y en estado comatoso. También explicó que, básicamente, existen dos tipos de estado comatoso, uno similar al sueño caracterizado por la ausencia de respuesta, y otro similar a la vigilia y también carente de respuesta. Originalmente, Karen se encontraba en el primer tipo de estado comatoso, pero pronto manifestó ciclos de “sueño-vigilia”, los cuales, aparentemente, dan cuenta de una mejoría en los pacientes comatosos dentro de la tercera o cuarta semana. Durante los ciclos de vigilia, ella pestañea, grita y hace cosas de esa índole, pero sigue completamente inconsciente de quienes la rodean y de su entorno.

El Dr. Morse y otros especialistas que la examinaron describen que Karen está en un “persistente estado vegetativo crónico”. El Dr. Fred Plum, uno de esos peritos, definió ese estado como el de quien “tiene la capacidad de conservar las partes vegetativas de la función neurológica, pero ha perdido la función cognitiva”.

Tanto el Dr. Morse como muchos otros especialistas médicos y neurólogos que declararon en este caso están seguros de que Karen Quinlan no tiene “muerte cerebral”. Ellos señalaron el informe (*infra*) del Comité *Ad Hoc* de la Facultad de Medicina de Harvard como el estándar médico ordinario para determinar la muerte cerebral, y se mostraron unánimemente convencidos de que Karen no satisfacía ninguno de los criterios especificados en ese informe y que, por lo tanto, no tenía “muerte cerebral” en sus términos.

A este respecto, el Dr. Plum indicó que, fundamentalmente, el cerebro funciona esencialmente de dos formas, la vegetativa y la cognitiva, y declaró que:

Tenemos una regulación vegetativa interna que controla la temperatura del cuerpo, la respiración, en cierta medida la presión sanguínea y la frecuencia cardíaca, la masticación, la deglución, el dormir y el despertar. Tenemos un cerebro más desarrollado, exclusivo del ser humano, que controla nuestra relación con el mundo exterior y nuestra capacidad de hablar, ver, sentir, cantar y pensar. La muerte cerebral implica necesariamente la muerte de estas dos funciones del cerebro, la vegetativa y la cognitiva. Por lo tanto, la presencia de cualquier función que esté regulada, regida o controlada por las partes más profundas del cerebro, que, dicho en palabras llanas, son aquellas puramente vegetativas, significa que el cerebro no está biológicamente muerto.

Dado que la condición neurológica de Karen afecta su capacidad respiratoria (el sistema respiratorio es una función del tronco cerebral), ella necesita la asistencia de un respirador. A partir del momento de su admisión en el *Saint Clare's Hospital*, Karen está siendo asistida por un respirador MA-1, una máquina sofisticada que le suministra un volumen de aire con una determinada frecuencia y le provee periódicamente un volumen relativamente grande de aire diseñado para purgar los pulmones de las impurezas. Los intentos de “desacostumbrarla” del respirador no han sido exitosos y, por consiguiente, han sido abandonados.

Los especialistas sostienen que Karen no puede sobrevivir actualmente sin la asistencia del respirador y que se desconoce cuánto tiempo podría vivir sin el mismo; que hay muchas probabilidades de que se produzca su muerte pronto si se la desconectara del respirador, y que esta decisión podría generar también el riesgo de un ulterior daño cerebral y reducir la asistencia que el respirador actualmente brinda en la prevención.

Parece ser el consenso no solo de los médicos tratantes sino también de varios especialistas calificados que declararon en este caso que la desconexión del respirador no se ajustaría a las prácticas, estándares ni a las tradiciones médicas.

Los médicos también coinciden en que Karen, además de estar en estado comatoso, se encuentra en un estado “vegetativo” crónico y persistente, sin conciencia de nada ni de nadie a su alrededor, y que vive con un nivel básico de reflejos. A pesar de que tiene un cierto funcionamiento del tronco cerebral (insuficiente para la respiración) y manifiesta reacciones normalmente asociadas con la vida, como el movimiento, el parpadeo, la reacción a la luz, al sonido y a los estímulos nocivos, etc.,

la calidad de sus impulsos sensoriales es desconocida. Hace muecas, emite sonidos y gritos estereotipados, produce movimientos de masticación y tiene la presión sanguínea normal.

Karen permanece en la unidad de terapia intensiva del *Saint Clare's Hospital*. Recibe atención las 24 horas por parte de un equipo de cuatro enfermeras calificado, al igual que la atención médica, como “excelente”. Su nutrición se realiza mediante un tubo nasogástrico y se la examina regularmente para controlar posibles infecciones, que, en estas circunstancias, constituyen una grave amenaza para su vida. En suma, dada la triste circunstancia en la que se encuentra, su condición es considerada como excepcional.

A Karen se la describe como escuálida, ya que ha perdido por lo menos 40 libras, y se encuentra en estado de continuo deterioro. Su postura es descripta como fetal y grotesca: presenta una extrema flexión y rigidez de los brazos, piernas y músculos involucrados, y articulaciones muy rígidas y deformes.

A partir de toda esta prueba y de toda la testimonial y pericial en su conjunto, es posible llegar a las siguientes conclusiones con respecto a las condiciones físicas de Karen: presenta graves daños cerebrales aunque de origen incierto que la han dejado en un estado vegetativo crónico y persistente. No se conoce ni se dispone de tratamiento alguno que pueda curar o mejorar las condiciones en que se encuentra. Tomando en consideración la ligera falta de certeza que caracteriza a la mayoría de los pronósticos de la ciencia médica, podría estimarse que ella nunca va a recuperar su vida cognitiva o sapiente. Incluso en relación con el nivel vegetativo y a la mejoría (si puede llamarse así) del mismo, la perspectiva es extremadamente desfavorable y el alcance de la misma es desconocido, en caso que, de hecho, se produzca.

Karen se encuentra agonizante y debilitada y, a pesar de que su estado era bastante estable al tiempo de los alegatos ante esta Corte (sin que se haya agregado nueva información posteriormente a la causa), ningún médico se ha arriesgado a afirmar que ella podría vivir durante más de un año, sino que podría en realidad fallecer en un plazo mucho menor. La excelente asistencia médica y de enfermería que ha recibido hasta ahora ha podido evitar la constante amenaza de infecciones a las que ella es particularmente susceptible a causa del respirador, del tubo traqueal y de otras incidencias del cuidado en su estado de vulnerabilidad. En consecuencia, su vida se sostiene mediante el tubo nasogástrico de alimentación y el respirador, cuya remoción le causaría pronto la muerte aunque no es posible establecer con mayor precisión en cuánto tiempo esto sucedería.

En el pasado, la ciencia médica ha vinculado la determinación del momento de la muerte con la acción del corazón y con la circulación de la sangre, que, a su vez, depende de la actividad pulmonar, razón por la cual la detención de esas funciones explicaría la muerte<sup>6</sup>.

Sin embargo, los desarrollos en tecnología médica han trastocado la definición tradicional de muerte. Lo cierto es que se han hecho esfuerzos para definir el coma

<sup>6</sup> Muerte. La cesación de la vida; la cesación de la existencia; definida por los médicos como cese total de la circulación sanguínea y de las funciones animales y vitales consiguientes, tales como la respiración, la pulsación, etc. *Black's Law Dictionary* 488 (rev. 4ta ed., 1968).

irreversible como nuevo criterio de muerte, como por ejemplo, en el caso del Informe de 1968 del Comité *Ad Hoc* de la Facultad de Medicina de Harvard (integrado por diez médicos, un historiador, un abogado y un teólogo), en el cual se afirmó:

Desde la antigüedad hasta el pasado reciente resultaba evidente que, al detenerse la respiración y el corazón, el cerebro moría en pocos minutos. Por ello, el criterio obvio de la falta de latidos cardíacos como sinónimo de muerte era suficientemente preciso. En ese entonces, el corazón era considerado el órgano central del cuerpo, razón por la cual no es sorprendente que su falla marcara el comienzo de la muerte. Sin embargo, esto ha dejado de ser válido cuando se hace uso de las modernas medidas de resucitación y de soporte vital. Actualmente, estas actividades más innovadoras pueden restablecer la ‘vida’ existente en términos de los viejos estándares de latidos cardíacos continuos y respiración persistente. Tal puede ser el caso incluso cuando no existe la más remota posibilidad de que una persona recupere el conocimiento después de un daño cerebral masivo [“A Definition of Irreversible Coma”, 205 *J.A.M.A.* 337, p. 339 (1968)].

Los estándares del Comité *Ad Hoc*, cuidadosamente formulados, incluían ausencia de respuesta al dolor o a otros estímulos, reflejo pupilar, corneal, faríngeo y demás reflejos, presión sanguínea, respiración espontánea y electroencefalogramas “planos” o isoeletrícos y similares, y la reiteración de todas las pruebas “al menos 24 horas más tarde sin cambios”. En tales circunstancias, cuando todos esos criterios se cumplen y demuestran que hay “muerte cerebral”, el Comité recomienda actuar de la siguiente manera con respecto al respirador:

El estado del paciente solo puede ser determinado por un médico. Cuando el paciente se encuentra irremediabilmente dañado, en términos de la definición incluida supra, la familia y todos los colegas que han participado en las decisiones clave con respecto al mismo, así como todas las enfermeras que lo han asistido, deben ser informados de esta circunstancia. Debe declararse la muerte y el respirador debe ser apagado. La decisión de hacerlo y la responsabilidad por ello deben ser asumidas por el médico encargado en consulta con uno o más de los médicos que hayan participado directamente en el caso. Es insensato e indeseable forzar a la familia a tomar esa decisión [205 *J.A.M.A.*, cit., *supra*, p. 338].

Sin embargo, como se ha señalado, los médicos que declararon en este caso coincidieron en que, dada su incapacidad, Karen no se adecúa a ninguno de estos criterios ni a ninguno comparable de los vigentes en el ambiente médico que represente, como lo hace el informe del Comité *Ad Hoc* según las declaraciones vertidas en este caso, estándares médicos prevalentes y aceptados.

Hemos hecho mención del concepto de “muerte cerebral” y de que el estado de Karen no se compadece con ninguno de sus criterios, a fin de poner de relieve el fundamento de la decisión médica tomada por el Dr. Morse. Cuando, finalmente, el demandante y su familia tuvieron certeza de la muerte inminente de Karen y solicitaron el retiro de los mecanismos de soporte vital, el Dr. Morse manifestó su objeción fundamentándose en los criterios, prácticas y ética médicos descritos en las pericias médicas, así como en la evidencia suministrada por otro neurólogo, el Dr. Sidney Diamond, testigo del Estado. Este último afirmó que ningún médico habría dejado de suministrar el soporte del respirador al principio, ni habría luego interrumpido su curso destinado a salvar la vida, excepto en caso de muerte cerebral. En este último supuesto, estimó que el respirador puede ser en efecto desconectado de una persona ya muerta, habilitando al médico, de conformidad con los estándares médicos y –creía– los conceptos jurídicos, a dar por concluidas las medidas de apoyo. Señalamos a continuación la distinción que hace el Dr. Diamond de los procedimientos de cirugía mayor o de transfusiones, en un caso terminal no relacionado con la muerte cerebral, como este:

La persona ha perdido las características humanas. Creo que sería poco probable y poco creíble que algún médico respondiera a una hemorragia súbita y masiva o a una pérdida total de las células sanguíneas de defensa suministrándole grandes cantidades de sangre. Considero que los procedimientos de cirugía mayor estarían descartados incluso si se los considerara esenciales para conservar la existencia física.

Esta diferenciación también es señalada en el testimonio del Dr. Julius Korein, un neurólogo convocado por el demandante, quien describió el concepto de la práctica médica de “descuido prudente” (*judicious neglect*), en cuyo caso el médico diría:

“No sigan tratando a este paciente. No tiene ningún sentido para este, para la familia ni para la sociedad seguir tratándolo”.

El Dr. Korein también se refirió de la siguiente manera al estándar de práctica médica no escrito y tácito ínsito en las iniciales agoreras DNR (*do not resuscitate*), que se aplica en los casos terminales extraordinarios:

En caso de cáncer, metástasis en pulmones, hígado, cerebro y varias partes del cuerpo, el médico puede escribir o no escribir: No resucitar. [P]uede decirse a la enfermera: si este hombre deja de respirar, no lo resucite. Ninguno de los médicos que conozco personalmente va a tratar de resucitar a un hombre agonizante, con cáncer, y que deja de respirar. No le va a colocar un respirador. Pienso que sería el colmo del mal uso de la tecnología.

Mientras que el nexo lógico existente en estas distinciones puede resultar esquivo para la mente no entrenada en cuestiones médicas en relación con el supuesto imperativo de mantener la vida a toda costa, lo cierto es que las mismas se asocian con decisiones médicas como la del Dr. Morse en este caso. Coincidimos con el tribunal de primera instancia en que esa decisión se compadeció con la concepción del Dr. Morse de los estándares y de la práctica médica.

Pasamos ahora a abordar el aspecto de los hechos relativo a la solicitud de curatela, que difiere de la naturaleza de la autorización solicitada por el demandante. En circunstancias normales, el carácter y la idoneidad general de Joseph Quinlan como curador de su hija no pueden ponerse en duda. El expediente pone de manifiesto el gran amor familiar presente en el hogar de Joseph Quinlan, que por cierto incluía a Karen, a pesar de que ella estaba viviendo en otro lado en el momento en que se desplomó. Las pruebas muestran a Joseph Quinlan como una persona profundamente religiosa y con una moral tan sensible que varios meses de indecisión que lo atormentaba precedieron a su tardía determinación de solicitar la interrupción de las medidas que mantenían con vida a Karen, a pesar de que previamente otros miembros de la familia habían formulado juicios morales que no le fueron comunicados para no influir en su decisión. Siendo católico apostólico romano, al igual que otros miembros de la familia, en un principio, Quinlan buscó consuelo en sus oraciones privadas, confiando en el Creador –como él mismo dice– primero para la recuperación de Karen y luego, de no ser esto posible, para que lo guiara en la difícil decisión que debía tomar.

A fin de confirmar que la decisión que estaba por tomar fuese moralmente correcta, Joseph Quinlan consultó con su párroco y después con el capellán católico del *Saint Clare's Hospital*. Declaró que no habría solicitado la interrupción de las medidas si ese acto hubiera sido moralmente equivocado o hubiese estado en conflicto con los principios de la religión que tan profundamente respeta. Sin embargo, tal como surge del expediente, cuando le fue comunicada la posición de la Iglesia Católica, sus dudas se disiparon. Si bien es inusual que cuestiones atinentes a dogmas o concepciones religiosas estén presentes en un juicio civil (excepto cuando se refieren al derecho constitucional o, a veces, a cuestiones de familia; *cfr. In re Adoption of E*, 59 N.J. 36 -1971-), en este caso las mismas han sido debidamente admitidas como prueba. El juez estaba obligado a evaluar el carácter y las motivaciones –en todos los sentidos– de Joseph Quinlan como posible curador, y, en la medida en que las cuestiones religiosas tenían incidencia en ellas, han sido adecuadamente examinadas y consideradas por el tribunal.

Al respecto, admitimos la posición de esa Iglesia que surge de la causa *sub examine*. No tenemos motivo alguno para considerarla en discrepancia con la tradición judeo-cristiana en su conjunto, teniendo en cuenta la posición central que en ella ocupan el respeto y la reverencia por la santidad de la vida humana. Asimismo, considerando la importancia de este asunto, admitimos como *amicus curiae* a la Conferencia Católica de New Jersey, que, básicamente, actúa como vocero de varios obispos católicos de ese estado y que, en asuntos de interés público, da testimonio de valores espirituales a toda la comunidad estadual. La declaración del

Obispo Lawrence B. Casey, reproducida en el escrito del *amicus curiae*, refleja los siguientes puntos de vista:

(a) La constatación de la muerte en un caso particular no puede deducirse de ningún principio religioso o moral, y, en consecuencia, no es competencia de la Iglesia; es preciso fundarse en estándares tradicionales y médicos y, en virtud de ellos, puede afirmarse que se asume que Karen Ann Quinlan está viva.

(b) La solicitud de autorización presentada por el demandante para dar fin a un procedimiento médico caracterizado como “medida extraordinaria de tratamiento” no implicaría eutanasia. Ello se deduce del razonamiento expresado por el Papa Pío XII el 24 de noviembre de 1957 en su “*allocutio*” (alocución) a los anestesiistas, cuando abordó la siguiente cuestión:

¿El anestesiista tiene derecho o incluso está obligado, en todos los casos de inconciencia profunda, inclusive en los completamente desesperados a juicio del médico competente, a utilizar los aparatos modernos de respiración artificial, aun en contra de la voluntad de la familia?

En su respuesta, señaló los siguientes puntos:

1. En los casos ordinarios el médico anestesiista tiene derecho a obrar así, pero no tiene obligación de hacerlo, a menos que sea el único medio para dar satisfacción a otro deber moral cierto.
2. El médico, sin embargo, no tiene derechos independientes del paciente; solo puede actuar si el paciente lo autoriza explícita o implícitamente, directa o indirectamente.
3. El tratamiento, tal cual es descrito en la pregunta, constituye un medio extraordinario para preservar la vida y, por ello, no es obligatorio emplearlo ni autorizar al médico a utilizarlo.
4. Los derechos y los deberes de la familia dependen de la presunta voluntad del paciente inconsciente, si este o esta es mayor de edad, y la familia también está obligada a emplear solo medios ordinarios.
5. Este caso no ha de considerarse de ninguna manera un caso de eutanasia, que, por otra parte, nunca sería lícita; aun cuando comporte el cese de la circulación sanguínea, la interrupción de las tentativas de reanimación no es nunca sino indirectamente causa de la paralización de la vida, y es preciso aplicar en este caso el principio del doble efecto.

Así fue que la declaración del Obispo Casey validó la decisión de Joseph Quinlan en los siguientes términos:

El testimonio de médicos competentes ha establecido que Karen Ann Quinlan no tiene esperanza razonable alguna de recuperación de su estado comatoso mediante el empleo de ningún procedimiento médico disponible. El mantenimiento de las medidas mecánicas cardio-respiratorias de soporte para la continuación de sus funciones corporales y su vida constituye un medio extraordinario de tratamiento. Por ello, la decisión de Joseph Quinlan de solicitar la interrupción de este tratamiento es, de conformidad con las enseñanzas de la Iglesia Católica, moralmente correcta.

Sin lugar a dudas, la mentalidad y el propósito del futuro curador se encontraban bajo la influencia de varios factores presentes en la siguiente referencia hecha en la declaración del Obispo Casey a la interrelación de las tres disciplinas: la teología, el derecho y la medicina.

El derecho a una muerte natural es una esfera excepcional en la que la teología, la medicina y el derecho se superponen. Para decirlo en otras palabras, es una esfera en la que las tres disciplinas convergen.

La medicina, con su combinación de tecnología avanzada y de ética profesional, es competente y está orientada a prolongar la vida biológica. El derecho, con su sentida obligación de proteger la vida y la libertad de la persona, procura garantizar el derecho de cada persona a vivir su vida hasta su fin inevitable y natural. La teología, con su reconocimiento de la insatisfacción del hombre frente a la vida biológica como fuente última de dicha, defiende la sacralidad de la vida humana de todos los ataques directos a ella.

Estas disciplinas no se encuentran en conflicto entre sí, pero están necesariamente interrelacionadas en la aplicación de sus principios en un caso particular como el de Karen Ann Quinlan. Cada una de ellas debe, de alguna forma, reconocer a la otra sin negar su propia competencia. No cabe esperar que el derecho civil sostenga la creencia en la vida eterna; ni, por otro lado, cabe esperar que ignore el derecho de la persona a profesarla, a formar su conciencia y a vivir de acuerdo con esa creencia. La ciencia médica no está autorizada a causar directamente la muerte natural y tampoco cabe esperar que la evite cuando es inevitable y cuando toda esperanza de volver a vivir la vida, por lo menos parcialmente, se ha perdido de forma irreparable. No cabe esperar que la religión defina la muerte biológica ni cabe esperar que renuncie a su responsabilidad de asistir al ser humano en la formación y búsqueda de una conciencia correcta en relación con la aceptación de la muerte natural, cuando la ciencia ha confirmado su inevitabilidad más allá de cualquier esperanza, con excepción de la de preservar la vida biológica en un estado puramente vegetativo.

Y la laguna del derecho se encuentra convenientemente descrita en la siguiente declaración del Obispo Casey:

En esta discusión pública del caso de Karen Ann Quinlan, se ha puesto de manifiesto que personas responsables del campo de la medicina, así como pacientes y familias han ejercido –de acuerdo con la voluntad tácita o expresa de los pacientes mismos– su libertad para interrumpir o rechazar ciertos tratamientos considerados extraordinarios en casos considerados terminales, como por ejemplo, en los casos en que no hay una esperanza real de recuperación. Esto ha sucedido sin sanción en el derecho civil. Sin embargo, los involucrados en esas acciones cuentan con bibliografía ética y teológica orientativa para guiar sus juicios y su accionar. Tales acciones, por otra parte, no han menoscabado el respeto de la sociedad por la vida de las personas enfermas o terminales.

Es posible y necesario para la sociedad contar con leyes y estándares éticos que brinden libertad para la toma de decisiones –de conformidad con la intención expresa o tácita del paciente– de interrumpir o rechazar ciertos tratamientos extraordinarios en los casos en que las autoridades médicas competentes sostienen que no hay esperanza alguna de recuperación, y que, al mismo tiempo, no dejen abierta la posibilidad de la eutanasia. En efecto, para ese fin, puede ser sencillamente necesario que los tribunales y los cuerpos legislativos reconozcan los estándares y prácticas actuales de muchas personas comprometidas con la asistencia médica, que han hecho lo que los padres de Karen Ann Quinlan están reclamando se haga por su querida hija.

Antes de abordar los asuntos jurídicos y constitucionales en juego, consideramos fundamental reiterar que en las circunstancias de este caso, “la visión católica” de neutralidad religiosa es tomada en consideración por esta Corte solo en el sentido de su repercusión en la conciencia, las motivaciones y el propósito del posible curador, Joseph Quinlan, y no como precedente en términos de derecho civil.

Si, por ejemplo, Joseph Quinlan estuviera fuertemente influenciado por las enseñanzas de Buda y fuera su seguidor, o si, como agnóstico o ateo, sus juicios morales no se refirieran a sentimientos religiosos pero fueran igualmente viables, serían tomados en consideración con igual atención y respeto, porque inciden en su carácter, en sus motivaciones y propósitos, a la vez que son relevantes para su calificación e idoneidad como curador.

A partir de este fundamento fáctico, la Corte aborda y responde tres cuestiones básicas:

1. ¿Fue acertada la decisión del tribunal de primera instancia en el presente caso cuando rechazó la medida específica solicitada por el demandante, a saber, la autorización para interrumpir el dispositivo de soporte vital? Nuestra respuesta es afirmativa.

2. ¿Actuó correctamente el tribunal de primera instancia cuando denegó al demandante la curatela e instituyó en esa calidad a un extraño? Nuestra respuesta es negativa.
3. Habida cuenta de las conclusiones que anteceden, ¿debería esta Corte dictar una sentencia declarativa (*declaratory relief*) a favor del demandante? Nuestra respuesta es afirmativa.

Pasamos entonces a considerar las cuestiones constitucionales y jurídicas que subyacen a estas decisiones.

### CUESTIONES CONSTITUCIONALES Y JURÍDICAS

Ante todo es destacable el doble papel en el que el demandante se presenta ante esta Corte. En efecto, no solo plantea lo que considera son los derechos constitucionales y jurídicos de su hija Karen, sino que también reclama algunos derechos de forma independiente, en su carácter de progenitor.

Si bien en general un litigante solo puede hacer valer sus propios derechos constitucionales, es indudable que aquí tiene legitimación activa para sostener ambas pretensiones.

Si bien no existe un texto constitucional que limite la actividad judicial a los litigios y controversias, los tribunales de New Jersey no emiten opiniones consultivas ni conocen de acciones promovidas por demandantes que no tengan suficiente legitimación activa para sustentar sus pretensiones. *Walker v. Stanhope*, 23 N.J. 657, p. 660 -1957-. Sin embargo, como sucede en este caso, los tribunales de New Jersey normalmente dictan sentencias declarativas. *Declaratory Judgments Act*, N.J.S.A. 2A:16-50 y sges. En efecto, nuestros jueces sostienen que cuando el demandante no es simplemente un tercero y el procedimiento persigue la satisfacción del interés público, se reconoce la legitimación activa. *Walker v. Stanhope*, cit., *supra*, 23 N.J. pp. 661/66; *Koons v. Atlantic City Bd. of Comm'rs*, 134 N.J.L. 329, pp. 338/39 (Sup. Ct. 1946), confirmada, 135 N.J.L. 204 (E. & A. 1947). En *Crescent Park Tenants Ass'n v. Realty Equities Corp.*, 58 N.J. 98 -1971-, el Justice Jacobs afirmó lo siguiente:

[H]emos circunscripto debidamente el litigio a aquellas situaciones en las que los litigantes vinculados con la materia en cuestión han demostrado un interés en juego suficiente y una real oposición. En general, hemos acordado la debida gravitación a los intereses de la justicia individual así como al interés público, considerando siempre que mediante nuestra normativa hemos estado rechazando radicalmente obstáculos procesales a favor de “decisiones justas y rápidas en el fondo del asunto [58 N. J. pp. 107/08 (con cita de Tumarkin v. Friedman, 17 N. J. Super. 20, p. 21 (App. Div. 1951), certif. denegado., 9 N. J. 287 (1952))].

Es indudable que el padre de Karen Quinlan no es ajeno a esta controversia. Sus intereses son reales y opuestos y plantea cuestiones de suma importancia. Es evidente que tiene derecho a invocar los derechos constitucionales de su hija que ella no puede invocar.

### *I. Libre ejercicio de la religión*

El tema de la injerencia en las creencias o derechos religiosos puede ser analizado y abordado sin recurrir a un extenso debate, habida cuenta de la aceptación de las distinciones tan claras y simples de su definición de precedentes que resultan aparentemente dispositivas.

Dicho en términos llanos, el derecho a profesar creencias religiosas es absoluto, pero la conducta orientada a su ejercicio no es del todo inmune a las restricciones gubernamentales. *John F. Kennedy Memorial Hosp. v. Heston*, 58 N.J. 576, pp. 580/81 -1971-. Por ello, en aras de la vida, los jueces a veces –pero no siempre– ordenan transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová, quienes, por otra parte, repudian esa práctica. *Application of President & Directors of Georgetown College, Inc.*, 118 U.S. App. D.C. 80, 331 F.2d 1000 (D.C. Cir.), cert. denegado, 377 U.S. 978, [70 N.J. 36] 84 S.Ct. 1883, 12 L. Ed. 2d 746 -1964-; *United States v. George* 239 F.Supp. 752 (D. Conn. 1965); *John F. Kennedy Memorial Hosp. v. Heston*, cit., *supra*; *Powell v. Columbian Presbyterian Medical Center*, 49 Misc.2d 215, p. 267 N.Y.S.2d 450 (Sup. Ct. 1965); pero véase *In re Osborne*, 294 A.2d 372 (D.C. Ct. App. 1972); *In re Estate of Brooks*, 32 Ill.2d 361, p. 205 N.E.2d 435 (Sup. Ct. 1965); *Erickson v. Dilgard*, 44 Misc.2d 27, 252 N.Y.S.2d 705 (Sup. Ct. 1962); véase, en general, Annot., “Power Of Courts Or Other Public Agencies, In The Absence of Statutory Authority, To Order Compulsory Medical Care for Adult”, 9 *A.L.R.* 3d 1391 -1966-; prohíben colocarse en riesgo de muerte debido al manejo de serpientes o ingestión de veneno (ejerciendo cierta injerencia en los profundos sentimientos religiosos vinculados con ello), p. ej., *Hill v. State*, 38 Ala. App. 404, 88 So.2d 880 (Ct. App.), cert. denegado, 264 Ala. 697, 88 So.2d 887 (Sup. Ct. 1956); *State v. Massey*, 229 N.C. 734, 51 S.E.2d 179 (Sup. Ct.), apelación desestimada bajo el nombre, *Bunn v. North Carolina*, 336 U.S. 942, 69 S.Ct. 813, 93 L.Ed. 1099 -1949-; *State ex rel. Swann v. Pack*, \_\_\_ Tenn. \_\_\_, 527 S.W.2d 99 (Sup. Ct. 1975), cert. den., \_\_\_ U.S. \_\_\_, 96 S.Ct. 1429, 47 L.Ed.2d 360 -1976-; y protegen la salud pública como en el caso de la vacunación obligatoria (por sobre la más fuerte de las objeciones religiosas), p. ej., *Wright v. DeWitt School Dist.* 1, 238 Ark. 906, 385 S.W.2d 644 (Sup. Ct. 1965); *Mountain Lakes Bd. of Educ. v. Maas*, 56 N.J.Super. 245 (App. Div. 1959), aff’d o.b., 31 N.J. 537 -1960-, cert. denegado, 363 U.S. 843, 80 S.Ct. 1613, 4 L.Ed. 2d 1727 -1960-; *McCartney v. Austin*, 57 Misc.2d 525, 293 N.Y.S.2d 188 (Sup. Ct. 1968). El interés público, pues, es considerado primordial, sin la extinción esencial del respeto por las creencias religiosas.

Sin necesidad de presentar ulteriores ejemplos, consideramos que, ante el interés del Estado en la preservación de la vida, la incidencia de las creencias religiosas –y menos aún la “neutralidad” religiosa como en este caso– no plantea una cuestión constitucional, por lo menos en las circunstancias del presente caso. Por otra parte, y

de la misma manera que el tribunal de primera instancia, no reconocemos un derecho parental independiente de la libertad religiosa que funde la reparación solicitada (37 N.J. Super. pp. 267/68).

## II. *Castigos crueles e inusuales*

Similarmente inaplicable al presente caso es la protección contra los castigos crueles e inusuales de la Octava Enmienda a la Constitución, la cual, tal como lo consideró el tribunal de primera instancia, no es relevante más que en situaciones que involucren la imposición de sanciones penales. De carácter histórico, dicha Enmienda surgió de los excesos punitivos en la imposición de sanciones penales<sup>7</sup>. No hemos hallado precedente alguno en el derecho que pueda justificar su extensión a la subsanación de las injusticias o dificultades sociales, tales como, por ejemplo, la pobreza. En efecto, a menudo la pobreza condena a los pobres y desposeídos a terribles condiciones de vida, que, por cierto, en teoría, podrían describirse como “castigos crueles e inusuales”. Sin embargo, el fundamento constitucional de protección contra “castigos crueles e inusuales” resulta claramente irrelevante en dichos males sociales, que, en todo caso, deben ser remediados de conformidad con otros conceptos de derecho civil y constitucional.

Esto es lo que ocurre en el caso de la desafortunada Karen Quinlan. Ni el Estado ni la ley, sino un accidente del destino y de la naturaleza le han impuesto condiciones de vida que, si bien son esencialmente crueles y muy inusuales, no alcanzan a constituir un “castigo” en ningún sentido constitucional.

Ni la sentencia del tribunal inferior, ni la decisión médica que la confrontó, ni las concepciones de derecho y equidad que impulsaron su accionar, ni la totalidad

---

<sup>7</sup> Existe acuerdo general en que la disposición de la Octava Enmienda que reza “[n]i castigos crueles e inusuales infligidos” se basa literalmente en la Declaración de Derechos británica. Ver 1 Wm. & M., sess. 2, c. 2 (1689). La disposición surgió en el contexto de los castigos excesivos por delitos, castigos bárbaros, salvajes y desproporcionados con respecto al delito cometido. Ver, en general, Granucci, “Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted: The Original Meaning”, 57 *Calif. L. Rev.* 839, pp. 844/60 (1969); Note, “The Cruel and Unusual Punishment Clause and the Substantive Criminal Law”, 79 *Harv. L. Rev.* 635, pp. 636/39 (1966). El principio contrario a los castigos penales excesivos puede rastrearse en los Capítulos 20-22 de la Carta Magna (1215). Los antecedentes históricos de la Octava Enmienda fueron revisados extensamente en varias opiniones en *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 92 S.Ct. 2726, 33 L. Ed 2d 346 (1972). La Constitución misma guarda silencio con respecto al significado del término “castigo”. En efecto, el documento no dice si el mismo se refiere a la variedad de sanciones legales o no legales que los seres humanos padecen o si debe entenderse en relación con un proceso penal más que con uno civil. Sin embargo, los orígenes de la cláusula son evidentes. Y los casos que la interpretan han sostenido sistemáticamente que el “castigo” contemplado en la Octava Enmienda es la pena infligida por un tribunal por la comisión de un delito o en aplicación del derecho penal. Ver, p. ej., *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, pp. 94/99, 78 S.Ct. 590, pp. 594/97, 2 L.Ed. 2d 630, pp. 638/41 (1957). Ver, en general, Note, “The Effectiveness of the Eighth Amendment: An Appraisal of Cruel and Unusual Punishment”, 36 *N.Y.U.L. Rev.* 846, pp. 854/57 (1961). La privación, confiscación o penalidad a partir de un proceso civil o de otro tipo no pueden constituir un “castigo cruel e inusual” en el marco del significado de la cláusula constitucional.

de la base fáctica sobre la que se fundó infligieron “castigos crueles e inusuales” en el sentido constitucional.

### III. Derecho a la intimidad<sup>8</sup>

En las circunstancias excepcionales de este caso, el tema que nos ha generado mayor preocupación es el derecho constitucional a la intimidad. En efecto, lo cierto es que ante los tribunales se ha presentado un padre amoroso, en carácter de padre e invocando los derechos de su hija incapaz y profundamente deteriorada, que probablemente esté irreversiblemente condenada a vivir el resto de su vida de manera biológicamente vegetativa. El Sr. Quinlan solicita autorización para abandonar ciertos procedimientos tecnológicos especiales que solo pueden mantener con vida un cuerpo que ya no tiene posibilidades de recuperación o al que solo le resta continuar viviendo de manera “vegetativa”.

Es indudable que en estas circunstancias tan desgraciadas, si Karen estuviera milagrosamente lúcida durante un intervalo y consciente de su estado irreversible (sin alterar el diagnóstico existente del estado al que pronto regresaría), decidiría interrumpir el dispositivo de soporte vital, incluso si ello entrañara la posibilidad de una muerte natural. En este sentido, es dable distinguir entre la causa *sub examine* y el caso *Heston*, relativo a una joven mujer gravemente herida (Delores Heston), cuya vida dependía de una cirugía y de una transfusión de sangre, y que se encontraba en tal estado de shock que no podía hacer una elección informada (si bien la Corte consideró que las creencias religiosas de la paciente —que no le permitían someterse a una transfusión— estaban en juego), pero que, por sobre todas las cosas, era una paciente que aparentemente podía salvar su vida y gozar de buena salud y tener una larga vida, situación muy diferente al presente caso.

En este caso diametralmente opuesto, no dudamos en afirmar que ningún interés externo y apremiante del Estado podría obligar a Karen a soportar lo insoportable, con el único fin de vegetar unos pocos meses sin ninguna posibilidad real de volver a una aparente vida cognitiva o sapiente. Resulta carente de toda lógica distinguir entre una elección de esa índole por parte de Karen y una elección similar que, según la prueba existente en este caso, podría eventualmente manifestar una paciente capaz con una enfermedad terminal, desahuciada por cáncer y con un gran padecimiento. Dicha paciente no tendría necesidad de reanimación ni de respirador según el ejemplo aportado por el Dr. Korein, y, *a fortiori*, no se le colocaría un respirador contra su voluntad.

Si bien la Constitución no menciona explícitamente el derecho a la intimidad, los fallos de la Suprema Corte han reconocido que existe un derecho a la intimidad personal y que ciertas áreas de la intimidad están garantizadas por la Constitución.

<sup>8</sup> El derecho que aquí se discute forma parte de la categoría de los llamados derechos de la “personalidad”. Ver Pound, “Equitable Relief against Defamation and Injuries to Personality”, 29 *Harv. L. Rev.* 640, pp. 668/76 (1916). Hace mucho tiempo que en New Jersey se ha reconocido la jurisdicción de *equity* en lo que hace al reconocimiento y cumplimiento de tales derechos. Ver, p. ej., *Vanderbilt v. Mitchell*, 72 N.J. Eq. 910, pp. 919/20 (E. & A. 1907).

*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349 (1972); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 89 S. Ct. 1243, [70 N.J. 40] 22 L. Ed. 2d 542-1969-. La Corte ha prohibido la intromisión judicial en muchos aspectos de las decisiones personales, a menudo fundamentando esa restricción en el concepto de una limitación de interés y responsabilidad judicial, como en el caso de la contracepción y su relación con la vida familiar y la toma de decisiones. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85 S. Ct. 1678, 14 L. Ed. 2d 510-1965-.

En *Griswold*, la Corte consideró que el derecho constitucional tácito a la intimidad se encuentra en una zona gris de las garantías específicas de la Declaración de Derechos “constituida por emanaciones de esas garantías que les aportan vitalidad y sustancia” (cit., *supra*, p. 484). Presuntamente, este derecho es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de un paciente de rechazar un tratamiento médico en ciertas circunstancias, de la misma manera en que es suficientemente amplio como para abarcar la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo en ciertas condiciones. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, p. 153, 93 S. Ct. 705, p. 727, 35 L. Ed. 2d 147, p. 177-1973-.

Este derecho a la intimidad tampoco ha sido olvidado en la Constitución de New Jersey (Const. de N.J. -1947-, art. I, par. 1).

En el presente caso, los intereses que fueron invocados por el Estado son, básicamente, la preservación y la santidad de la vida humana y la defensa del derecho del médico a administrar un tratamiento médico compatible con su mejor criterio. En este caso, los médicos consideran que retirar el respirador de Karen constituiría una medida contraria a su criterio profesional. El demandante, por su parte, afirma que el tratamiento actual de Karen solo cumple una función de mantenimiento, que el respirador no puede curar ni mejorar su estado, sino que, en el mejor de los casos, puede prolongar su inevitable lento deterioro y eventual muerte, y que los intereses de la paciente, tal como los considera su subrogante, su curador, deben ser examinados por el tribunal de manera prioritaria, incluso ante la opinión adversa de los actuales médicos tratantes. La distinción del demandante es importante. Las características del cuidado de Karen y las posibilidades realistas de su recuperación son muy diferentes a las de los pacientes involucrados en muchos de los casos en los que los tribunales ordenaron tratamientos. En muchos de ellos, el procedimiento médico requerido (en general una transfusión de sangre) constituía una mínima invasión en el cuerpo, y existían muchas posibilidades de recuperación y de retorno a una vida activa. En nuestra opinión, el interés del Estado *in contrario* se debilita a la vez que el derecho de la persona a su intimidad crece a medida que aumenta el grado de invasión corporal y el diagnóstico empeora. En definitiva, llega un punto en que los derechos de la persona prevalecen sobre el interés del Estado. Es por esa razón que consideramos que si Karen fuera capaz de elegir, su elección sería legitimada por la ley. Su pronóstico es extremadamente adverso, ya que nunca volverá a tener vida cognitiva. Y la invasión corporal a la que está sometida es muy grande: necesita cuidados intensivos de enfermería las 24 hs., antibióticos, respirador, catéter y tubo nasogástrico.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho de Karen a elegir en forma autónoma ordinariamente estaría fundado en su capacidad para hacerlo valer. La

triste verdad es que ella es extremadamente incapaz y no podemos discernir su supuesta elección con base en el testimonio de sus previas conversaciones con sus amigos, el cual, por cierto, carece de suficiente peso probatorio (137 N.J. Super. p. 260). No obstante, en las circunstancias particulares de este caso, hemos llegado a la conclusión de que el derecho de Karen a la intimidad puede ser invocado en su nombre por su curador.

Si una presunta decisión de Karen de permitir que las fuerzas naturales pongan fin a esta existencia no cognitiva y vegetativa es considerada –tal como nosotros lo hacemos– es considerada como un importante hecho en el que se plasma su derecho a la intimidad, entonces no debería ser desechada únicamente porque su estado no le permite hacer un ejercicio consciente de su elección. La única vía práctica para prevenir la destrucción de ese derecho es permitir al curador y a la familia de Karen tomar su decisión –sujeta a las limitaciones aquí indicadas más adelante– con respecto a si ella ejercería o no ese derecho en estas circunstancias. Si su conclusión es afirmativa, esta decisión debería ser aceptada por una sociedad, la enorme mayoría de cuyos miembros, en circunstancias semejantes, ejercería esa misma elección, tanto en relación con ellos mismos como con sus personas más allegadas. Por esta razón, consideramos que el derecho de Karen a la intimidad puede ser reivindicado en su nombre por su curador y por su familia en las circunstancias particulares presentadas en esta causa.

Con respecto al derecho del Sr. Quinlan a la intimidad, estamos de acuerdo con la conclusión a la que llegó el juez Muir en el sentido de que no existe un derecho constitucional parental que lo faculte a dar la autorización a título personal (*id.*, p. 266). El derecho parental a la intimidad siempre ha sido reconocido en el contexto de decisiones vinculadas con la crianza de los niños y, como lo planteó el juez Muir, suponía una “continuidad de estilos de vida”. Ver *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 92 S.Ct. 1526, 32 L. Ed. 2d 15 -1972-; *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 12-14-12, 45 S.Ct. 571, 69 L.Ed. 1070 -1925-; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 43 S.Ct. 625, 67 L.Ed. 1042 -1923-. Karen Quinlan es una adulta de 22 años de edad. Como se ha establecido más arriba, su derecho a la intimidad debe ser hecho valer por el Sr. Quinlan en su calidad de curador.

#### *IV. El factor médico*

Habiendo declarado el fundamento jurídico sustantivo de los derechos del demandante –en su calidad de representante de Karen–, abordamos ahora y respondemos a la pretensión de los demandados de que nuestra premisa contraviene injustificadamente los estándares médicos prevalecientes. Pasamos a analizar, entonces, la decisión médica que sustenta la determinación tomada a continuación, conscientes de la escasez de orientación legislativa y judicial preexistente en relación con los derechos y las responsabilidades allí comprometidas.

En cualquier discusión sobre asuntos médico-jurídicos delicados, suele presentarse un problema significativo, esto es, la firme –y quizás inconsciente– tendencia que muchos revelan a distorsionar el derecho aplicable en aras de una exposición de lo que desearían que la ley fuera. Este impedimento a la resolución inteligente de

las controversias judiciales nunca resulta tan obstructivo como en el debate acerca de los derechos del paciente terminal. La negativa judicial a ordenar tratamientos para salvar la vida ante invocaciones en contrario del derecho a la autodeterminación corporal o al libre ejercicio de la religión es citada con demasiada frecuencia en apoyo de un “derecho a morir” preconcebido aunque los pacientes, deseosos de vivir, no hayan reclamado ese derecho. A la inversa, la reivindicación de una objeción religiosa o de otra naturaleza a los tratamientos que salvan la vida es a menudo condenada y considerada como un intento de suicidio, si bien en derecho el suicidio tiene un significado muy diferente [Byrn, “Compulsory Lifesaving Treatment For The Competent Adult”, 44 *Fordham L. Rev.* 1 -1975-].

Quizás la confusión advertida se origine en la mención que algunos tribunales hacen de la condena que el derecho común o el *common law* hacen del suicidio como demostración del interés del Estado en la preservación de la vida. Sin embargo, observaríamos la existencia de una diferencia real entre un daño mortal autoinfligido y la libre determinación de oponerse al soporte vital artificial o la cirugía radical, en el caso, por ejemplo, de una muerte irreversible, dolorosa e inminente. Estas situaciones contrastantes son análogas a aquellas con las que los profesionales de la medicina se enfrentan continuamente. ¿En qué momento el soporte vital –que en general es obligatorio– se convierte en objeto de la discrecionalidad médica cuando se provee a personas terminales? ¿Y en qué momento la suspensión de la provisión de ese soporte entra en la órbita de la discrecionalidad médica? ¿Cuándo una determinación tomada con respecto a alguna de las precedentes eventualidades expone a un riesgo de responsabilidad civil o penal al médico o a la institución involucrada?

La existencia y la naturaleza misma del dilema médico difícilmente requieran ser discutidas en profundidad, puesto que han sido descritas en este caso y, además, porque en tiempos recientes han adquirido complejidad a raíz del dramático avance de la tecnología médica. El dilema existe, es real, es constantemente resuelto en las prácticas médicas aceptadas sin que los tribunales le presten atención y está presente en los asuntos examinados aquí. El aspecto del dilema relativo a la responsabilidad del médico y a su relación con el deber del tribunal fue concebido por el juez Muir en los siguientes términos:

En el trato de un paciente, los médicos deben recurrir a la tradición médica y a las historias clínicas de casos anteriores. Deben guiarse por sus conocimientos. Su capacitación, su experiencia y la consulta con otros médicos deben guiar su proceso de toma de decisiones a fin de brindar asistencia a sus pacientes. La naturaleza, el alcance y la duración de la atención conforme a los estándares sociales es responsabilidad del médico. La moral y la conciencia de nuestra sociedad colocan esta responsabilidad en manos del médico. ¿Qué justificación existe para sacarla del control de los médicos y colocarla en manos de los tribunales? [137 N.J. Super. p. 259].

Los conceptos sobre la distribución de la responsabilidad que se han vertido hasta aquí de manera general no deberían, sin embargo, impedir a esta Corte tomar decisiones con respecto a asuntos claramente justiciables ni impedirle reexaminar los valores y derechos humanos subyacentes. En última instancia, las determinaciones que se tomen con respecto a estos no solo deben responder a los estándares de la medicina, sino al juicio moral común de la comunidad en su conjunto. En relación con esto último, la Corte tiene una responsabilidad judicial indelegable.

En otras palabras, el derecho, la equidad y la justicia no deben amedrentarse ni quedar desvalidos ante las maravillas de la moderna tecnología que plantea cuestiones hasta ahora impensadas. Cuando una Karen Quinlan, un padre, un médico, un hospital o un Estado inician un proceso y solicitan a un tribunal que se expida sobre una cuestión, este debe responder con su concepción más informada de justicia en las hasta entonces circunstancias inexploradas que se le han presentado. Esa es su obligación, y nosotros estamos aquí para cumplirla, ya que los actores y quienes tienen interés en el asunto no deberían quedarse sin una reparación.

Los tribunales, en ejercicio de su responsabilidad *parens patriae* para proteger a las personas con discapacidad, a veces han implementado decisiones médicas y autorizado su ejecución en términos de la doctrina de la “decisión sustituta” [*substituted judgment*]. *Hart v. Brown*, 29 Conn.Sup. 368, 289 A.2d 386, 387/88 (Super. Ct. 1972); *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145, pp. 147/48 (Ky. Ct. App. 1969). Ya que como lo ha señalado el juez Muir:

“Como parte del poder intrínseco de la equidad, un tribunal de equidad [Court of Equity] tiene jurisdicción plena y absoluta sobre las personas que trabajan con alguna incapacidad legal. En ese caso, la acción del tribunal no está restringida por límites estrechos de ningún tipo, sino que está facultada para alargar su brazo en cualquier dirección en la que su auxilio y su protección sean necesarios. Si bien se trata efectivamente de un ejercicio especial de jurisdicción de equity, es incuestionable que en virtud del mismo la Corte puede decidir sobre derechos personales” [137 N.J. Super. p. 254 (con cita de Am. Jur.2d, Equity § 69 (1966))].

Sin embargo, en la medida en que los tribunales, que no tienen conocimientos médicos, están llamados a invalidar una decisión profesional tomada de conformidad con las prácticas y estándares médicos predominantes, se plantea una cuestión diferente. Tal como se indica más abajo, se exige que un médico:

“que ponga en práctica, en el tratamiento de su paciente, el grado de cuidado, conocimiento y pericia con el que el promedio de los profesionales pertenecientes a su campo normalmente cuenta y opera en situaciones similares”. *Schueler v. Strelinger*, 43 N.J. 330, p. 344 -1964-. Si se trata de un especialista, “no solo debe utilizar la pericia de un médico generalista, sino también el grado especial de pericia que normalmente posee el médico promedio que dedica estudio y atención especiales al órgano particular, enfermedad o

herida de que se trate, en atención al estado actual del conocimiento científico”. *Clark v. Wichman*, 72 N.J.Super. 486, p. 493 (App. Div. 1962). Este es el deber que establece sus obligaciones legales para con sus pacientes [137 N.J. Super. pp. 257/58].

Las obligaciones médicas se vinculan con los estándares y prácticas predominantes en la profesión. Como se ha señalado anteriormente, los médicos a cargo de este caso se negaron a retirar el respirador. Esa decisión se compadecía con las pruebas producidas ante el tribunal inferior con respecto a las prácticas y estándares médicos existentes en ese entonces.

De conformidad con la legislación entonces vigente, el juez Muir actuó correctamente al no autorizar el retiro del respirador.

Sin embargo, en relación con el asunto del dictado de la sentencia declarativa solicitado por el demandante en su carácter de representante de los intereses de Karen, se nos exige volver a evaluar la aplicabilidad de los estándares médicos descriptos por los tribunales inferiores. Se trata de evaluar si existe suficiente coherencia interna y racionalidad en la aplicación de tales estándares como para justificar que se constituyan en un inevitable impedimento para que esta Corte dicte la sentencia declarativa solicitada. Hemos llegado a la conclusión de que no.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente considerar la repercusión, tanto en los estándares del derecho civil como del penal, de la responsabilidad médica y de los nuevos medios tecnológicos de soporte vital en casos de vidas irreversiblemente dañadas.

La actual proliferación de juicios por mala praxis y la menos frecuente pero aún más inquietante posibilidad de sanciones penales parecerían –suponer lo contrario está más allá de la naturaleza humana– incidir en las prácticas y estándares existentes. Sin embargo, aquí se ha declarado que la perturbadora presencia de tal responsabilidad no tuvo injerencia alguna en la decisión de los médicos tratantes y, como lo ha manifestado el juez Muir, damos a este testimonio total crédito. Sin embargo, es impensable que el factor mencionado no haya influido significativamente sobre los estándares, tal como lo revela claramente la literatura sobre la materia (ver nota a pie, *infra*). Por otra parte, nuestra atención no se dirige tanto hacia el reconocimiento por parte de los doctores Morse y Javed de las prácticas y estándares existentes, sino hacia la creciente ambigüedad de esos estándares *per se* en la aplicación a los problemas médicos en discusión.

La conmoción de la comunidad médica frente a las modernas tecnologías de prolongación de la vida y su búsqueda de una normativa definitiva se pone de manifiesto en la existencia de un gran volumen de comentarios profesionales relevantes<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Ver, p. ej., Downing, *Euthanasia and the Right to Death* (1969); St. John-Stevan, *Life, Death and the Law* (1961); Williams, *The Sanctity of Human Life and the Criminal Law* (1957); Appel, “Ethical and Legal Questions Posed by Recent Advances in Medicine”, 205 *J.A.M.A.* 513 (1968); Cantor, “A Patient’s Decision To Decline Life-Saving Medical Treatment: Bodily Integrity Versus The Preservation of Life”, 26 *Rutgers L. Rev.* 228 (1973); Claypool, “The Family Deals with Death”, 27 *Baylor L. Rev.* 34 (1975); Elkington, “The Dying Patient, The Doctor and The Law” 13 *Vill. L. Rev.* 740 (1968);

Este amplio debate contrasta con la relativa escasez de pautas y estándares legislativos y judiciales en el mismo campo. La profesión médica ha procurado elaborar lineamientos como el concepto de “muerte cerebral” del Comité *Ad Hoc* de Harvard antes mencionado. Sin embargo, a partir de la citada declaración del Dr. Korein, resulta del todo evidente y claro, al punto de ser apreciable judicialmente, que las decisiones humanitarias contrarias a las terapias de reanimación o de mantenimiento son, a menudo, una reconocida respuesta *de facto* en el ámbito médico al paciente irreversiblemente terminal, especialmente con el consentimiento familiar. Además, estos casos distan mucho de la “muerte cerebral”.

De la causa se deduce que los médicos hacen una distinción entre curar a los enfermos y reconfortar y aliviar a los moribundos; que se niegan a tratar a los pacientes curables como si estuvieran por morir o tuvieran que morir, y que a veces se han negado a tratar a los pacientes moribundos y sin esperanza como si fueran curables. En este sentido, y como lo recuerda la declaración de los doctores Korein y Diamond, muchos de ellos se han negado a someter a una indeseable prolongación del proceso de muerte a pacientes en estado irreversible cuando es evidente que esa “terapia” no ofrece beneficios ni humanos ni humanitarios. En nuestra opinión, estas actitudes representan la aplicación equilibrada de una perspectiva profundamente realista del significado de la vida y de la muerte y respetan ampliamente la tradición judeo-cristiana de respeto por la vida humana. Sorprendentemente, parecerían ellas coherentes con el marco moral de la medicina que gira en torno al “remediar”, prácticamente en el mismo sentido de la interminable misión de la ley de “hacer justicia”.

Sin embargo, estimamos que este equilibrio es particularmente difícil de percibir y de aplicar en un contexto en el que la tecnología de avanzada ha desarrollado equipos sofisticados y artificiales de soporte vital. Para los pacientes con posibilidades de cura, tales equipos resultan esenciales y de gran valor, en tanto procedimientos médicos ordinarios. Por ello, como bien señala el Dr. Diamond, son necesarios en términos éticos para la práctica médica. Pero dadas las circunstancias del presente caso (si bien la causa resulta algo confusa en la distinción entre medidas “ordinarias” y “extraordinarias”), se tendría que pensar que el uso del mismo respirador o de un soporte similar podría considerarse “ordinario” en el contexto de un paciente con posibilidades de cura, pero “extraordinario” en el caso de un soporte forzoso de procesos cardiorespiratorios administrado a un paciente irreversiblemente terminal.

---

Fletcher, “Legal Aspects of the Decision Not to Prolong Life” 203 *J.A.M.A.* 65 (1968); Foreman, “The Physician’s Criminal Liability for the Practice of Euthanasia”, 27 *Baylor L. Rev.* 54 (1975); Gurney, “Is There A Right To Die? – A Study of the Law of Euthanasia”, 3 *Cumb. -Sam. L. Rev.* 235 (1972); Mannes, “Euthanasia vs. The Right To Life”, 27 *Baylor L. Rev.* 68 (1975); Sharp & Crofts, “Death with Dignity and The Physician’s Civil Liability”, 27 *Baylor L. Rev.* 86 (1975); Sharpe & Hargest, “Life-saving Treatment for Unwilling Patients”, 36 *Fordham L. Rev.* 695 (1968); Skegg, “Irreversibly Comatose Individuals: ‘Alive’ or ‘Dead?’”, 33 *Camb. L.J.* 130 (1974); Comment, “The Right to Die”, 7 *Houston L. Rev.* 654 (1970); Note, “The Time of Death – A Legal, Ethical and Medical Dilemma”, 18 *Catholic Law.* 243 (1972); Note, “Compulsory Medical Treatment: The State’s Interest Re-evaluated”, 51 *Minn. L. Rev.* 293 (1966).

Por otra parte, este dilema se agudiza ante la amenaza de mala praxis y la acción penal a la que nos hemos referido.

Dudaríamos, en este mundo imperfecto, en proponer a los médicos ese tipo de inmunidad, que desde el *common law* primigenio ha acompañado a los jueces y a los grandes jurados (ver, p. ej., *Grove v. Van Duyn*, 44 N.J.L. 654, pp.656/57 (E. & A. 1882); *O'Regan v. Schermerhorn*, 25 N.J. Misc. 1, 19-20 (Sup. Ct. 1940)), para que puedan, sin temor a represalias personales, ejercer sus deberes judiciales con objetividad independiente. Al respecto, en *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. (13 Wall.) 335, p. 347, 20 L. Ed. 646, p. 649 -1872-, la Suprema Corte resolvió:

[E]s un principio general de gran importancia para la adecuada administración de justicia que un funcionario judicial, en el ejercicio de las atribuciones que se le han conferido, tenga libertad para actuar conforme a sus propias convicciones y sin temor a sufrir consecuencias personales.

Por otra parte, Lord Coke dijo de los jueces que “solo deben rendir cuentas ante Dios y el Rey [el Estado]”. 12 *Coke Rep.* 23, 25, 77 Eng. Rep. 1305, 1307 (S.C. 1608).

De todas formas, debe existir, por el bien de sus pacientes terminales, una manera de liberar a los médicos en el ejercicio de su vocación de curar de una posible influencia en su actuar ejercida por preocupaciones referidas a su propio interés o a su propia protección que pueda afectar sus juicios médicos independientes. Desearíamos que esta sentencia resultara en cierto grado de utilidad para atenuar los problemas profesionales que aquí se discuten.

Una técnica orientada hacia el manejo de esta dificultad subyacente (aunque en un contexto algo más amplio) ha sido descrita por la Dra. Karen Teel, pediatra y directora de Educación Pediátrica. En su artículo “The Physician’s Dilemma: A Doctor’s View: What The Law Should Be” publicado en la *Baylor Law Review*, la Dra. Teel recuerda:

Dado que son responsables por sus propias decisiones médicas, los médicos, en parte por elección y en parte por omisión, tienen la responsabilidad de hacer juicios éticos que a veces estamos mal capacitados para realizar. En efecto, no siempre estamos autorizados moral y legalmente para emitirlos. Al hacerlo, el médico asume una responsabilidad civil y penal que la mayoría de las veces no toma en cuenta siquiera como factor incidental en la toma de su decisión. En todo este proceso hay poco o ningún diálogo. El médico supone que su opinión es necesaria y actúa de buena fe. Alguien lo debe hacer, y es el médico quien asume la responsabilidad y el riesgo.

Sugiero que sería más apropiado crear un foro permanente para contar con más aportes y con un mayor diálogo en situaciones particulares, de manera que la responsabilidad por estas opiniones

sea compartida. Muchos hospitales han creado un Comité de Ética integrado por médicos, trabajadores sociales, abogados y teólogos, orientado a evaluar las circunstancias particulares del dilema ético y que ha brindado mucha asistencia y garantías a los pacientes y a quienes les brindan asistencia médica. En general, las atribuciones de estos comités están fundamentalmente circunscriptas al ámbito hospitalario y su estatus oficial se acerca más al de un órgano consultivo que al de uno de implementación.

El concepto de un Comité de Ética con este tipo de organización y fácilmente accesible a las personas que brindan asistencia médica a los pacientes debería ser, en mi opinión, la directriz más prometedora para un estudio más detallado sobre este punto.

[Esto permitiría] un poco del tan necesario diálogo sobre estas cuestiones y [obligaría] a una exploración de todas las opciones disponibles para un paciente en particular. También podría diluir la responsabilidad por la toma de estas decisiones. Lo cierto es que, en muchas oportunidades, un gran número de médicos acogería de buen grado compartir su responsabilidad. Creo que una entidad de este tipo bien puede prestarse a la asunción de un estatus jurídico que permitiría cursos de acción que actualmente no se adoptan por el riesgo de incurrir en la responsabilidad legal [27 Baylor L. Rev. 6, pp. 8/9 -1975-].

El factor más importante de la técnica sugerida por la Dra. Teel nos parece ser la distribución de la responsabilidad profesional en la toma de decisiones, lo que, en cierta medida, es comparable a la utilidad de los tribunales colegiados en la resolución de difíciles cuestiones jurídicas en instancia de apelación. Por otra parte, ese sistema protegería tanto al hospital como al médico al evaluar, por así decirlo, un caso que podría estar contaminado por motivaciones nada valiosas de la familia o del médico. En el mundo real y en relación con la decisión trascendental contemplada, el valor de opiniones adicionales y de otros conocimientos es notable.

Consideramos que una práctica de solicitar a un tribunal que confirme ese tipo de decisiones en general resultaría inapropiado, no solo porque significaría una intromisión infundada en el área de la competencia médica, sino también porque sería muy difícil de manejar. Una exigencia de esa naturaleza es diferente al examen judicial tradicionalmente exigido en otras cuestiones tales como la declaración y reclusión de los insanos. Esto no significa que en el caso de una controversia que a otros efectos sea justiciable, el acceso a los tribunales no sea factible; hablamos más bien de práctica y procedimiento general.

Y si bien las deliberaciones y las decisiones descriptas serían de naturaleza profesional, deberían, en alguna medida, incluir los sentimientos de un pariente del incapaz. Si la toma de decisiones en el campo de la asistencia sanitaria es considerada expresión de una obligación primaria del médico, *primum non nocere*, debería ser

supervisada en primer término en el marco de la relación paciente-médico-familia, como de hecho lo reconoció el juez Muir en su decisión complementaria del 12 de noviembre de 1975.

Si se pudiera crear un sistema no necesariamente como este sino algún equivalente razonable, no dudaríamos en afirmar que tales decisiones, tomadas de conformidad con la práctica médica y los estándares predominantes, serían aceptadas por la sociedad y por los tribunales, por lo menos en casos comparables al de Karen Quinlan.

En el presente caso, la prueba nos lleva a la convicción de que el punto central de la decisión debería ser el pronóstico en cuanto a la posibilidad razonable de retorno a una vida cognitiva y sapiente, en contraposición a una prolongación forzada de una existencia biológicamente vegetativa a la que Karen parece estar condenada. Resumiendo este punto de nuestra sentencia, llegamos a la conclusión de que el estado de los estándares y prácticas médicas que guiaron a los médicos tratantes en este caso no justificaría que esta Corte se sienta vinculada a ser controlada por ellos al responder a la solicitud del dictado de una sentencia declarativa.

#### *V. Supuesta responsabilidad penal*

Habiendo llegado a la conclusión de que existe un derecho a la intimidad que puede dar lugar a la finalización de un tratamiento en las circunstancias de este caso, pasamos ahora a considerar el vínculo entre el ejercicio de ese derecho y el derecho penal. Somos conscientes de que dicha finalización del tratamiento aceleraría la muerte de Karen y tanto el fiscal del Condado de Morris como el fiscal general sostienen que existiría responsabilidad penal por dicha aceleración. En efecto, de acuerdo con las leyes de este estado, el homicidio ilícito de otro ser humano está tipificado como homicidio culposo (N.J.S.A. 2A:113-1, 2, 5). Sin embargo, sostenemos que no habría homicidio criminal en las circunstancias de este caso. En primer lugar, consideramos que el deceso sobreviniente a la finalización del tratamiento no sería homicidio, sino fallecimiento por causas naturales existentes y, en segundo lugar, que incluso si fuera considerado homicidio, no sería ilegal.

Estas conclusiones se fundamentan en definiciones y en bases constitucionales. La finalización del tratamiento es, en términos del derecho a la intimidad lícita *ipso facto* dentro de las limitaciones de este caso. Por ello, una muerte resultante de un acto semejante no entraría dentro del ámbito de las leyes que incriminan el homicidio, las cuales solo proscriben el homicidio ilícito de otra persona. Existe una diferencia real y, en este caso, determinante entre quitarle ilícitamente la vida a otra persona y la interrupción de los sistemas de soporte vital artificial en tanto cuestión de autodeterminación.

Asimismo, el ejercicio de un derecho constitucional como el que aquí encontramos está protegido frente a la persecución penal (ver *Stanley v. Georgia*, *supra*, 394 U.S. 559, 89 S. Ct. p. 1245, 22 L.Ed.2d p. 546). No cuestionamos el indudable poder del Estado para sancionar a quien toma una vida humana, pero ese poder no alcanza a aquellas personas que en virtud de su derecho a la intimidad interrumpen un tratamiento médico (ver *id.*, cit., p. 568, 89 S. Ct. p. 1250, 22

L.Ed.2d p. 551). La protección constitucional se extiende a terceras personas cuya acción es necesaria para hacer efectivo el ejercicio de ese derecho cuando las propias personas no serían objeto de acciones judiciales o cuando las terceras personas son acusadas de complicidad de un acto que podría no constituir un delito (*Eisenstadt v. Baird*, cit., *supra*, 405 U.S. p. 445/46, 92 S. Ct. p. 1034/35, 31 L.Ed.2d p. 357/58; *Griswold v. Connecticut*, cit., *supra*, 381 U.S. p. 481, 85 S.Ct. p. 1679/80, 14 L.Ed.2d p. 512/13). Asimismo, dadas las circunstancias de este caso, estos mismos principios serían aplicables y se opondrían a un procesamiento válido por intento de suicidio si en este estado existiese aún ese delito<sup>10</sup>.

#### VI. Curatela de la persona

Como hemos observado, el juez de primera instancia desdobló la curatela, negándose a nombrar a Joseph Quinlan curador de la persona y circunscribiendo su curatela a la de los bienes de su hija. Semejante división ocasional de la curatela entre la responsabilidad sobre la persona y sobre los bienes de una persona incapaz tiene profundas raíces en el *common law* y se encuadra dentro del ámbito de competencia del juez de primera instancia (*In re Rollins*, 65 A.2d 667, pp. 679/82 (N.J. Cty. Ct. -1949-).

La ley crea una presunción inicial a favor de un pariente cercano de tener derecho a ser curador, ya que dispone lo siguiente:

En todos los casos en que deba nombrarse un curador, se le concederá ese estatus a un pariente cercano o –en el caso de que se demuestre ante el juez que ese nombramiento no favorecerá el mejor interés del incapaz o de sus bienes– a aquella otra persona que lo acepte [N.J.S.A. 3A:6-36. Ver *In re Roll*, 117 N. J. Super. 122, p. 124 (App. Div. 1971)].

Aparentemente, el juez de primera instancia llegó a la convicción de que, en general, Joseph Quinlan es un hombre respetable e idóneo para desempeñarse como curador en otras circunstancias, ya que lo describió como “muy sincero, moral, ético y religioso”. Sin embargo, el juez consideró que la obligación de dar su consentimiento a la asistencia médica y al tratamiento de su hija habría sido motivo de angustia

<sup>10</sup> El intento de suicidio era un delito en el *common law* y, como tal, era procesable en este estado como crimen menor de *common law*. 1 Schlosser, *Criminal Laws of New Jersey* §12.5 (3d ed. 1970); ver N.J.S.A. 2A:85-1. En 1957, el Parlamento redujo el delito al estatus de delito contra el orden público, el cual no constituye un “delito” para nuestra legislación. N.J.S.A. 2A:170-25.6. En 1971, el Parlamento revocó todas las sanciones penales por intento de suicidio. N.J.S.A. 2A:85-5.1. Ahora se ha dispuesto la hospitalización temporaria de las personas que intentan suicidarse. N.J.S.A. 30:4-26.3a. Además, observamos que en virtud del Código Penal de New Jersey (Oct. 1971), no existe disposición alguna para la sanción penal del intento de suicidio. Ver *Commentary*, § 2C:11-6. Existe, sin embargo, un delito independiente de “incitación al suicidio”. §2C:11-6b. Esta disposición, en caso de ser promulgada, no sería inculpativa en circunstancias similares a las del presente caso.

y habría alterado su “proceso de toma de decisiones”. Disentimos a este respecto porque con base en la totalidad de las constancias de esta causa, es dable percibir que si bien el Sr. Quinlan padece un dolor natural y se encuentra comprensiblemente apenado por la tragedia que se ha abatido sobre su hija, la fuerza de su propósito y de su carácter superan con creces esos sentimientos y lo califican perfectamente tanto para la curatela de la persona como para la de los bienes de su hija. Por lo tanto, no observamos razón válida alguna para invalidar la definición de la norma con respecto a la preferencia por un pariente cercano.

#### SENTENCIA DECLARATIVA

De esta manera llegamos a la formulación de la sentencia declarativa que, en nuestra opinión, resulta apropiada en este caso. Ha pasado cierto tiempo desde que el estado físico y mental de Karen fuera informado a esta Corte y su continuo deterioro fuera descrito en detalle. Dado que la causa no ha sido ampliada, suponemos que actualmente Karen se encuentra en un estado aún más frágil y más cercano a la muerte que en aquel entonces. Puesto que sus actuales médicos tratantes pueden reconsiderar su actual diagnóstico a luz de esta sentencia, y puesto que estamos transfiriendo al demandante en carácter de curador la elección del médico tratante, y que, por ello, otros médicos, con puntos de vista posiblemente diferentes a los de los médicos tratantes actuales, pueden encargarse del caso, por la presente declaramos el siguiente *affirmative relief*<sup>(1)</sup> a favor del demandante. Con el consentimiento del curador y de la familia de Karen, si los médicos tratantes responsables llegaran a la conclusión de que no existe posibilidad razonable alguna de que Karen salga de su actual estado comatoso y pase a un estado cognitivo y sapiente, y de que los sistemas de soporte vital que ahora se le administran deberían ser desconectados, ellos deberán consultar con el “Comité de Ética” del hospital o con un organismo similar de la institución en que Karen está hospitalizada. Si ese organismo consultivo está de acuerdo en que no existe posibilidad razonable alguna de que Karen salga de su actual estado comatoso y pase a un estado cognitivo y sapiente, el sistema de soporte vital actual podrá ser retirado, quedando cualquier participante, sea el curador, el médico, el hospital o cualquier otro, libre de toda responsabilidad civil o penal<sup>11</sup>. Eso es lo que aquí específicamente resolveremos.

#### CONCLUSIÓN

Por todo ello, se devuelven las actuaciones al tribunal de primera instancia para que sean ejecutadas las siguientes decisiones (sin nuevas audiencias testimoniales):

---

<sup>11</sup> La sentencia declarativa que se dicta aquí no implica que los principios enunciados en este caso puedan no ser aplicables a otros varios tipos de situaciones médicas terminales, no necesariamente referidas a la irremediable pérdida de la vida cognitiva o sapiente, como las descritas anteriormente por los doctores Korein y Diamond.

1. Destituir, con el agradecimiento de la Corte por sus servicios, al actual curador de la persona de Karen Quinlan, Thomas R. Curtin, abogado, miembro del Colegio de Abogados y funcionario de la Corte.
2. Nombrar a Joseph Quinlan curador de la persona de Karen Quinlan con plenas atribuciones para tomar decisiones con respecto a la identidad de sus médicos tratantes.

En aras de la claridad, reiteramos que con el consentimiento del curador y de la familia de Karen, si los médicos tratantes responsables llegaran a la conclusión de que no existe posibilidad razonable alguna de que Karen salga de su actual estado comatoso y pase a un estado cognitivo y sapiente, y que los sistemas de soporte vital que actualmente se le administran deberían ser desconectados, deberán consultar con el “Comité de Ética” del hospital o con un organismo similar de la institución en que Karen está hospitalizada. Si ese organismo consultivo está de acuerdo en que no existe posibilidad razonable alguna de que Karen salga de su actual estado comatoso y pase a un estado cognitivo y sapiente, el actual sistema de soporte vital podrá ser retirado, quedando cualquier participante, sea el tutor, el médico, el hospital o cualquier otro libre de toda responsabilidad civil o penal.

Esta sentencia no ha de interpretarse en el sentido de que se requiere necesariamente un procedimiento tendiente al dictado de una sentencia declarativa para la ejecución de decisiones similares en el campo de la práctica médica.

N. de T: <sup>(i)</sup> Sala que aplica el régimen del *equity*, sistema jurídico desarrollado en Inglaterra paralelamente al sistema de derecho estricto e incorporado en general al régimen jurídico anglo-norteamericano. Bajo el sistema inglés de derecho estricto, las acciones judiciales posibles se encontraban estrictamente limitadas. Ante la insuficiencia de estas acciones para proteger intereses legítimos de las partes, estas recurrían al rey, el cual a su vez delegaba a tribunales especiales (*Chancery Courts*) la decisión de estos casos. Tales tribunales desarrollaron un conjunto de reglas, primero basadas en la equidad según esos tribunales la entendían, y luego cristalizadas en un régimen jurídico propio. Durante el siglo pasado, la mayoría de los tribunales de *equity* se fusionaron con los de derecho estricto, pero quedó vigente el conjunto de reglas históricamente desarrolladas por aquellos, que hoy se conoce con el nombre de *equity*. Este concepto fue oportunamente incorporado a los distintos sistemas jurídicos basados en el derecho inglés.

<sup>(ii)</sup> Ver N. de T. 1, *supra*.

<sup>(iii)</sup> Ver N. de T. 1, *supra*.

<sup>(iv)</sup> *Affirmative relief*. Beneficio resultante de una orden o proveído judicial que es o puede ser solicitada mediante reconvencción. También se aplica la expresión respecto de una orden o proveimiento judicial que ordena realizar determinada conducta.

**Nota de la Oficina:** ante la imposibilidad, por razones técnicas, de incluir la nota de pie de página 3.1 con este número, se le asignó el número 4, por lo que a partir de ella, las notas tienen un número superior a las del fallo original en inglés.





# JURISPRUDENCIA

*investigaciones*



**BIOÉTICA. SALUD. ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA. MENORES. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA EDAD. CATEGORÍAS SEMI-SOSPECHOSAS. DIGNIDAD HUMANA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (COLOMBIA).**

**1. Antecedentes del caso:** Puli Ramírez Gómez, Pedro Antonio Cano Álvarez, Brahim Daniel Montoya Zuleta, Charles Bohórquez Zabala y Gloria Rivero Campo plantearon la inconstitucionalidad del art. 7° de la Ley 1412 del 19 de octubre de 2010, que promueve y autoriza la realización, en forma gratuita, de la ligadura de conductos deferentes y vasectomía, y la ligadura de trompas de Falopio, para fomentar la paternidad y la maternidad responsable. El artículo cuestionado dispone que *“en ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad”*. Los accionantes sostuvieron que dicha norma vulnera los arts. 13, 16, 42 y 45 de la Constitución Política (C.P.), los arts. 7, 9, 10, 18 y 37 del Código de la Infancia y Adolescencia, el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Declaración Universal), el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Puntualmente, refirieron que la norma cuestionada viola los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a fundar una familia de los menores adultos entre 14 y 18 años; que la prohibición allí contenida desconoce la situación del país y la problemática del embarazo adolescente; y, finalmente, que vulnera los derechos sexuales y reproductivos de los menores en condición de discapacidad.

Esta Corte Constitucional resulta competente en virtud de lo dispuesto por el art. 241, inc. 4 C.P., por tratarse de una demanda de inconstitucionalidad formulada por ciudadanos colombianos contra una disposición vigente.

**2. Sentencia:** se resuelve, por mayoría, declarar exequible el art. 7° de la Ley 1412 de 2010.

### **2.1. Examen formal de los cargos de las demandas**

Los demandantes cuestionan la norma impugnada presentando la anticoncepción quirúrgica como una opción válida para enfrentar la problemática del embarazo de adolescentes que afecta a todos los jóvenes en capacidad de procrear, para de allí solicitar la inexecutable de la prohibición absoluta consagrada en el art. 7° impugnado. Este cargo carece de pertinencia y de relevancia constitucional, puesto que se trata de razones de oportunidad o de mera conveniencia sobre una política pública, no acompañadas de un análisis constitucional que explique una posible violación de la Constitución, y, por ello, esta Corte se inhibe de pronunciarse al respecto.

La Corte encuentra que existen otros dos cargos de inconstitucionalidad, sobre los que sí corresponde pronunciarse.

En primer lugar, existe un desconocimiento del derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a su dignidad en relación con el ejercicio de los derechos reproductivos y el derecho a conformar una familia y decidir el número de hijos de los menores entre 14 y 18 años, al excluirlos de ser beneficiarios de un servicio de anticoncepción quirúrgica que el Estado presta gratuitamente a los mayores de 18 años. Ello es así, pues los demandantes identifican la existencia de dos grupos de personas que se encuentran en una misma situación –con capacidad de contraer matrimonio– que reciben un trato diferente y no justificado –por la exclusión de los adolescentes entre los 14 y 18 años de la posibilidad de acceder a la anticoncepción quirúrgica–, con lo que se configura el mínimo argumental para adelantar el juicio de constitucionalidad.

En este caso, el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la prohibición legal de la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores viola los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a su dignidad en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a fundar una familia de los menores entre 14 y 18 años, considerando que tales menores ostentan capacidad legal para contraer matrimonio y, con ello, decidir sobre procrear o abstenerse de ello.

En segundo lugar, existe un desconocimiento de los derechos sexuales y el libre desarrollo de la personalidad respecto de menores de edad en condición de discapacidad, cuando la discapacidad implica la imposibilidad de la persona de hacerse cargo de sí misma, de llevar a cabo actividades esenciales de la vida cotidiana y del cuidado de sus propios hijos. Frente a la posible violación de la dignidad humana y de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y a fundar una familia, también se considera que los argumentos han sido expuestos de manera clara y consistente al plantear que de la habilitación para contraer matrimonio debe desprenderse la posibilidad de decidir sobre el número de hijos.

Aquí, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la prohibición legal de la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores viola los derechos sexuales y reproductivos de los menores discapacitados, considerando que tales menores carecen de capacidad para el ejercicio de una paternidad o maternidad responsable.

## **2.2. Cuestión previa: marco normativo**

La norma demandada es una regla exceptiva del acceso general a la práctica de cirugías de anticoncepción quirúrgica: dada la minoría de edad –menos de 18 años–, se prohíbe en todos los casos a menores de edad.

La Ley 1412 de 2010 tiene como fin promover la progeneración responsable, para lo cual regula el acceso gratuito a los procedimientos de ligadura de conductos deferentes o vasectomía, y la ligadura de trompas de Falopio. El art. 1º de la citada ley define la progeneración responsable como el derecho que tienen las parejas de decidir

de manera libre y responsablemente el número de hijos que conformarán su familia, y que debe ser reconocido, facilitado y estimulado por las autoridades.

La ley establece como beneficiarias a todas las personas, bajo dos condiciones: 1) que la persona sea mayor de edad, lo cual se desprende del art. 7, que se impugna en esta ocasión y que contiene una prohibición expresa de practicar la anticoncepción quirúrgica a todos los menores de edad sin excepción, y 2) que el consentimiento sea libre e informado, de lo cual se desprende una obligación de los médicos encargados de realizar el procedimiento de informar al paciente acerca de la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada y de explicarle otras alternativas de anticoncepción no quirúrgica.

Finalmente, la ley define la “anticoncepción quirúrgica” como el procedimiento médico-quirúrgico tendiente a evitar la concepción a través de la vasectomía o ligadura de trompas. La ligadura de trompas consiste en *“ligar las trompas de Falopio, las cuales son cortadas y selladas para evitar que el esperma llegue al óvulo”*, y la vasectomía es *“la operación dirigida a cortar y ligar los vasos o conductos deferentes para obstruir el circuito y paso normal de los espermatozoides”*.

La finalidad de la Ley 1412 de 2010 consiste en promover la progeneritura responsable de la pareja, frente al fracaso relativo de las políticas de educación sexual en el país, lo cual llevó al aumento del número de embarazos no planeados. En síntesis, esta ley fue promulgada con el fin de facilitar el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, al regular el acceso de todos los hombres y mujeres mayores de edad a la anticoncepción quirúrgica como método de planificación y reducción de embarazos no deseados que inciden negativamente en la provisión de servicios sociales por parte del Estado y en el goce efectivo de los derechos de los niños.

**2.3. Vulneración de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad –en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho de decidir sobre la procreación– de los menores entre 14 y 18 años. Reglas de capacidad del mayor, el menor adulto y el menor de 14 años**

La Ley 1412 de 2010 establece, como regla general, la capacidad de los mayores de edad para someterse al procedimiento de anticoncepción quirúrgica, excluyendo en el art. 7 a todos los menores de edad. Consecuentemente, resulta relevante hacer referencia al concepto de capacidad plena y relativa, de la que son titulares los mayores y los menores de edad, respectivamente.

El Código Civil, en el art. 32, diferencia entre el infante o niño, que no ha cumplido siete años, el impúber, que no ha cumplido doce, y el menor adulto, que ha dejado de ser impúber, clasificación que incide en el grado de capacidad que el legislador reconoce a cada grupo. Así, (art. 1504) se establece que los impúberes son absolutamente incapaces y que, por ende, sus actos no producen obligaciones naturales. Sin embargo, se reconoce la capacidad relativa de los menores adultos en ciertas circunstancias, entre otras: su habilitación para otorgar testamento (art. 1061 C.C.), para contraer matrimonio (art. 117 C.C.), para reconocer a un hijo natural o extramatrimonial, para celebrar capitulaciones matrimoniales, para adquirir la posesión de bienes muebles e inmuebles, para dar su consentimiento para la adopción de un hijo suyo (art. 66 de la Ley 1098 de 2006). En el mismo sentido, la Corte ha

estimado que la capacidad del menor se reconoce de acuerdo con la etapa de la vida en la que este se encuentre, *“más o menos cerca del límite establecido por la ley a partir del cual ella se presume, y se relaciona con la complejidad de los asuntos para los cuales se requiere y con el grado de evolución del sujeto individualmente considerado; por ello, a medida que avanza el tiempo, se amplía el espectro de asuntos en los cuales puede y debe decidir por sí mismo para orientar, sin la conducción u orientación de otro su propio destino”*.

La jurisprudencia ofrece variados ejemplos en los que se han avalado o negado ciertas medidas proteccionistas impuestas a menores de edad de las que se desprenden restricciones a su autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, en razón de su capacidad de entender los efectos de sus actos y decisiones.

En cuestiones de familia, la Corte ha señalado (C-562 de 1995) que los padres menores de edad no ostentan la patria potestad sobre sus hijos en razón de que no son plenamente capaces, y esto ocurre aun cuando los menores se hubiesen emancipado al contraer matrimonio. En este sentido, se ha reconocido amplio margen de configuración al legislador para determinar *“quiénes son absolutamente incapaces, por razón de su edad, quiénes lo son relativamente por la misma causa, y cuáles son las excepciones a esa incapacidad relativa”*.

En otros casos, no ha sido posible fijar pautas estrictas sobre la capacidad del menor y se ha optado por considerar la legitimidad de medidas proteccionistas, en función de su grado de madurez. En relación con los tratamientos de salud, esta Corte ha buscado establecer una serie de reglas para determinar cuándo un menor está en grado de decidir autónomamente el tratamiento a seguir, y cuándo dicha decisión corresponde a los padres o a los representantes legales, no obstante que se entienda que cada situación debe ser evaluada en sus particularidades. Así, en sentencias como la T-477 de 1995 o la T-474 de 1996 sobre el consentimiento del paciente menor adulto en el caso de tratamientos médicos, se señaló que si bien los padres pueden tomar decisiones con respecto al tratamiento de sus hijos, esa facultad no es ilimitada, sobre todo cuando se trata de menores adultos. En el caso del joven testigo de Jehová que se resistía a recibir transfusiones sanguíneas en razón de su credo no obstante ser estas indispensables para su tratamiento contra el cáncer, en la sentencia T-474 de 1996 se valoraron los derechos en conflicto, que eran, por un lado, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de culto y, por otro, la vida del paciente, que dependía del tratamiento. En dicha ocasión, se consideró que la decisión del paciente debía ser completada con la de sus padres para garantizar la máxima protección del derecho a la vida, que prevalecía sobre los demás derechos y libertades. Ahora bien, si la decisión del menor es opuesta a la de los padres y el derecho en juego es la vida, al Estado le asiste un interés legítimo para intervenir en pro del mismo.

Otra línea fundamental con respecto a los alcances y límites del consentimiento informado en los tratamientos quirúrgicos a menores de edad son las sentencias relativas al principio de beneficencia y al principio de autonomía en casos de intersexualidad y ambigüedad genital. La sentencia SU-337 de 1999, que se ha consolidado como precedente en esta materia, fijó una serie de reglas con respecto a la capacidad relativa del menor para decidir autónomamente sobre su sometimiento

a intervenciones de readecuación del sexo. Se estableció que es legítimo avalar el consentimiento sustituto de los padres del menor que no tenga la madurez o bien la autonomía suficiente para tomar una decisión informada sobre el procedimiento, en otras palabras, a mayor madurez del menor o facultad de autodeterminación, mayor es la protección a sus decisiones como garantía de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y menor es el peso de las decisiones de padres y terceros. Las sentencias T-551 de 1999 y T-692 de 1999 recalcaron la necesidad de salvaguardar el consentimiento sustituto informado, cualificado y persistente. En la sentencia T-1390 de 2000, se insistió en la obligación médica de salvaguardar los elementos integrantes del consentimiento sustituto.

Considerando que existen situaciones en las cuales el legislador y el juez constitucional han reconocido la capacidad relativa del menor adulto para disponer de sus derechos, es relevante examinar la posición de esta Corte sobre el matrimonio de menores adultos como una de las formas de fundar una familia, institución que, en teoría, debería ser expresión de la libre autodeterminación de la persona.

#### *Derechos sexuales y reproductivos del menor adulto*

La Constitución reconoce y protege el derecho a la progeneración responsable; su art. 42 establece que las personas tienen derecho a conformar de manera responsable una familia; también consagra el derecho de las parejas a “*decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*”, que se reconoce a todas las personas sin restricción de edad que se encuentren en capacidad de procrear. Este derecho es a su vez una de las expresiones de los denominados derechos sexuales y reproductivos en los que se encuentran implícitos otros derechos de rango fundamental, como el derecho a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la información, a la salud y a la educación.

Los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva asociada con la progeneración responsable consagrada en el art. 42, que es la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento. Este derecho supone la prohibición de cualquier injerencia externa en la toma de este tipo de decisiones personales, por lo cual se considera vulnerado cuando la persona es sometida a cualquier tipo de violencia física, psicológica o a actos de discriminación, como embarazos, esterilizaciones o abortos forzados. Estos derechos también amparan el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos, lo cual incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor, embarazos libres de riesgos, acceso a la información y métodos de anticoncepción. Además, los derechos sexuales reconocen la libertad sexual o bien el derecho que le asiste a cada persona para decidir si quiere o no tener relaciones sexuales y con quién, sin que exista violencia, coacción o interferencias arbitrarias de terceros. Asimismo, protegen el acceso a servicios de salud sexual. Considerando que el ámbito de protección de los derechos sexuales y reproductivos es el ejercicio mismo de la libertad, estos se han considerado como derechos humanos, por tanto, son de rango constitucional y deben ser especialmente protegidos por el Estado. El derecho a fundar una familia también es una manifestación del libre desarrollo

de la personalidad y de los derechos reproductivos; por ello, la jurisprudencia ha considerado aquel derecho como fundamental. En el caso de los menores adultos, el derecho a decidir sobre el número de hijos que se quieren tener, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, también ha sido reconocido por la Corte. Se ha aceptado que los menores tienen derecho a decidir sobre su propia sexualidad, en el marco de la autonomía y libertad que se le reconoce a toda persona, pero considerando la importancia del acompañamiento de la familia, la sociedad y el Estado, quienes están en deber de advertir los riesgos y responsabilidades de sus decisiones de vida.

En sede de tutela, se han revisado casos de menores que han tomado la decisión de casarse o de tener hijos, y se ha reconocido el derecho que les asiste a los mismos de constituir su propia familia. En la sentencia T-853 de 2004, se examinó el caso de una menor de edad a quien se le negó la posibilidad de seguir estudiando en su plantel educativo porque había decidido casarse; se acogieron las pretensiones de la menor y se reconoció su derecho constitucional fundamental a constituir una familia, al que optó libre y autónomamente al contraer matrimonio civil y cuyo ejercicio permanece en el ámbito privado. En ese fallo, se reiteró la línea ya establecida en otras providencias, como las sentencias T-420 de 1992, T-211 de 1995, T-377 de 1995, T-516 de 1998, T-015 de 1999 y T-272 de 2001, en las que se estableció que los colegios no podían imponer un trato diferente a menores por comprometerse a conformar una familia. La jurisprudencia igualmente ha indicado que en estos eventos prevalece la protección de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a fundar una familia, puesto que *“se trata de una situación de su exclusiva incumbencia, que se originó en una decisión autónoma tomada por ella dada su capacidad para hacerlo, que la motivó a conformar un tipo de familia, que como ya se ha señalado, es reconocido por la misma Constitución”*. Así, resulta violatorio de la Constitución imponer sanciones a aquellos adolescentes que deciden de manera autónoma fundar una familia, en ejercicio de sus derechos constitucionales.

#### *Tratamiento legal diferenciado entre el mayor y el menor adulto en el art. 7*

El art. 7 de la Ley 1412 de 2010 presumió la capacidad legal del mayor de edad para someterse al procedimiento de la anticoncepción quirúrgica, pero estableció una prohibición absoluta en esta materia en relación con todos los menores de edad.

Antes de analizar la alegada violación del derecho a la igualdad por el tratamiento diferenciado atendiendo al criterio de la edad, es pertinente repasar las reglas jurisprudenciales que existen en esta materia.

La Constitución, además de otorgar un estatus especial a los niños, confiere al legislador la facultad de establecer la edad mínima para contraer matrimonio, fija la mayoría de edad para el acceso a los derechos de ciudadanía, señala la edad mínima que deben tener las personas para acceder a ciertos cargos como Presidente, Congresista, magistrado del Consejo Superior o Contralor, y determina la existencia de la edad de retiro forzoso para ciertos cargos. Por consiguiente, la edad es un factor que en algunas situaciones determina el acceso a ciertos derechos y en otros casos lo limita. Así, se ha considerado que la edad es una categoría semi-sospechosa de

discriminación cuando la ley impone edades máximas para el ejercicio de ciertos derechos o prerrogativas, ya que en estos casos la edad se convierte en un rasgo permanente de la persona del que esta no puede prescindir voluntariamente. Por otra parte, cuando determinadas disposiciones regulan una edad mínima para la realización de una actividad o el acceso a un derecho, la edad se considera como una categoría neutral, porque es un rasgo transitorio de la persona. Considerando lo anterior, se estima que en el caso bajo estudio, la edad no se constituye en un criterio semi-sospechoso porque la prohibición contenida en la norma impone una edad mínima para la realización de esta intervención; la edad no se convierte en un rasgo permanente de la personalidad porque una vez cumplidos los 18 años, la persona podrá acceder al servicio gratuito del Estado sin ninguna limitación.

Por otra parte, la disposición impugnada consiste en el ejercicio de una competencia que la Constitución (art. 42) otorgó a la Ley, estableciendo que esta reglamentará la progenitura responsable; tratándose de menores de edad con capacidad jurídica relativa y existiendo un mandato constitucional de protección especial a esta población, se considera que el legislador estaba habilitado para establecer un tratamiento diferenciado en razón de la edad que no afecta el derecho a la igualdad.

Se considera también la perspectiva de los expertos que intervinieron en este proceso y que se refirieron a la capacidad en términos de madurez de los menores adultos en relación con la decisión de someterse a la anticoncepción quirúrgica. De acuerdo con algunos de los consultados, como el Área de Psicología de la Universidad Javeriana, los adolescentes entre 14 y 18 años *“son vulnerables en el desarrollo cognitivo, encontrándose en un proceso que busca el equilibrio de sus estructuras cognitivas y una transición de formas de pensamiento concreto a pensamiento abstracto”*. Consecuentemente, no es posible garantizar que adolescentes comprendidos en dichos rangos de edad tengan la madurez psicológica necesaria para tomar una decisión con implicaciones permanentes, ya que *“aún persisten fantasías de esterilidad, distorsión en la información, controversias entre sistemas de valores de padres y adolescentes; existen importantes inconsistencias y argumentos de sus decisiones a largo plazo a propósito de su sexualidad, genitalidad e identidad sexual”*. El grado de vulnerabilidad social de cierta población puede dificultar la adopción informada y consciente de este tipo de decisiones. Algunos autores señalan que, dado que en la adolescencia se consolida la identidad sexual, no sería el momento para tomar decisiones que tengan que ver con el cuerpo de los jóvenes. Para los expertos del Departamento de Psicología de la Universidad Nacional, la adolescencia es un período de formación de la personalidad en el que se carece de la capacidad de razonar a largo plazo, de modo que el joven parece vivir en el presente permanentemente *“como si no pudiera pensar lo que hay más allá de las alegrías y frustraciones actuales”*.

Con el fin de valorar el grado de madurez para la toma de esta decisión, se citan datos ofrecidos por los consultados. Así, la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes indicó que cuando la anticoncepción quirúrgica se realiza en pacientes jóvenes, en muchas ocasiones estas cambian de opinión y posteriormente desean quedar embarazadas, tal y como lo registran más de 22 estudios a nivel mundial, señalando que este porcentaje se sitúa entre el 1,3 y el 15% de las pacientes y entre el 19 y 30% para jóvenes entre los 13 y 19 años de edad. Las razones más comunes para

buscar la fertilidad luego de haberse sometido a la anticoncepción quirúrgica son la pérdida de un hijo (50,8%) y el cambio de pareja (27,3%).

Considerando lo anterior, se estima que la diferenciación que el legislador estableció para acceder a la anticoncepción quirúrgica entre mayores y menores de edad es constitucional porque no se sustenta en ningún criterio sospechoso y porque responde al desarrollo de un mandato constitucional en materia de progeneritura responsable. Además, la Ley 1412 de 2010 tiene en cuenta que la decisión sobre la esterilización definitiva exige la capacidad plena de la persona que la toma. En efecto, esta decisión se asocia con el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos de las personas que, como expresiones del libre desarrollo de la personalidad, exigen cierto grado de madurez y voluntad reflexiva debido a las implicaciones permanentes y definitivas que suponen. Por esta razón, el reconocimiento de la capacidad relativa de los menores adultos para contraer matrimonio no implica que deban recibir el mismo tratamiento con respecto a los mecanismos definitivos de anticoncepción.

*Justificación de la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor entre 14 y 18 años*

La Constitución consagra una protección especial para los niños, niñas y jóvenes (arts. 44 y 45), en razón de su edad y vulnerabilidad; asimismo, tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad consagran la obligación de proteger a esta población. A pesar de ser sujetos plenos de derecho, encuentran ciertas restricciones en el ámbito del ejercicio de sus derechos por no contar con la madurez suficiente para disponer libremente de los mismos. En efecto, el ejercicio pleno del libre desarrollo de la personalidad exige la posibilidad de tomar decisiones y asumirlas, capacidad que en general se va asumiendo con el paso de los años; por ello, las autoridades implementan medidas para preservar el interés superior de los menores.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se considera que exista un desconocimiento del libre desarrollo de la personalidad por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, el art. 7 desarrolla una prerrogativa constitucional que otorga un amplio margen de configuración al legislador para regular los temas relativos a la progeneritura responsable y a la protección especial de los menores de edad. En segundo lugar, la anticoncepción quirúrgica representa solo uno de los posibles métodos anticonceptivos que pueden ser empleados por las parejas para ejercer una paternidad responsable y decidir sobre el número de hijos que quieren o no tener.

Acorde con lo anterior, no es posible afirmar que la prohibición de acceder a la anticoncepción quirúrgica impida adoptar la decisión de procrear o no, porque los menores adultos podrán acceder a todos los demás métodos anticonceptivos de carácter no permanente, tales como las pastillas anticonceptivas y los preservativos, entre muchos otros, que son igualmente efectivos pero que no tienen naturaleza definitiva. En otras palabras, no hay afectación a los derechos sexuales y reproductivos porque no se impide que los jóvenes en edad de procrear planifiquen el número de hijos que quieren tener a través de todos los demás medios existentes.

Se considera que la prohibición de la anticoncepción quirúrgica busca un propósito legítimo e importante desde la perspectiva constitucional, puesto que al tratarse de un procedimiento irreversible y definitivo, intenta salvaguardar la posibilidad de que en el futuro los menores tomen esta decisión, una vez adquirida la madurez necesaria, y puedan asumir las consecuencias que ella implica luego de expresar su consentimiento pleno e informado.

En conclusión, la finalidad perseguida por la disposición impugnada es importante porque busca preservar el derecho a fundar una familia de los jóvenes y proteger la posibilidad de que en el futuro decidan de manera libre e informada sobre este asunto. Así, si bien es una medida claramente proteccionista, el interés que persigue es válido e importante desde una perspectiva constitucional.

Sobre esa base, se considera que es constitucional prohibir la anticoncepción quirúrgica a los menores adultos en edad de procrear, no obstante gocen de aptitud para contraer matrimonio. Ello es así, pues al existir otros métodos igualmente eficaces pero no permanentes para evitar la concepción, el legislador, en ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución para regular la paternidad responsable y para proteger al menor, ha considerado que es posible intervenir en la esfera de autonomía de los menores adultos para evitar que estos tomen decisiones definitivas a tan temprana edad, sin contar necesariamente con el grado de madurez suficiente que les permita asumir las consecuencias de las mismas en el futuro.

#### *Excepción a la prohibición: riesgo de vida por razón del embarazo*

La jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el derecho a la vida prevalece en la Constitución; partiendo de este supuesto elemental, se estima que siempre que exista un riesgo inminente para la vida del paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, se preferirá salvaguardar la vida y la integridad del menor, y se permitirá la anticoncepción quirúrgica.

Sin embargo, la excepción a la prohibición general del art. 7 de la Ley 1412 de 2010 en estos casos procederá, previa autorización judicial, únicamente cuando se cumplan dos condiciones: 1) que el paciente autorice dicho procedimiento, que de ninguna manera podrá ser impuesto por los padres o representantes legales del mismo, y 2) que, aun cuando el menor adulto consienta la intervención, se entenderá que esta procede únicamente cuando un grupo de médicos interdisciplinarios confirme que el embarazo o el parto constituyen un riesgo de muerte para el menor sin que se pueda acudir a otros mecanismos anticonceptivos, y que este último comprende y acepta de manera informada someterse a dicho procedimiento. Solo si se cumplen estas dos condiciones, el juez procederá a valorar en cada caso particular si el menor puede someterse a la esterilización definitiva.

#### *Conclusión*

No se vulnera el derecho a la igualdad del menor adulto por no concedérsele el acceso a servicios anticonceptivos quirúrgicos como al mayor, tratamiento diferente justificado en razón de la diferencia de capacidad –no obstante la habilitación para

casarse—, de la libertad de configuración del legislador en cuanto al establecimiento de regímenes legales diferenciados a mayores y menores adultos, y por no ser la edad, en este caso, un criterio semi-sospechoso.

No se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor adulto al negársele la facultad de decidir —por sí o por representante legal con autorización judicial— su sometimiento a la anticoncepción quirúrgica, en razón de los deberes constitucionales e internacionales de protección al menor; el alcance limitado de su derecho de autodeterminación en razón de la edad; la existencia de otros medios no invasivos y reversibles, eficaces y accesibles, para ejercer su derecho de libre determinación del número de hijos a tener o a no tenerlos.

Tratándose de menores en riesgo de vida por obra de un embarazo, se permite el acceso al tratamiento, siempre que: el riesgo esté científicamente probado; lo soliciten los padres o representante legal; se cuente con la aceptación del menor, libre e informada; y se conceda autorización judicial.

#### *2.4. Vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de los menores discapacitados. Capacidad reconocida a los menores en condición de discapacidad. Protección constitucional especial a esta población*

La Constitución de 1991 protege de manera especial a la población discapacitada, estableciendo un mandato a las autoridades para que se adopten todas las medidas orientadas a asegurar su igualdad real (art. 13). También prevé otras obligaciones: implementar una política pública de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 47); ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (art. 54); y fomentar la educación de personas con limitaciones físicas o mentales o con capacidades excepcionales (art. 68). La jurisprudencia también ha reconocido para esta población la garantía del derecho a la igualdad, que exige un esfuerzo por parte del Estado para superar la marginación a la que pueden verse expuestas estas personas, afectando el goce efectivo de sus derechos.

A nivel internacional, los derechos de las personas con discapacidad han sido consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, así como en otras declaraciones y recomendaciones, como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, la Declaración de los Derechos de los Impedidos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 3447 del 9 de diciembre de 1975, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, las Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social y el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y la Declaración de Copenhague.

Las personas con discapacidad no pueden ser desconocidas como sujetos de derechos, y se ha considerado que cuando la persona cuenta con las herramientas

necesarias para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan su posibilidad de desenvolverse, puede incluso dejar de ser considerada en condición de discapacidad. En relación con lo anterior, esta Corte ha reiterado la necesidad de que se supere la visión de la discapacidad como enfermedad para abordarla *“desde una perspectiva holística que considere no solo la deficiencia funcional sino su interacción con el entorno”* (C-804 de 2009).

Asimismo, esta Corte ha establecido que los actos de discriminación contra las personas con discapacidad tienen una doble dimensión: cuando el trato consciente o inconsciente restringe sus derechos sin ninguna justificación razonable, y cuando se omite injustificadamente otorgar el trato especial al que tienen derecho estas personas. Es obligación del Estado asegurar el acceso de las personas con discapacidad a la información sobre los servicios a los que tienen derecho, brindarles atención médica, prestarles servicios de rehabilitación y concientizar a la población no discapacitada sobre las necesidades de aquellas. La necesidad de asegurar la igualdad y de propiciar la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad ha sido reiteradamente resaltada, especialmente en sentencias recientes de constitucionalidad tales como la C-293 de 2010, C-824 de 2011, C-765 de 2012 y C-066 de 2013, entre otras.

Las reglas jurisprudenciales en esta materia han sido desarrolladas en particular en sentencias referidas a la anticoncepción quirúrgica, como se verá a continuación.

#### *Derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad*

Con respecto a la capacidad de las personas con discapacidad para asumir de manera responsable su rol de padres, cabe citar la sentencia C-804 de 2009, en la que se examinó la constitucionalidad del requisito de idoneidad física en los procesos de adopción para determinar si se desconocía el derecho a la igualdad y a conformar una familia. Se estimó que la “idoneidad física” de la persona era un concepto subjetivo porque dependía de la concepción del evaluador y se señaló que tal requisito para adoptar correspondía, en el contexto colombiano, a una perspectiva médica y no social de la discapacidad. Sin embargo, la Corte indicó que *“la idoneidad para el ejercicio de la función parental, debe ser el resultado de una evaluación integral compleja sobre las posibilidades de protección, amor, guía y cuidado que puedan brindarle ese padre o madre adoptantes, así deban acudir a ayudas técnicas, o de otro tipo para superar las barreras que le impone el entorno a una persona con discapacidad, y no en los obstáculos que su discapacidad debe superar”*. En este sentido, la evaluación debe versar sobre la capacidad de poder dar amor y cuidado a los niños y las facilidades con las que cuenta el entorno para facilitarle dicha tarea, de modo que la sola invocación de la falta de idoneidad física de una persona con discapacidad para declararla no apta para adoptar puede ser discriminatorio. Considerando lo anterior, esta Corte declaró exequible el referido requisito, al comprobar que el art. 68 de la Ley 1098 de 2006 exige una valoración integral de todas las condiciones de quienes desean adoptar.

En la sentencia C-293 de 2010, que examinó la constitucionalidad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante Ley 1346 de 2009, se consideró que los arts. 23 y 25 de la misma, que

hacen referencia a los derechos sexuales y reproductivos de los discapacitados, eran acordes con la Constitución porque fomentaban el ejercicio de la autonomía personal y con ello el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el art. 16.

En numerosas sentencias de tutela se han analizado los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a tener una familia de personas con discapacidad, trazándose así el precedente a seguir en materia de esterilización quirúrgica. Se ha establecido el alcance del derecho a la autonomía de estas personas y de la representación de sus padres o representantes legales, quienes no pueden atribuirse la facultad de decidir sobre la esterilización definitiva de sus hijos, a menos que se declare la interdicción –en el caso de los mayores de edad– o exista una autorización judicial –cuando se trata de menores de edad–. Ello, a fin de proteger la autonomía de la persona con discapacidad así como el consentimiento orientado al futuro.

En la sentencia T-850 de 2002, esta Corte examinó la acción de tutela presentada por la madre de una joven de 19 años que sufría de retraso mental y epilepsia refractaria. Aquella consideraba que la negativa de la EPS adscrita al Seguro Social a realizarle la esterilización quirúrgica desconocía los derechos de la joven, por cuanto se encontraba en riesgo de quedar embarazada. Dado que la mujer discapacitada había manifestado que en el futuro deseaba ser madre, se consideró que existían otras medidas menos lesivas de la autonomía personal de la joven que la anticoncepción quirúrgica; por consiguiente, se ordenó que en ese caso se optara por otro mecanismo no definitivo de anticoncepción que no restringiera irreversiblemente el ejercicio de la autonomía de la joven, ordenando a las autoridades que promovieran las condiciones para asegurar la igualdad real de la joven a través de cursos de educación especial en los que se incluyera el tema de la educación sexual y reproductiva.

Particularmente relevante para el presente caso es la sentencia T-248 de 2003, que versaba sobre la posibilidad de esterilizar a una menor de edad en condición de discapacidad; esta Corte consideró que, además de tener en cuenta la condición médica y el consentimiento futuro, había que analizar: *“(i) necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (ii) no existencia de necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (iii) urgencia y posibilidad de consentimiento futuro; (iv) inexistencia de necesidad médica y posibilidad de consentimiento futuro”*. Se partió del precedente T-850 de 2002, que había puesto énfasis en la protección de la autonomía personal, por lo cual, en caso de duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro, había que suponer que dicha posibilidad existía; si hay certeza de que el consentimiento no será posible en el futuro, ante una urgencia médica, basta con la autorización judicial para realizar la intervención; si no hay necesidad médica ni tampoco la capacidad para prestar consentimiento en el futuro, la esterilización puede ser una manera de salvaguardar la autodeterminación sobre el cuerpo de la mujer, pues una persona que no tiene la capacidad de consentir la anticoncepción quirúrgica, tampoco podrá decidir sobre la conformación de una familia porque no comprende lo que ello supone. Frente a lo anterior, la sentencia señaló que *“la protección de la autonomía, demanda proteger el derecho a decidir sobre su propio cuerpo que, ante la ausencia de una real capacidad de decisión sobre la intención de convertirse en madre, no puede basarse en el prejuicio según el cual toda mujer desea, por razones biológicas, ser madre. De aceptarse esta tesis, nuevamente estaríamos frente*

*a una pseudo-autonomía, determinada biológicamente. Es decir, la degradación de la persona [a] la mera condición de ser humano en capacidad de reproducirse. Ante la posibilidad de llegar a semejante situación, no queda otra opción, a fin de brindar una protección efectiva a una persona en una situación de debilidad manifiesta y en aras de un respeto genuino por los derechos de la mujer, que el juez, en el proceso que para ese fin ha de iniciarse, pueda autorizar, si existen argumentos razonables (vgr. seguridad personal), la práctica de la tubectomía a pesar de la ausencia de consentimiento previo*". Se destacó que tratándose de personas con discapacidad, sean o no menores de edad, se requiere siempre autorización judicial previa una vez que se haya demostrado, en el proceso correspondiente, que estas personas tienen problemas mentales que no les permiten otorgar su consentimiento para este tipo de intervenciones.

También en la sentencia T-1019 de 2006 se analizó el sometimiento de una menor discapacitada a la anticoncepción quirúrgica como medida para asegurarle mejores condiciones de vida, planteando los dilemas que supone el hecho de que la persona no pueda dar su consentimiento. En vista de que existía duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro por parte de la menor, se decidió proteger esa posibilidad a menos de que se comprobara la necesidad del consentimiento sustituto.

Igualmente, en la sentencia T-560 A de 2007 se reiteró la importancia de contar con autorización judicial para realizar la anticoncepción quirúrgica de menores de edad en condición de discapacidad frente a aquellos casos en los cuales se hubiese comprobado la imposibilidad del menor de otorgar su consentimiento futuro sobre este tema.

Recientemente, la sentencia T-063 de 2012 recogió las reglas jurisprudenciales sobre representación en materia de anticoncepción quirúrgica de personas con discapacidad y concluyó que: *"(i) la madre de una menor de edad tiene la obligación de obtener autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica que conlleve la esterilización definitiva de una mujer, proceso judicial en el que 'debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones'; (ii) si se trata de una mujer mayor de edad, debe adelantarse previamente, en trámite judicial diferente al de la tutela, la interdicción de sus derechos, es decir, el discernimiento de la guarda; y (iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, 'salvo que resulte imposible –por ejemplo, por ausencia o abandono–"*.

*Prohibición de someter a las personas con discapacidad mental menores de edad al procedimiento de anticoncepción quirúrgica*

El art. 7 de la Ley 1412 de 2010 establece una prohibición absoluta de someter a los menores de edad a la anticoncepción quirúrgica, entendiéndose incluidos los menores de edad en condición de discapacidad. El art. 6 de la misma ley regula el procedimiento para realizar la esterilización a las personas con discapacidad mental, estableciendo que en esos casos la solicitud y el consentimiento serán suscriptos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial. Se entiende que esta norma se aplica a las personas con discapacidad mayores de edad, puesto que los

menores de edad en condición de discapacidad quedan incluidos en el supuesto del art. 7.

Esta Corte considera que también en este caso es constitucional que los menores en condición de discapacidad sean excluidos de la posibilidad de someterse a la anticoncepción quirúrgica. Ello, pues el legislador ha sido facultado por la Constitución en el art. 42 para regular todo lo concerniente a la progeneración responsable; adicionalmente, también está habilitado para proteger a los menores, y en particular a las personas con discapacidad, como sujetos especialmente vulnerables.

Los derechos sexuales y reproductivos de los menores en condición de discapacidad no se ven afectados, pues existen otros mecanismos de anticoncepción que pueden evitar la procreación. Además no se vulnera su libre desarrollo de la personalidad, porque, como en el caso de los menores sin discapacidad y en edad de procrear, se presume que una decisión tan definitiva y trascendental como la de la esterilización supone la capacidad de comprender los efectos de esta intervención y tener la madurez para asumirlos. Por ello, también en este caso se considera que la capacidad reflexiva y volitiva no es plena antes de cumplir los 18 años y, por ende, el legislador acertadamente limitó la posibilidad de someter a estos menores a la anticoncepción.

Adicionalmente, existen obligaciones internacionales que comprometen al Estado colombiano en el sentido de garantizar los derechos de la población en condición de discapacidad, y de manera específica la preservación de la fertilidad, incluyendo a los niños y niñas que se encuentren en esta situación, tal y como lo dispone el literal c) del art. 23 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

*Excepciones a la prohibición: riesgo de vida e imposibilidad para prestar consentimiento en el futuro*

Esta Corte se ha pronunciado en múltiples oportunidades, en sede de tutela, sobre las tensiones que surgen entre la autonomía individual respecto de la propia salud y el interés del Estado en preservar la vida y la salud de estas personas.

La jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de menores en condición de discapacidad respecto de los cuales se haya comprobado la imposibilidad de que en el futuro otorguen su consentimiento para someterse a una esterilización, ambos padres podrán solicitar autorización al juez para practicar la anticoncepción quirúrgica. Por consiguiente, en dicho proceso judicial, deberá demostrarse que el menor sufre de problemas mentales que efectivamente le impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones. En todo caso, tanto en la valoración médica como en el proceso judicial, la autoridad científica y el juez deberán ponderar el parecer del menor y, en caso de apreciar rasgos de capacidad reflexiva y consciente manifestación del querer, deberán respetar su voluntad en todos los eventos.

Considerando lo anterior, es necesario tener en cuenta dos variables que la jurisprudencia ha planteado en sede de tutela y que en este caso solo se aplican a menores de edad en condiciones de discapacidad mental: por un lado, la capacidad futura de otorgar consentimiento para la anticoncepción quirúrgica, lo cual presupone

la posibilidad de comprender no solo las implicaciones de la intervención como tal, sino sus efectos a nivel de su capacidad futura de procrear; por otro lado, se debe considerar como factor clave la condición médica del paciente, vale decir, casos en los que el embarazo supone inminentes riesgos para la vida e integridad de la persona y cuando no existen otros métodos anticonceptivos eficaces para evitarlo.

Esta Corte estima que siempre que exista un riesgo inminente para la vida del paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, se preferirá salvaguardar la vida y la integridad del menor en condición de discapacidad siempre que este, de manera reflexiva y consciente, no decida lo contrario. En estos eventos, se requerirá que la decisión sea consentida por el propio menor y que un grupo interdisciplinario certifique que el menor conoce y comprende las consecuencias de la cirugía. Asimismo, deberá existir una recomendación médica que establezca que la operación es imprescindible para proteger la vida del menor en condición de discapacidad y que no existen otras alternativas para evitarlo. De todos modos, se requerirá que el juez valore cada caso para determinar si el menor tiene capacidad reflexiva para negarse o consentir el procedimiento.

La otra excepción a la prohibición de someter al menor discapacitado a la anticoncepción quirúrgica es la imposibilidad futura de otorgar consentimiento. Si no hay capacidad para prestar consentimiento, ni presente ni futura, tampoco se atenta contra el derecho a una autonomía que no puede ejercer el menor.

En otras palabras, esta Corte considera que debe tenerse en cuenta el hecho de que, si el menor no comprende –ni podrá hacerlo en el futuro– las implicaciones de la operación y el significado de la maternidad o de la paternidad, significa que se encuentra un nivel severo o profundo de discapacidad que le impide tomar decisiones al respecto y que, por ende, no podrá ejercer libremente sus derechos sexuales y reproductivos. Por consiguiente, en este caso, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, y deberán contar con el certificado médico interdisciplinario en el que se constata el grado profundo y severo de discapacidad que impide el consentimiento futuro del menor. Lo anterior será evaluado por el juez en cada caso particular y será él quien tome la decisión que mejor optimice los derechos del menor.

Cabe precisar que la posibilidad de realizar la esterilización, bajo las condiciones anteriormente mencionadas, no incluye a las personas con discapacidad mental menores de 14 años, dado que, antes de esa edad, se presume que los niños no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a dicha intervención.

### *Conclusión*

En el presente caso, se planteó el problema de establecer si la prohibición contenida en el art. 7 de la Ley 1412 de 2010 desconocía los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a conformar una familia de los menores entre 14 y 18 años, al impedirles ser beneficiarios del servicio gratuito de anticoncepción quirúrgica que el Estado presta gratuitamente a todos los hombres

y mujeres mayores de edad. La medida se consideraba irrazonable e injustificada porque los menores adultos tienen capacidad relativa para contraer matrimonio, siendo uno de los efectos del matrimonio el de constituir una familia, por lo cual deben tener los mismos derechos y garantías que los mayores de edad.

La demanda señalaba igualmente que la prohibición de esterilizar a los jóvenes promovía los problemas asociados con el embarazo adolescente, como la deserción escolar, la violencia y la pobreza.

Con respecto a los menores en condición de discapacidad, se debió examinar si la norma impugnada violaba sus derechos sexuales, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad física y psicológica, cuando la discapacidad implicaba la imposibilidad de la persona de asumir la paternidad o maternidad.

La prohibición de practicar la anticoncepción quirúrgica a los menores de edad es constitucional porque consiste en el ejercicio de la facultad que la Constitución otorgó al legislador para regular la paternidad responsable y la protección de los niños. De este modo, se salvaguarda su consentimiento futuro pleno y en todo caso no se impide a los menores adultos ejercer la paternidad responsable a través de otros métodos de planificación. En todo caso, cuando la vida del menor corra peligro a raíz del embarazo o del parto y no existan otras alternativas eficaces para evitarlo, se admitirá la esterilización siempre y cuando se cuente con la autorización informada del paciente, exista una recomendación médica interdisciplinaria que certifique el riesgo inminente para la vida y se obtenga una autorización judicial previa.

Con relación a los efectos de la anticoncepción quirúrgica como parte de la política pública de prevención del embarazo adolescente, se consideró que se trataba de un cargo que carecía de pertinencia constitucional y esta Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre el mismo.

Sobre la prohibición de someter a los menores con discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica, se consideró que es acorde con la Constitución, siempre que no exista un riesgo inminente de muerte certificado médicamente como consecuencia del embarazo o cuando se trate de una discapacidad mental profunda o severa, evento en el cual se requerirá de previa autorización judicial.

Se insiste en que las excepciones propuestas en los casos de grave e inminente riesgo a la vida no implican una obligación, sino una facultad en cabeza de los menores, que se ejerce en los términos señalados.

### *3. Aclaración del voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva*

Respecto de la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de los menores con discapacidad, la manera de abordar el tema de la discapacidad psicosocial y cognitiva no se ajusta a los estándares internacionales ni constitucionales fijados sobre la materia y, por el contrario, contribuye a perpetuar estigmas negativos sobre dicha condición. La manera en la que se plantea la cuestión en la demanda y se aborda el problema jurídico en la sentencia carece de enfoque constitucional y responde a paradigmas sociales que centran su atención en la discapacidad mental como un problema individual sin tener en cuenta otros factores sociales y jurídicos de gran relevancia para el caso. La premisa de partida para el análisis constitucional

responde a un estigma social sobre la incapacidad de ejercicio de la autonomía de las personas con discapacidad psicosocial y cognitiva, lo cual trae como consecuencia que se considere pertinente restringir derechos de tal importancia como los derechos sexuales y reproductivos, que son derechos humanos debido a su especial nexo con el ejercicio de la libertad y la autonomía. Por lo tanto, la Corte debió limitarse al análisis de constitucionalidad de la prohibición de esterilización a todos los menores de edad, independientemente de su condición, con el fin de salvaguardar el goce futuro de sus derechos fundamentales teniendo en cuenta su status de especial protección constitucional, sin distinción alguna.

Se hace una mención mínima de los estándares internacionales recientemente ratificados por Colombia; con la ratificación de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de las Naciones Unidas (CDPD), el Estado colombiano se comprometió a reevaluar los paradigmas sociales que se limitan a abordar la discapacidad desde un enfoque médico y asistencial, sin considerar los problemas sociales de tipo estructural que limitan el goce efectivo de los derechos de esta población. La CDPD estableció que la discapacidad se debe interpretar como una manifestación de la diversidad humana y no como un motivo para restringir el goce y ejercicio de ciertos derechos. Por el contrario, en concordancia con tal instrumento, ha de considerarse que la discapacidad es la resultante de la interacción entre la diversidad funcional y las barreras actitudinales, físicas, sociológicas, jurídicas y comunicacionales que encuentra dicha población en el entorno social.

De acuerdo con el modelo social defendido en la CDPD, las personas con discapacidad deben contar con todo el apoyo necesario para su desarrollo integral como seres diversos; se debe partir de la presunción de capacidad para ejercer su autonomía, teniendo en cuenta la implementación progresiva de medidas de apoyo para lograr la mayor participación posible en todas las decisiones que les atañen, más aún, cuando se trate de decisiones relacionadas con su intimidad, sexualidad y deseos de formar una familia (arts. 12 y 23 CDPD). Los Estados parte de la CDPD se comprometen a promover y garantizar la autonomía, independencia y libertad para tomar decisiones de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna. Así, cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito de obstaculizar o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales como consecuencia de la discapacidad pueden ser consideradas criterios sospechosos de discriminación. La discriminación por motivos de discapacidad se configura cuando se imponen cargas injustificadas para el goce efectivo de los derechos, puesto que el Estado y la sociedad deben garantizar la realización de los *ajustes razonables* necesarios para que dicha población pueda tener acceso en igualdad de condiciones a todas las oportunidades sociales.

La Corte centra su atención en el análisis de casos límite en los cuales la persona no podría emitir su consentimiento libre e informado de ninguna manera. Tal afirmación en abstracto no puede ser fundamento constitucional suficiente para restringir el derecho a la autonomía de los niños y niñas con discapacidad mental, puesto que, desde el modelo social de la discapacidad, si la persona cuenta con el apoyo adecuado y si tiene acceso a educación inclusiva –incluida educación sexual–, a rehabilitación integral y a la participación en la vida social, puede contar con las

herramientas necesarias para conocer las consecuencias de sus actos y decidir si desea o no formar una familia. Dado el nivel de vulnerabilidad social de esta población, el juez constitucional debe acoger la perspectiva que resulte menos lesiva en el goce de sus derechos, más aún si se trata de menores de edad. Pensar la discapacidad desde la gradualidad o los casos límite puede generar que se vulneren derechos fundamentales sin siquiera considerar alternativas menos gravosas teniendo en cuenta el rango constitucional de los derechos implicados.

Reflexionemos sobre las formas tradicionales en las que se han pensado las medidas de protección para esta población –como la interdicción judicial o la expresión sustitutiva de la voluntad por medio de un tercero–, que no permiten que las personas con discapacidad mental puedan participar en la toma de decisiones para asuntos personalísimos. En tales procesos, la voz principal es un tercero que emite su juicio a partir de un dictamen médico, sin siquiera indagar sobre el nivel de apoyo, de educación o formación de la persona con discapacidad; y la persona con discapacidad mental no puede expresar su voluntad en condiciones de igualdad ni acceder a los ajustes requeridos, sino que se toma como cierto lo que dictamine un médico, sin consideraciones de otro tipo. Así, se permite la eliminación total de la capacidad jurídica de la persona, sin darle la oportunidad de que cuente con el apoyo necesario para conocer las decisiones que se toman respecto de sus derechos fundamentales.

Por último, si se piensa en el bienestar y la protección de menores con discapacidad mental para prevenir formas de violencia sexual, la esterilización no puede ser la respuesta adecuada a tal problemática social. Las víctimas de violencia sexual no deben en ningún caso asumir esta carga injustificada, ni sus derechos fundamentales deben ser restringidos pensando en prevenir formas de violencia y abuso, sino que se debe propender a implementar mecanismos que faciliten la prevención, la denuncia y el castigo de tales flagelos.

Por ello, establecer en la parte considerativa de esta providencia una excepción al artículo analizado teniendo como fundamento la visión abstracta de la discapacidad “severa” y dando únicamente validez a los certificados médicos y de autorización judicial no responde al modelo social de la discapacidad establecido en la CDPD, pauta hermenéutica ineludible para el juez constitucional al ser parte del bloque de constitucionalidad desde el año 2009.

#### *4. Disidencia parcial del magistrado Mauricio González Cuervo*

Con respecto al cargo que se refiere a la prohibición de someter a los menores de edad con discapacidad mental al procedimiento de anticoncepción quirúrgica, existen dos hipótesis, que se señalan en la sentencia, en las cuales el art. 7 de la Ley 1412 de 2010 resulta inconstitucional. La primera se refiere a las menores discapacitadas con o sin posibilidad de consentir en el futuro su sometimiento a la esterilización que enfrentan una situación de salud que las coloca en un riesgo inminente de muerte en caso de embarazo. El segundo caso es el de los menores de edad con discapacidad mental severa o profunda que no tienen capacidad para consentir en el futuro su sometimiento a dicha intervención.

En esos casos, las sentencias de tutela de la Corte han ido desarrollando una regla jurisprudencial de acuerdo con la cual los padres pueden solicitar al juez autorización para someter a sus hijos menores a la anticoncepción quirúrgica. Así, con respecto a los menores con discapacidad sin posibilidad de prestar su consentimiento en el futuro, se ha señalado que permitir someterlos a la anticoncepción les asegura condiciones de vida más dignas, dado que estos no se encuentran en condiciones de tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de su libertad reproductiva y porque pueden verse expuestos a embarazos forzados en detrimento de su dignidad e integridad personal. Por otra parte, en caso de urgencia y riesgo inminente para la vida, se constata que, frente a la imposibilidad de acudir a otro mecanismo anticonceptivo eficaz, sería permisible la esterilización de menores en condición de discapacidad.

Habiendo considerado la posibilidad de que menores de edad con discapacidad estén frente a un riesgo médico inminente, o en una condición que les impida prestar su consentimiento en el futuro, es equivocado no declarar la exequibilidad condicionada de la norma impugnada.

En otras palabras, no es coherente plantear, en las consideraciones de la sentencia, la posibilidad de que estos menores con discapacidad se sometan en ciertos casos a la anticoncepción quirúrgica, a la vez que declarar la exequibilidad sin condicionamientos del art. 7 de la Ley 1412 de 2010, que establece que “*en ningún caso*” se permite esta intervención en menores de edad.

Por otro lado, en el caso de las personas en condición de discapacidad mental severa o profunda, no debió la Corte remitirse al art. 6 de la Ley 1412 de 2010, pues este regula el procedimiento para el caso de la anticoncepción quirúrgica de las personas con discapacidad, no de los menores discapacitados. Prueba de lo anterior es que el art. 7 impugnado prohíbe la anticoncepción quirúrgica de los menores de edad en todos los casos, sin hacer la menor referencia al art. 6 a los efectos de excluir a los menores con discapacidad mental.

Si se admitiera que el art. 6 establece reglas aplicables a menores discapacitados, esta Corte debió proceder a realizar una integración normativa con dicho artículo.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**, sentencia C-131/14 del 11-3-2014, en <<http://ww.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-131-14.htm>>.



**CONTRATOS.** AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. EFECTO VINCULANTE. CLÁUSULA DE CONCILIACIÓN OBLIGATORIA. DESCONOCIMIENTO JUDICIAL DEL EFECTO VINCULANTE DE LOS CONTRATOS. **PROCESO CIVIL.** RECURSOS. INADMISIBILIDAD (FRANCIA).

**1. Antecedentes del caso:** la sociedad Chebanca otorgó un crédito inmobiliario a la sociedad civil SCI Quito y, frente al incumplimiento de pago a los vencimientos, la demandó ante el juez de ejecución luego de haber solicitado el embargo preventivo del inmueble.

Al disponer la venta forzada del bien inmueble, el tribunal de apelaciones, en su sentencia, sostuvo que la cláusula de conciliación previa no incluía ninguna

disposición relativa a las controversias que se refieren a la ejecución forzosa del préstamo.

**2. Sentencia:** sin acoger los demás agravios del recurso, se declara nula la sentencia dictada por el tribunal de apelaciones. Vuelvan las actuaciones al estado en el que se encontraban antes del pronunciamiento de dicha sentencia. A fin de que se haga justicia, se reenvían las actuaciones al tribunal de apelaciones de Montpellier.

Al pronunciarse de esta manera, el tribunal de apelaciones violó el art. 1134 del Código Civil, relativo al efecto vinculante de los contratos, por el que debe imponerse al juez la cláusula de un contrato que establece una conciliación obligatoria y previa a toda instancia judicial, cualquiera sea su naturaleza.

#### *Primer motivo del recurso de casación*

La recurrente se agravia porque la sentencia impugnada declaró que el crédito de Chebanca ascendía a € 836.667,18, que el proceso de embargo inmobiliario debía continuar y ordenó la venta forzada del inmueble. De acuerdo con lo convenido entre las partes al acordar el préstamo, en caso de controversia, esta debía someterse a una conciliación obligatoria antes de ocurrir ante cualquier instancia judicial. Estas disposiciones no tienen como objeto específico las impugnaciones a la ejecución forzosa del acto, por lo que la desestimación de la demanda basada en el art. 122 del Código de Procedimiento Civil se solicitó infructuosamente. Ante la falta de cualquier especificación en contrario, la conciliación se aplica cualquiera sea la naturaleza de la causa, incluso cuando se reserve únicamente a la ejecución forzosa del acto. El tribunal de apelaciones, al pronunciarse en forma contraria y afirmar que el contrato excluía las impugnaciones relativas a la ejecución del acto, violó los arts. 1134 del Código Civil y 122 del Código de Procedimiento Civil y, por otro lado, el principio según el cual el juez no puede desnaturalizar los actos sujetos a su revisión.

#### *Segundo motivo del recurso de casación*

En relación con los argumentos según los cuales conforme a las disposiciones del contrato de crédito, “habiendo tomado conocimiento de la oferta del préstamo, [y de] las condiciones generales y particulares”, el vencimiento del plazo operado demuestra ser legítimo, aunque el crédito cuyo cobro persigue el recurrido sea exigible, la Corte analizó la cuestión sobre la validez del acto.

Por un lado, no se deduce de la escritura que se haya tomado conocimiento de las condiciones del préstamo. Por lo tanto, al afirmar lo contrario, el tribunal de apelaciones violó el principio según el cual el juez no puede desnaturalizar los actos y documentos sometidos a su consideración.

Por otro lado, cuando se desconocen la letra y la firma de un instrumento privado, el juez debe verificar la validez del acto impugnado, excepto que pueda resolver sin tenerlo en cuenta; y si la verificación no le permite determinar la autenticidad del acto, la demanda de la parte que funda sus pretensiones en este acto debe ser rechazada. Considerando que un instrumento privado anexo a la escritura no

es en sí mismo un instrumento público y carece, por lo tanto, de fuerza probatoria, y que en los presentes autos la SCI Quito sostuvo que la expresión “leído y aceptado en prueba de conformidad” no fue redactada por las partes, esta Corte sostiene que el tribunal de apelaciones, al no verificarlo, violó los arts. 1317 y 1324 del Código Civil, y 287 y 288 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, dado que la SCI Quito sostuvo, de acuerdo con una carta del banco del 31 de marzo de 2011, que el crédito ya había sido saldado y que, por lo tanto, esta ya no adeudaba la suma objeto del embargo, y que el tribunal de apelaciones no respondió a estos alegatos de la sociedad, esta Corte considera que el tribunal de alzada desconoció y violó las exigencias del art. 455 del Código de Procedimiento Civil porque no respondió a este agravio incluido en la apelación.

**CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA**, sentencia n° 13-17.920 del 1-10-2014, en <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030276103>>.



**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** EFECTO EXTENSIVO DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD. **DERECHOS POLÍTICOS.** RESTRICCIONES. **ELECCIONES. PODER EJECUTIVO.** REELECCIÓN PRESIDENCIAL. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. LEY.** INTERPRETACIÓN. ARMONIZACIÓN DE NORMAS DE DERECHO INTERNO CON EL *IUS COGENS*. COLISIÓN ENTRE NORMAS DE IGUAL JERARQUÍA. LEY PENAL. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD** (HONDURAS).

**1. Antecedentes del caso:** 15 diputados del Congreso Nacional hondureño y un expresidente presentan acción de inconstitucionalidad contra los arts. 42.5 y 239 de la Constitución, planteando, asimismo, la derogación del art. 330 del Código Penal.

**2. Sentencia:** procede el recurso de inconstitucionalidad impetrado y se declara la inconstitucionalidad del art. 330 del Código Penal, contenido de la pena imponible a quien incurra en el delito político en él establecido, siendo funcionario público a la sazón, tal la legitimación que asiste a los recurrentes en la presente garantía constitucional.

Conforme a lo dispuesto en el art. 90 de la Ley sobre Justicia Constitucional (LJC) referente al “efecto extensivo de la declaratoria de inconstitucionalidad”, que determina que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal podrá declarar también la inconstitucionalidad de aquellos preceptos de la misma ley o de otra u otras con los que tenga una relación directa y necesaria, esta Sala, impartiendo justicia en nombre del Estado de Honduras, por unanimidad de votos, y en aplicación de los arts. 1, 2, 3, 4, 15, 16, 18, 37, 59, 60, 62, 64, 72, 74, 80, 82, 90, 96, 184, 185.1, 303, 304, 313 F-180.5, 316.1, 321, 323, 373 y 374 de la Constitución, 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1, 2, 7,

8, 10, 11, 18, 19, 20 y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1, 2, 13, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos, 1, 11 y 24 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, 1, 2, 3.3, 4, 5, 7, 8, 74, 75, 76.2 y 4, 77.1, 78, 79, 81, 89, 90, 92, 93, 94, 114, 119 y 120 LJC, y 17 y 19 del Código Civil, declara la inconstitucionalidad del art. 330 del Código Penal vigente y, como consecuencia de dicha inconstitucionalidad, declara la inaplicabilidad de los arts. 42.5 y 239 de la Constitución de la República, por restringir, disminuir y tergiversar derechos y garantías fundamentales establecidos en la propia Constitución y en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Honduras antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, inobservados los principios de legalidad, necesidad, igualdad y proporcionalidad que deben de imperar en toda sociedad democrática, según lo que a continuación expondremos.

Asimismo, por efecto extensivo, se declara la inaplicabilidad parcial de los arts. 4, último párrafo, y 374, en cuanto tienen una relación directa y necesaria con el contenido de los arts. 42.5 y 239 de la Constitución.

La Constitución otorga a la Corte Suprema, a través de la Sala de lo Constitucional, el control directo de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes: en su carácter de intérprete último y definitivo de la Norma Fundamental, tiene la facultad originaria y exclusiva para conocer de la garantía de inconstitucionalidad y del control previo de constitucionalidad, previsto en los arts. 316 de la Constitución y 2 LJC; y está igualmente facultada para resolver sobre acciones contra la constitucionalidad de la Carta Magna, en caso de colisionar esta con otra de igual rango y contenido esencial, tangible o intangible, determinando que la sentencia en que se declare la inconstitucionalidad de una norma será objeto de ejecución inmediata, tendrá efectos generales y, por lo tanto, la derogará.

Los recurrentes argumentan que los artículos precitados, y en particular lo preceptuado en el art. 330 del Código Penal, violentan la libertad de expresión y de conciencia, el debido proceso y el derecho de defensa, entre otros derechos individuales, coartando inclusive al soberano a la participación cívica y política de los asuntos concernientes al Estado, como es la reelección por una sola vez o que se mantenga la no reelección del ciudadano que ejerza la titularidad del Poder Ejecutivo, por lo cual estiman que dichos artículos contravienen el marco constitucional en su más amplio contexto, así como las disposiciones de numerosos tratados, declaraciones, convenios y pactos en materia de derechos humanos oportunamente suscritos y ratificados por Honduras, por lo cual resulta imperativo para esta Sala la interpretación y confrontación de las citadas normas a efecto de determinar si guardan o no compatibilidad con la Constitución, a la luz de la argumentación jurídica planteada y de conformidad con el texto constitucional y convencional que rige para el país.

De la literalidad de las alegaciones fácticas y jurídicas invocadas por los recurrentes se desprenden dos alegaciones singularmente diferenciadas por el rango normativo que atacan de inconstitucionalidad: a) en cuanto a la pretendida inconstitucionalidad de normas constitucionales originarias, no reformadas por el constituyente derivado, expresando que estas contravienen contenido esencial de los derechos humanos reconocidos por el *ius cogens* internacional en la materia y, en

particular, por los tratados internacionales suscriptos y ratificados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1982 por parte del Estado de Honduras; que los derechos y libertades conculcados erróneamente por el constituyente en dicha oportunidad son: la libre expresión, la libertad de conciencia, el debido proceso, la libertad de creencias, de elegir y ser electo, el derecho a la igualdad, a la participación política de la comunidad en la elaboración de sus propios destinos y en la elección mediante sufragio universal de la persona que ostentará por uno o más períodos la titularidad de la Presidencia de la República, todo lo cual ha resultado restringido indebidamente en virtud de la promulgación por parte del constituyente de los artículos 42.5 y 239 de la Constitución de 1982, vigente, y, por extensión, por lo establecido coactivamente por el legislador ordinario en el art. 330 del Código Penal; b) en cuanto a la pretendida inconstitucionalidad de esta última norma del Código Penal: que esta se derivaría lógicamente de la invalidez material de que adolecen las normas constitucionales precitadas, pues la conducta tipificada no hace sino repetir la indebida restricción o limitación a los derechos políticos a que se ha hecho referencia, sancionando inclusive con penas privativas de la libertad la realización del debate libre de ideas, en particular el que se pudiera llevar a cabo en el Congreso para debatir estos asuntos, hasta ahora censurados con penas principales de reclusión e inhabilitación de hasta diez años para quien promueva o incite ejercitar la libertad de expresión en tales tópicos. Lo anterior, en contravención al derecho a la libertad que garantiza el Estado, tanto a nivel constitucional, como postulado inalienable del Estado de derecho, como en cuanto al deber de protección y garantía, el cual dimana de tratados internacionales en materia de derechos humanos que forman parte integrante del derecho interno, infringiéndose ello también del reconocimiento por parte de Honduras de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, por ende, del sistema interamericano de protección de derechos humanos establecido en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Vale acotar, en primer lugar, que la función de control de constitucionalidad atribuida a esta Sala consiste en que la interpretación del derecho contenido en las convenciones y los tratados de que Honduras es signatario es de competencia propia y peculiar de los tribunales. Una convención o tratado internacional deben ser observados por los jueces como normas de derecho fundamental que forman parte del bloque de constitucionalidad. El juez ha de interpretar la ley que tenga que aplicar, mas no la de implementar su reforma. En cuanto a las reglas de interpretación, la LJC establece que en el desarrollo de las garantías constitucionales y la defensa del orden jurídico constitucional sus disposiciones se interpretarán y aplicarán siempre de manera que aseguren una eficaz protección a los derechos humanos y el adecuado funcionamiento y la defensa del orden jurídico constitucional, estableciendo en el párrafo segundo del art. 2 lo pertinente a la regulación adjetiva del control de convencionalidad al expresar que estas normas se interpretarán y aplicarán con los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Honduras, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales internacionales.

Para resolver el problema planteado, esta Sala debe interpretar la Constitución como un todo, en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, considerando a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado (art 59 de la Constitución), así como también la jurisprudencia de la CIDH, confrontando las normas impugnadas con el texto constitucional en su conjunto y los tratados internacionales ratificados por la República antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, de carácter vinculante; solo así podrá verificar si existe incoherencia y restricción de derechos fundamentales en su texto, en cuyo caso las normas constitucionales impugnadas pudieran perder operatividad o ser desaplicadas. Es por ello que se impone la aplicación preferente de unas normas sobre otras utilizando los principios *pro homine* y el derecho a la libertad, aspecto que el constituyente no tomó en consideración, así como las normas internacionales de obligatorio cumplimiento.

Para comenzar a dar respuesta al problema jurídico planteado por los recurrentes, vale indicar el enfoque al derecho de la libre expresión mediante la definición adoptada por la CIDH, según la cual es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática, declarando al respecto que debe existir plena garantía, no de difusión de ideas, siendo tales las demandas del pluralismo ideológico, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática. Si se quita la efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia, creando un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios. La expresión y la difusión de pensamiento e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente y en la misma medida un límite al derecho a expresarse libremente. Y en un sentido social, la libertad de expresión supone un medio para el intercambio de ideas e información entre las personas, comprende su derecho a tratar de comunicar a otros sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidos por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de la que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Resaltando la importancia de ello en la existencia de toda sociedad democrática, siendo indispensable para la formación de la opinión pública y determinante en la formación de la voluntad colectiva, se halla su relación directa y necesaria con el derecho a elegir y ser electo, toda vez que el debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto a la formación integral de los procesos democráticos de representación ciudadana.

Cuando existe contradicción entre normas del mismo rango constitucional, es necesario aplicar los principios de interpretación constitucional y jurídica para resolver la contradicción de acuerdo con el derecho constitucional e internacional aplicables. La Constitución vigente (1982), para el caso concreto, contiene normas que permiten o garantizan la libertad de expresión o el ejercicio de derechos políticos en los términos más amplios, pero otras normas restringen puntualmente esa libertad o el ejercicio de esos derechos, siendo necesario articularlas, interpretarlas armónicamente para evitar la contradicción, tanto por violación a la propia Constitución como a normas del derecho internacional de los derechos humanos, que son superiores a las

normas de derecho interno (art. 18 constitucional). En el caso de confrontación de principios de normas constitucionales e internacionales (libertad de expresión, de conciencia, igualdad, derechos políticos) con otras normas constitucionales, como los preceptos contenidos en los arts. 239 y 42.5, esas normas deben interpretarse armónicamente y, cuando ello no es posible, procede la desaplicación para garantizar la armonía constitucional y la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico.

Esta Sala no tiene atribución para reformar la Constitución: su labor debe centrarse en la interpretación conforme al texto constitucional como un todo, a efectos de resolver el problema planteado, mediante el bloque de constitucionalidad y la convencionalidad atribuida, sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo; en el caso concreto, aun tratándose de normas originarias, se evidencia la colisión entre derechos fundamentales inherentes a la persona humana también contenidos en la propia Constitución y la infracción de principios y normas internacionales de derechos humanos, por lo que las normas impugnadas pierden su aplicabilidad. Ante la contradicción entre principios constitucionales disímiles o entre principios constitucionales y normas también constitucionales, el juez constitucional en su labor interpretativa se propone la articulación y coherencia que la misma Constitución pretende, y eso lo debe llevar a escoger una interpretación sobre otra e incluso a aplicar una norma sobre otra o a desaplicar alguna, para resolver el problema concreto que se le plantea, con lo que no se ha desligado de la norma, sino escogido y aplicado la que corresponde. Ha debido escoger entre varias normas: la libertad de expresión, los derechos políticos y la libertad de creencias o de conciencia frente a la norma que permite la reelección, haciéndolo así porque todos ellos tienen el mismo rango y vigencias constitucionales; y como consecuencia, procede la inaplicabilidad de las normas contenidas en los arts. 42.5 y 239 de la Constitución, por cuanto restringen derechos y garantías de igual rango constitucional, existiendo incompatibilidad con otros derechos fundamentales estipulados en la misma Constitución y en los tratados, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado hondureño, como ha quedado precedentemente motivado.

Cabe ahora pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del art. 330 del Código Penal. Entiende esta Sala que la pretensión de los recurrentes es precisamente la declaratoria de inconstitucionalidad del referido artículo y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, por exceso de poder del legislador ordinario y restricción indebida a la esfera de libertad de los ciudadanos, manifestando los legítimos interesados que tal norma penal confronta el derecho a la libertad de expresión contenida en los arts. 72 y 74 constitucionales y el plexo convencional en la materia, resumido en los arts. 2, 7, 8, 10, 11, 18 y 19 de la Declaración Universal sobre los Derechos Civiles y Políticos, y 1, 2, 8, 12, 13, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El art. 330 referido establece una pena de seis a diez años de reclusión para quienes realicen conductas típicas de apoyar directamente o proponer reformas al artículo que prohíbe ejercer nuevamente la Presidencia de la República o desempeñar de nuevo dicho cargo bajo cualquier título, conducta típica que, es cierto, resulta congruente en lo esencial para con la preceptiva constitucional de modalidad prohibitiva a la que se ha hecho previa y especial referencia, con lo cual se aúna a la

pena principal preindicada la pérdida de la ciudadanía, el cese inmediato en el cargo y la inhabilitación por diez años para el ejercicio de toda función pública, además de las penas accesorias a que hubiera lugar en derecho.

Tal precepto punitivo incurre en desproporcionalidad en cuanto a los fines que legítimamente se impuso el legislador ordinario, los cuales sin duda concurrían a reforzar la prohibición constitucional a la cual se le ha hecho señalado mérito, y la hace además incurrir en falta al debido proceso sustantivo por la falta de razonabilidad en la sanción penal que la norma prescribe, la cual, sin entrar en consideraciones sobre la pérdida o no de eficacia en la República, no puede transgredir la razonabilidad básica que requiere para su validez tanto el acto administrativo como la configuración de una ley ordinaria y/o la motivación de los fallos y sentencias de las cortes y tribunales.

Asimismo, resulta que el dispositivo penal de referencia contraviene las libertades de pensamiento, creencias y expresión proclamadas todas en los arts. 72 y 74 de la Constitución y en los artículos correlativos de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En particular, ha de enfatizarse lo normativizado en los arts. 18 y 19 de este último instrumento internacional, en cuanto a que por entrañar el derecho a la libertad de expresión deberes y responsabilidades especiales, puede ser sujeto a ciertas restricciones, las que deberán estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para: “a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral pública”, resultando aparente que ninguna de las excepciones autorizadas convencionalmente al normal ejercicio de los citados derechos y libertades tiene cumplimiento razonable en el caso bajo juzgamiento constitucional. Lo anterior guarda correspondencia, tal y como invocan los recurrentes, con lo establecido en los arts. 1, 2, 8, 12, 13, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, cabe mencionar que contribuye al presente análisis, a favor de ponderar la expulsión del art. 330 del Código Penal del ordenamiento jurídico hondureño, una de las recomendaciones vertidas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Honduras. Esta Comisión de alto nivel fue creada e instalada por el Estado hondureño mediante Decretos Ejecutivos nros. 32, 2002 y 001-2010, respectivamente. Precisamente, la recomendación 7.2 en el ámbito de los medios de comunicación social expresa: “Instituir los mecanismos que garanticen la aplicación y efectividad de la norma constitucional dirigida a proteger un derecho fundamental, como lo es la libre emisión de pensamiento. En este sentido, se deben fortalecer los mecanismos que garanticen el respeto de la libertad de expresión y el libre acceso a la información y que vigilen el cumplimiento de las normas legales en la materia, en el sistema de justicia, en la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos y en el Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras”.

**Nota de la Oficina: 1)** art. 42.5 C.N.: “La calidad de ciudadanos se pierde: ... 5. Por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República...”; art. 239 C.N.: “El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser

Presidente o Vicepresidente de la República. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez (10) años para el ejercicio de toda función pública”; art. 330 C.P.: “Será sancionado con reclusión de seis a diez años quien habiendo ejercido a cualquier título la Presidencia de la República, promoviere o ejecutare actos violatorios del artículo constitucional que le prohíbe ejercer nuevamente la Presidencia de la República o desempeñar de nuevo dicho cargo bajo cualquier título. En la misma pena incurrirán quienes lo apoyaren directamente o propusieren reformar dicho artículo. Cuando los autores de esos delitos fueren funcionarios serán sancionados además con inhabilitación absoluta por diez años contados desde la fecha de la violación o de su intento de reforma”; 2) v. David Landau, “The Honduran Constitutional Chamber’s Decision Erasing Presidential Term Limits: Abusive Constitutionalism by Judiciary?”, en <<http://www.iconnectblog.com/2015/05/the-honduran-constitutional-chambers-decision-erasing-presidential-term-limits-abusive-constitutionalism-by-judiciary>>.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE HONDURAS**, Sala de lo Constitucional, recursos de inconstitucionalidad (acumulados) 1343-2014 y 243-2015, sentencia del 22-4-2015, en <<http://www.latribuna.hn/2015/04/23/historico-fallo-da-luz-verde-a-la-reeleccion-en-honduras>>.



**DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **HOMOSEXUALES. MATRIMONIO.** MATRIMONIO IGUALITARIO. INSCRIPCIÓN REGISTRAL (ITALIA).

**1. Antecedentes del caso:** el tribunal de primera instancia y el Tribunal de Apelaciones de Roma rechazaron una demanda presentada por una pareja de homosexuales para poder proceder a la inscripción registral matrimonial por ellos solicitada y denegada por el funcionario del Registro Civil. Los demandantes, entonces, interpusieron un recurso ante la Corte de Casación de Italia alegando una violación de los arts. 1, 3, 10 y 117.1 de la Constitución italiana, del art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta) y del art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), y planteando la inconstitucionalidad de los arts. 107, 108, 143, 143*bis*, 143*ter* y 156*bis* del Código Civil en relación con los arts. 2, 3, 10.2, 22, 29 y 117.1 de la Constitución, los arts. 9 y 21 de la Carta, y 12 y 14 de la Convención.

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

En primer lugar, es preciso observar que los planteos de legitimidad constitucional y de conformidad con la Constitución en relación con la negativa a proceder a la inscripción registral matrimonial de una unión entre dos personas del mismo sexo son idénticos a los abordados por la Corte Constitucional en su sentencia n° 138/2010. En particular, es necesario comprobar si, contrariamente a lo afirmado en dicha sentencia, es posible llegar a reafirmar que se puede configurar jurídicamente una unión matrimonial entre personas del mismo sexo sin la intervención del

legislador ordinario y si la ausencia de dicho instituto es compatible con el actual sistema constitucional integrado de derechos fundamentales.

En la sentencia nº 138/2010, se afirma que tanto el art. 12 de la Convención como el art. 9 de la Carta otorgan al legislador nacional la facultad de establecer formas y normas jurídicas relativas a las uniones entre personas del mismo sexo. En efecto, las mismas se encuadran plenamente dentro del margen de discrecionalidad de cada Estado, quedando excluida entonces la imposición de un modelo normativo único. Por ello, según la sentencia referida, la falta de extensión del modelo matrimonial a las uniones entre personas del mismo sexo no determina una lesión de los parámetros que integran la igualdad y la dignidad humana. En consecuencia, en la sentencia se manifiesta un expreso reconocimiento de la relevancia constitucional de las uniones entre personas del mismo sexo y, además, se advierte la exigencia de colocar al legislador en el ejercicio de su plena discrecionalidad a fin de determinar las formas de garantía y de reconocimiento de las uniones homosexuales.

El proceso de constitucionalización de las uniones entre personas del mismo sexo no se funda, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, en la violación del canon antidiscriminatorio dictado por la inaccesibilidad al modelo matrimonial, sino en el reconocimiento de un núcleo común de derechos y deberes de asistencia y solidaridad propios de las relaciones afectivas de pareja y en la atribución de tales relaciones al núcleo de las formaciones sociales orientadas al desarrollo de la personalidad humana. De dicho reconocimiento surge la exigencia de un tratamiento homogéneo de todas las situaciones que presentan un déficit o una ausencia de tutela de los derechos de los miembros de estas uniones, que deriva de la falta de un estatuto de protección a las relaciones diferentes a las matrimoniales en el ordenamiento italiano.

Esta conclusión no ha sido modificada por los principios elaborados en las posteriores sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos ni en la sentencia nº 170/2014 de la Corte Constitucional italiana. En efecto, en relación con el margen de apreciación de los Estados miembros, la línea trazada por la Corte Europea de Derechos Humanos ha permanecido coherente en sus sentencias *Schalk and Kopf c. Austria*, *Gas y Dubois c. Francia* y *Hämäläinen c. Finlandia*. A pesar de referirse formalmente a la unión matrimonial heterosexual, el art. 12 de la Convención no excluye que los Estados miembros extiendan el modelo matrimonial a las personas del mismo sexo. Sin embargo, tampoco impone ninguna obligación al respecto. En el art. 8 de la Convención, que garantiza el derecho a la vida privada y familiar, está incluido el derecho a vivir una relación afectiva con personas del mismo sexo, protegida por el ordenamiento, pero no necesariamente el derecho al matrimonio.

Dicha exigencia, junto con la falta de subsistencia de la obligación constitucional o convencional de extender el vínculo conyugal a las uniones homosexuales, ha sido reafirmada en la referida sentencia nº 170/2014 de la Corte Constitucional. Asimismo, en la sentencia nº 4184/2012, esta Corte ha afirmado que en el sistema jurídico de derecho positivo el matrimonio entre personas del mismo sexo no es idóneo para producir efectos porque no se encuentra previsto entre las hipótesis legislativas de unión conyugal. El núcleo afectivo-relacional que caracteriza a la unión homoafectiva, por el contrario, recibe un reconocimiento

constitucional directo en el art. 2 de la Constitución italiana, y mediante el proceso de adecuación y de equiparación impuesto por la relevancia constitucional de los derechos en discusión, puede adquirir un grado de protección y de tutela equiparable al matrimonial en todas las situaciones en las que la falta de una normativa legislativa determine una lesión de los derechos fundamentales que derivan de la relación en cuestión.

En conclusión, la legitimidad constitucional y convencional de la elección del legislador ordinario en orden a las formas y a los modelos dentro de los cuales ha de establecer, para las uniones entre personas del mismo sexo, un estatuto de derechos y deberes coherente con el rango constitucional de tales uniones lleva a excluir el fundamento de las impugnaciones presentadas en este caso por los recurrentes.

**Nota de la Oficina:** pueden consultarse las siguientes sentencias en números anteriores: sentencia nº 4184/2012 de la Corte de Casación de Italia, en *investigaciones* 1-2013, pp. 57-61; sentencia *Schalk y Kopf c. Austria* de la Corte Europea de Derechos Humanos, en *investigaciones* 2011, pp. 207-209; sentencia *Hämäläinen v. Finlandia* de la Corte Europea de Derechos Humanos, en *investigaciones* 2-2014, pp. 34-36; sentencia nº 170/2014 de la Corte Constitucional de Italia, en *investigaciones* 2-2014, pp. 36-38; sentencia nº 138/2010 de la Corte Constitucional de Italia, en *investigaciones* 1-2010, pp. 112-115.

**CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA**, sentencia nº 2400/2015 del 9-2-2015, en <[http://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2015/02/allegato\\_17580\\_1.pdf](http://www.sentenze-cassazione.com/wp-content/uploads/2015/02/allegato_17580_1.pdf)>.



**DERECHO A LA INTIMIDAD. CONCEPTO. FUNDAMENTO JURÍDICO. ORIGEN. ALCANCES. DERECHO AL OLVIDO (EE.UU.).**

**1. Antecedentes del caso:** Gabrielle Darley hace algunos años era prostituta y fue juzgada pero absuelta por homicidio. En 1918 y a partir de su absolución, ella abandonó su vida vergonzosa y se rehabilitó totalmente. En el año 1919 se casó con Bernard Melvin y –actuando desde entonces como Gabrielle Melvin– se hizo cargo del cuidado de su hogar y en todo momento se condujo en forma ejemplar, virtuosa, honorable y recta, asumiendo un lugar respetable en la sociedad, haciéndose muchos amigos que no conocían los incidentes de su vida anterior. En el mes de julio de 1925, ciertos productores cinematográficos, sin tener autorización, conocimiento o consentimiento de Gabrielle, hicieron, fotografiaron, produjeron y difundieron una película cinematográfica con el título “El kimono rojo” y la exhibieron en cines de California, Arizona y en muchos otros estados. La película estaba basada en la verdadera historia de la vida anterior de Gabrielle y el nombre de soltera de ella –Gabrielle Darley– se usó en dicho film. Los productores promocionaron el film publicando que la trama de la película era la verdadera historia de los desagradables incidentes de la vida de Gabrielle, que Gabrielle Darley era el verdadero nombre del personaje principal y que Gabrielle Darley era Gabrielle Marvin. A través de la producción y exhibición de la película, los amigos de Gabrielle conocieron por

primera vez los desagradables incidentes de su vida anterior. Esto dio lugar a que la despreciaran, la abandonaran y a que quedara expuesta a calumnias, al desprecio y al ridículo, lo cual le causó sufrimiento mental y físico. Entonces, promovió una acción de daños y perjuicios contra los productores ante el Tribunal Superior del Condado de Los Ángeles. Su demanda tuvo cuatro fundamentos independientes. El primero está basado en la violación de lo que ha pasado a ser conocido como el “derecho a la intimidad”. Los otros tres están basados en un supuesto derecho de propiedad sobre los incidentes de su vida y sobre su nombre de soltera.

El *a quo* hizo lugar a la excepción de falta de acción de los demandados y rechazó la demanda porque entendió que Gabrielle carecía de un derecho a accionar. Entonces, ella interpuso un recurso ante la Cámara de Apelaciones de California para el IV Circuito.

## 2. Sentencia:

El derecho a la intimidad ha sido reconocido recientemente. Fue discutido por primera vez en un ensayo publicado en una revista jurídica en 1860 y no recibió mayor protagonismo ni atención de los jueces ni de los abogados hasta la aparición de un artículo en la *Harvard Law Review*, vol. 4, p. 193, escrito por Louis D. Brandeis en colaboración con Samuel D. Warren. A partir de entonces, varios casos fueron promovidos en varios estados fundados en la llamada doctrina del derecho a la intimidad. Algunas jurisdicciones la reconocen, mientras que otras se han negado a hacerlo.

La lectura de la mayor parte de las decisiones en las jurisdicciones que reconocen este derecho deja la impresión de una cierta falta de uniformidad en el razonamiento empleado por los diversos juristas que lo sustentan. La mayor parte de los casos giran en torno a cuestiones de incumplimientos de contratos, sean estos expresos o tácitos (*v.gr.* el incumplimiento del contrato implícito por parte de un fotógrafo que debe imprimir solo las fotografías que le ordena su mandante, y no otras para usarlas con fines publicitarios). Otros están basados en un abuso de la confianza. Otros reconocen un derecho de propiedad sobre la correspondencia y los papeles privados que impide que sean publicados sin consentimiento. En otros, la publicación es prácticamente tan parecida a una calumnia o injuria que las conclusiones finales podrían quedar fundadas en las normas que prohíben la difamación sin invocar la doctrina del derecho a la intimidad. En prácticamente todas las jurisdicciones en las cuales este derecho no se ha reconocido, las decisiones se fundan en la inexistencia de una ley que otorgue al actor el derecho a proteger un retrato de sí mismo o un incidente de su vida, dado que el antiguo *Common Law* no reconoce tal derecho. En el leading case *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (171 N.Y. 538 -1902-), la decisión se basó en la inexistencia de una norma que diera derecho a accionar para proteger ese derecho y en la falta de reconocimiento de ese derecho en el *Common Law*. Poco después de que se adoptara esta decisión, la legislatura de Nueva York aprobó una ley que prohibía la publicación de retratos, de la historia o de los incidentes de la vida de una persona sin su consentimiento con fines publicitarios o de lucro. A partir de 1903, cuando esta norma fue aprobada,

prácticamente todos los casos de Nueva York están fundados en ella y, por lo tanto, no nos resultan útiles para la decisión de este caso.

La cuestión resulta novedosa en California. El único fallo que se ha citado que remotamente se vincula con este caso es *Crane v. Heine* (35 Cal.App. 466 - 1917-). Este fallo, sin embargo, no autoriza a los jueces a adoptar en el estado de California la doctrina del derecho a la intimidad tal como es reconocida en otras jurisdicciones.

El derecho a la intimidad tal como ha sido reconocido en varios estados ha sido definido así: “el derecho a la intimidad ha sido definido como el derecho a vivir la vida propia sin injerencia de otros, sin estar sujeto a publicidad injustificada y no deseada. En pocas palabras, es el derecho a ser dejado en paz (21 R.C.L. 1197, p. 1198). Sin embargo, existen circunstancias en que una persona, voluntariamente o no, se convierte en actor de un acontecimiento de interés público o general. Cuando esto sucede, la persona emerge de su aislamiento, en cuyo caso no constituirá una invasión a su derecho a la intimidad publicar su fotografía con un informe de ese acontecimiento” (*Jones v. Herald Post Co.*, 230 Ky. 227 [18 S.W.2d 972] -1929-).

Parece haber unos pocos principios generales, fundados en las fuentes o en la razón, subyacentes en la mayor parte de las decisiones mejor fundadas tanto de las jurisdicciones que reconocen la doctrina como de aquellas que no lo hacen. Se pueden resumir así:

1. El derecho a la intimidad era desconocido en el *Common Law* antiguo.
2. Es inherente a la persona y no a los bienes (un acto ilícito que genera, en algunas jurisdicciones, un derecho a ser indemnizado).
3. Es un derecho *in personam* y no se transmite *post mortem*.
4. No existe cuando la persona ha publicado la cuestión de la que se agravia o ha consentido su publicación.
5. No existe cuando una persona se ha convertido en una figura tan importante que por ello ha dedicado su vida al público y por ello ha renunciado a su derecho a la intimidad. No puede existir intimidad en lo que ya es público.
6. No existe en la difusión de noticias y de sucesos de trascendencia, ni en el debate sobre acontecimientos de la vida de una persona en la cual el público tiene un interés legítimo, ni cuando la información beneficiaría al público (*v.gr.* en el caso de un candidato a ocupar un cargo público).
7. El derecho a la intimidad solo puede violarse mediante material impreso, escrito, imágenes u otra publicación o reproducción permanente, pero no por el boca a boca.
8. El derecho a accionar se acrecienta cuando la publicación se hace para obtener ganancias o utilidades (sin embargo, se pone en duda en algunos casos).

De lo anterior se deduce como consecuencia natural que el haber utilizado los hechos de la vida de la recurrente en la película no puede otorgar, *per se*, derecho a accionar. Estos incidentes constan en el expediente de su proceso penal por homicidio, que es público y es accesible para que cualquiera lo pueda leer. El hecho mismo de que esta información obrara en un expediente público es suficiente *per se* para rechazar la idea de que su publicación haya constituido una violación al derecho a la intimidad.

Cuando los incidentes de la vida de una persona han adquirido tal estado público como para ser difundidos en un expediente público, pasan a ser de conocimiento y a estar en posesión del público y dejan de ser privados. Si los apelados, en la historia de “El kimono rojo” solo hubieran utilizado los hechos de la vida de la recurrente que constan en el expediente del proceso penal, no habría surgido ningún derecho a accionar. Pero ellos fueron más allá y para armar la trama de la película usaron el verdadero nombre de soltera de la apelante. En caso de que esta tenga algún derecho a accionar, este surge del uso de este nombre verdadero en relación con los incidentes verdaderos de su vida conjuntamente con su publicidad, en la cual ellos afirmaron que la historia de la película había sido tomada de los hechos reales de la vida de Gabrielle Darley, quien era Gabrielle Darley Melvin.

Ante la inexistencia de normativa alguna, esta Corte se resiste a llegar a la conclusión de que el derecho a la intimidad, como fundamento de una acción de responsabilidad extracontractual en la forma reconocida y recibida en otras jurisdicciones, existe en California. Sin embargo, se encuentra que la Ley Fundamental de nuestro estado contiene disposiciones que, de acuerdo con el criterio de esta Corte, autorizan a reconocer el derecho a buscar y a obtener la seguridad y la felicidad sin injerencias indebidas al respecto por parte de los demás.

El art. 1 del capítulo I de la Constitución de California dispone: “Todos los hombres son por naturaleza libres e independientes, y tienen ciertos derechos inalienables, entre los cuales están los de disfrutar y defender la vida y la libertad; adquirir, poseer y proteger la propiedad; y buscar y obtener la seguridad y la felicidad”.

El derecho a buscar y a obtener la felicidad está garantizado a todas las personas por la Ley Fundamental del estado de California. Este derecho, por su propia naturaleza, incluye el derecho a vivir sin los ataques injustificados de otros a la libertad, propiedad y reputación. Toda persona que lleve una vida de rectitud tiene derecho a la felicidad, que incluye el derecho a ser libre de ataques innecesarios a su personalidad, posición social o reputación.

El uso del verdadero nombre de la apelante en relación con los incidentes de su vida anterior en la trama de la película y en su publicidad constituyó un acto innecesario, indiscreto, y un deliberado e injustificable desprecio por la caridad que nos debe impulsar en nuestra interacción social y que debería hacer que nos abstuviéramos de exponer a otra persona a la burla y al desprecio de los miembros probos de la sociedad.

Lo alegado en la demanda debe ser considerado veraz. Por lo tanto, ha de llegarse a la conclusión de que ocho años antes de la producción de “El kimono rojo”, la apelante había abandonado su vida vergonzosa, se había rehabilitado and había ocupado un lugar como un miembro respetado y honorable de la sociedad. Habiendo existido este cambio en su vida, se debería haber permitido que continuara su curso sin que su reputación y posición social quedaran destruidas por la publicación de la historia de su vida anterior, una vida de depravación, sin otra excusa que la expectativa de los editores de obtener una ganancia personal.

Uno de los principales objetivos de la sociedad tal como está actualmente constituida y de la administración de nuestro sistema penal es la rehabilitación de los

caídos y la reforma de los criminales. Conforme a estas teorías sociológicas, nuestro objetivo es levantar y sostener a los pocos afortunados en lugar de denigrarlos. Cuando una persona se ha rehabilitado por su propio esfuerzo, nosotros, que somos los miembros conscientes de la sociedad, deberíamos permitirle continuar por el camino de la rectitud en lugar de arrojárselo de nuevo a una vida de vergüenza o criminalidad. Incluso el ladrón en la cruz pudo arrepentirse durante las horas de su agonía final.

Esta Corte considera que la publicación que hicieron los apelados de los desagradables incidentes de la vida pasada de la recurrente después de que ella se había reformado, sumado al uso de su verdadero nombre, no puede justificarse por ningún estándar moral o ético conocido y constituyó una injerencia directa en su derecho inalienable garantizado por nuestra Constitución a buscar y a alcanzar la felicidad. Sea que llamemos a este derecho un derecho a la intimidad o que le demos otro nombre, resulta insustancial porque este es un derecho garantizado por nuestra Constitución que no debe ser despiadada e indebidamente invadido por otros. En opinión de esta Corte, el primer fundamento de la demanda de la recurrente afirma hechos suficientes para darle un derecho a accionar contra los apelados.

Tal como se ha observado, las otras pretensiones de la demanda están basadas en un supuesto derecho de propiedad sobre su nombre y sobre los incidentes de su vida. No se han encontrado fuentes que brinden fundamento a tal derecho de propiedad sobre la historia de la vida de una persona. En consecuencia, el derecho a accionar de la recurrente debe fundarse exclusivamente en la responsabilidad extracontractual de los apelados.

**Notas de la Oficina:** 1) el vocabulario empleado en este texto es el empleado en el fallo original, que se respetó para reflejar la concepción de la época; 2) el *District Court of Appeal* rechazó, el 25-3-1931 un pedido de que tramitara nuevamente esta causa. Y la Suprema Corte rechazó un pedido de que interviniera en el caso, el 27-4-1931; 3) ver casos *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* en <<https://casetext.com/case/roberson-v-rochester-folding-box-co-1>>; *Crane v. Heine*, en <<https://casetext.com/case/crane-v-heine>>;

**CÁMARA DE APELACIONES DE CALIFORNIA, IV DISTRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS**, *Melvin v. Reid*, sentencia del 28-2-1931, en <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>.



**DERECHO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. **DERECHO A LA IGUALDAD.** ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ACCESO A LAS LICITACIONES. **SALUD** (ESPAÑA).

**1. Antecedentes del caso:** cincuenta y siete senadores del Grupo Parlamentario Socialista plantearon al Tribunal Constitucional de España la inconstitucionalidad

de los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

El art. 62 habilita al Servicio Madrileño de Salud a adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los Hospitales Infanta Cristina, Infanta Sofía, Infanta Leonor, Sureste, Henares y Tajo, para garantizar adecuados niveles de calidad, atención y derechos a los usuarios. Lo habilita también a dictar las instrucciones de funcionamiento que sean necesarias para garantizar la correcta prestación y niveles de calidad de los servicios, a cuyos efectos puede establecer los órganos y procedimientos de coordinación oportunos, o asignar a cada sociedad las funciones que a estos efectos resulten adecuadas.

El art. 63 modifica el art. 88 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

Los recurrentes además plantean otras dos denuncias de infracción: la primera de ellas, en relación con el principio de seguridad jurídica, y la segunda, porque el proyecto de ley no va acompañado de los antecedentes necesarios.

**2. Sentencia:** se acoge parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. En consecuencia, se declara inconstitucional y nulo el art. 88.2 de la Ley 12/2001, del 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por el art. 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid. Se desestima el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Alega la demanda la infracción de la reserva de ley estatal para la regulación de las bases de los contratos y concesiones administrativas, en cuanto a que el art. 62.1 de la ley recurrida contradice el art. 8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). De esta infracción parece deducir, sin argumentación alguna, la vulneración del principio de legalidad del art. 9.3 CE.

Cabe precisar, en primer lugar, que el art. 149.1.18 CE no establece una reserva material de ley para la regulación de los contratos y concesiones administrativas. Se limita a atribuir al Estado la competencia para dictar la legislación básica en esta materia. Cuestión distinta es que, conforme a una reiterada doctrina constitucional, para garantizar la generalidad y estabilidad consustanciales a las reglas básicas, estas deben establecerse mediante ley formal votada en Cortes, aunque, como excepción, quepa admitir que, en ciertas circunstancias, el Gobierno pueda regular por Real Decreto aspectos básicos de una determinada materia, esto es, cuando el reglamento resulta complemento indispensable para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas legales básicas. Así pues, una vez descartada la existencia de una reserva material de ley de la que parece hacerse depender la vulneración del art. 9.3 CE, y a falta de una argumentación en la demanda dirigida a enervar la presunción de validez de la disposición legal por este motivo, no procede entrar en la vulneración del principio de legalidad del art. 9.3 CE.

Lo que los recurrentes achacan al precepto impugnado es una inconstitucionalidad mediata por vulneración de la normativa básica del Estado. Entienden que el art. 8 TRLCSP configura el contrato de gestión de servicios públicos como un

contrato a celebrar entre la Administración titular de la competencia y una persona natural o jurídica.

En efecto, debe tenerse en cuenta que, conforme a la exposición de motivos de la ley impugnada, con esta reordenación de la asistencia sanitaria prestada, tanto en su red de hospitales como en los centros de atención primaria, se pretende fijar un nuevo marco jurídico que permita el establecimiento de cualquier sistema de gestión que persiga la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y garantice la asistencia sanitaria. No en vano el precepto impugnado se refiere a la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, que contempla la posibilidad de que la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios se lleve a cabo, además de con medios propios, mediante contratos con personas públicas o privadas (artículo único). Es por ello que la referencia contenida en el precepto impugnado a la adjudicación de contratos de gestión hace alusión a la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, y no, sin embargo, al contrato de servicios en el que, a diferencia del anterior, el contratista no se subroga en el lugar del contratante en la explotación del servicio, por lo que no asume ni la organización ni el riesgo de la prestación del mismo. Tampoco se refiere a la encomienda del servicio a otras entidades de derecho público o sociedades mercantiles de capital íntegramente público que, por considerarse medios propios en lo que se refiere a este tipo de contrato, carece de naturaleza contractual. El art. 8 TRLCSP define el contrato de gestión de servicios públicos en función de la entidad contratante, la Administración Pública, y el objeto del contrato, la gestión de un servicio público de su competencia. La modificación introducida por la disposición final quincuagésima quinta de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, en el art. 8.1 TRLCSP no afecta al primero de estos elementos, ya que solo permite suscribir este contrato calificado a un tipo de entidades del sector público que no son Administración Pública, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando lo hagan para la gestión de la prestación sanitaria. En consecuencia, el resto de contratos de gestión de servicio público, incluso en el ámbito sanitario, tienen como requisito necesario que sea una Administración la contratante. A su vez, es el art. 3.2 TRLCSP el que establece qué es Administración Pública a los efectos de esta ley. Estos dos elementos, subjetivo –quién contrata– y objetivo –lo que se contrata–, sirven para determinar qué reglas del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público resultan de aplicación al contrato de gestión de servicio público, es decir, tanto las que regulan los actos de preparación y adjudicación, como las que disciplinan los derechos y deberes de las partes en el mismo. Las primeras garantizan, tal y como señala el art. 1 TRLCSP, que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los 32 candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite

garantizar, por un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones y, por otro, la eficiente utilización de los fondos públicos. Las segundas, en cuanto a que regulan el régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y el contrato de gestión de servicios públicos lo es cuando una Administración lo contrata [art. 19.1.a) TRLCSP], determinan el alcance de las prerrogativas de que goza la Administración en este tipo de contratos, en los que no existe igualdad entre las partes, a la vez que establecen límites a la libertad de pactos, es decir, a la discrecionalidad de los gestores públicos a la hora de diseñar los contratos, todo ello en aras de garantizar los fines institucionales de carácter público que con ellos se trata de realizar. Esto es, precisamente, lo que caracteriza los contratos administrativos y los distingue de los contratos privados. De ahí que las reglas sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en cuanto a que permiten salvaguardar los fines públicos a que sirven los contratos administrativos, forman parte de ese mínimo común denominador que caracteriza las bases en materia de contratación pública. Siendo, pues, los elementos objetivo y subjetivo esenciales para la determinación de las reglas aplicables a los contratos públicos que establece el Texto Refundido en ejercicio de la competencia que asiste al Estado (ex art. 149.1.18 CE), no cabe duda de que los arts. 3 y 8 TRLCSP son materialmente básicos. También lo son formalmente porque así lo establece la disposición final segunda, apartado tercero TRLCSP. Afirmado el carácter formal y materialmente básico de los arts. 8 y 3 TRLCSP, solo resta determinar si el precepto impugnado los contradice, esto es, si el Servicio Madrileño de Salud tiene la condición de Administración Pública a los efectos del Texto Refundido y si tiene la competencia para la prestación de los servicios sanitarios de los hospitales públicos a los que la norma se refiere. De cumplirse ambos requisitos, deberá descartarse la vulneración competencial denunciada. Los recurrentes entienden que el Servicio Madrileño de Salud no puede considerarse Administración Pública, lo que deducen, por una parte, del hecho de que, por tratarse de una entidad del art. 6 de la Ley 9/1990, del 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, no es ni un organismo autónomo ni una empresa pública; por otra, de que se rige parcialmente por el derecho privado. Descartado que la sujeción en más o en menos al derecho privado sea un factor determinante para la consideración de Administración Pública, pues son Administraciones Públicas las que se encuentran en la relación de entidades públicas que establece el art. 3.2 TRLCSP, el análisis de esta objeción solo puede resolverse comprobando si esta entidad, tal y como aparece configurada por la Ley 12/2001, encaja en alguna de las categorías en él contempladas. Y lo cierto es que el Servicio Madrileño de Salud reúne las condiciones de la letra e) del art. 3.2 TRLCSP, pues se trata de una entidad de derecho público adscrita a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (art. 59, Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de dicha Comunidad), cuya actividad principal, precisamente por actuar en el ámbito del servicio público sanitario, no es la producción de bienes y servicios en régimen de mercado, esto es, en régimen de libre competencia. No se trata, tampoco, de una entidad similar o equiparable a las entidades públicas empresariales estatales, excluidas expresamente por el art 3.2 e) TRLCSP de la categoría de Administraciones Públicas, que vienen en principio a corresponderse con las empresas públicas reguladas en el

art. 5.2 de la Ley 9/1990, a las que el Servicio Madrileño de Salud no pertenece. A mayor abundamiento, conforme a la información que obra en el perfil del contratante, los contratos que licita y adjudica el Servicio Madrileño de Salud son contratos administrativos, lo que no viene sino a confirmar su carácter de Administración Pública a los efectos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En cuanto al segundo de los requisitos, que se trate de un servicio público de competencia de la Administración contratante, cabe afirmar que el art. 8 TRLCSP se limita a exigir que el servicio público sea de su competencia, por lo que resulta indiferente que esta competencia sea originaria o derivada.

Tal y como establece el art. 3 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, el sistema sanitario de la Comunidad de Madrid es el conjunto de recursos, normas, medios organizativos y acciones orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud. Para su gestión, el art. 58 de esta disposición legal crea el Servicio Madrileño de Salud a quien se encomiendan dos funciones diferenciadas: por un lado, la compra de servicios sanitarios a terceros para cubrir la atención sanitaria, a la vista de las necesidades de la población, lo que se llevará a efecto mediante el contrato sanitario, que es el instrumento que establece la relación entre proveedor y comprador, con un régimen jurídico de contrato especial (arts. 68 y ss., Ley 12/2001); por el otro, y esto es lo relevante a los efectos que aquí interesan, la provisión de servicios asistenciales de sus centros sanitarios (art. 70, Ley 12/2001). Los centros y establecimientos sanitarios que integran el Servicio Madrileño de Salud se configuran bien como instituciones sanitarias sin personalidad jurídica diferenciada del Servicio Madrileño de Salud, bien como entidades sanitarias con personalidad jurídica propia, que podrán constituirse bajo cualquier fórmula contemplada en el ordenamiento (pública o privada), pero siempre de titularidad pública y siempre como entidades instrumentales dependientes del Servicio Madrileño de Salud (art. 88, Ley 12/2001). En definitiva, el Servicio Madrileño de Salud, entidad pública adscrita a la Consejería de Salud, es titular de la competencia para la actividad de provisión de servicios asistenciales de sus centros sanitarios, sea cual sea la forma jurídica que estos hayan asumido, entre los que se encuentran los hospitales a los que se refiere el precepto impugnado (disposición adicional primera Decreto 23/2014, del 3 de marzo, de la Comunidad de Madrid; y previamente, disposición adicional segunda del Decreto 23/2008, del 3 de abril). En conclusión, se cumple también el segundo de los requisitos exigidos por el art. 8 TRLCSP, esto es, que se encomiende la gestión de un servicio público competencia de la Administración contratante, en este caso, del Servicio Madrileño de Salud.

En virtud de lo expuesto, se debe descartar que el precepto impugnado, al habilitar al Servicio Madrileño de Salud para la adjudicación de la gestión de los servicios de atención especializada de determinados hospitales públicos, vulnere el art. 8 TRLCSP y, en consecuencia, la competencia estatal para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas.

Los recurrentes impugnan el art. 63 de la Ley 8/2012, que modifica el art. 88 de la Ley 12/2001, en cuanto su apartado 2 permite que, cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirecta previstas en el TRLCSP, podrá ofrecerse preferentemente a las sociedades

de profesionales con personalidad jurídica propia que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud.

Se alega que la nueva redacción dada al art. 88.2 de la Ley 12/2001 vulnera la reserva de ley estatal para dictar las bases en materia de contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18 CE), en concreto respecto al art. 1 TRLCSP, que la demanda relaciona con la vulneración de la normativa europea, en concreto con la Directiva 2004/18/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que impide la discriminación o tratamiento desigual de los licitadores. Cabe señalar, en primer lugar, que no existe reserva material de ley para la regulación de los contratos y concesiones administrativas, de manera que la vulneración alegada debe reconducirse a una mera cuestión de inconstitucionalidad mediata.

El derecho europeo no es canon de constitucionalidad de las leyes estatales o autonómicas. Este Tribunal ya ha afirmado en reiteradas ocasiones que el derecho europeo no integra, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes, de manera que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

A este respecto, aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado, esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Así lo ha afirmado la Comisión europea. En cualquier caso, el legislador estatal no ha establecido diferencia alguna entre este contrato y los armonizados, someténdolo a las mismas reglas de preparación y adjudicación que el resto de contratos armonizados que celebran las Administraciones Públicas.

Finalmente, resulta necesario precisar que el precepto impugnado no determina el procedimiento a seguir para hacer efectiva la preferencia que otorga a las sociedades profesionales constituidas total o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, de manera que lo que debe abordarse en esta resolución es si el reconocimiento de esta preferencia, sea cual sea la vía por la que se instrumente, es contrario a la legislación estatal básica. Esto es lo que explica que los recurrentes opongan como precepto básico de contraste el art. 1 TRLCSP, que inspira la completa regulación legal de los procedimientos de selección de contratistas, tanto en lo relativo a la capacidad y solvencia de los licitadores, como a las reglas de adjudicación de los contratos en función de la oferta económicamente más ventajosa, e impregna su interpretación. El art. 1 TRLCSP se refiere expresamente al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y a la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Estos principios son materialmente básicos, pues tienden a garantizar un tratamiento igual de todos los licitadores y la eficiencia del gasto en las compras públicas. A ellos deben obedecer todas y cada una de las

reglas del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en concreto, las que disciplinan la capacidad de contratar y la solvencia de los empresarios, así como las que rigen la elección de la oferta económicamente más ventajosa, y conforme a ellos deben ser interpretadas. Las reglas que rigen la capacidad y solvencia del empresario parten de la no discriminación de las personas físicas o jurídicas en razón de su nacionalidad. Así, conforme al art. 54 TRLCSP, podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras con plena capacidad de obrar, que no estén incursas en prohibición de contratar, y acrediten solvencia económica y financiera, profesional y técnica. Precisamente por ello, la ley se ha preocupado por establecer los medios para acreditar las condiciones exigidas a los licitadores, nacionales y extranjeros, de manera que se permita concurrir en igualdad de condiciones a quienes reúnen los mismos requisitos de capacidad y solvencia. Pero no acaba aquí la virtualidad del principio de no discriminación que impide, también, que se establezcan requisitos de solvencia que, lejos de garantizar la aptitud para desempeñar la tarea que resulta encomendada, y por mucho que pretendan servir a otros fines públicos, no tengan que ver con la capacidad del empresario para realizar el objeto del contrato público, tal y como se deduce de la lectura de los medios para acreditar la solvencia del empresario que regulan los arts. 74 y ss. TRLCSP. Como reconoce el precepto impugnado, la preferencia que se otorga a las sociedades profesionales compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud no tiene que ver con la solvencia económica y financiera, profesional y técnica de las citadas sociedades, sino con su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Antes bien, al contrario, produce un efecto claro e insalvable de exclusión de los licitadores, nacionales o extranjeros, que, a pesar de contar con la misma solvencia económica y técnica, no pueden reunir unas condiciones solo asequibles para un tipo de personas jurídicas, las constituidas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. Esta preferencia no tiene, pues, cabida, como regla de capacidad y solvencia, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyas prescripciones a este respecto deben considerarse, por otra parte, formal y materialmente básicas, pues garantizan la igualdad de los licitadores en el acceso a los contratos públicos y aseguran su viabilidad y, por tanto, la eficiencia en el gasto que se persigue con las compras públicas. A la misma conclusión debe llegarse en lo que atañe a los criterios de adjudicación o selección del adjudicatario. Aunque el art. 150 TRLCSP no establece un elenco cerrado de criterios a tener en cuenta para seleccionar la oferta que responda al criterio de la oferta económicamente más ventajosa, y aun cuando se permite tener en cuenta las características de la oferta relativas a las exigencias definidas en el pliego de condiciones, ya sea de carácter medioambiental o vinculadas con la satisfacción de las exigencias sociales propias de la población desfavorecida a la que van dirigidas las prestaciones a contratar, su interpretación sistemática permite concluir que los criterios de valoración que establezcan deben estar relacionados con las condiciones de la oferta realizada, condiciones que deben ser susceptibles de ofrecer en su oferta todos los licitadores admitidos al procedimiento de licitación, sea este cual sea. Una vez más, debemos señalar que este precepto es formal y materialmente básico, en cuanto a que al establecer las reglas que permiten seleccionar la oferta

económicamente más ventajosa y que garantizan la igualdad de los licitadores, forma parte del mínimo común uniforme que garantiza la eficacia del gasto en las compras públicas, tal y como por otra parte contempla el art. 1 TRLCSP, también básico.

En conclusión de lo expuesto, la preferencia que otorga el precepto autonómico impugnado a las sociedades de profesionales compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas. Es preciso, pues, declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 88.2 de la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid en la redacción dada por el art. 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**, Pleno, recurso de inconstitucionalidad nº 1884/2013, sentencia del 30-4-2015, en <[https://ficheros-2015.s3.amazonaws.com/05/06/Im\\_568880571\\_in1.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1432852029&Signature=sMu21qfeVXhnyk8vgzH0snAYsQ4%3D](https://ficheros-2015.s3.amazonaws.com/05/06/Im_568880571_in1.pdf?AWSAccessKeyId=1V02D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1432852029&Signature=sMu21qfeVXhnyk8vgzH0snAYsQ4%3D)>.



**DERECHO DE LA UNIÓN. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. HOMOSEXUALES. SALUD. SALUD PÚBLICA. RIESGO DE TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES INFECCIOSAS. GRUPOS DE RIESGO. ENFERMOS DE HIV. SIDA. DONACIÓN DE SANGRE. EXCLUSIÓN PERMANENTE O TRANSITORIA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA).**

**1. Antecedentes del caso:** en abril de 2009, el ciudadano francés Geoffrey Léger se presentó en el *Établissement français du sang* de Metz, Francia, para donar sangre. El médico responsable –basándose en una orden ministerial del 12 de enero de 2009 (Orden Ministerial)– no se lo permitió porque Léger había mantenido relaciones sexuales con otro hombre. Léger, entonces, impugnó esa decisión ante el *Tribunal Administratif* de Estrasburgo, alegando, en particular, que el anexo de la mencionada Orden Ministerial infringía lo dispuesto en la Directiva 2004/33 de la Comisión, del 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos (Directiva).

El *Tribunal Administratif* sostuvo que era preciso determinar si la existencia de una contraindicación permanente para la donación de sangre por parte de un hombre que ha tenido relaciones sexuales con otro hombre se compadece con lo establecido en el anexo III de la Directiva. Por ello, decidió suspender el proceso y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial: a la luz del anexo III de la Directiva 2004/33, ¿la circunstancia de que un hombre tenga relaciones sexuales con otro hombre genera un riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por sangre y justifica una exclusión permanente de donación de sangre? ¿O simplemente puede constituir, en función de las circunstancias propias del caso, una conducta sexual que justifica una exclusión

temporal de la donación de sangre durante un plazo determinado tras el cese de la conducta de riesgo?

**2. Sentencia:** el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33/CE debe interpretarse en el sentido de que el criterio de exclusión permanente de la donación de sangre formulado en dicha disposición en relación con la conducta sexual cubre el supuesto en el que un Estado Miembro, habida cuenta de la situación predominante en él, establezca una contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres, siempre que se acredite –basándose en los conocimientos y en los datos médicos, científicos y epidemiológicos actuales– que dicha conducta sexual expone a esas personas a un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por sangre y que, en el marco del respeto del principio de proporcionalidad, no existen técnicas eficaces de detección de esas enfermedades infecciosas o, a falta de esas técnicas, métodos menos coercitivos que garanticen un alto nivel de protección de la salud de los receptores. Corresponde al tribunal nacional verificar si, en el Estado Miembro de que se trate, concurren tales requisitos.

Bajo un análisis de la estructura general de los puntos 2.1 y 2.2.2 del anexo III de la Directiva, procede señalar que el mismo establece una distinción entre la exclusión permanente y la exclusión temporal de la donación de sangre, y, lógicamente, los criterios aplicables para una y para otra deben ser diferentes. Por lo tanto, la exclusión permanente implica la existencia de un riesgo más alto que la prohibición temporal.

Por otra parte, como se indica en el considerando 24 de la Directiva 2002/98 del Parlamento Europeo, la sangre y los componentes sanguíneos utilizados con fines terapéuticos o en productos sanitarios deben proceder de personas cuyo estado de salud permita pensar que su donación no tendrá efectos negativos y que el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas graves transmisibles por sangre es mínimo. De ello se deduce que, en lo referente a la finalidad de la Directiva 2004/33, la exclusión permanente debe aplicarse cuando ese riesgo de transmisión sea más alto.

En consecuencia, la estructura general y la finalidad de esta última Directiva llevan a optar por la interpretación según la cual la exclusión permanente de la donación de sangre establecida en el punto 2.1 del anexo concierne a las personas cuya conducta sexual supone un “alto riesgo” de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por sangre, mientras que la exclusión temporal de la donación de sangre se refiere a los casos en que el riesgo es más bajo.

En lo que respecta a la exclusión permanente, procede señalar que la expresión “personas cuya conducta sexual supone un alto riesgo” de contraer enfermedades infecciosas, utilizada en el punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33, no determina con precisión las personas o las categorías de personas a las que se refiere dicha exclusión, lo cual ofrece un margen de apreciación a los Estados Miembros a la hora de aplicar la disposición.

Por lo tanto, es preciso examinar en qué medida la contraindicación permanente establecida en el Derecho francés para el caso de un “hombre que ha tenido relaciones sexuales con otro hombre” responde al requisito de existencia de un

“alto riesgo” que establece el punto 2.1 del anexo III de la Directiva, al tiempo que respeta los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Según la jurisprudencia de este Tribunal, las exigencias derivadas de la protección de dichos derechos fundamentales vinculan a los Estados Miembros cuando aplican la normativa de la Unión, de lo cual resulta que estos últimos están obligados a aplicar esa normativa de modo que no se haga caso omiso de tales exigencias. En este contexto, los Estados Miembros deben velar por no basarse en una interpretación de un texto jurídico que entraría en conflicto con esos derechos fundamentales.

En primer lugar, es preciso tomar en consideración la situación epidemiológica en Francia. El Gobierno francés y la Comisión Europea afirman que en el período comprendido entre 2003 y 2008, el total de infecciones por VIH se hizo a través de relaciones sexuales, y los hombres que tienen relaciones homosexuales son la población más afectada, al abarcar un 48% de las infecciones más recientes. En ese mismo período, aunque la incidencia global de la infección por VIH ha disminuido principalmente en lo que respecta a las relaciones heterosexuales, no ha disminuido para los hombres que tienen relaciones homosexuales. Además, siempre en el mismo período, estos últimos constituían la población más afectada, con una tasa de incidencia de un 1% anual, que es 200 veces superior a la de la población heterosexual francesa.

Asimismo, según un informe elaborado por el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, titulado “*Men who have sex with men (MSM). Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress*”, de todos los países analizados, Francia es el que presenta una mayor prevalencia del VIH en el grupo de los hombres que han tenido relaciones homosexuales.

En segundo lugar, en el supuesto de que el tribunal remitente llegue a la conclusión de que resulte razonable que las autoridades nacionales estimen que en Francia existe un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por sangre en el caso de un hombre que ha tenido relaciones homosexuales, cabe analizar si una contraindicación permanente para la donación de sangre como la que se discute en el litigio principal sería respetuosa de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

En el presente caso, la Orden Ministerial debe respetar, entre las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta), el art. 21, apartado 1 de la misma, que prohíbe toda discriminación basada en la orientación sexual.

Ahora bien, al establecer como criterio de una contraindicación permanente para la donación de sangre el hecho de ser un “hombre que ha tenido relaciones homosexuales”, el cuadro B del anexo II de la Orden Ministerial excluye de la donación de sangre en función de su orientación homosexual a los donantes masculinos que, por el hecho de haber mantenido una relación sexual correspondiente a dicha orientación, reciben un trato menos favorable que las personas heterosexuales de sexo masculino.

Dadas estas circunstancias, la Orden Ministerial puede entrañar una discriminación basada en la orientación sexual con respecto a las personas homosexuales.

Procede analizar, por tanto, si la contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de un hombre que ha tenido relaciones sexuales con otro hombre, establecida en la Orden Ministerial, puede justificarse, no obstante, por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta.

En el presente caso, consta que la contraindicación permanente para la donación de sangre en el supuesto de un hombre que ha tenido relaciones homosexuales, que constituye una limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta, debe considerarse establecida por la ley, en el sentido del art. 52, apartado 1 de dicha Carta, dado que procede de la Orden Ministerial.

Además, esta limitación respeta el contenido esencial del principio de no discriminación. En efecto, dicha limitación no pone en entredicho este principio como tal, ya que solo se refiere a una cuestión de alcance limitado, a saber, la exclusión de la donación de sangre a fin de proteger la salud de los receptores.

Sin embargo, también es preciso verificar si tal limitación responde a un objetivo de interés general, en el sentido del art. 52, apartado 1 de dicha Carta, y, de ser así, si respeta el principio de proporcionalidad.

A este respecto, conviene recordar que la Directiva 2004/33 aplica la Directiva 2002/98, la cual tiene por objetivo la protección de la salud pública.

Aquí, la exclusión permanente de la donación de sangre persigue el objetivo de que el riesgo de transmisión de una enfermedad infecciosa a los receptores sea mínimo. Esta exclusión contribuye por tanto al objetivo general de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana, objetivo reconocido por la Unión Europea.

En lo referente al principio de proporcionalidad, de la jurisprudencia de este Tribunal se desprende que las medidas establecidas por la normativa nacional no deben exceder de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos legítimamente perseguidos por dicha normativa, teniendo presente que cuando se puede elegir entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos restrictiva, y que las desventajas ocasionadas no deben resultar desmesuradas en comparación con los objetivos perseguidos.

En un asunto como el que se examina en el litigio principal, este principio únicamente se respeta en el supuesto de que no sea posible garantizar un alto nivel de protección de la salud humana mediante técnicas de detección del VIH eficaces y menos restrictivas que una prohibición permanente de la donación de sangre para la totalidad del grupo constituido por los hombres que han tenido relaciones homosexuales.

En efecto, por una parte, no cabe excluir la posibilidad de que existan técnicas eficaces para garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores incluso cuando se haya dado una conducta sexual que entrañe un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por sangre.

A este respecto, a fin de garantizar la calidad y la seguridad de la sangre y de los componentes sanguíneos, cada donación de sangre debe verificarse de conformidad con los requisitos formulados en el anexo IV de la Directiva 2002/98,

teniendo presente que tales requisitos están llamados a evolucionar al compás del progreso científico y técnico.

No obstante, el Gobierno francés y la Comisión Europea ponen de relieve que en el estado actual de la ciencia existe un “período ventana”, es decir, un período inmediatamente posterior a la infección viral y durante el cual los marcadores biológicos utilizados para la detección de la infección en las donaciones de sangre siguen siendo negativos pese a la infección del donante. En consecuencia, son las infecciones recientes las que entrañan un riesgo de que no se detecte el VIH en las pruebas de detección y, por consiguiente, un riesgo de transmisión de dicho virus al receptor.

Corresponde al tribunal remitente verificar si, en tal situación y en el contexto del respeto del principio de proporcionalidad, existen técnicas de detección del VIH para evitar la transmisión de dicho virus a los receptores, tomando en consideración que las pruebas de detección deben realizarse de conformidad con los procedimientos científicos y técnicos más recientes.

En particular, corresponde al tribunal remitente verificar, teniendo especialmente en cuenta el costo de someter a una cuarentena sistemática las donaciones de sangre procedentes de hombres que han tenido relaciones homosexuales o el costo de aplicar una detección sistemática del VIH a todas las donaciones de sangre, si los progresos de la ciencia o de la técnica sanitaria permiten garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores sin que la carga que ello supone resulte desmesurada en relación con los objetivos de protección de la salud que se persiguen.

Por otra parte, suponiendo que en el estado actual de la ciencia no exista ninguna técnica que cumpla los requisitos referidos, una contraindicación permanente para la donación de sangre aplicable a la totalidad del grupo constituido por hombres que han tenido relaciones homosexuales solo resulta proporcionada si no existen métodos menos restrictivos para garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores.

A este respecto, corresponde al tribunal remitente examinar si el cuestionario y la entrevista personal a cargo de un profesional sanitario establecidos en el anexo II, parte B, punto 2 de la Directiva pueden permitir identificar con más precisión las conductas que entrañan un riesgo para la salud de los receptores, a fin de establecer una contraindicación menos restrictiva que la permanentemente aplicada a la totalidad del grupo constituido por los hombres que han tenido relaciones homosexuales.

En este sentido, el tribunal remitente debe verificar si determinadas preguntas específicas sobre el tiempo transcurrido desde la última relación sexual comparado con la duración del “período ventana”, así como sobre la estabilidad de la relación de pareja de la persona de que se trate o sobre si sus relaciones sexuales son protegidas o no, permitirían evaluar el nivel de riesgo que presenta individualmente cada donante en razón de su propia conducta sexual.

Dadas estas circunstancias, y dado el supuesto de poder garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores mediante técnicas eficaces de detección de las enfermedades graves transmisibles por sangre o –a falta de esas técnicas– mediante métodos menos coercitivos que la prohibición permanente de la donación de sangre para la totalidad del grupo constituido por hombres que han

tenido relaciones homosexuales, tal contraindicación permanente no respetaría el principio de proporcionalidad, en el sentido del art. 52, apartado 1 de la Carta.

**Nota de la Oficina:** 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,** *Geoffrey Léger v. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes y Établissement français du sang*, sentencia del 29-4-2015, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dda62e2ac39cad4d8e9d78f1b68d724878.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPchr0?text=&docid=164021&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=451961>>.



**DERECHO DE LA UNIÓN. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. **EXTRANJEROS. INMIGRANTES. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN.** RESIDENCIA. **SEGURIDAD SOCIAL.** PRESTACIONES SOCIALES PARA PERSONAS SIN EMPLEO (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

**1. Antecedentes del caso:** Elisabeta Dano y su hijo Florin Dano, ambos de nacionalidad rumana, solicitaron al Jobcenter Leipzig alemán la prestación de un seguro básico social, petición que fue denegada.

La recurrente no había entrado a Alemania para buscar trabajo y si bien solicitó las prestaciones reservadas a los solicitantes de empleo, no tenía ninguna calificación profesional y hasta el momento no había ejercido actividad alguna en ninguno de los dos países, residiendo con su hijo en Alemania desde el año 2010 en la casa de una hermana que se encargaba de mantenerlos.

El Tribunal Social de Leipzig, interviniente en el asunto, planteó entonces el caso como cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**2. Sentencia:** los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y que se trasladen a otro Estado miembro con el único objetivo de obtener una ayuda social pueden ser excluidos del país y de las referidas prestaciones.

Para poder acceder a determinadas prestaciones sociales (como las prestaciones alemanas del seguro básico), los ciudadanos de otros Estados miembros solo pueden reclamar la igualdad de trato respecto del Estado miembro de acogida si su permanencia en el país cumple los requisitos de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión.

Cabe recordar que, según la Directiva, el Estado miembro de acogida no está obligado a conceder prestaciones de asistencia social durante los tres primeros meses de residencia. Cuando el período de residencia sea superior a tres meses pero inferior

a cinco años, la Directiva condiciona el derecho de residencia a que las personas que no ejercen una actividad económica dispongan de recursos propios suficientes. Se pretende impedir de ese modo que los ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica utilicen el sistema asistencial del Estado miembro de acogida para garantizar su subsistencia.

Por lo tanto, un Estado miembro debe contar con la posibilidad de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no desarrollen una actividad económica y que ejerzan su libertad de circulación con el único objetivo de percibir la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para gozar del derecho de residencia; a este respecto, debe examinarse cada caso concreto, sin tener en cuenta las prestaciones sociales solicitadas. La Directiva y el Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social no se oponen a una normativa nacional conforme a la cual los nacionales de otros Estados miembros estén excluidos de la percepción de determinadas prestaciones especiales no contributivas, a pesar de que estas sean otorgadas a los propios nacionales que se encuentren en la misma situación, siempre y cuando esos nacionales de otros Estados miembros no gocen del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud de la Directiva.

Cabe recordar que el Reglamento sobre coordinación de los sistemas de seguridad social no regula los requisitos para la concesión de las prestaciones especiales no contributivas. Siendo esta materia competencia del legislador nacional, este es asimismo competente para definir el alcance de la cobertura social de este tipo de prestaciones.

En consecuencia, al establecer los requisitos y el alcance de la concesión de las prestaciones especiales no contributivas, los Estados miembros no aplican el derecho de la Unión, por lo que no resulta aplicable la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En lo que respecta a la Sra. Dano y a su hijo, se observa que ellos no disponen de recursos suficientes y, por ello, no pueden reclamar un derecho de residencia en Alemania en virtud de la Directiva.

Por lo tanto, no pueden invocar el principio de no discriminación recogido en la Directiva y en el Reglamento sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

**Nota de la Oficina:** 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-333/13, *Elizabeta Dano, Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*, sentencia del 11-11-2014, en <[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)>.



**DERECHO DE LA UNIÓN. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE OBESIDAD. **DERECHO DEL TRABAJO.** PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. **CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO. PERSONAS CON DISCAPACIDAD.** OBESOS (UNIÓN EUROPEA – DINAMARCA).

**1. Antecedentes del caso:** Karsten Kaltoft trabajó durante quince años como cuidador municipal infantil en Billund (Dinamarca), en su propio domicilio. El 22 de noviembre de 2010, el municipio puso fin a su contrato de trabajo alegando la disminución del número de niños que había que cuidar, pero sin especificar las razones por las que el despido recaía en Kaltoft. Durante toda la vigencia de su contrato laboral, Kaltoft fue reputado obeso en términos de la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Aunque la obesidad se mencionó en la entrevista previa al despido, las partes discrepan sobre el modo en que se trató. El municipio niega que la obesidad fuera uno de los motivos del despido de Kaltoft. Al considerar que el despido tiene su origen en una discriminación ilegal por motivo de obesidad, *Fag og Arbejde* (FOA) –que es el sindicato que actúa en representación de Kaltoft– recurrió ante un tribunal danés pidiendo que declarara que había existido discriminación, y que condenara a la municipalidad al pago de daños y perjuicios.

Al analizar dicha solicitud, el tribunal de Kolding solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que precisara si el derecho de la Unión prohíbe de manera autónoma la discriminación por motivo de obesidad. Con carácter subsidiario, consultó si la obesidad puede considerarse una causal de discapacidad y, como tal, si está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva).

**2. Sentencia:** la obesidad puede considerarse una causal de discapacidad a los efectos de la Directiva. Si bien ningún principio general del derecho de la Unión prohíbe la discriminación por motivo de obesidad en cuanto tal, esta se incluye en el concepto de discapacidad cuando, en determinadas condiciones, impide a la persona de que se trate participar plena y efectivamente en la vida profesional en pie de igualdad con los demás trabajadores.

En primer lugar, el principio general de no discriminación es un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del derecho de la Unión que vincula a los Estados miembros cuando una situación a nivel interno está incluida en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión. A este respecto, este Tribunal recuerda que ninguna disposición de los tratados o del derecho derivado de la Unión en materia de empleo y ocupación recoge como tal la prohibición de la discriminación por razón de obesidad. Concretamente, la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo no menciona esta causal de discriminación, y no procede ampliar el ámbito de aplicación de dicha Directiva más allá de las causales que enumera de manera taxativa. Por otra parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tampoco está destinada a aplicarse a dicha situación. En el presente asunto, cabe señalar que en estos autos no figura ningún dato que permita considerar que un despido presuntamente motivado en la obesidad en cuanto a tal esté incluido en

el ámbito de aplicación del derecho de la Unión. Por consiguiente, este Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que, en materia de empleo y ocupación, el derecho de la Unión no consagra un principio general de no discriminación por razón de obesidad en cuanto a tal.

Por lo que se refiere a si la obesidad puede considerarse una causal de discapacidad a los fines de la Directiva, este Tribunal recuerda que el objeto de la misma es fijar un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y de la ocupación, contra las conductas discriminatorias basadas en uno de los motivos que enumera la Directiva, entre los cuales está la discapacidad.

El concepto de discapacidad debe entenderse referido a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Cabe destacar que dicho concepto debe entenderse en el sentido de que no solo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para su ejercicio, ya que la Directiva tiene por objeto hacer efectiva la igualdad de trato y persigue, en particular, que las personas con discapacidades puedan acceder a un empleo o ejercerlo. Además, sería contrario al propio objetivo de la Directiva conceder importancia al origen de la discapacidad a la hora de aplicar dicha norma.

Por otra parte, la definición del concepto de discapacidad precede a la determinación y a la apreciación de las medidas adecuadas que, de conformidad con dicha Directiva, deben aplicar los empresarios en función de las necesidades de cada situación en particular para permitir que las personas con discapacidad accedan al empleo, tomen parte en el mismo o progresen profesionalmente (a menos que tales medidas supongan una carga excesiva para el empresario). Por consiguiente, el mero hecho de que no se adoptaran medidas en beneficio de Kaltoft no basta para considerar que Kaltoft no sea una persona con discapacidad a efectos de dicha Directiva.

En virtud de estas razones, este Tribunal llega a la conclusión de que si, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador acarrearía una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, tal situación estaría incluida en el concepto de discapacidad a los fines de la Directiva. Este sería el caso, en particular, si la obesidad del trabajador impidiera dicha participación debido a su movilidad reducida o a la concurrencia de patologías que no permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional.

El órgano jurisdiccional nacional debe determinar si la obesidad de Kaltoft está incluida en la definición de discapacidad.

**Nota de la Oficina:** 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-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) por cuenta de Karsten Kaltoft c. Kommunernes Landsforening (KL), por cuenta de Bullund Koummunne*, sentencia del 18-12-2014, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd6c7a3a10650b4f91b220943c12d57e18.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPb3z0?text=&docid=162103&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=462999>>.



**DERECHO DEL TRABAJO. SEGURIDAD SOCIAL. BONIFICACIONES EXTRAORDINARIAS. DERECHO TRIBUTARIO. IMPUESTO A LAS GANANCIAS. BENEFICIOS FISCALES. ÁMBITO DE APLICACIÓN. SOCIEDADES. DERECHO A LA IGUALDAD. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO (BÉLGICA).**

**1. Antecedentes del caso:** *Antwerpse Waterweken* es una compañía de suministro de agua potable que, cuando alcanza ciertos resultados en su rentabilidad, recompensa al personal con una paga extra. En 2011 solicitó, en su carácter de estructura de cooperación intercomunal, a la ONSSAPL (Oficina Nacional de Seguridad Social de las Administraciones Provinciales y Locales) autorización para utilizar el régimen fiscal de bonificaciones extraordinarias vinculadas a los resultados contables, equivalente al que se aplica a los empleadores privados y a las empresas públicas autónomas de acuerdo con el art. 38, inc. 3 de la ley del 29 de junio de 1981, que establece los principios generales de la seguridad social para los trabajadores asalariados, y con el art. 38, inc. 1, párrafo 24 del Código de Impuestos sobre las Rentas de 1992. La ONSSAPL consideró que la *Antwerpse Waterweken* no era una empresa pública autónoma en el sentido de la ley del 24 de abril de 2008 y que, por lo tanto, no podía recurrir al sistema de bonificaciones extraordinarias.

*Antwerpse Waterweken* inició acciones legales contra la ONSSAPL, y en su sentencia de noviembre de 2013 el Tribunal del Trabajo de Amberes formuló a la Corte Constitucional de Bélgica la siguiente cuestión prejudicial: ¿violan el art. 2 de la ley del 21 de diciembre de 2007, relativa a la ejecución del acuerdo interprofesional 2007-2008, y el art. 158 de la ley del 24 de julio de 2008, que contiene disposiciones varias, los arts. 10 y 11 de la Constitución belga en la medida en que, contrariamente a lo que establece la ley del 5 de diciembre de 1968 para los empleadores respecto a los convenios colectivos de trabajo y a las paritarias, y también a lo que está previsto para las empresas públicas autónomas incluidas en el art. 1, inc. 4 de la ley del 21 de marzo de 1991, aquellas normas no permiten a una estructura de cooperación intercomunal que se halle en una situación económica similar hacer uso del sistema de bonificaciones extraordinarias vinculadas a los resultados del ejercicio?

**2. Sentencia:** los art. 2 de la ley del 21 de diciembre de 2007 y 158 de la ley del 24 de julio de 2008 no violan los arts. 10 y 11 de la Constitución belga. Por lo tanto, a la consulta prejudicial le corresponde una respuesta negativa.

*Antwerpse Waterweken* sostuvo ante el *a quo* que los arts. 2 de la ley del 21 de diciembre de 2007 y 158 de la ley del 24 de julio de 2008 limitan el ámbito de aplicación del régimen fiscal de bonificaciones extraordinarias que otorgan los empleadores de empresas privadas y de empresas públicas autónomas federales y, por lo tanto, ella queda excluida de dicho ámbito de aplicación. Alegó además que desde su creación firmó, en su carácter de empresa pública, un contrato de gestión para garantizar que el servicio público se rigiera por las reglas establecidas por la autoridad. También consideró que solo algunas actividades son de interés general y presentan un doble carácter, como sucede en el caso de las empresas públicas autónomas.

Declaró que la restricción del ámbito de aplicación de los beneficios que otorga el régimen fiscal provoca una diferencia de trato ilegal entre, por una parte, los empleadores y trabajadores de empresas privadas o públicas autónomas federales, y, por otra, los empleadores y trabajadores de estructuras de cooperación intercomunales.

El Consejo de Ministros, por su parte, sostuvo que el sistema de bonificaciones extraordinarias está previsto para las empresas privadas. Por otro lado, de acuerdo con el proyecto de la ley del 24 de julio de 2008 de disposiciones varias para erradicar la diferencia de trato, surge que el régimen también estaría previsto para las empresas públicas autónomas. Sin embargo, una estructura de cooperación intercomunal puede recibir un trato diferente al de una empresa pública autónoma y al de una privada.

Con la aprobación del art. 158 de la ley del 24 de julio de 2008, el legislador previó eliminar las diferencias de trato con respecto a las empresas privadas estableciendo para las empresas públicas autónomas un sistema de bonificaciones extraordinarias vinculadas a la rentabilidad.

El legislador, en materia fiscal, debe fijar, de acuerdo con los objetivos perseguidos, la base imponible, la tasa y las excepciones, por lo que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad. Así, el legislador consideró que debía poner fin a la diferencia de trato entre las empresas privadas y las públicas autónomas estableciendo un sistema de bonificaciones extraordinarias en beneficio de las segundas, sin extenderlo a las estructuras de cooperación intercomunales.

Como señala el Consejo de Ministros, las estructuras de cooperación intercomunales, como empleadoras, no se rigen por las mismas normas que las empresas privadas o públicas autónomas. Por lo tanto, no están sujetas a los convenios colectivos de trabajo interprofesionales ni a la legislación prevista para los empleadores sujetos a la ley del 5 de diciembre de 1968, relativa a los convenios colectivos de trabajo y a las paritarias.

Con respecto a las actividades que ejercen en concurrencia con el sector privado, las estructuras de cooperación intercomunales sí pueden crear personas jurídicas de derecho privado sujetas a la ley del 5 de diciembre de 1968 sobre convenios colectivos de trabajo y paritarias y que pueden beneficiarse del sistema en cuestión.

Por todo lo mencionado, esta Corte sostiene que la diferencia de trato es razonable. El art. 2 de la ley del 21 de diciembre de 2007 y el art. 158 de la ley del 24 de julio de 2008 no violan los artículos 10 y 11 de la Constitución belga.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉGICA, sentencia nº 172 del 27-11-2014, en <<http://www.const-court.be/public/f/2014/2014-172f.pdf>>.



**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CRÍMENES DE GUERRA. CASTIGOS COLECTIVOS CON FINES DISUASIVOS. LEGALIDAD. DERECHO DE PROPIEDAD. DEMOLICIÓN DE VIVIENDAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. TERRORISMO. DERECHO ADMINISTRATIVO. ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD (ISRAEL).**

**1. Antecedentes del caso:** ocho organizaciones israelíes de defensa de los derechos humanos solicitaron a la Corte Suprema de Israel que declare ilegal y violatorio del derecho internacional y del derecho administrativo y constitucional de Israel el art. 119 del Reglamento de Defensa de 1945, sancionado durante el régimen británico –y que fuera aplicado nuevamente en verano de 2014–, que autoriza a las autoridades militares a confiscar, demoler y precintar viviendas pertenecientes a personas sospechadas de desarrollar actividades hostiles contra el Estado de Israel.

Los peticionantes alegan que las decisiones relativas a este asunto adoptadas en los años '70 y '80 por la Corte Suprema de Israel tienen fundamentos normativos que deberían ser revisados. También afirman que el derecho internacional ha tenido un gran desarrollo y que en todo el mundo se han establecido varios tribunales internacionales para los crímenes de guerra. Asimismo, señalan que si bien el propósito subyacente a las demoliciones es la disuasión, lo cierto es que se produce un perjuicio desproporcionado con tales acciones a personas inocentes. Los peticionantes también alegan que el derecho internacional prohíbe el uso de castigos colectivos con propósitos disuasivos y que, en consecuencia, la adopción del art. 119 es inadecuada *ab initio*.

**2. Sentencia:** se rechaza la petición por unanimidad.

Es indudable que esta petición plantea muchas dificultades y dilemas morales.

Durante muchos años, el art. 119 no fue aplicado, pero debido a los recientes ataques a civiles perpetrados en Jerusalén, la norma se ha vuelto a aplicar y es razonable que así sea. También es cierto que es preciso abordar el asunto en el marco de la guerra contra el terrorismo en Israel y en el mundo.

El propósito del art. 119 siempre fue el de disuadir y no el de castigar. Su objetivo era conceder a los comandantes militares herramientas con las cuales crear un efecto disuasivo efectivo.

Tal como sostienen los peticionantes, Israel suspendió la aplicación del art. 119 en el año 2005 por recomendación de un comité de militares de alto rango (Comité Shani), según el cual la norma operaba al borde de la legalidad y podía provocar más daños que beneficios. Pero a esta Corte no le corresponde cuestionar la decisión de las fuerzas militares con respecto al efecto disuasivo de las demoliciones, dado que dichas determinaciones se ajustan a una orientación normativa desarrollada en la jurisprudencia.

Por otra parte, los antecedentes de la implementación de la norma en cuestión dan cuenta de la sensibilidad de las autoridades israelíes en relación con la necesidad de asegurar la razonabilidad de su adopción a la luz de las circunstancias, incluyendo el abandono de la norma después de la decisión del Comité Shani. También es necesario que las agencias de inteligencia procedan a una continua reevaluación de la eficacia de la norma.

La legalidad de la norma en cuestión debe ser analizada desde el punto de vista de su propósito disuasivo. En ese contexto, las demoliciones pueden evitar que las viviendas sean usadas nuevamente con fines terroristas.

En relación con la afirmación de los peticionantes de que el art. 119 viola la prohibición de castigos colectivos, lo cierto es que el grado en que las personas que no están acusadas de actos terroristas sean perjudicadas por la demolición debe ser evaluado a la luz del principio de proporcionalidad. Cabe garantizar la necesidad de la demolición y que no cause perjuicios de manera desproporcionada respecto de sus objetivos. La demolición de una vivienda resulta proporcional si el perjuicio que ocasiona no vulnera los derechos de propiedad de las personas afectadas de una manera desproporcionada al beneficio de disuasión que se pretende obtener.

Los peticionantes también alegan que el art. 119 ha sido aplicado de manera discriminatoria, dado que solamente las viviendas de palestinos sospechados o condenados por actos terroristas son demolidas y no las de judíos implicados en actos similares. Ahora bien, los peticionantes no han presentado un fundamento fáctico adecuado para refutar la presunción de legalidad del acto administrativo. Por ello, este reclamo no puede ser aceptado.

**CORTE SUPREMA DE ISRAEL**, *HaMoked Center for the Defence of the Individual et al. v. Minister of Defense et al.*, sentencia del 3-12-2014, en <<http://www.hamoked.org/images/HD-HaMoked-General%20Petition-Judgment-4-1-15.pdf>>.



**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.** FUENTES. COSTUMBRE INTERNACIONAL. **INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.** INMUNIDAD SOBERANA. ALCANCES. ACTOS *IURE IMPERII*. CONFLICTO CON EL DERECHO INTERNO. **CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.** HOLOCAUSTO. **CRÍMENES DE GUERRA.** **RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (ITALIA).**

**1. Antecedentes del caso:** el Tribunal de Florencia planteó la inconstitucionalidad de varias normas por considerarlas violatorias de los arts. 2 y 24 de la Constitución italiana en relación con tres juicios contra la República Federal de Alemania promovidos por ciudadanos italianos para obtener un resarcimiento por los daños sufridos cuando fueron capturados por las fuerzas militares alemanas y deportados a Alemania para realizar trabajos forzados en los campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial. Estas son: 1) la creada a los fines de la incorporación, en virtud de lo dispuesto por el art. 10.1 de la Constitución, de la norma de derecho internacional consuetudinario que reconoce la inmunidad jurisdiccional en materia

civil de los otros Estados, según la interpretación de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su sentencia *Alemania c. Italia* del 3 de febrero de 2012, en la parte en que considera como actos *jure imperii* a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, lesivos de los derechos inviolables de la persona, cometidos en Italia y en Alemania contra ciudadanos italianos entre 1943 y 1945 por las tropas del Tercer Reich, que, por tanto, quedan excluidos de la jurisdicción de los tribunales civiles; 2) el art. 1 de la ley n° 848/1957 de ejecución del Estatuto de las Naciones Unidas en la parte en que exige al juez italiano dar cumplimiento a la referida sentencia de la CIJ, incluso cuando esta le impone la obligación de negar su propia jurisdicción en el proceso civil de resarcimiento de daños por crímenes contra la humanidad cometidos *jure imperii* por el Tercer Reich en territorio italiano; 3) el art. 1 (*recte*: art. 3) de la ley n° 5/2013 (Adhesión de la República Italiana a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes), que impuso al juez el cumplimiento de la mencionada sentencia de la CIJ y la negación de su propia jurisdicción en todos los actos *jure imperii* del Estado extranjero, incluso cuando tales actos consistan en violaciones graves al derecho internacional humanitario y a los derechos fundamentales, como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos en Italia y en Alemania contra ciudadanos italianos entre 1943 y 1945 por las tropas del Tercer Reich.

El Tribunal de Florencia plantea la existencia de un conflicto entre las normas que impugna y el principio de absoluta garantía de la protección jurisdiccional de los derechos consagrado en el art. 24 de la Constitución, ya que las primeras impiden el examen jurisdiccional de la pretensión de resarcimiento de los daños por graves violaciones a los derechos fundamentales sufridos por las víctimas de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos por otro Estado inclusive cuando este se encuentre en ejercicio de poderes soberanos (*jure imperii*). El principio referido es un principio supremo del ordenamiento constitucional italiano, que constituye un límite a la introducción tanto de las normas internacionales generalmente reconocidas (art. 10.1 de la Constitución) como de las normas contenidas en tratados constitutivos de organizaciones internacionales cuyos fines se encuentran indicados en el art. 11 de la Constitución o que derivan de tales organizaciones, y que son objeto de leyes de adecuación.

Asimismo, el Tribunal de Florencia observa que en la sentencia del 3 de febrero de 2012, la CIJ confirmó la vigencia de la norma consuetudinaria internacional que establece la inmunidad jurisdiccional en materia civil de otros Estados por todos los actos indistintamente considerados *jure imperii* y excluyó la creación de una excepción con respecto a aquellos que pueden ser considerados como crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, lesivos de los derechos fundamentales de la persona, tal como han sido reconocidos en relación con los episodios de deportación, trabajo esclavo y masacres cometidos en Italia y en Alemania contra ciudadanos italianos entre 1943 y 1945 por las tropas del Tercer Reich. La CIJ también negó la existencia de un conflicto entre normas sustantivas de *jus cogens* y normas procesales, porque, en su opinión, operan en diferentes niveles.

Por otro lado, el Tribunal de Florencia señala que no puede ignorarse la circunstancia de que conferir un carácter absoluto a la inmunidad internacional,

como lo ha hecho el CIJ, implica negar a las personas afectadas cualquier posibilidad de revisión judicial y de recurso, los cuales, en este caso, también han sido negados en el ordenamiento alemán.

**2. Sentencia:** se declara la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley nº 5/2013 y del art. 1 de la ley nº 848/1957 en lo concerniente a la ejecución del art. 94 del Estatuto de las Naciones Unidas, exclusivamente en la parte en que exige al juez italiano dar cumplimiento a la sentencia del 3 de febrero de 2012 de la Corte Internacional de Justicia, que le exige negar su propia jurisdicción en relación con actos de un Estado extranjero que constituyen crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lesivos de derechos inviolables de la persona. Asimismo, se declara infundado el planteo de inconstitucionalidad de la norma creada en el ordenamiento italiano mediante la incorporación, a través del art. 10.1 de la Constitución italiana, de la norma consuetudinaria de derecho internacional de inmunidad jurisdiccional en materia civil de otros Estados.

La cuestión de la inconstitucionalidad de la norma creada por el ordenamiento italiano mediante la incorporación, a través del art. 10.1 de la Constitución italiana, de la norma consuetudinaria de derecho internacional de la inmunidad jurisdiccional en materia civil de otros Estados resulta infundada. En efecto, la norma internacional a la que el ordenamiento italiano se ha conformado a través del art. 10.1 de la Constitución no incluye la inmunidad jurisdiccional de los Estados en materia civil en relación con las acciones por daños derivados de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, lesivos de derechos inviolables de la persona. Estos derechos, por lo tanto, no se ven privados de la necesaria protección jurisdiccional efectiva.

Por otra parte, cabe recordar que el art. 1 de la ley nº 848/1957 dio plena ejecución al Estatuto de las Naciones Unidas. Ahora bien, las sentencias de la CIJ, principal órgano judicial de las Naciones Unidas, vinculan a todos los Estados Miembros en todas las controversias en las que sean parte. Ese vínculo constituye uno de los casos de limitación de la soberanía que el Estado italiano, a través del art. 11 de la Constitución italiana, ha concedido a favor de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, orientadas a asegurar la paz y la justicia entre las naciones, siempre dentro del marco del respeto de los principios fundamentales y los derechos inviolables tutelados por la Constitución. En consecuencia, la obligación de dar cumplimiento a las sentencias de la CIJ no puede incluir una sentencia en la que se impone al Estado italiano negar su propia jurisdicción en los juicios civiles de resarcimiento por los daños causados por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, lesivos de derechos inviolables de la persona, cometidos por el Tercer *Reich* en el territorio italiano.

De todos modos, es preciso señalar que el conflicto entre la ley de adaptación al Estatuto de las Naciones Unidas y los arts. 2 y 24 de la Constitución surge exclusiva y específicamente en relación con la referida sentencia de la CIJ. Considerando que la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales constituye uno de los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano, la medida impugnada no puede oponerle resistencia a este en la parte en que vincula al Estado italiano y, en consecuencia, al juez, a adecuarse a la sentencia de la CIJ del 3 de febrero de 2012, que lo obliga a negar su propia jurisdicción en el examen de acciones de daños por

crímenes contra la humanidad, en flagrante violación del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Por otra parte, resulta obvio que no se ve alterado el compromiso del Estado italiano en relación con todas las obligaciones internacionales que derivan de la adhesión al Estatuto de las Naciones Unidas, incluso la obligación de cumplir con las sentencias de la CIJ.

El impedimento a incorporar la norma convencional (el art. 94 de la Convención de las Naciones Unidas) en el ordenamiento italiano, aunque exclusivamente en relación con el presente caso, se refleja en la declaración de inconstitucionalidad de la ley especial de adaptación, en la medida en que se opone a los mencionados principios fundamentales de la Constitución italiana. Cabe señalar que el resto de la ley de adaptación n° 848/1957 continúa estando indiscutiblemente vigente y siendo aplicable y efectiva.

Con respecto al planteo de inconstitucionalidad del art. 3 de la ley n° 5/2013, cabe señalar que se trata de una disposición de adaptación ordinaria, orientada a la ejecución de la sentencia de la CIJ del 3 de febrero de 2012. En otras palabras, dicho artículo regula específicamente la obligación del Estado italiano de cumplir con todas las sentencias en las que la CIJ haya excluido ciertas conductas de un Estado extranjero de la jurisdicción civil, imponiendo al juez declarar de oficio su falta de jurisdicción en cualquier instancia del proceso.

Los antecedentes parlamentarios muestran claramente que el artículo en cuestión fue adoptado a fin de garantizar expresa e inmediatamente su respeto y evitar situaciones como la disputa ante la Corte de La Haya. Todo ello, sin excluir los casos en los que la CIJ haya, como en la sentencia del 3 de febrero de 2012, confirmado la inmunidad de jurisdicción en materia civil de los Estados en relación con acciones resarcitorias de daños producidos por actos tipificados como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lesivos de derechos humanos inviolables, incluso aquellos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado extranjero en el territorio del Estado al que pertenece el tribunal apelado. De esa manera, la norma impugnada también deroga lo que está explícitamente establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Confirmación de ello es la declaración interpretativa del gobierno italiano que explícitamente excluye la aplicación de dicha Convención y de las limitaciones previstas en la misma a la norma de inmunidad en caso de daños o injurias causados por la actividad de fuerzas armadas en el territorio del Estado al que pertenece el tribunal apelado. La obligación del juez italiano de dar cumplimiento a la sentencia de la CIJ del 3 de febrero de 2012 establecida en la norma impugnada se opone, como ya se ha demostrado, al principio fundamental de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución italiana en sus arts. 2 y 24. El total sacrificio exigido a uno de los principios supremos del ordenamiento italiano, no puede justificarse ni ser tolerado cuando lo que se protege es el ejercicio ilegítimo de la potestad de gobierno del Estado extranjero como en el caso de actos considerados crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, lesivos de derechos inviolables de la persona.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA**, sentencia nº 238/2014 del 3-10-2014, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.



**DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. INMUNIDAD SOBERANA. ALCANCES. FUNCIONARIOS PÚBLICOS. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. TORTURAS INFLIGIDAS EN EL EXTRANJERO. REPARACIÓN (CANADÁ).**

**1. Antecedentes del caso:** en el año 2003, Zahra Kazemi, periodista y fotógrafa independiente de nacionalidad canadiense, visitó Irán. Aproximadamente el 23 de junio, se paró frente a la cárcel de Evin, en Teherán, para fotografiar a un grupo de personas que protestaban por la detención de algunos miembros de su familia. El fiscal general de Teherán, Saeed Mortazavi, ordenó la detención de la fotógrafa en esa misma cárcel. En esa situación, no le fue permitido contactar a un abogado, a la embajada canadiense ni a su familia. Fue interrogada por las autoridades iraníes, brutalmente golpeada, violada y torturada. Antes del 6 de julio, fue trasladada a un hospital de la ciudad en estado de inconsciencia debido a una lesión cerebral. Presentaba fractura nasal, rotura de tímpano, heridas en la espalda y en la parte posterior de las piernas, huesos fracturados, uñas de manos y pies rotas y un gran traumatismo en el área genital y alrededor de esta. Las autoridades iraníes no notificaron al consulado canadiense ni a la familia de Kazemi sobre el estado de salud de esta. El 10 de ese mes, ciertos funcionarios del consulado canadiense visitaron el hospital. Los médicos les informaron que el estado de Kazemi era de muerte cerebral y que no había esperanzas de que se recuperara. La madre de Kazemi y su hijo Stephan Hazemi (en adelante, Hazemi) manifestaron su deseo de trasladarla a Canadá para que fuera tratada, pero el equipo médico del hospital la desconectó de los sistemas que la mantenían con vida y la declararon muerta. Dos días después, el gobierno iraní anunció oficialmente el deceso de la periodista a través de la Agencia de Noticias de la República Islámica de Irán. Un informe confirmó que durante su detención, Kazemi había sufrido un golpe en la cabeza que le había causado la muerte. El gobierno iraní ordenó la realización de una autopsia sin consultar con la familia de Kazemi, y los resultados de la misma tampoco fueron remitidos a esta ni a los funcionarios canadienses. Kazemi fue enterrada en Irán a pesar de que su hijo había solicitado que sus restos fueran trasladados a Canadá. A fines de julio, el gobierno iraní ordenó que se investigara la muerte de la periodista. Si bien las conclusiones de un informe indicaban que algunos miembros del Poder Judicial y de la fiscalía estaban vinculados con las torturas y la muerte de Kazemi, lo cierto es que solo una persona –Reza Ahmadi– fue juzgado. El juicio se caracterizó por su falta de transparencia y Ahmadi fue absuelto.

En el año 2006, Hazemi inició acciones legales ante el Tribunal Superior de la Provincia de Québec en su nombre y en su carácter de administrador judicial de la sucesión de su madre. Demandó a la República Islámica de Irán y a su Jefe de Estado, el Ayatollah Sayyid Ali Khamenei; a Saeed Mortazavi, Fiscal General de Teherán, y

a Mohammed Bakhshi, Subdirector de Inteligencia de la prisión de Evin, al pago de los siguientes montos en concepto de daños y perjuicios: \$5.000.000 para la sucesión de Kazemi por su sufrimiento físico, psicológico y emocional; otros \$5.000.000 por el perjuicio psicológico y emocional que a él le causara la pérdida de su madre, y \$2.000.000 por daños punitivos.

Los demandados iraníes solicitaron la desestimación de la demanda invocando la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Hazemi invocó algunas excepciones contenidas en la *State Immunity Act* (Ley de Inmunidad Estatal, en adelante, Ley) de Canadá y planteó la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones.

El Tribunal Superior de Québec desestimó el planteo de inconstitucionalidad de la Ley, hizo lugar a la petición de los demandados en cuanto a que se rechace la acción fundada en el reclamo de la sucesión de Kazemi, pero desestimó el reclamo planteado por Hazemi. El Tribunal sostuvo que la Ley recoge exhaustivamente el derecho existente sobre inmunidad soberana y que no existen excepciones no escritas a la inmunidad soberana en el *Common Law*, en el derecho internacional ni en los acuerdos internacionales que pudieran permitir acoger las demandas planteadas. Sin embargo, sostuvo que la demanda personal de Hazemi podría potencialmente encuadrarse en una excepción a la inmunidad soberana aplicable a las demandas de daños personales ocurridos en Canadá.

El Tribunal de Apelaciones de Québec rechazó el recurso de la sucesión de Kazemi e hizo lugar a la apelación de los iraníes con respecto a la demanda de Hazemi.

Hazemi, entonces, recurrió ante la Suprema Corte de Canadá.

**2. Sentencia:** se rechaza la apelación interpuesta.

**2.1. Voto de la mayoría:** no obstante el trágico destino de Kazemi, el estado actual de la legislación canadiense no permite a los apelantes presentar una demanda civil por daños y perjuicios en un tribunal canadiense. Los Estados extranjeros, los Jefes de Estado y sus funcionarios gozan de inmunidad jurisdiccional en materia civil en Canadá, excepto en los casos especialmente determinados por la Ley. El Parlamento de Canadá ha hecho prevalecer los principios de cortesía internacional y de soberanía estatal por sobre los intereses de las personas que pretenden demandar a un Estado extranjero ante los tribunales canadienses por actos de tortura cometidos en el extranjero.

Es indudable que la prohibición de la tortura ha llegado a convertirse en una norma imperativa. Sin embargo, el estado actual del derecho internacional consuetudinario relativo al resarcimiento a las víctimas de tortura no altera la Ley.

Hazemi pretende beneficiarse de la excepción a la inmunidad soberana prevista en el art. 6(a) de la Ley de la siguiente forma: “un Estado extranjero no goza de inmunidad en la jurisdicción de un tribunal en relación con los procesos por muertes, lesiones personales o daños corporales [...] ocurridos en Canadá”. Dado que el presunto agravio no tuvo lugar en Canadá, la pretensión de Hazemi no puede prosperar. Por otra parte, la excepción referida no puede aplicarse cuando el presunto daño sufrido por el demandante no surge de un daño físico a su integridad personal.

Solamente en el caso de que el sufrimiento psicológico sea consecuencia de un daño físico, la excepción a la inmunidad soberana puede ser acogida. Lo cierto es que Hazemi no declaró daño físico alguno ni alegó haber sufrido daños a su integridad física.

En segundo lugar, es preciso determinar si, de conformidad con la Ley, los demandados gozan de inmunidad de jurisdicción. El art. 1 dispone que los Estados extranjeros tienen inmunidad jurisdiccional ante los tribunales canadienses. La definición de “Estado extranjero” del art. 2 de la Ley incluye una referencia al término “gobierno”. La ausencia de una referencia explícita a la expresión “funcionarios públicos” exige que el término “gobierno” sea interpretado en el debido contexto y en el marco del derecho internacional. De ello se deduce claramente que la voz “funcionarios públicos” debe incluirse en el significado de “gobierno” tal como es utilizado en la Ley. Sin embargo, los funcionarios públicos podrán gozar de inmunidad jurisdiccional siempre y cuando estén actuando en el área de sus funciones oficiales.

Indudablemente, los actos de tortura presuntamente cometidos por los demandados tienen carácter oficial. Ninguna indicación sugiere que los funcionarios en cuestión hayan actuado a título personal o de manera desvinculada de su rol como funcionarios estatales. La atrocidad de sus actos de tortura no los convierte en actos privados. Por definición, la tortura es necesariamente un acto oficial del Estado, y es justamente su naturaleza oficial lo que la convierte en un acto abyecto. No obstante, la afirmación de que la inmunidad frente a las demandas civiles alcanza a los funcionarios públicos implicados en actos de tortura cuenta con un fuerte aval, y aún no es posible afirmar que la práctica estatal ni la *opinio juris* se muevan en sentido contrario. En consecuencia, dado que los demandados eran funcionarios públicos que actuaban en carácter oficial, quedan comprendidos en el término “gobierno” contenido en el art. 2 de la Ley y, en virtud de esta, gozan de inmunidad de jurisdicción de los tribunales canadienses.

El Parlamento no ha dado indicación alguna de que los tribunales canadienses deban considerar la tortura como un “acto no oficial” ni de que se haya creado una jurisdicción civil universal que permita demandar a los funcionarios extranjeros ante los tribunales canadienses. La creación de ese tipo de jurisdicción tendría un considerable impacto en las relaciones internacionales de Canadá, pero es una decisión que debe ser tomada por el Parlamento y no por los tribunales.

Los apelantes también han denunciado la violación del art. 2(e) de la *Bill of Rights*. La acción debe ser rechazada, ya que no existe aquí dicha violación. El mencionado art. 2(e) garantiza un juicio justo en los procedimientos ante los tribunales canadienses, pero estos deben tener jurisdicción sobre el asunto.

Asimismo, tampoco es necesario determinar si el art. 3(1) de la Ley –también objeto de impugnación por parte de los apelantes– cumple con el fin de proteger la seguridad de la persona en términos del art. 7 de la *Charter of Rights*, porque esa disposición de la Ley no vulnera los principios fundamentales de justicia.

En efecto, no todos los compromisos contraídos en los acuerdos internacionales equivalen a principios fundamentales de justicia. Cuando una de las partes considera que una disposición de un tratado internacional constituye una

prueba de un principio de justicia internacional, los tribunales deben determinar lo siguiente: a) si existe suficiente consenso internacional en cuanto a la interpretación del tratado, y b) si existe consenso sobre la circunstancia de que la interpretación específica resulta fundamental para la manera en que el orden jurídico internacional debería operar. La ausencia de ese consenso impide llegar a la conclusión de que el principio es fundamental en aras del funcionamiento del sistema jurídico. A pesar de que los apelantes alegan que el art. 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) exige a Canadá garantizar un resarcimiento civil a las víctimas de actos de tortura cometidos en países extranjeros, y afirman, además, que esa obligación es un principio fundamental de justicia en el sentido del art. 7, lo cierto es que no han alegado ni determinado que su interpretación del art. 14 refleje el derecho internacional consuetudinario ni que haya sido incorporada al derecho canadiense mediante legislación. En efecto, no parece haber consenso con respecto a que el art. 14 debería ser interpretado como los apelantes sugieren. Tanto los términos de dicho artículo como su interpretación por parte de algunos Estados Parte y de autoridades judiciales internacionales y nacionales abonan la afirmación de que el art. 14 garantiza la reparación y la indemnización por torturas cometidas en la jurisdicción territorial del propio Estado.

Mientras que la prohibición de la tortura es, indudablemente, una norma de *ius cogens* de la que Canadá no puede apartarse y, además, es un principio fundamental de justicia, la norma imperativa que prohíbe la tortura aún no ha creado una excepción a la inmunidad soberana de responsabilidad civil en los casos de tortura cometidos en el extranjero. Actualmente, ni la práctica del Estado ni la *opinio juris* indican que la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens* obligue a Canadá a abrir sus tribunales para que sus ciudadanos obtengan una reparación civil por actos de tortura cometidos fuera de su territorio. En consecuencia, la circunstancia de no brindar tal acceso no vulnera los principios fundamentales de justicia.

En suma, tal como se presenta actualmente, la Ley no prevé una excepción a la inmunidad soberana de los países extranjeros frente a las demandas civiles por actos de tortura cometidos fuera de Canadá. En consecuencia, un Estado extranjero y sus funcionarios no pueden ser demandados ante los tribunales canadienses por actos de tortura cometidos en el extranjero. Sin embargo, el Parlamento tiene la facultad y la capacidad tanto para transformar el estado actual del derecho aplicable a las excepciones a la inmunidad soberana, como para permitir que aquellos que se encuentran en situaciones como la de Hazemi puedan obtener una reparación en los tribunales canadienses.

**2.2. Voto disidente del juez Abella:** la doctrina de la inmunidad soberana no está completamente codificada en la Ley. Las únicas personas expresamente incluidas en la definición de “Estado extranjero” son “todos los soberanos u otros Jefes de Estado extranjeros [...] que actúan como tales en sus funciones públicas”. No hay referencias a funcionarios públicos con excepción de los Jefes de Estado. Ese silencio crea una ambigüedad con respecto a si la Ley es aplicable a funcionarios de bajo rango. Lo cierto es que la resolución de esa ambigüedad es coadyuvada haciendo

referencia al derecho internacional consuetudinario y por el desarrollo significativo del principio de reparación en el Derecho Internacional Público.

La prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional. Ello significa que la comunidad internacional ha acordado que esa prohibición no puede ser derogada por ningún Estado. En consecuencia, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿cómo puede la tortura constituir una función oficial a los fines de otorgar inmunidad en términos del derecho internacional, cuando el mismo derecho internacional la prohíbe en forma universal? Aquí surgen problemas vinculados a la integridad del derecho internacional y se coloca a Canadá en situación de optar por extender la inmunidad a los funcionarios extranjeros por actos de tortura.

El derecho internacional ha evolucionado considerablemente. En el presente caso, las demandas civiles están fundamentadas en las obligaciones que Canadá e Irán tienen en términos del derecho internacional en materia de derechos humanos y la prohibición de la tortura como norma del *ius cogens*.

La evolución y la aceptación internacional del principio de reparación demuestran que, actualmente, el derecho a la reparación por violaciones a los derechos humanos constituye un principio de derecho internacional. Asimismo, existe una creciente aceptación de que las violaciones al *ius cogens*, como en el caso de la tortura, no constituyen “actos oficiales” que justifiquen reconocer inmunidad a los funcionarios estatales tomados individualmente.

El objetivo de la Convención contra la Tortura se compadece con la obligación de proteger el derecho de la víctima a la reparación por actos de tortura independientemente de dónde se cometan. El art. 14 exige a los Estados Parte garantizar que todas las víctimas de tortura puedan obtener reparación por parte de sus países de origen, y tengan derecho a una indemnización justa y adecuada. El texto de la Convención no presenta indicación alguna de que el acto de tortura deba ocurrir dentro del territorio del Estado Parte para que la obligación sea cumplida. Si un Estado se compromete a garantizar el acceso a una indemnización por actos de tortura cometidos en el exterior, ello implica necesariamente la cuestión de la inmunidad de quienes perpetraron tales actos.

Según el derecho internacional consuetudinario, existe una diferencia entre la inmunidad general de los funcionarios de alto rango, como los Jefes de Estado (*ratione personae*), y la inmunidad de los ex Jefes de Estado y funcionarios de rango menor (*ratione materiae*), que solo es aplicable a actos oficiales realizados por el Estado o en su nombre. Estas doctrinas reconocen el papel y la responsabilidad únicos de los Jefes de Estado. Actualmente, la práctica del Estado revela una lenta pero palpable tendencia en la jurisprudencia internacional a reconocer que la tortura, en tanto violación de una norma imperativa, no constituye una conducta oficial del Estado, a los fines de la inmunidad *ratione materiae*.

A la luz de la ambigüedad que caracteriza al derecho internacional consuetudinario relativo a la inmunidad, así como de la inveterada aceptación internacional del principio de reparación contenida en el art. 14 de la Convención contra la Tortura y de casi un siglo de creciente reconocimiento internacional de que las violaciones a los derechos humanos amenazan la paz y la estabilidad mundial, no hay razón para incluir la tortura en la categoría de acto oficial estatal. La naturaleza

equívoca del derecho internacional consuetudinario no debería implicar la negación al acceso a un resarcimiento civil por actos inequívocamente prohibidos como los de tortura.

La Ley, en consecuencia, no es aplicable a los demandados. Ellos no gozan de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de Canadá. En consecuencia, debe hacerse lugar a las demandas promovidas en su contra.

**SUPREMA CORTE DE CANADÁ**, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, sentencia del 10-10-2014, en <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14384/index.do>>.



**DERECHO PENAL. PENAS.** ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. BENEFICIOS PENITENCIARIOS. PRISIÓN DOMICILIARIA. MADRES DE NIÑOS MENORES. MENORES. INTERÉS SUPERIOR. **PRINCIPIO DE HUMANIZACIÓN DE LA PENA.** **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD** (ITALIA).

**1. Antecedentes del caso:** el Tribunal de Vigilancia de Florencia, Italia, planteó la inconstitucionalidad del art. 4 *bis*.1 de la ley nº 354/1975 (art. 4 *bis*.1), que regula el régimen penitenciario y las medidas privativas o limitativas de la libertad, en cuanto hace extensiva la prohibición de conceder beneficios penitenciarios a los detenidos por ciertos delitos graves que no colaboren con la justicia a la detención domiciliaria especial prevista por el art. 47 *quinquies* de la misma ley a favor de las condenadas que sean madres de niños menores de diez años.

Según el tribunal remitente, la norma impugnada violaría el principio de razonabilidad establecido en el art. 3 de la Constitución italiana, ya que sometería indiscriminadamente la detención domiciliaria especial al mismo régimen restrictivo de todas las medidas alternativas a la prisión. En efecto, contrariamente a las otras medidas, la detención domiciliaria especial no constituye un “beneficio” orientado a la reinserción social del condenado, sino que tutela el interés superior del menor en recuperar lo más rápido posible una relación normal de convivencia con la madre fuera del ambiente carcelario. Haciendo prevalecer la pretensión punitiva del Estado por sobre dicho interés, la disposición impugnada irrazonablemente pone sobre los frágiles hombros del menor las consecuencias de graves delitos cometidos por su madre y su decisión de no colaborar con la justicia.

Asimismo, según el tribunal de Florencia, la norma impugnada violaría los arts. 29, 30 y 31 de la Constitución italiana, oponiéndose al imperativo constitucional de tutela de la familia como sociedad natural, al derecho y deber de los padres de educar a los hijos, y al correspondiente derecho de estos a ser educados por los primeros, así como a la obligación de protección de la infancia.

**2. Sentencia:** es inconstitucional el art. 4 *bis*.1 de la ley nº 354/1975 en cuanto no excluye de la prohibición de conceder beneficios penitenciarios a la medida de detención domiciliaria especial prevista por el art. 47 *quinquies* de la misma ley. Asimismo, en aplicación del art. 27 de la ley nº 87/1953, dicha norma

es inconstitucional en cuanto no excluye de la prohibición de conceder beneficios penitenciarios a la medida de detención domiciliaria ordinaria prevista por el art. 47 *ter.1* letras *a*) y *b*) de la misma ley, siempre y cuando exista la condición de insubsistencia de un peligro concreto de comisión de ulteriores delitos.

En la versión original introducida por el art. 1 del decreto-ley nº 152/1991, el art. 4 *bis* distinguía entre delitos como la asociación ilícita, el secuestro con fines extorsivos y la asociación con fines de narcotráfico, para los cuales el acceso a estas medidas estaba sujeto a la obtención de pruebas que excluyeran vínculos con la criminalidad organizada, y otros delitos para los cuales se requería –en términos inversos desde el punto de vista probatorio– la insubsistencia de elementos que llevaran a considerar la existencia de dichos vínculos.

Tras la reforma establecida por el decreto-ley nº 306/1992, la colaboración con la justicia asumió un papel central. En el sentido del art. 58 *ter* de la ley nº 354/1975, dicha colaboración se convirtió en condición *sine qua non* para el acceso a los beneficios relacionados con el primero de los tipos de delitos antes mencionados, quedando a salvo la posibilidad de considerar suficiente una colaboración “objetivamente irrelevante” cuando al condenado se le hubieran concedido algunas atenuantes, sintomáticas de menor peligrosidad.

Este mecanismo se basó en la presunción legislativa de que la comisión de determinados delitos demostraba el vínculo del autor con la criminalidad organizada y constituía un índice de peligrosidad social incompatible con el acceso del condenado a los beneficios penitenciarios extracarcenarios. La opción de colaborar con la justicia, entonces, fue considerada la única apta para expresar con certeza la voluntad de enmienda del condenado y, por lo tanto, para remover el impedimento a la concesión de las medidas. A ello se añadió el objetivo de incentivar, por razones investigativas y de política criminal general, la colaboración con la justicia de los sujetos pertenecientes o “ceranos” a las asociaciones criminales, instrumento esencial para la lucha contra la criminalidad organizada.

Si bien el nuevo ordenamiento penitenciario sancionado por la ley nº 354/1975 se inspiró en principios de humanización de la pena y de reeducación del condenado, en relación con las madres detenidas se limitó a prever la posibilidad de que tuvieran consigo a los hijos de hasta tres años de edad, obligando a la administración penitenciaria a organizar jardines maternales para el cuidado y la asistencia de los niños. Además, resultó evidente que el ingreso de los menores de tres años a las cárceles no constituía una solución satisfactoria al problema, dado que por un lado se limitaba a diferir la separación de la madre, haciéndola con frecuencia mucho más dramática, y, por el otro, insertaba al niño en un “contexto punitivo” y pobre de estímulos, no idóneo para la creación de una relación afectiva con la figura materna.

La ley nº 663/1986 introdujo en el sistema el instituto de la detención domiciliaria. Dicha medida permitía al niño gozar del cuidado materno en un ambiente familiar o por lo menos extracarcenario, a pesar de la condición de detenida de su madre.

En el texto vigente, el art. 47 *ter.1* de la ley nº 354/1975 permite a la madre que convive con hijos menores de diez años cumplir fuera de la cárcel su pena de

reclusión no superior a cuatro años, incluso si esta constituye una parte residual de una pena mayor. De conformidad con los principios establecidos por esta Corte, al padre se le otorga una posibilidad análoga en caso de que la madre haya fallecido o esté absolutamente imposibilitada de asistir a su prole.

Esta Corte ya ha tenido oportunidad de poner en evidencia la especial relevancia del interés del hijo menor en vivir y crecer en el ámbito de su familia, manteniendo una relación equilibrada y continua con cada uno de sus progenitores, de los cuales tiene el derecho de recibir cuidados, educación e instrucción. Dicho interés es complejo y se encuentra articulado en diferentes situaciones jurídicas que han encontrado reconocimiento y tutela tanto en el ordenamiento internacional como en el interno. Junto con los imperativos constitucionales –entre los cuales se destaca el que demanda a la República la protección de la infancia (art. 31.2 de la Constitución)–, en el plano internacional se encuentran las disposiciones del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ambas normas califican de “superior” el interés del menor, y establecen que en todas las decisiones relativas a los menores adoptadas por autoridades públicas o por instituciones privadas, dicho interés debe considerarse “preeminente”.

Ahora bien, sujetando la detención domiciliaria especial al régimen “de rigor” establecido en el art. 4 *bis*.1, el legislador ha aunado casos que son profundamente diferentes entre sí. Semejante homologación de tratamiento resulta evidentemente lesiva de los parámetros constitucionales invocados si se observa la *ratio* histórica del régimen en cuestión, representada por el incentivo a la colaboración como estrategia de lucha contra la criminalidad organizada. En efecto, una cosa es que se siga dicha estrategia mediante la introducción de una restricción al goce de los beneficios penitenciarios, la cual puede ser removida mediante una actitud de colaboración para con la justicia. Otra cosa es que la prohibición afecte una medida orientada a la tutela del interés de un sujeto distinto y al mismo tiempo de gran relieve como el del menor en gozar de un mejor y más equilibrado desarrollo físico-psíquico. De esta manera, el “costo” de la estrategia de lucha contra la criminalidad organizada es trasladado a un tercero, extraño a las actividades delictivas que dieron lugar a la condena, así como a la elección del condenado de no colaborar.

Si bien la protección del interés superior del niño no puede ser absoluta ya que debe confrontarse con otras exigencias tales como la prevención del delito, el juez debe determinar en cada caso si es preciso que otros intereses prevalezcan por sobre los derechos del niño. Por ello, el juez debe contar con un margen de apreciación y fundamentar su decisión con base en un caso concreto.

**CORTE COSTITUCIONALE DE ITALIA**, sentencia n° 239 del 22-10-2014, en <[http://www.consiglio.regione.toscana.it/upload/GARANTE-LIBERTA/documenti/pronuncia\\_239\\_2014%20corte%20costituzionale.pdf](http://www.consiglio.regione.toscana.it/upload/GARANTE-LIBERTA/documenti/pronuncia_239_2014%20corte%20costituzionale.pdf)>.



**DERECHO PENAL. PENAS. CADENA PERPETUA. REVISIÓN DE LA CONDENA. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – REINO UNIDO).**

**1. Antecedentes del caso:** en octubre de 1983, Anthony Hutchinson, ciudadano británico nacido en 1941, entró en una casa de familia, mató a puñaladas a un hombre, a su mujer y a su hijo mayor, y violó a la hija de dieciocho años. Varias semanas después fue arrestado. Durante el juicio se declaró inocente, negó los homicidios y sostuvo que el acto sexual había sido consentido. En septiembre de 1984, fue condenado por robo agravado, violación y comisión de tres homicidios. Se dictó sentencia de cadena perpetua con la recomendación de un mínimo de dieciocho años. En diciembre de ese año, el Secretario de Estado le informó su decisión de imponerle una condena a cadena perpetua. En mayo de 2008, la *High Court* sostuvo que no había razones para apartarse de la decisión del Secretario de Estado dada la gravedad de los delitos cometidos por Hutchinson. Unos meses más tarde, la *Court of Appeal* desestimó su apelación.

Hutchinson, entonces, presentó un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) contra el Reino Unido, alegando que su condena a cadena perpetua violaba el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) e implicaba, en consecuencia, un trato inhumano y degradante hacia su persona, ya que no le cabían esperanzas de ser liberado.

**2. Sentencia:** por seis votos contra uno se declara que no hubo una violación del art. 3 de la Convención.

La imposición de una sentencia a cadena perpetua a un adulto no está prohibida *per se* ni es incompatible con el art. 3 ni con ningún otro artículo de la Convención, en particular cuando tal condena no es obligatoria, sino que ha sido impuesta por un juez independiente después de haber tomado en consideración todos los factores atenuantes y agravantes presentes en cualquier caso.

En el caso *Vinter and Others v. the United Kingdom*, esta Corte sostuvo que la ley nacional relativa a la potestad del Secretario de Estado para liberar a una persona condenada a cadena perpetua era poco clara. Lo cierto es que antes de que entrara en vigor la Ley de Justicia Penal del año 2003, el Secretario hacía una revisión de la necesidad automática de la condena a cadena perpetua cuando ya se habían cumplido 25 años de la pena. Esto fue eliminado en el año 2003 y no se puso en marcha ningún otro mecanismo alternativo de revisión. En esas circunstancias, esta Corte no consideró que las condenas a cadena perpetua aplicadas a los recurrentes en el caso referido fueran compatibles con la Convención.

Hutchinson alega que el suyo no difiere del caso *Vinter and Others*. Sin embargo, el gobierno del Reino Unido señala que el 18 de febrero de 2014 la *Court of Appeals* dictó una sentencia en el caso *R v. Newell; R v. McLoughlin*, en la que sostuvo que las condenas a cadena perpetua estaban abiertas a una revisión en términos de la ley nacional y que, por ello, eran compatibles con el art. 3 de la Convención. En particular, la *Court of Appeals* subrayó que si un condenado a cadena perpetua puede alegar circunstancias excepcionales surgidas después de la imposición de la condena,

el Secretario de Estado debe considerar, de conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la Convención, si ellas justifican su liberación. En consecuencia, la decisión del Secretario de Estado debe atenerse a las circunstancias de cada caso y debe estar sujeta a revisión judicial. Con posterioridad a la sentencia en el caso *R v. Newell; R v. McLoughlin*, la ley nacional británica brindó una esperanza al condenado a cadena perpetua y la posibilidad de liberación en caso de existir circunstancias en que el castigo ya no se justificara.

Esta Corte recuerda que resulta primordial que las autoridades nacionales, en particular los tribunales, resuelvan los problemas de interpretación de la legislación interna. Teniendo en cuenta que el tribunal nacional se ha remitido específicamente a las dudas expresadas por esta Corte y ha enunciado claramente la postura jurídica, esta Corte está convencida de que la potestad del Secretario de Estado para liberar a un condenado a cadena perpetua es suficiente para conformarse al art. 3 de la Convención. Por ello, no ha habido una violación del art. 3 en el presente caso.

**CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**, *Hutchinson v. the United Kingdom*, sentencia del 3-2-2015, en <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-150778>>.



**DERECHO TRIBUTARIO.** IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES. BENEFICIOS FISCALES. FAMILIAS NUMEROSAS. **PRINCIPIO DE EQUIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD.** IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS. **DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA.** PRINCIPIO DE PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LA FAMILIA (ESPAÑA).

**1. Antecedentes del caso:** en el año 2005, un matrimonio con tres hijos menores adquirió, mediante escritura pública, un inmueble en el que iban a residir habitualmente. De acuerdo con la Ley 40/2003 de Protección a las Familias Numerosas, constituían una familia de este tipo que poseía un Libro de Familia expedido por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero carecían del título acreditativo de la condición de “familia numerosa” que emite la Comunidad Autónoma de Madrid, el cual fue expedido tras la adquisición de la vivienda.

Al momento en que se devengó el impuesto sobre las transmisiones patrimoniales y actos jurídicos, como compradores se les aplicó un gravamen del 7%. Por esta razón, la pareja presentó una solicitud de devolución de ingresos indebidos al entender que, en su caso, el tipo de gravamen aplicable debía ser solo del 4% por tratarse de la adquisición de la vivienda habitual de una familia numerosa. Como la solicitud fue desestimada, la pareja presentó un reclamo ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, el cual reconoció el derecho de los solicitantes a la aplicación del gravamen reducido al entender que el título de familia numerosa extendido después de la compra del inmueble venía a acreditar la condición de familia numerosa que ya existía al momento de la adquisición de la vivienda; es decir, que la expedición del título tenía efecto declarativo y no constitutivo.

Contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, la Comunidad de Madrid interpuso un recurso contencioso-administrativo

ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual revocó la resolución del primero, porque entendió que si bien los interesados habían solicitado el título de familia numerosa, lo cierto es que lo habían hecho en un momento posterior al devengo del tributo y, en consecuencia, no podían gozar del derecho al beneficio fiscal.

El matrimonio, entonces, interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional de España, alegando una vulneración del derecho a la igualdad garantizado por el art. 14 de la Constitución española (CE) en relación con el principio de protección a la familia establecido en el art. 39 de la misma.

**2. Sentencia:** se hace lugar al recurso de amparo interpuesto y se declara vulnerado el derecho de los recurrentes a la igualdad ante el deber de contribuir en conexión con el principio de protección económica de la familia. En consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Es posible comprobar que existen al menos dos interpretaciones posibles de la disposición legal aplicada: por un lado, como lo hizo el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, se entiende que aun cuando el título de familia numerosa fue expedido en un momento posterior al devengo, no cabe sino reconocer a los recurrentes la aplicación del tipo de gravamen reducido por la adquisición de la que iba a ser su vivienda habitual; por otro lado, como lo ha hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, considerando que aun cuando al momento de la adquisición de la vivienda se tuviese la condición de familia numerosa conforme a la Ley 40/2003, la falta del correspondiente título acreditativo de tal condición impide reconocer el derecho a la aplicación del tipo de gravamen reducido.

No cabe duda de que las resoluciones judiciales impugnadas han optado, entre esas dos interpretaciones posibles de la norma, por aquella que, por su formalismo, no solo resulta irrazonable, sino que no es conforme con la igualdad de todos –en este caso, las familias numerosas– en el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas públicas, pues a la fecha en que se devengó el tributo, los recurrentes ya tenían la condición de familia numerosa, acreditada con el Libro de Familia, aunque no con el de familia numerosa.

Ahora bien, la expedición del correspondiente título de familia numerosa por la Comunidad Autónoma de Madrid en un momento en el que aún se estaba en condición de solicitar la aplicación del beneficio permitía acreditar que, ya al momento del devengo, concurría la exigencia legal para la aplicación del beneficio controvertido, la de tener la condición de familia numerosa acreditada mediante título oficial (art. 5.1 de la Ley 40/2003), momento a partir del cual surtían efectos los beneficios concedidos a las familias numerosas.

No hay que descuidar que, en el presente caso, el título de familia numerosa, como señala el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, carecía de eficacia constitutiva, por ser meramente declarativo de una condición, la de familia numerosa, que ya se poseía al momento del devengo del tributo. Por lo demás, este ha sido el criterio posteriormente seguido por el legislador autonómico, quien, a través de la Ley 3/2008 de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, precisó que la acreditación de la condición legal de familia numerosa se

realizará mediante la presentación del título de familia numerosa, Libro de Familia u otro documento que pruebe que dicha condición ya concurría en la fecha del devengo.

Con su decisión, el órgano judicial ha provocado como consecuencia inmediata la exclusión de los recurrentes del ámbito de aplicación de un beneficio fiscal previsto para las familias numerosas, introduciendo una diferencia de trato que no solo carece de una justificación objetiva y razonable, sino que, además, provoca una consecuencia que resulta excesivamente gravosa. Una vez que el legislador ha optado por garantizar la protección económica de las familias numerosas mediante la aplicación de un tipo de gravamen reducido por la adquisición de su vivienda habitual, los órganos judiciales no pueden interpretar las disposiciones legales aplicables de un modo incompatible con la Constitución, cuando es posible una interpretación alternativa –como hizo el Tribunal Económico-Administrativo Regional del Madrid– sin violentar la letra de la ley. Al no hacerlo, el órgano judicial ha impedido servir a la finalidad constitucional de asegurar la protección económica de la familia (art. 39.1 CE), en este caso, de la familia numerosa.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**, Sala Primera, recurso de amparo 77/2015, sentencia del 27-4-2015, en <[http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP\\_2015\\_038/2013-03303STC.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_038/2013-03303STC.pdf)>.



**DERECHO TRIBUTARIO.** IMPUESTO A LAS GANANCIAS. CATEGORÍAS DE CONTRIBUYENTES. **SOCIEDADES.** OLIGOPOLIO. **DERECHO A LA IGUALDAD.** CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. GRADACIÓN DE VALORES CONSTITUCIONALES. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.** **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.** **PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.** SENTENCIA. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EFECTO RETROACTIVO. **SEGURIDAD JURÍDICA.** ESTADO DE EMERGENCIA. EMERGENCIA ECONÓMICA (ITALIA).

**1. Antecedentes del caso:** la Comisión Tributaria provincial de Reggio Emilia planteó la inconstitucionalidad del art. 81, incs. 16, 17 y 18 del decreto-ley nº 112/2008 (Disposiciones Urgentes para el Desarrollo Económico, la Simplificación, la Competitividad, la Estabilización de las Finanzas Públicas y la Igualdad Tributaria) –modificado por el art. 1.1 de la ley nº 133/2008– por considerarlo violatorio de los arts. 3, 23, 41, 53, 77 y 117 de la Constitución italiana.

La disposición impugnada prevé –con efecto a partir del período impositivo posterior al 31 de diciembre de 2007– un incremento del 5,5% al impuesto sobre la renta de las sociedades, aplicable a las empresas que operan en ciertos sectores –entre los cuales se encuentra la comercialización de nafta, petróleo, gas y aceites lubricantes– que hayan obtenido ganancias superiores a los 25 millones de euros en el año fiscal anterior.

La cuestión fue planteada por la empresa de distribución y comercialización de productos petrolíferos *Scat Punti Vendita SpA* en el curso de un juicio de

impugnación del rechazo a su solicitud de reembolso del monto impuesto por el organismo impositivo a título de “adicional” del impuesto sobre la renta de las sociedades, en aplicación de las disposiciones en examen.

**2. Sentencia:** es inconstitucional el art. 81, incs. 16, 17 y 18 del decreto-ley n° 112/2008 (Disposiciones Urgentes para el Desarrollo Económico, la Simplificación, la Competitividad, la Estabilización de las Finanzas Públicas y la Igualdad Tributaria), modificado por el art. 1.1 de la ley n° 133/2008 y sus modificatorias, con efecto a partir del día posterior a la publicación de esta sentencia en el Boletín Oficial de Italia.

En orden a los principios establecidos en los arts. 3 y 53 de la Constitución, esta Corte debe comprobar que las diferenciaciones por sectores económicos realizadas por el legislador tributario no resulten irrazonables, arbitrarias o injustificadas.

Teniendo en cuenta los principios establecidos en la jurisprudencia constitucional, los cuales no imponen una uniformidad impositiva pero sí prohíben las diferenciaciones injustificadas, arbitrarias, irrazonables o desproporcionadas, no ha de descartarse que las peculiaridades del sector petrolífero se presten, teóricamente, a legitimar un régimen tributario especial. En efecto, varios indicios económicos señalan que se trata de un ámbito caracterizado por una escasa competencia entre empresas. Además, la impronta oligopólica del sector, que se caracteriza por tener operadores que con frecuencia operan en todas las fases –desde la búsqueda hasta la refinación del petróleo y la distribución de los carburantes–, así como los elevados costos y las dificultades de realización de las infraestructuras hacen particularmente arduo el ingreso de nuevos competidores que quieran operar a gran escala. Todo ello conduce a que este sector del mercado se caracterice por una renta sensiblemente mayor a la de otros, de manera de justificar, sobre todo cuando las exigencias financieras del Estado son excepcionales, un tratamiento fiscal *ad hoc*.

En la disposición impugnada se observa un conflicto lógico interno, ya que por un lado pretende asociar el incremento de la alícuota a una determinada situación y, por el otro, configura una sustracción estructural destinada a operar más allá del horizonte temporal de la coyuntura particular.

El vicio de irrazonabilidad del impuesto en cuestión se evidencia por varias razones, a saber: porque se configura como un aumento de la alícuota que se aplica a la renta total de la empresa en lugar de hacerlo solamente a las superganancias; por la ausencia de una delimitación de su ámbito de aplicación con una perspectiva temporal o por la falta de mecanismos para verificar la perduración de la coyuntura económica que justifica su aplicación; por la imposibilidad de prever mecanismos de comprobación aptos para garantizar que los gravámenes que derivan del incremento del impuesto no se traduzcan en aumentos del precio de consumo.

Por estos motivos, el incremento de la alícuota aplicable a los sectores petrolífero y energético dispuesto en el art. 81, incs. 16, 17 y 18 viola los arts. 3 y 53 de la Constitución en lo que respecta a la razonabilidad y a la proporcionalidad, porque existe una incongruencia de los medios dispuestos por el legislador en relación con el objetivo perseguido, que, en sí mismo, es legítimo.

Es preciso tener en cuenta el impacto que la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas puede tener en otros principios constitucionales. El rol de custodiar la Constitución en su conjunto obliga a esta Corte a evitar que, paradójicamente, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición ocasione efectos aún más incompatibles con la Carta Magna que aquellos que han llevado a impugnar la normativa en cuestión. Para impedir que eso suceda, esta Corte tiene el deber de mitigar sus propias decisiones, incluso desde el punto de vista temporal, de manera que la afirmación de un principio constitucional no cause el sacrificio de otro.

En otra oportunidad, este Corte ha aclarado que la eficacia retroactiva de las sentencias de inconstitucionalidad es –y no puede dejar de ser– un principio general válido en los juicios tramitados ante ella. Sin embargo, ese principio no está exento de límites.

En primer lugar, es indudable que la eficacia de las sentencias prejudiciales no es retroactiva hasta el punto de llegar a trastocar las situaciones jurídicas irrevocables, es decir, las relaciones extinguidas. De lo contrario, resultaría comprometida la certeza de las relaciones jurídicas. En consecuencia, el principio de retroactividad es válido en las relaciones aún pendientes, quedando excluidas aquellas extinguidas que están reguladas por la ley que ha sido declarada inválida.

Como el límite de las relaciones extinguidas se origina en la exigencia de tutelar el principio de seguridad jurídica, ulteriores límites a la retroactividad de las decisiones de inconstitucionalidad pueden derivar de la necesidad de salvaguardar principios o derechos de rango constitucional que de otra forma serían irreparablemente sacrificados. En esos casos, su identificación se origina en un equilibrio entre los valores de rango constitucional y, por lo tanto, solo la Corte Constitucional tiene competencia en ello.

El rol institucional confiado a esta Corte exige que la Constitución sea garantizada como un todo unitario de manera de asegurar una tutela sistemática y no fraccionada de todos los derechos y principios involucrados en la decisión.

Justamente son las exigencias dictadas por el razonable equilibrio entre derechos y principios involucrados las que determinan la elección de la técnica decisoria utilizada por la Corte: así como la decisión de inconstitucionalidad puede estar circunscripta solo a algunos aspectos de la disposición sometida a juicio, de la misma manera la moderación de la intervención de la Corte puede referirse a la dimensión temporal de la normativa impugnada, limitando los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el plano temporal.

Por otra parte, la comparación con otros tribunales constitucionales europeos, como el austríaco, el alemán, el español y el portugués, demuestra que la restricción de los efectos retroactivos de las declaraciones de inconstitucionalidad es una práctica difundida inclusive en los procesos por vía incidental, independientemente de la circunstancia de que la Constitución o el legislador hayan explícitamente otorgado esos poderes al juez. Esa regulación de los efectos temporales debe entonces permitirse también en el sistema italiano de justicia constitucional.

Naturalmente, tomando en consideración el principio general de la retroactividad que resulta de los arts. 136 de la Constitución y 30 de la ley nº

87/1953, las intervenciones de esta Corte que regulan los efectos temporales de una decisión deben ser evaluados a la luz del principio de proporcionalidad. En consecuencia, los mismos deben estar rigurosamente subordinados a la persistencia de dos presupuestos, a saber: la necesidad imperiosa de tutelar uno o más principios constitucionales que, de otra forma, resultarían irremediabilmente comprometidos por una decisión de simple acogimiento y que la acotación de los efectos retroactivos se limite a lo estrictamente necesario para asegurar el equilibrio de los valores en juego.

También es preciso observar que la aplicación retroactiva de la presente declaración de inconstitucionalidad ante todo vulneraría gravemente el equilibrio del balance del Estado, según lo establecido por el art. 81 de la Constitución.

Según lo dispuesto por esta Corte en la sentencia n° 260/1990, ese principio exige una gradación en la actuación de los valores constitucionales que imponga un importante gravamen en el balance estatal. Ello es válido con mayor razón después de la entrada en vigor de la Ley Constitucional n° 1/2012 (Introducción del Principio de Presupuesto Equilibrado en la Carta Constitucional), que ha reafirmado el necesario respeto de los principios de equilibrio del balance del Estado y de sostenibilidad de la deuda pública.

El impacto macroeconómico de las devoluciones de los pagos impositivos vinculados a la declaración de inconstitucionalidad del art. 81, incs. 16, 17 y 18 del decreto legislativo n° 112/2008 produciría, en efecto, un desequilibrio tal en el balance del Estado que implicaría la necesidad de una maniobra financiera adicional, incluso a fin de respetar los parámetros a los que Italia debe acogerse en el ámbito internacional y de la Unión Europea.

Por lo tanto, las consecuencias de la supresión con efecto retroactivo de la normativa impugnada terminarían exigiendo –en un período de gran crisis económica y financiera como el actual, que pesa sobre los sectores más débiles– una irracional redistribución de la riqueza en beneficio de aquellos operadores económicos que pueden haberse beneficiado de una coyuntura favorable. De esa forma, se produciría un irremediable perjuicio a las exigencias de solidaridad social y, por ello, una grave violación de los arts. 2 y 3 de la Constitución.

Asimismo, el beneficio indebido que algunos operadores económicos del sector podrían obtener –a raíz de la aplicación retroactiva de la sentencia de esta Corte en una situación caracterizada por la imposibilidad de excluir de la devolución a quienes han descargado los gravámenes– causaría otra irrazonable disparidad de tratamiento, esta vez entre los diferentes sujetos que operan en el ámbito del sector petrolero, con la consiguiente vulneración de los arts. 3 y 53 de la Constitución.

La cesación de los efectos de la norma declarada inconstitucional desde el día de la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial resulta constitucionalmente necesaria con el fin de ajustar todos los principios y los derechos en juego, de modo de impedir alteraciones a la disponibilidad económica en perjuicio de algunos contribuyentes y a favor de otros, garantizando el respeto de los principios de igualdad y de solidaridad, que, por su carácter fundacional, ocupan una posición privilegiada en el equilibrio de los demás valores constitucionales.

Por todo ello, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad deben, en este caso y por razones de estricta necesidad, tener efecto desde el día siguiente a la publicación de la presente decisión en el Boletín Oficial.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA**, sentencia nº 10 del 11-2-2015, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=10>>.



**DERECHOS POLÍTICOS. DEMOCRACIA.** DEMOCRACIA DIRECTA. REFERÉNDUM. CONSULTA POPULAR NO REFERENDARIA. **FEDERALISMO.** AUTONOMISMO. DIVISIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO CENTRAL Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (ESPAÑA).

**1. Antecedentes del caso:** la Abogacía del Estado presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional de España impugnando la inconstitucionalidad de dos artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, del 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana (Ley Orgánica, art. 149.1.1 CE, en conexión con el art. 23.1 CE).

Asimismo, se impugnó ante el mismo tribunal la validez constitucional del decreto del Presidente de la *Generalitat* de Cataluña 129/2014, del 27 de septiembre (Decreto 129/2014), de convocatoria a la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña.

**2. Sentencia:** por unanimidad, se declara la inconstitucionalidad de los dos artículos impugnados de la Ley y del Decreto.

**2.1.** El referéndum es una de las modalidades de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos que la Constitución española (CE) garantiza; y, como tal, es expresión del derecho fundamental del art. 23.1 CE. La Constitución prevé, además, otras modalidades de participación ciudadana que no derivan del derecho fundamental del art. 23.1 CE y que encarnan lo que se ha denominado democracia participativa. Entre estas últimas, figuran las llamadas consultas no referendarias.

Cabe mencionar los rasgos fundamentales del referéndum. El primero de ellos radica en que a través del referéndum se produce un llamamiento del poder público a la ciudadanía para ejercer el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos. El referéndum es, por tanto, como se ha dicho, expresión del derecho fundamental del art. 23.1 CE. Además, el destinatario de la consulta referendaria es el conjunto de los ciudadanos que tienen reconocido el derecho de sufragio activo en un determinado ámbito territorial o, lo que es lo mismo, el cuerpo electoral, sin que se pueda confundir el cuerpo electoral con el titular de la soberanía o, lo que es lo mismo, con el conjunto del pueblo español. A diferencia del referéndum, las consultas no referendarias recaban la opinión de cualquier colectivo, sea social, económico, cultural o de otra índole. En definitiva, se participa en ellas a título individual y no como ciudadano.

El segundo rasgo distintivo del referéndum es que la opinión del cuerpo electoral se expresa por medio del sufragio emitido en el curso de un proceso electoral.

Esto obedece a la finalidad de que el resultado de la consulta pueda jurídicamente imputarse a la voluntad general de la correspondiente comunidad política y, así, considerarse una genuina manifestación del derecho fundamental de participación política reconocido en el art. 23.1 CE. Por ello, el referéndum debe realizarse con las garantías propias de un proceso electoral.

Este Tribunal recuerda que la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para autorizar la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (art. 149.1.32 CE), competencia que se extiende también a su establecimiento y regulación.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía atribuye a la *Generalitat* de Cataluña la competencia exclusiva en todo lo relativo a encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el art. 149.1.32 de la Constitución. Fuera de la competencia autonómica, quedan las consultas, aunque no sean referendarias, sobre cuestiones fundamentales resueltas en el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos. El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquellos que afectan el fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos ellos está siempre, expresada en la decisión del constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político. Es decir, el parecer de la ciudadanía sobre tales cuestiones ha de encauzarse a través de los procedimientos constitucionales de reforma.

Hechas las anteriores consideraciones, este Tribunal entra a analizar el fondo del recurso y llega a la conclusión de que, de los dos tipos de consultas que regula la ley impugnada (generales y sectoriales), solo cabe declarar la inconstitucionalidad de las generales por tratarse, en realidad, de referendos encubiertos bajo la denominación de consultas populares no referendarias.

En una consulta general pueden participar los mayores de dieciséis años que tengan condición política de catalanes y los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de terceros Estados, siempre que cuenten con un determinado período de residencia y estén inscritos en el Registro de Población de Cataluña.

Las consultas generales, por tanto, constituyen una convocatoria a un cuerpo electoral *sui generis* en el que está sin duda comprendido o integrado el electorado, estatutario y legal, de Cataluña. El Tribunal en Pleno considera que la circunstancia de que la consulta pueda extenderse a menores de dieciocho años y a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de terceros Estados no obsta para que sus resultados sean imputables al parecer de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma y considerarse expresivos de su voluntad general.

En definitiva, el cuerpo electoral al que se refiere la ley de consultas, aunque lo desborda, abarca al conjunto de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma de Cataluña o del ente territorial local, cuyos sufragios no exteriorizan meras voluntades particulares o de colectivos sectoriales, sino su voluntad general como ciudadanos.

Por el contrario, las consultas sectoriales pueden dirigirse por razón de su objeto específico a un determinado colectivo de personas. Es decir, suponen un llamamiento a un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral de la colectividad territorial de que se trate.

También la regulación de las consultas contenida en la ley recurrida pone de manifiesto que se trata de un procedimiento que tiene naturaleza electoral en la medida en que a través suyo se canaliza el ejercicio de derecho al sufragio activo de las personas convocadas mediante la emisión del voto. Del mismo modo, el llamado Registro de participación en consultas populares no referendarias es materialmente un censo.

En definitiva, la ley analizada regula bajo la denominación de consultas generales una verdadera consulta referendaria, articulada como convocatoria al cuerpo electoral a través del voto. Por el contrario, las consultas sectoriales reguladas en la misma ley presuponen un llamamiento a un sujeto jurídico más restringido que el cuerpo electoral, por lo que son cauces de participación cuya regulación por el legislador autonómico catalán resulta posible en consideración a la competencia que le atribuye el art. 122 del Estatuto de Autonomía.

Por todo ello, se declaran inconstitucionales y nulas las dos primeras frases del artículo 3.3 (“Las consultas populares no referendarias pueden ser de carácter general o sectorial. Las consultas generales son las abiertas a las personas legitimadas para participar en los términos establecidos en el artículo 5”) y los apartados 4 a 9 del art. 16 de la Ley del Parlamento de Cataluña de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

**2.2.** La declaración de inconstitucionalidad de los citados preceptos determina el fallo de la segunda sentencia, que resuelve el recurso de la Abogacía del Estado contra el decreto de convocatoria del 9-N. También se declara inconstitucional y nulo el decreto firmado por el Presidente de la *Generalitat*, dictado al amparo de la ley impugnada, pues está convocando una consulta referendaria y, por lo tanto, incurre en las mismas infracciones a la Constitución en las que incurrió esta norma.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**, caso n° 5829-2014, sentencia del 25-2-15, en <[http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP\\_2015\\_015/2014-05829STC.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_015/2014-05829STC.pdf)>.



**DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. DATOS SENSIBLES. HABEAS DATA. ACCESO A LA INFORMACIÓN. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. HOMOSEXUALES. ACCESO A LA JUSTICIA. AMPARO. PROCEDENCIA. SUBSIDIARIEDAD (COLOMBIA).**

**1. Antecedentes del caso:** Sandra Marcela Rojas Robayo, por derecho propio y en su calidad de cónyuge de Adriana Elizabeth Sanabria, promovió una acción de

tutela contra la Procuraduría General de la Nación por considerar que esta entidad había violado sus derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales, al haberse valido de sus facultades constitucionales y legales para solicitar de forma arbitraria información acerca de ellas. La accionante explicó que, en virtud de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, y teniendo en cuenta que al 20 de junio de 2013 el Congreso no había sancionado la legislación para que las parejas del mismo sexo pudieran solemnizar su unión, ella y su pareja presentaron una *solicitud* de matrimonio. La ceremonia se celebró el 4 de octubre de 2013. Posteriormente, la Procuradora Delegada para asuntos civiles solicitó a los procuradores regionales judiciales y provinciales que le remitan semanalmente el número de solicitudes de matrimonio presentadas, el número de solicitudes de uniones contractuales solicitadas y copia de cada una de las solicitudes de matrimonio o unión solemne. En el mismo sentido, la Procuradora Delegada para la Infancia, la Adolescencia y la Familia requirió información sobre el mismo asunto. La accionante consideró que esta solicitud hecha por la Procuradora Delegada de remitir la copia de la solicitudes de matrimonio presentadas por parejas del mismo sexo constituye una intromisión arbitraria en la intimidad de las parejas que no tiene ningún tipo de sustento en las funciones de vigilancia y control que ejerce esa entidad, y que dicha información está clasificada como “dato sensible”, a la que no se puede acceder sin previa autorización del titular de los mismos.

En cuanto a la vía elegida, señaló que la acción de tutela es el medio idóneo para solicitar la protección del derecho de *habeas data*, por no existir otra vía jurídica que de manera efectiva ponga fin a la vulneración y al riesgo que existe en el tratamiento que hace la Procuraduría de sus datos personales, los cuales deben tener un tratamiento especial por parte de quienes los manipulen, particularmente porque se trata de datos sensibles, como la orientación sexual. En tal sentido, el tratamiento de esta información: *i*) debe obedecer a una utilidad amparada jurídicamente; *ii*) debe contar con la autorización del titular y, de tener otras finalidades, *iii*) debe proteger la identidad.

A fin de proteger los derechos invocados y evitar las violaciones actuales y futuras, la accionante solicitó que se ordene a la Procuraduría retirar de sus bases de datos su información personal y todos los documentos relacionados con su trámite de matrimonio civil; que se le advierta que no podrá volver a recaudar dicha información sin su consentimiento expreso; que de manera provisional y para impedir que continúe la vulneración de los derechos mencionados, hasta tanto se decida esta acción, se suspenda la ejecución de la circular por la que se ordena recabar datos; que se deje sin efectos la circular emitida por la delegada para asuntos constitucionales; y que se exhorte a la Procuraduría para que en lo futuro se abstenga de solicitar información que pueda poner en riesgo los derechos de las personas con orientación sexual diversa.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó por improcedente la acción de tutela al considerar que existía otro medio de defensa judicial y que el aquí cuestionado constituye un acto de la Administración no susceptible de cuestionamiento mediante la acción de tutela. Por eso, consideró que no debía entrar a resolver el problema jurídico planteado por la accionante. Reconoció que, en

muchos casos, las circulares no son objeto de control jurisdiccional, pero de acuerdo con la jurisprudencia contencioso-administrativa reiterada recientemente, en el presente caso sí debería proceder el control de nulidad. Adicionalmente, dijo que las circulares cuestionadas por la accionante son actos que no se pueden atacar por vía de tutela dadas sus características, y, finalmente, tampoco consideró admisible la acción de tutela como recurso transitorio, en tanto no existe un perjuicio irremediable.

Entonces la accionante recurrió ante la Corte Constitucional, por entender vulnerados sus derechos fundamentales a la intimidad, al *habeas data*, a la no discriminación y al acceso a la justicia.

**2. Sentencia:** se tutelan los derechos a la intimidad, al *habeas data*, a la no discriminación y al acceso a la justicia de Sandra Marcela Rojas Robayo. Se advierte a la Procuraduría General de la Nación que debe tomar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la confidencialidad y la seguridad de los nombres de la accionante y de su pareja y definir las condiciones de tratamiento de la base de datos en la que han sido incluidas aquellas. Asimismo, se hace un llamado a ese organismo para que se abstenga de imponer por vía general una lectura determinada de la manera en que notarios y jueces deben cumplir con lo ordenado en el resolutivo 5° de la sentencia C-577 de 2011, a fin de evitar que se coarte el margen de autonomía que la Constitución y la ley atribuyen a estos funcionarios para interpretar y aplicar el derecho.

**2.1.** Esta Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política (CP), en concordancia con los arts. 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Por otra parte, procede la acción de tutela, lo que se funda de modo especial atento a que la decisión del juez de instancia fue rechazar la acción, justamente, por considerarla improcedente, conclusión que no es compartida por esta Corte.

Esta Corte Constitucional es incompetente para establecer qué circulares pueden o no ser objeto de una acción de nulidad. Sin embargo, el juez de tutela está obligado a analizar el asunto cuando sea preciso establecer si el otro medio de defensa judicial es igualmente idóneo. Cuando la Constitución establece que la acción de tutela es un medio de defensa subsidiario, se ha de entender que ese camino judicial alternativo sea realmente idóneo y adecuado para defender “el goce efectivo del derecho”. La Constitución Política demanda a las autoridades que esa protección se haga efectiva para todas las personas; en ese sentido, el juez de tutela debe establecer si ese medio judicial alternativo puede conducir efectivamente a que se proteja el goce efectivo del derecho. En el presente caso, el eventual recurso alternativo, la acción de nulidad, ni siquiera formalmente se revela como el medio idóneo para garantizar la protección efectiva y material de los derechos fundamentales invocados.

Para que una acción de tutela no sea procedente, el recurso judicial con que cuente la persona, distinto a la tutela, deberá ser claramente el medio jurídico para reclamar la protección a su derecho fundamental. No puede tratarse, como ocurre en el presente caso, de una situación en la cual existen buenas razones para

considerar que el recurso judicial en cuestión no sería considerado procedente por el juez natural competente para tramitarlo. El medio judicial que impida a una persona interponer acción de tutela debe ser un camino, se insiste, que efectivamente conduzca al respeto, la protección y la garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales en juego.

**2.2.** Por otra parte, las conclusiones a las que llega la sentencia de tutela de instancia suponen variar la petición de la accionante dentro del presente proceso.

En efecto, la acción de tutela de referencia se ocupa de garantizar los derechos fundamentales de una mujer y de su pareja. Concretamente, ellas consideran que las actuaciones de la Procuraduría en su caso concreto han violado sus derechos a la privacidad, a la protección de los datos personales y a la no discriminación al haberse valido de sus facultades constitucionales y legales para solicitar de “*forma arbitraria*” información sensible acerca de ellas. Esto se evidencia en las peticiones presentadas por la acción de tutela. No se pide declarar la nulidad de las circulares en cuestión, sino obligar a la entidad a “retirar” toda la información acerca de ellas y del trámite realizado en aplicación de lo dispuesto en el resolutivo 5° de la sentencia C-577 de 2011, y prevenirla de no poder volver a reclamar tales datos. La petición adicional –dejar sin efectos las circulares– se trata de decisiones accesorias que buscan evitar que la violación se repita. Es decir, la accionante considera que si las circulares siguen existiendo y teniendo efectos, persistirá la posibilidad de que la instrucción adelantada por los funcionarios de la entidad, en cumplimiento de órdenes internas, vuelva a afectar sus derechos fundamentales que, alegan, han sido violados.

Mediante la presente acción de tutela no se pretende cuestionar la legalidad de una circular interna de la Procuraduría General de la Nación por considerar que el ente disciplinario carezca de las facultades para expedir tal tipo de órdenes internas, sino que, dadas las condiciones específicas del debate en torno a la formalización del vínculo contractual que liga a dos personas del mismo sexo, y a la protección especial constitucional a la que tienen derecho, por cuanto pertenecen a una minoría tradicional e históricamente discriminada, la recolección y manejo de datos viola su intimidad y sus derechos, así como los pone en riesgo ulteriores y mayores violaciones.

Corresponde destacar que el decreto 2591 establece en su art. 6° que la tutela no procede cuando existen otros recursos de defensa judicial, pero, a la vez, establece el deber de todo juez encargado de tramitar una acción de esta clase de ponderar las circunstancias del caso en el sentido de que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto”, fijando un criterio determinante que ha de ser valorado: “su eficacia, atendiendo [a] las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. La accionante en el presente caso, al igual que su pareja, son personas pertenecientes a un grupo tradicionalmente discriminado en razón de su orientación sexual; su petición no apunta a cuestionar la legalidad del acto mismo en general, sino de su aplicación sin respeto a los derechos a la autonomía, a la intimidad y al *habeas data*, y surge a propósito del reclamo ante un juez de la República de un derecho fundamental, reconocido de acuerdo con la Constitución vigente por la Corte Constitucional, ante un déficit de protección, parcial, de un tipo de familia en el orden jurídico vigente.

Es en tal medida que esta Corte considera procedente la acción de tutela y, precisamente, la jurisprudencia contencioso-administrativa muestra que la acción de tutela es el medio de defensa idóneo para proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Por lo dicho, esta Corte considera que la presente acción de tutela es procedente para proteger los derechos invocados por la accionante.

**2.3.** La Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la información ni a la intimidad de una persona cuando accede a datos personales sensibles derivados de datos personales no sensibles conocidos por ser parte en un proceso judicial, en ejercicio de sus funciones constitucionales vigentes. Ello, de acuerdo al desarrollo que a continuación se expone.

*El acceso legítimo y legal a los datos personales y sensibles de la accionante y su pareja*

La accionante considera que la Procuraduría General de la Nación ha vulnerado los derechos fundamentales de ella y de su pareja al haber recolectado datos personales relacionados con su solicitud de matrimonio que comprometen su intimidad y la de su familia. A este primer reclamo la Procuraduría ha respondido indicando que ha recolectado datos a los que tiene acceso en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en tanto se ha hecho parte en los procesos en los que se han tramitado solicitudes de aplicación de lo dispuesto por la Corte en el resolutive 5° de la sentencia C-577 de 2011.

Esta Corte entiende que la Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la privacidad, a la protección de los datos personales y a la no discriminación de una pareja de personas del mismo sexo al haber utilizado sus facultades constitucionales para acceder a datos personales sensibles que hacen parte de las solicitudes presentadas ante jueces y notarios por parejas del mismo sexo que reclaman el cumplimiento de lo ordenado en el resolutive 5° de la sentencia C-577 de 2011, en virtud de sus competencias constitucionales y legales.

*La protección constitucional de los datos personales bajo el orden constitucional vigente*

La Constitución Política considera que toda persona tiene derecho a su intimidad, tanto personal como familiar, así como a su buen nombre, advirtiendo expresamente que el Estado debe respetar y hacer respetar esos derechos (art. 15 CP). Estrechamente vinculado a este derecho, la norma constitucional reconoce a continuación el derecho de *habeas data*, esto es, el derecho de toda persona a conocer, actualizar y rectificar la información que se refiera a su persona que se encuentre en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

La Constitución reconoce también la interdependencia y la indivisibilidad del derecho a la intimidad con relación al resto de los derechos. Expresamente, advierte que en (i) la recolección, (ii) el tratamiento y (iii) la circulación de datos “se deberán

respetar la libertad y las demás garantías consagradas en la Constitución Política” (art. 15 CP). Esto es, la protección al *habeas data* no es un derecho cuya protección importe de forma autónoma y aislada, como ocurre con todo derecho fundamental. Esto es cierto, especialmente, en tiempos en los que el mundo entra en sociedades de la información, en las cuales el derecho a la intimidad y el derecho al *habeas data* adquieren una importancia estructural cada vez más notoria. El acceso a un servicio de salud, el acceso a la educación o a un crédito, así como el no ser detenido por la policía como presunto sospechoso de ser el supuesto autor de un delito son situaciones que cada día más dependen de figurar o no en una determinada base de datos, o de que esta esté debidamente actualizada. El derecho a la intimidad, por su parte, queda ampliamente expuesto y amenazado si no se cumple con los principios de seguridad y confidencialidad.

En el caso bajo estudio, la accionante y su pareja consideran que sus derechos fundamentales a la intimidad familiar y a no ser discriminados en razón de su orientación sexual están siendo violados y amenazados por haber sido incorporada información personal sobre ellas en una base de datos sin su autorización y cuya finalidad es imponer barreras a la posibilidad de ejercer sus derechos a fundar una familia, en condiciones de igualdad. Concretamente, la accionante y su pareja consideran que se ha accedido a un “dato sensible”.

#### *Protección de datos sensibles*

Según el art. 6° de la Ley 1581 de 2012 de tratamiento de datos sensibles, se reconocen cinco excepciones a la protección de información sensible, y la accionante entiende que este caso no queda comprendido en ninguna de esas excepciones; que no se demostró la búsqueda de una finalidad justificada constitucionalmente al solicitar la información en cuestión, y que, suponiendo que tenga fines históricos o estadísticos, tampoco se pidió la reserva de identidad de las personas.

#### *El dato obtenido*

Esta Corte debe establecer, en primer término, cuál es el tipo de información que está recolectando el Ministerio Público, para así poder establecer, a continuación, si se desconoció o no el derecho en cuestión a la luz de los parámetros y criterios presentados.

El dato sensible obtenido por el Ministerio Público es la orientación sexual de la accionante y de su pareja. En otros términos, se sabe que la persona tiene una orientación sexual diversa y se tiene indicios de cuál puede ser.

Esta Corte advierte que el dato sensible al que accedió la Procuraduría General de la Nación no es información que haya buscado o pretendido recolectar, sino que es un dato sensible que surge como consecuencia de haber recolectado datos personales no sensibles, tales como el nombre o el número de un juzgado ante el cual se ha presentado una solicitud formal de matrimonio. Por tanto, es claro que la Procuraduría General de la Nación, a través de sus múltiples dependencias, se orienta a la búsqueda de datos personales no sensibles (nombre de las parejas que

han solicitado la aplicación de lo ordenado en el numeral 5° de la sentencia C-577 de 2011 y dependencias donde se tramitan dichas solicitudes), de los cuales es posible inferir datos personales que sí tienen carácter sensible, cual es la orientación sexual de las personas incluidas en la lista. Sobre esta base, se concluye que: 1) La Procuraduría General de la Nación no ha buscado ni indagado directamente acerca de la orientación sexual de las personas que han solicitado casarse con alguien de su mismo sexo, así como tampoco ha dado tratamiento a esta información como un dato relevante, y 2) que la información recolectada por la Procuraduría General de la Nación sí permite inferir que las personas que forman parte de aquella base de datos tienen una orientación sexual diversa, lo cual es un dato acerca “*de la vida sexual*” y, en tal medida, un dato sensible en los términos de la ley estatutaria (Ley 1581, art. 5°).

### *Legitimidad del acceso a la información*

Esta Corte entiende que la Procuraduría accedió al dato sensible acerca de la orientación sexual de la accionante y de su pareja en ejercicio de facultades constitucionales y legales. La Procuraduría ha sostenido una y otra vez que la finalidad de sus acciones es hacer cumplir cabalmente la sentencia C-577 de 2011, lo cual involucra el ejercicio de la primera de sus funciones constitucionales: “vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos” (art. 277, num. 1, CP). Adicionalmente, la Procuraduría señala que su intervención en procesos judiciales como medio para cumplir la anterior función también está autorizada expresamente por la Carta Política (art. 277, num. 7, CP). Asimismo, el Ministerio Público ha sostenido que sus actuaciones buscan defender los derechos fundamentales involucrados en los trámites de las solicitudes formuladas por parejas del mismo sexo que reclaman la aplicación de lo ordenado en el resolutivo 5° de la sentencia C-577 de 2011, en un doble sentido: por una parte, ayudar a que, en efecto, se supere el déficit de protección declarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, mediante las decisiones judiciales y notariales, y, por otra, que al hacer esto no se violen los derechos de aquellos funcionarios, en especial, su derecho a la libertad de conciencia (art. 18, CP) y a la eventual posibilidad de interponer objeciones de conciencia. Esto implica que existe una tercera razón que expresamente autoriza a la Procuraduría a dar tratamiento a la información sensible de la accionante y de su pareja: “*proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo*”. A las razones constitucionales indicadas, se suma la ley estatutaria, que define algunos de los alcances del derecho fundamental, al sostener expresamente que no se requerirá autorización previa para el tratamiento de un dato determinado cuando el mismo sea “*necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial*” (Ley 1581, art. 6°, num. d).

Además, cabe concluir que el dato sensible de la accionante y de su pareja que es objeto de tratamiento por la Procuraduría General de la Nación (la orientación sexual diversa que se puede derivar de la presentación de la solicitud de solemnizar un vínculo formal con una persona del mismo sexo ante juez o notario), en su calidad de “encargado” y a la vez “responsable”, tiene un fundamento legal. Se trata de aquellas

excepciones en las cuales (i) puede hacerse el tratamiento del dato sensible y (ii) puede hacerse sin previa autorización, (iii) siempre y cuando se haga de forma restrictiva y respetando los principios y las reglas establecidos en la Constitución, la ley estatutaria y el resto del ordenamiento.

Por lo dicho, se concluye que la Procuraduría General está ejerciendo sus facultades constitucionales y legales para cumplir con sus deberes de defensa del ordenamiento jurídico, en especial de los derechos fundamentales, al intervenir en los trámites de las solicitudes presentadas con ocasión de la aplicación de la sentencia C-577 de 2011. En tal medida, no violó el orden constitucional vigente al haber recolectado la información en cuestión.

**2.4.** A continuación, esta Corte analiza cuál ha sido el tratamiento que se les ha dado a los datos sensibles recolectados, para determinar si allí, como lo alega la acción de tutela, existe un desconocimiento de las garantías constitucionales de la accionante y su pareja.

En este sentido, concluye que la Procuraduría puede afectar los derechos de las personas si recauda y tramita sus datos dentro de un esquema orientado a hacer prevalecer una determinada lectura del ordenamiento jurídico.

#### *El uso de la información obtenida*

La accionante advierte que los datos sensibles a los que ha tenido acceso la Procuraduría General de la Nación están siendo utilizados para alimentar una base de datos como parte de una estrategia mediante la cual se busca presionar a los notarios y a los jueces para que nieguen, precisamente, las solicitudes que personas como la accionante y su pareja presentaron. La Procuraduría General de la Nación considera que la finalidad de la información buscada es hacer cumplir adecuadamente una sentencia de la Corte Constitucional (la sentencia C-577 de 2011).

La Procuraduría General de la Nación no desconoce los derechos a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo) al incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer cumplir una sentencia de constitucionalidad, pero sí puede poner en riesgo sus derechos si el recaudo y trámite de los datos se inscribe dentro del propósito de acudir a directrices de carácter general para hacer valer una determinada lectura del ordenamiento jurídico y, de manera específica, de la sentencia C-577 de 2011, que pueda llegar a respaldarse con el ejercicio del poder disciplinario. A continuación, se exponen las consideraciones que llevan a tal conclusión.

Como se concluyó, la Procuraduría General de la Nación puede legítimamente intervenir en los procesos judiciales que de acuerdo con el ejercicio de sus funciones y de sus facultades le corresponda. No obstante, debe hacerlo dentro de los parámetros, reglas y principios que enmarcan el orden constitucional vigente. En el presente caso, la Procuraduría General de la Nación considera que es preciso intervenir en cumplimiento de la sentencia C-577 de 2011, por cuanto la misma ha dado lugar a una amplia polémica respecto a sus alcances y límites. Como la Procuraduría General

lo ha sostenido públicamente, la razón por la cual se requería expedir la Circular n° 013 de 2013 era que la sentencia C-577 de 2011, a pesar de sus problemas y de sus contradicciones, no había sido anulada, como el propio Ministerio Público lo había solicitado, y tendría por tanto que ser aplicada por jueces y notarios.

*Evaluación de la aplicación de los principios de tratamiento de la información*

Esta Corte considera que la Procuraduría General de la Nación ha respetado los principios que inspiran el manejo de la información (Ley 1581 de 2012, art. 4°). El problema que se presenta se refiere en concreto a la finalidad que se busca. De modo que si bien en un primer momento este principio parece estar siendo observado, luego se advierte que es parcialmente desconocido.

Ello así, pues se ha respetado el principio de legalidad, al acceder a información que es de carácter público y a la cual puede acceder la Procuraduría General en virtud del ejercicio de sus competencias legales. Por otra parte, de acuerdo con el propósito que busca la Procuraduría General de la Nación, se estaría cumpliendo también el principio de finalidad del tratamiento de los datos, según el cual la finalidad que se busca debe ser “legítima de acuerdo con la Constitución y la ley”. La Procuraduría busca defender el cumplimiento de una decisión judicial, que supone la protección de derechos fundamentales, y lo hace mediante sus facultades de intervención en los procesos judiciales. Así, la finalidad presentada por la Procuraduría es legítima a la luz de la Constitución Política, sin perjuicio de las precisiones que se efectuarán más adelante en relación con los límites que, en virtud del principio de finalidad, se imponen al uso de la información recolectada. También ha respetado el principio de libertad de los datos, aun cuando no haya obtenido el consentimiento previo, expreso e informado de la accionante y de su pareja, por cuanto se trata de una de las excepciones contempladas por la ley. Además, debe indicarse que dentro de los casos en los que no se considera necesaria la autorización se encuentra la “información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales”, los “datos de naturaleza pública” y los “datos relacionados con el Registro Civil de las Personas”. En tal medida, que la Procuraduría General de la Nación recolecte los nombres de las parejas que han presentado ante notarios solicitudes con fundamento en lo dispuesto por la Corte Constitucional en el resolutivo 5° de la sentencia C-577 de 2011 no es, en principio, un acto contrario a la Constitución Política. Finalmente, los datos tratados por la Procuraduría General de la Nación parecen *prima facie* haber respetado el principio de veracidad. Sobre esta cuestión, tampoco hay reclamo alguno. De hecho, el problema que expone la demandante es que se están recopilando datos sensibles ciertos tanto de ella como de su pareja, y de otras personas que han solicitado la aplicación de lo resuelto en el numeral 5° de la sentencia C-577 de 2011.

Esta Corte valora positivamente que la Procuraduría General de la Nación haya respetado plenamente el principio de transparencia de tratamiento de datos; nunca ha ocultado que está recolectando la información en cuestión ni los motivos por los cuales lo hace. Al considerar que actúa con base en sus competencias, así lo establece expresamente y por escrito en una circular que publicita mediante

una rueda de prensa ante medios masivos de comunicación. En otras palabras, la Procuraduría recolecta la información en cuestión de manera unilateral, con base en sus facultades y funciones, pero da a conocer a la opinión pública en general que lo está haciendo. De esta manera, si bien la accionante y su pareja no consintieron previamente que sus datos fueran recogidos, sí pudieron enterarse de que ello estaba ocurriendo. Adicionalmente, la Procuraduría ha demostrado transparencia al dar a conocer el tipo de información que ha recolectado y la manera en que lo ha hecho.

El acceso a la información parece haber respetado también el principio de acceso y circulación restringida; la base de datos en cuestión no se ha subido a Internet ni se ha divulgado de forma abierta e indiscriminada. El reclamo de tutela no considera que la Procuraduría esté divulgando la información en cuestión y, de los hechos narrados por las partes, tampoco puede considerarse lo contrario. La entidad ha recolectado la información para permitir que centralmente se maneje la política trazada por la entidad de control. La única ocasión de la cual tiene noticia esta Sala en la que se haya dado tal información a otra persona es a la organización Colombia Diversa, entidad que lo hacía en representación y en defensa de los derechos de la accionante, de su pareja y, en general, de las personas de orientación sexual diversa. En otras palabras, no solo se ha informado pública y ampliamente que los datos estaban siendo recolectados; también se ha indicado cuál era el tratamiento dado. De hecho, el haber dado la información a la organización Colombia Diversa está amparado por la propia ley estatutaria, como se indicó previamente.

Tampoco existen hechos o evidencia de que la Procuraduría haya desconocido el principio de seguridad; no obstante, tampoco existe evidencia de que esté tomando medidas especiales y suficientes dado el tipo de información de la cual se trata. Esta Corte considera necesario advertir que, dada la importancia del tema y los riesgos que existen de discriminación y agresión contra personas de la comunidad LGTBI, es necesario que la Procuraduría dé el mejor tratamiento posible a la información recolectada en términos de seguridad. Algunos datos recientes parecen demostrar que, a medida que se avanza en la garantía del goce pleno y efectivo de los derechos fundamentales a las personas de orientación sexual diversa, la violencia y agresión social en contra de estas personas crece. Puede alegarse que la información sobre el estado civil de las personas es pública y que, por tanto, puede ser agrupada y tratada sin mayores restricciones o precauciones en materia de seguridad; sin embargo, existen razones para descartar esta posición. En primer lugar, la base de datos en conjunto es distinta a cada uno de los datos que la conforman. Es decir, si bien los datos del registro civil de una persona son de carácter público y pueden ser empleados por autoridades y consultados por el público en general, el tratamiento de las bases de datos sobre registros civiles no tiene la misma condición, en especial si se trata de una base de datos que, por la manera en que la información ha sido recogida, brinda más información de la que en principio debería dar —en este caso, acerca de la orientación sexual de las personas—, que en casos como el presente va estrechamente asociada al tratamiento de otro dato —el estado civil—, que tiene carácter público. En tal medida, la Procuraduría debe tomar las medidas adecuadas y necesarias para que la información de la accionante y de su pareja, así como del resto de personas incluidas en la base de datos acerca de solicitudes presentadas por parejas de personas

del mismo sexo con fundamento en lo dispuesto en el resolutivo 5° de la sentencia C-577 de 2011 se guarde en las condiciones de seguridad que correspondan; deberán tomarse medidas que reduzcan la amenaza de que la información sea infiltrada o mal utilizada (por ejemplo, podrán tomarse medidas como suprimir los nombres propios de las personas o los números de los juzgados correspondientes), de tal manera que la Procuraduría pueda cumplir su cometido, según las políticas que la propia entidad ha adoptado, sin que se exponga la identidad de las personas y sin que se permita individualizarlas, lo que permitirá conciliar los intereses en conflicto.

La Procuraduría General de la Nación tampoco ha sido acusada de violar el principio de confidencialidad para el tratamiento de datos personales; la información recogida por aquella no está en una base de datos expuesta al público, y no hay razones para pensar que ello dejará de ser así cuando la información ya no se requiera.

En atención a lo expuesto, es posible concluir que la Procuraduría ha atendido, en términos generales, a los principios de tratamiento de los datos personales. No obstante, el principio de finalidad, determinante para el reclamo de la acción de tutela, merece un mayor análisis.

#### *La afectación al principio de finalidad del tratamiento de los datos personales*

Es preciso examinar si el propósito que busca la Procuraduría General de la Nación, al confeccionar la base de datos objeto de controversia, cumple con el principio de finalidad, según el cual el fin pretendido con la recolección y tratamiento de datos personales debe ser legítimo de acuerdo con la Constitución y con la ley. Como se dijo, a primera vista lo estaría cumpliendo, por cuanto se busca defender el cumplimiento de una decisión judicial que supone la protección de derechos fundamentales, y la Procuraduría General lo hace mediante sus facultades de intervención en los procesos judiciales (sentencia C-577 de 2011). El objetivo que se busca es defender la interpretación concreta y específica de la mencionada sentencia, posición jurídica según la cual las parejas de personas del mismo sexo no pueden formalizar y solemnizar su vínculo contractual a través de la aplicación analógica del art. 113 del Código Civil. Ahora bien, para evaluar de qué manera el uso de la información recolectada, orientado al propósito ya mencionado, resulta o no compatible con el principio de finalidad, es preciso referirse a lo decidido por la Corte en la sentencia C-577 de 2011, cuya interpretación está en el origen de la presente controversia.

En dicha sentencia, esta Corte concluyó que las parejas conformadas por personas del mismo sexo constituyen familia y, como tal, merecen la protección constitucional que se dispensa a esta institución en el art. 42 de la Carta Política. También estableció que en la actualidad existe un déficit de protección para las parejas conformadas por personas del mismo sexo en lo que respecta a la posibilidad de “acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho”. Asimismo, determinó que correspondía al legislador, en el marco de la libertad de configuración que la Constitución le reconoce, expedir la regulación que permitiera suplir este déficit de protección. Sobre esta base, en el

numeral 4º de la parte resolutive exhortó al Congreso de la República “para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”. A continuación, en el numeral 5º de la resolutive, determinó que “(s)i el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

Estas decisiones obtuvieron unanimidad de la Corte, pero no ocurrió lo mismo en relación con las formas en que puede darse cumplimiento a lo ordenado y, en particular, en lo atinente al resolutive 5º de esa sentencia, asunto sobre el que versa la presente controversia. La divergencia de posiciones planteadas por los magistrados de esta Corte, expresadas en sus aclaraciones y disidencias parciales, evidencia que sobre este asunto aún no se ha logrado un consenso definitivo, tanto en el seno de la Corte como en el conjunto de la sociedad.

De ahí la pluralidad de lecturas e interpretaciones a que ha dado lugar esta sentencia por parte de jueces y notarios, de otros funcionarios que están llamados a asegurar su cumplimiento, de las parejas que reclaman protección a su amparo, y de las demás personas y organizaciones sociales que también participan en esta deliberación. La manera de dar cumplimiento a lo ordenado en tal resolutive se irá decantando como resultado de este debate público y, en particular, de las formas que jueces y notarios encuentren –en ejercicio de su autonomía– para dar cumplimiento a lo ordenado, de la regulación que el Congreso expida para superar este déficit de protección, y de los pronunciamientos que este Tribunal tenga oportunidad de efectuar a propósito de las controversias que suscite el cumplimiento de esta orden. No obstante, reconocer que se trata de una cuestión aún debatida y sobre la que no se han establecido respuestas definitivas no puede llevar a desconocer tres premisas básicas que han de enmarcar este debate: 1) los jueces y notarios no pueden rehusar el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte, bajo el pretexto de “silencio u oscuridad” del derecho que están llamado a aplicar, por cuanto ello les supondría incurrir en denegación de justicia; su negativa a dar trámite a estas solicitudes amenazaría el goce efectivo del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia para las parejas de personas del mismo sexo que piden solemnizar su unión con fundamento en aquel decisorio; 2) no puede perderse de vista que este debate versa sobre la manera en que ha de otorgarse la protección de personas que, en razón de su orientación sexual, pertenecen a un grupo históricamente discriminado; de modo que se trata de pensar en cómo la sociedad ha de cumplir con la obligación constitucional de colmar el déficit de protección que las aqueja. Ha de recordarse que el sentido del constitucionalismo consiste en el establecimiento de límites jurídicos al poder, en procura de garantizar los derechos fundamentales de todas y cada una de las personas que integran la sociedad. En democracia, el poder está depositado en quienes representan a las mayorías; por tanto, cuando las mayorías, a través de sus decisiones u omisiones, no dan cumplimiento a sus obligaciones constitucionales, el debate no puede simplemente concluir señalando que las cosas son así porque las mayorías quieren que así sea. Es ahí donde está llamado a intervenir el juez constitucional, como

árbitro en esta deliberación, para recordar que en una democracia constitucional las decisiones de las mayorías no pueden implicar desproteger a las minorías; y 3) que en el debate público instalado sobre la manera de dar cumplimiento a la mencionada obligación, no es válido que una persona o institución que no ostenta la facultad para interpretar con autoridad la Constitución ni las decisiones de la Corte Constitucional pretenda imponer su particular lectura de esta sentencia por vía de advertencias generales que puedan estar respaldadas en el uso del poder disciplinario. Tan solo este Tribunal, en razón de la misión constitucional que le ha sido encomendada, puede intervenir como árbitro en esta discusión y, en un contexto deliberativo, justificar las decisiones que con autoridad se adopten sobre esta cuestión.

De lo expuesto se infiere que la sentencia C-577 de 2011 ha dado lugar a múltiples lecturas acerca de la manera en que jueces y notarios han de dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5º de la resolutive, en el sentido de posibilitar a las parejas del mismo sexo el formalizar y solemnizar su vínculo contractual. En consecuencia, hasta tanto el legislador no atienda al exhorto efectuado en aquella sentencia, ha de entenderse que estos funcionarios deben dar cumplimiento a esta orden, en el marco de sus competencias, con arreglo a las posibilidades que la Constitución y la ley les brindan para ejercer su oficio. Entretanto, la Procuraduría sostiene que la dicha sentencia tiene un claro y único sentido, que no da lugar a interpretaciones ni cuestionamientos; conforme a esta lectura, la formalización y solemnización de uniones de personas del mismo sexo ha de llevarse a cabo “a través de un contrato innominado (pues hasta ahora el mismo no existe en el ordenamiento jurídico)” y, en todo caso, con arreglo “a las normas de orden público y al ordenamiento jurídico vigente”. Esta directriz viene acompañada de algunos límites que la Procuraduría fija al alcance de lo ordenado en la sentencia, conforme a los cuales estaría vedado a los jueces y notarios “denominar o imponer el contrato que a las parejas del mismo sexo en ese resuelve se les permite solemnizar o formalizar; y, mucho menos, [...] reformar o sustituir el art. 113 del Código Civil actualmente vigente”; de igual manera, de acuerdo con los límites fijados por el Ministerio Público, la mencionada sentencia “tampoco autoriza a ninguna autoridad administrativa o judicial para pretender suplir el déficit de protección para el que en esa decisión judicial se exhortó al Congreso de la República a legislar y, mucho menos, para reglamentar, limitar o restringir derechos fundamentales”. Tales directrices han sido entendidas, entre otras, por la accionante y por la organización que coadyuva su solicitud de amparo como una advertencia dirigida a jueces y notarios en el sentido de abstenerse de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.

En ese orden de ideas, la finalidad buscada con el establecimiento de una base de datos que posibilite identificar e intervenir en los procesos de solicitudes de formalización del vínculo contractual por parte de las parejas de personas del mismo sexo es asegurar que los jueces y notarios apliquen la sentencia conforme a la lectura que de la misma ha efectuado la Procuraduría.

La finalidad de hacer valer y verificar el cumplimiento de una decisión judicial es, sin duda, una finalidad legítima para el tratamiento de datos personales, pero este propósito no puede servir para acudir a directrices de carácter general que, más allá del ámbito interno, pretendan proyectarse sobre jueces y notarios, a través de

las cuales se trate de dar fuerza general obligatoria a una determinada interpretación de una sentencia. Como quedó expresado, ese pronunciamiento ha dado lugar a múltiples lecturas, sobre las cuales aún no existe un consenso definitivo y, por tanto, se hace necesario continuar la discusión, sobre la base de las tres premisas antes indicadas.

Esta Corte entiende que la finalidad específica que orienta la recolección y el tratamiento de estos datos por la Procuraduría no respeta el principio de finalidad, por las siguientes razones: 1) porque en lugar de hacer valer y verificar el cumplimiento de una decisión judicial, el uso que el Ministerio Público se propone dar a la información obtenida de esta base de datos altera las condiciones de la deliberación pública y legítima sobre la manera en que debe garantizarse la efectividad de lo ordenado por la Corte; 2) porque el uso que el Ministerio Público pretende dar a esa información puede llegar a comprometer el derecho fundamental de las personas a acceder a una justicia pronta y cumplida, que sea impartida por funcionarios independientes y autónomos funcionalmente, que garanticen la neutralidad y la imparcialidad de las decisiones que se adopten (art. 229 CP), y 3) porque el Ministerio Público pretende utilizar esa información para hacer valer una lectura de la sentencia C-577 de 2011, a través de directrices de carácter general, que más allá del ámbito interno, pretenden proyectarse sobre jueces y notarios, con el propósito de dar fuerza general obligatoria a dicha interpretación.

**2.5.** Por todo lo expuesto, esta Corte entiende que la Procuraduría General de la Nación no viola los derechos a la información ni a la intimidad de una persona cuando accede a datos personales sensibles derivados de datos personales no sensibles que ha conocido por ser parte de un proceso judicial en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales. Esta información deberá ser tratada de manera restrictiva y respetando los principios y las reglas establecidas en la Constitución, la ley estatutaria y el resto del ordenamiento para tales casos, en especial los principios de seguridad y confidencialidad.

Por otra parte, la Procuraduría podría llegar a afectar por vía general los derechos a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, así como al acceso a la justicia de la accionante y de su pareja (una persona del mismo sexo), al incluir sus datos en una base de datos orientada a hacer valer, a través de directrices de carácter general respaldadas por el uso del poder disciplinario que ostenta, una interpretación única y específica de una sentencia en la que, por el contrario, la Corte determinó la existencia de un déficit de protección para las parejas del mismo sexo en lo que respecta a las vías jurídicas de las que disponen para formalizar y solemnizar su unión, pero no determinó la manera en que el legislador debe remediar tal situación de infraprotección o, en su defecto, la manera en que los jueces y notarios deben proceder a formalizar de manera solemne los vínculos entre parejas del mismo sexo que así lo soliciten. El uso específico que aquella hace de la información obtenida constituye una violación parcial del *principio de finalidad* del tratamiento de los datos, pues aunque es válido que se quiera emplear esa información para hacer cumplir una decisión de constitucionalidad y hacer valer los derechos fundamentales de las personas, no es válido que aquella información se utilice para imponer a través de

directrices de carácter general una determinada lectura de la sentencia C-577 de 2011, tratando de dar a la misma fuerza general obligatoria y a la vez sugerir que se podría usar el poder de vigilancia y control en contra de aquellas personas que puedan desatender tal posición. Estos medios de intervención afectan las facultades y la autonomía e independencia institucional de quienes desempeñan funciones judiciales (arts. 228 y 230 CP) y, en consecuencia, amenazan el derecho de acceso a la justicia de la accionante y de su pareja y demás personas que, en igual situación, demandan el reconocimiento formal y solemne de su vínculo familiar (art. 229 CP).

Por lo anterior, se revoca la sentencia objeto de revisión para, en su lugar, amparar los derechos a la intimidad, al *habeas data*, a la no discriminación y al acceso a la justicia de la accionante. Para materializar esta protección, se advierte a la Procuraduría General de la Nación que debe adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la confidencialidad y la seguridad de los nombres de la accionante y de su pareja y definir las condiciones de tratamiento de la base de datos en la que han sido incluidas la accionante y su pareja (para la defensa de sus derechos y con el respeto de los de jueces y notarios), con el auxilio de la Defensoría del Pueblo.

De igual manera, se declara que los funcionarios judiciales tienen la facultad de resolver las solicitudes que, con fundamento en lo dispuesto en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011, les son sometidas a su consideración por parejas de personas del mismo sexo, en condiciones de autonomía e independencia institucional y funcional, y con arreglo a lo previsto en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia. Por último, se hace un llamado a la Procuraduría General de la Nación para que se abstenga de imponer por vía general una determinada lectura de la manera en que notarios y jueces deben cumplir con lo ordenado en el resolutive 5º de la sentencia C-577 de 2011, a fin de evitar que se coarte el margen de autonomía que la Constitución y la ley atribuye a estos funcionarios para interpretar y aplicar el derecho.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**, sentencia T-444/14 del 4-7-2014, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-444-14.htm>>.



**DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL. DERECHO PENAL. PROSTITUCIÓN. NEXO CAUSAL. LEY. EFECTOS. ARBITRARIEDAD. AMPLITUD EXCESIVA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. ORDEN PÚBLICO (CANADÁ).**

**1. Antecedentes del caso:** B, L y S son ciudadanas canadienses que ejercen o han ejercido la prostitución. Solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 210, 212(1)(j) y 213(1)(c) del Código Penal de Canadá (Código) alegando que violan los arts. 7 y 2(b) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta) y que ninguno de ellos está exceptuado por el art. 1 de la misma. El art. 210 prohíbe

permanecer en un prostíbulo o ser propietario, arrendador, inquilino u ocupante de un lugar utilizado como tal; el art. 212(1)(j) prohíbe vivir a expensas de la prostitución de otra persona, y el art. 213(1)(c) prohíbe entablar o intentar entablar comunicación con alguien en lugares públicos con fines vinculados a la prostitución.

La *Ontario Superior Court of Justice* hizo lugar a la solicitud declarando – sin ordenar la suspensión de su aplicación– que los artículos impugnados violaban la Carta y que no podían ser exceptuados por el art. 1 de esta. Posteriormente, el Tribunal de Apelaciones de Ontario declaró la constitucionalidad del art. 210 y suprimió el término “prostitución” de la definición de “prostíbulo común” contenida en el mismo. Sin embargo, suspendió la declaración de nulidad por doce meses. Además, declaró que el art. 212(1)(j) suponía una violación injustificada del art. 7 de la Carta y ordenó que se puntualizara que la prohibición de vivir a expensas de la prostitución se aplica solo a aquellas personas que lo hacen en “circunstancias de explotación”. Asimismo, afirmó que la prohibición del art. 213(1)(c) no violaba los arts. 2(b) y 7 de la Carta.

Los fiscales generales apelaron la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 210 y 212(1)(j) ante la Suprema Corte de Canadá, y B, L y S hicieron lo propio apelando la declaración de constitucionalidad de los arts. 213(1)(c) y 210.

**2. Sentencia:** se rechaza la apelación de los fiscales generales, pero se admite la de B, L y S. Asimismo, se declara que los arts. 210, 212(1)(j) y 213(1)(c) del Código Penal no se compadecen con la Carta y que la aplicación de la declaración de nulidad debe suspenderse por el plazo de un año.

Las tres disposiciones impugnadas violan los derechos que el art. 7 de la Carta garantiza a las personas que ejercen la prostitución, ya que las priva de la seguridad personal en modo incompatible con los principios fundamentales de justicia.

El principio de *stare decisis*, propio del *Common Law*, está sujeto a la Constitución, razón por la cual un tribunal no puede confirmar una ley que resulta ser inconstitucional. Sin embargo, un tribunal inferior tampoco puede ignorar un precedente que tenga efecto vinculante, y el umbral para reconsiderar una cuestión no es fácil de determinar. Ese umbral se determina cuando se plantea una cuestión jurídica novedosa o cuando existen cambios significativos en las circunstancias o en las pruebas. En este caso, el juez *a quo* estaba facultado para pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas novedosas relativas a si las normas en cuestión violan el derecho a la seguridad personal garantizado por el art. 7. Ahora bien, los principios planteados en este caso, a saber, la arbitrariedad, la excesiva amplitud y la gran desproporcionalidad se han desarrollado en gran medida en los últimos veinte años. Sin embargo, el juez *a quo* no estaba facultado para decidir si la disposición del art. 213(1)(c) impone un límite a la libertad de expresión.

Las conclusiones del juez *a quo* relativas a las cuestiones sociales y legislativas ameritan deferencia. El *standard* de revisión de las cuestiones de hecho, sean los hechos del caso, cuestiones sociales o legislativas, sigue constituyendo un error palpable.

Las disposiciones impugnadas impactan negativamente en el derecho a la seguridad personal y por lo tanto se vinculan con el art. 7. El *standard* adecuado

de nexo causal es el flexible de “nexo causal suficiente”, bien adoptado por el juez *a quo*. Todas las prohibiciones en cuestión aumentan los riesgos que las apelantes enfrentan en el ejercicio de la prostitución, ya que no solo imponen condiciones a la forma en que deben actuar, sino que imponen también otras peligrosas al ejercicio de la prostitución. Impiden a las personas involucradas en una actividad riesgosa pero legal como la prostitución tomar medidas para protegerse de los riesgos. El nexos causal no es negado por las acciones de proxenetas y clientes o por la “elección” de las prostitutas de ejercer la prostitución. Mientras que algunas prostitutas eligen (o eligieron) libremente ejercer la riesgosa actividad económica de la prostitución, muchas de ellas no tienen otra opción que hacerlo. Por otra parte, resulta irrelevante que la conducta de proxenetas y clientes sea la causa de los males padecidos por las prostitutas. La violencia ejercida por un cliente no menoscaba la responsabilidad que tiene el Estado en aumentar el estado de vulnerabilidad de una prostituta ante esa violencia.

Las apelantes también alegaron que la privación de la seguridad personal no se ajusta a los principios fundamentales de justicia, los cuales reflejan los valores esenciales que subyacen en el orden constitucional.

El presente caso se relaciona con valores básicos contrarios a la arbitrariedad (que resulta de una falta de vínculo entre el efecto y el objeto de la ley), a la excesiva amplitud (cuando la ley va demasiado lejos y produce una injerencia en ciertas conductas que no tienen vínculo alguno con su objetivo) y a la gran desproporcionalidad (que resulta de un desproporcionado efecto de la ley en relación con el objetivo del Estado). Si bien se trata de tres principios distintos, la excesiva amplitud se relaciona con la arbitrariedad porque en los dos casos se trata de la existencia de un vínculo entre el efecto de la ley y su objetivo. Los tres principios comparan la violación de los derechos provocada por la ley con el objetivo de la misma y no con su efectividad, y soslayan en qué medida la ley consigue su objetivo o a qué sector de la población beneficia o impacta negativamente. El análisis, además, resulta cualitativo y no cuantitativo. En efecto, la cuestión que plantea el art. 7 es si la vida, la libertad y la seguridad personal de *cualquier* persona han sido negadas por una ley que es intrínsecamente negativa. Lo cierto es que un efecto desproporcionado, excesivo o arbitrario sobre una sola persona es suficiente para determinar una violación del art. 7.

Si se aplican estos principios a las disposiciones impugnadas, se deduce que el impacto negativo de la prohibición dispuesta en el art. 210 sobre la seguridad personal es desproporcionado con respecto a su objetivo de evitar molestias al público. Los perjuicios ocasionados a las prostitutas, que los tribunales inferiores han indicado, tales como impedir que realicen su trabajo en lugares cerrados y recurran a casas seguras, son enormemente desproporcionados en relación con el objetivo de desalentar el desorden comunitario. El Parlamento está facultado para legislar contra turbaciones, pero no para hacerlo a costa de la salud, la seguridad y la vida de las prostitutas. En segundo lugar, el propósito de la prohibición dispuesta en el art. 212(1)(j) es el de apuntar a los proxenetas y a su conducta parásita y basada en la explotación. Sin embargo, la ley castiga a todos aquellos que viven a expensas de la prostitución sin distinguir entre aquellos que explotan a las prostitutas y aquellos que podrían mejorar la seguridad de estas, como por ejemplo los conductores, los managers

o los guardaespaldas. La ley también incluye a cualquier persona que esté vinculada comercialmente con las prostitutas, como los contadores y los recepcionistas. De esta forma, abarca conductas que nada tienen que ver con su propósito de prevención de la explotación de las prostitutas. Por ello, la disposición en cuestión resulta excesivamente amplia. En tercer lugar, el propósito de la prohibición dispuesta en el art. 213(1)(c) no es el de eliminar la prostitución callejera *per se*, sino el de sacar la prostitución de las calles fuera de la vista de la gente, a fin de evitar las molestias que puede causar. El impacto negativo de la disposición en la seguridad personal y en la vida de las prostitutas callejeras, a las que se les prohíbe protegerse de la violencia de los clientes, es una respuesta enormemente desproporcionada a la posibilidad de que surjan molestias causadas por su actividad.

Por otro lado, los fiscales generales tratan de justificar la prohibición dispuesta en el art. 212(1)(j) sobre la base de que debe ser amplia de manera de reflejar todas las relaciones basadas en la explotación. Sin embargo, la ley no solo abarca a los conductores y a los guardaespaldas, que bien pueden ser proxenetas, sino que claramente también abarca a aquellas relaciones que no se basan en la explotación, como la de los recepcionistas y contadores que trabajan con las prostitutas. La ley no es, por lo tanto, mínimamente restrictiva. Tampoco, luego de hacer un análisis profundo de la misma, el efecto de la ley de impedir que las prostitutas adopten medidas que aumentarían su seguridad personal y probablemente su expectativa de vida no tiene mayor gravitación que el efecto positivo que tiene de proteger a las prostitutas de las relaciones de explotación. Las disposiciones impugnadas no están exceptuadas por el art. 1.

Sostener que las disposiciones impugnadas violan la Carta no implica que el Parlamento no esté en condiciones de imponer restricciones a la forma y al lugar donde puede ejercerse la prostitución, siempre y cuando lo haga de manera de no infringir los derechos constitucionales de las prostitutas. La regulación de la prostitución es un asunto complejo y delicado. El Parlamento puede elaborar un nuevo abordaje de la cuestión que refleje diferentes elementos del régimen existente. Por último, tomando en consideración todos los intereses en juego, la declaración de nulidad debe ser suspendida por un año.

**SUPREMA CORTE DE CANADÁ**, *Canada (Attorney General) v. Bedford*, sentencia del 20-12-2013, en <<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2013/2013scc72/2013scc72.html>>.



**DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. LIBERTAD IDEOLÓGICA. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. BIOÉTICA. “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS”. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES (ESPAÑA).**

**1. Antecedentes del caso:** la Junta de Andalucía impuso al farmacéutico de Sevilla Joaquín Herrera Dávila una sanción pecuniaria por no vender en su

establecimiento preservativos ni la llamada “píldora del día después”. Esta sanción fue confirmada por el Juzgado en lo Contencioso-Administrativo de Sevilla.

Entonces, el farmacéutico interpuso un amparo ante el Tribunal Constitucional de España denunciando la violación de su derecho a la objeción de conciencia, que forma parte del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 de la Constitución española (CE)). Además, el recurrente atribuyó a la sentencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incurrir en incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

**2. Sentencia:** la sanción impuesta vulneró el derecho del recurrente a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa que la Constitución reconoce en su art. 16.1.

Se rechaza el amparo en relación con la negativa a despachar preservativos, pues en este supuesto no existe “ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional”.

**2.1.** El apelante sostiene que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida. Afirma que tales convicciones son contrarias a la dispensación del medicamento conocido como la “píldora del día después”, debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada.

Este Tribunal no había tenido ocasión de resolver la problemática constitucional planteada; esto es, el juicio de ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, y la obligación de disponer del mínimo de existencias del citado medicamento que le impone la normativa sectorial, para así poder venderlo a quienes lo soliciten. Desde ese prisma abordaremos la resolución del presente recurso.

En el precedente STC 53/1985, este Tribunal ha fijado posición acerca de la objeción de conciencia, indicando que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE, y que la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales. De modo que es necesario determinar si aquella postura es aplicable a este caso, en el que el apelante opone, frente a la obligación legal de vender este medicamento, sus convicciones sobre el derecho a la vida. Para ello, es preciso esclarecer si los motivos invocados guardan el suficiente paralelismo con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia en la sentencia citada. En aquel caso, se había debatido el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, concluyendo que este encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución y constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

La falta de unanimidad científica respecto a los posibles efectos abortivos de la denominada “píldora del día después” es conocida por este Tribunal. Se parte entonces

de la existencia de una duda razonable sobre tales efectos, presupuesto que, a su vez, dota al conflicto de conciencia alegado por el recurrente de suficiente consistencia y relevancia constitucional. En consecuencia, sin desconocer las diferencias existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación por parte de un farmacéutico —que además es vendedor autorizado— del medicamento anteriormente mencionado, cabe concluir que la base conflictual en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea una colisión con la postura del apelante sobre el derecho a la vida.

Así, hemos de colegir que los aspectos determinantes del reconocimiento de la objeción de conciencia que se fijó en aquel precedente también concurren cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de provisión de la denominada “píldora del día después” por parte de los farmacéuticos.

**2.2.** Estas conclusiones no nos dispensan de ponderar la incidencia del derecho invocado por el apelante en la legítima protección de otros derechos, bienes jurídicos o intereses dignos de tutela.

El farmacéutico tiene la obligación impuesta por el sistema público sanitario de facilitar la prestación del servicio que cuestiona; dicho deber garantiza el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, del que dimana el derecho a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas establecidas por el ordenamiento jurídico vigente, que incluye el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos legalmente previstos, así como a los medicamentos anticonceptivos autorizados en España.

Se destaca que la sanción impuesta a este farmacéutico no derivó de su negativa a dispensar el medicamento a un tercero que se lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente.

No podemos colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro, toda vez que nada hay en estos autos que permita inferir que se haya obstaculizado el acceso a tal medicación, puesto que hallándose su farmacia en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, se deduce la disponibilidad de otras relativamente cercanas en las que se la pueda obtener.

Finalmente, se advierte que el apelante estaba inscrito como objetor de conciencia, como así lo refleja certificación expedida por el Secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, a diferencia de otras Comunidades, carece de regulación específica de rango legal sobre el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos, ausencia de reconocimiento legal que no se extiende a la totalidad de las normas que regulan su ejercicio profesional en ese ámbito territorial.

El derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido como “derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional” en el art. 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (al que pertenece el recurrente), aprobados definitivamente por la Consejería de Justicia

y Administración Pública de la Junta de Andalucía, a cuyo tenor “el colegiado al que se impidiese o perturbase el ejercicio de este derecho conforme a los postulados de la ética y deontología profesionales se le amparará por el Colegio ante las instancias correspondientes”; asimismo, se reconoce en los arts. 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica, invocados también por el recurrente, que “la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente” (art. 28) y que “el farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes, y el Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria” (art. 33). Este reconocimiento por los estatutos colegiales del derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos no carece de relevancia, pues, según reza el apartado 1 del art. 22 de la Ley andaluza 10/2003, del 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, “[a]probados los estatutos por el colegio profesional y previo informe del consejo andaluz de colegios de la profesión respectiva, si estuviere creado, se remitirán a la Consejería con competencia en materia de régimen jurídico de colegios profesionales, para su aprobación definitiva mediante orden de su titular, previa calificación de su legalidad”; y el apartado 2 del mismo art. 22 establece que “[s]i los estatutos no se ajustaran a la legalidad vigente, o presentaran defectos formales, se ordenará su devolución a la corporación profesional para la correspondiente subsanación, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente”. Por lo dicho, se afirma que el apelante actuó bajo la legítima confianza de ejercer un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración.

En suma, a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas, se proclama que la sanción impuesta vulnera el derecho del apelante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE, en atención a la concurrencia de las especiales circunstancias ya descriptas.

**2.3.** El apelante también fue sancionado por no disponer (y, en consecuencia, no dispensar) de preservativos en su farmacia.

Vistas las razones que han conducido a este Tribunal a considerar que la falta de la “pastilla del día después” en su farmacia queda amparada por el art. 16.1 CE, es patente que el incumplimiento de tal obligación relativa a los preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del apelante a disponer de profilácticos en su farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto.

**2.4.** En consecuencia, el otorgamiento del amparo al apelante por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia vinculado al derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) debe comportar el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, lo que ocurre exclusivamente en lo que concierne a la falta

de existencias mínimas del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg. (“pastilla del día después”).

Asimismo, procede declarar la nulidad de las resoluciones (administrativas y judicial) impugnadas, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la resolución por la Junta de Andalucía en el expediente sancionador incoado al apelante; ello, a efectos de que la Junta resuelva, conforme a lo previsto en la legislación en materia farmacéutica que resulte aplicable, sobre la concreta sanción que corresponda imponer al apelante en lo que se refiere a la infracción grave que se le imputa por negarse a disponer de (y por ello a dispensar) preservativos en la farmacia de la que es cotitular.

### 3. *Disidencias*

#### 3.1. *Voto particular de la magistrada Adela Asua Batarrita*

La sentencia parte de una discutible premisa: que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, con un alcance tal que puede conducir a relativizar muy diversos mandatos constitucionales y deberes legales que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales de otras personas. La premisa es errónea porque se sustenta como único argumento en la afirmación contenida en un *obiter dictum* de la STC 53/1985, referida a la constitucionalidad de la ley que introdujo el sistema de plazos en la despenalización parcial de la interrupción del embarazo, en el que se afirmaba escuetamente que “[l]a objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

Resulta poco consistente extraer de tal escueta referencia la conclusión de que el derecho a la objeción de conciencia forme parte del contenido del derecho fundamental reseñado, pues, como se desprende de sentencias posteriores, para ello es preciso un reconocimiento a nivel constitucional o, en su caso, un reconocimiento legal que lo conecte a un derecho fundamental, lo que no ha tenido lugar. En efecto, la sentencia STC 160/1987 señaló que la objeción de conciencia es un derecho constitucional reconocido en el art. 30.2 CE, protegido por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental.

Por otra parte, la sentencia desliza una comparación entre el supuesto objeto del presente recurso de amparo y el abordado por la STC 53/1985, al anudar el conflicto en ambos casos a una “misma finalidad”, de manera que concurrirían los aspectos determinantes del pretendido reconocimiento de la objeción de conciencia fijados en aquella. Ciertamente, la sentencia se cuida mucho de atribuir abiertamente efectos abortivos a la “píldora del día después”, pero pretende equiparar ambas situaciones amparándose en el subterfugio de la “falta de unanimidad científica” y de la “duda razonable”, lo que constituye una apreciación científica enteramente libre y subjetiva no basada en prueba pericial alguna, y que resulta desmentida por el carácter de “medicamento anticonceptivo de emergencia” que la Agencia Española

del Medicamento le ha atribuido. La “píldora del día después” tiene la finalidad de evitar un posible embarazo mediante su administración inmediata tras la práctica de relaciones sexuales, pero no terminar con un embarazo ya comenzado. Además, esta sentencia no tiene en cuenta el precedente STC 116/1999, que trata la cuestión relativa a los preembriones no viables (que no pueden siquiera ser considerados *nascituri*), como sería el caso, después de la administración de la “píldora del día después”.

Por otra parte, siendo igualmente métodos anticonceptivos, no se entiende por qué la negativa a dispensar la píldora entra en “colisión con la concepción que profesa el accionante sobre el derecho a la vida”, y no, en cambio, la negativa a dispensar preservativos.

La objeción de conciencia no ha sido reconocida en el ámbito internacional con el alcance que la sentencia pretende; además, carece de referencias en cuanto al nivel de protección que en esta materia pudiera provenir del derecho internacional de los derechos humanos y, en su caso, del derecho de la Unión Europea, toda vez que el art. 10.2 CE nos obliga a acudir a tales auxilios interpretativos.

El art. 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta) reconoce el derecho a la objeción de conciencia y precisa que ese derecho se reconoce “de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Si se examinan las pautas para interpretar la Carta, se comprueba que el de objeción de conciencia es el único derecho respecto al cual no se alude a una fuente adicional de reconocimiento, como, por ejemplo, el Convenio Europeo. Lo que evidencia la remisión a “las leyes nacionales” es la inexistencia de una “tradicón constitucional común” a la que las instituciones de la Unión pudieran acudir sin más, y la necesidad de que haya un reconocimiento del legislador nacional acerca de la posibilidad de objetar por razones de conciencia en los distintos ámbitos de la actividad que afecten los derechos de los ciudadanos. En otras palabras, fuera de la Constitución y de la ley, ningún ciudadano puede elevar su conciencia a norma suprema y objetar cuando y como le dé la gana.

En lo que respecta al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la sentencia omite la consideración de la decisión del 2 de octubre de 2001 de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “*Pichon y Sajous c. Francia*”, que no hace lugar al recurso interpuesto con base en el art. 9 CEDH (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) por dos farmacéuticos franceses sancionados por negarse a dispensar en sus farmacias píldoras anticonceptivas, pese a que esa decisión había sido invocada por el Ministerio Fiscal y por el Letrado de la Junta de Andalucía. En aquella sentencia, la Corte Europea recordó que el art. 9 CEDH no garantiza el derecho a comportarse en el ámbito público de la manera que dicten las convicciones personales y estimó que, dado que la venta de píldoras anticonceptivas es legal y se realiza única y obligatoriamente en farmacias, los recurrentes no pueden hacer prevalecer e imponer a un tercero sus convicciones religiosas para justificar la denegación de la venta de este producto; y concluyó que la sanción de los recurrentes por negarse a su venta no interfirió en el ejercicio de los derechos garantizados por el art. 9 del Convenio.

La sentencia asume que la libertad consagrada en el art. 16.1 CE permite objetar por motivos de conciencia sin necesidad de una previa regulación por parte

del legislador del ejercicio de ese pretendido derecho; ello conduciría directamente a santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho. Tal interpretación prescinde de cualquier referencia a la doctrina de este Tribunal de las últimas décadas, que ha negado de manera expresa la posibilidad de oponer libremente la objeción de conciencia en diversos pronunciamientos y ha sujetado su reconocimiento a la *interpositio legislatoris*.

La objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador “con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud”. Y es que la comunidad no puede quedar satisfecha con la simple alegación de una convicción personal, que, por excepcional, ha de ser contrastada con el interés común.

No es admisible la ponderación de los intereses que dice realizar la sentencia. Esta señala correctamente que la sanción administrativa no se impuso al farmacéutico por su negativa a dispensar el medicamento a un tercero, sino por el incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. Pero no extrae la consecuencia obligada: la ausencia de la pretendida “base conflictual” entre la obligación legal de disponer de existencias mínimas de medicamentos, por un lado, y el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico que ha recurrido en amparo, por otro.

La sentencia no explica, ni se entiende, cómo la obligación de la farmacia de disponer de existencias mínimas de un medicamento puede entrar en “colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida”. Ello debía haber conducido a la desestimación del recurso de amparo. Sin embargo, en ella se analiza el conflicto desde la hipótesis de un eventual acceso a la dispensación y se reduce todo su ejercicio de ponderación a señalar que no hubo un impedimento, por la posibilidad de acceso al medicamento en farmacias cercanas, argumentos irrelevantes para lograr que prevalezca el pretendido derecho a la objeción de conciencia del recurrente sobre el deber legal del profesional farmacéutico de disponer de existencias mínimas de medicamentos establecidas por las administraciones competentes. El hecho de no contar con existencias del medicamento por razones de conciencia supone ya en sí mismo una negativa incondicional y absoluta a dispensarlo a cualquier persona que pudiera solicitarlo, en cualquier circunstancia; y supone la creación de un impedimento para que otros –co-titular o empleados– puedan dispensarlo. Con tal actitud, se impide de raíz cualquier forma de conciliación con los intereses constitucionalmente protegidos de terceros. El argumento de la pretendida disponibilidad en otras farmacias de la misma zona no puede suspender la vigencia territorial de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que solicite el medicamento (arts. 15 y 43 CE). El legislador no ha previsto que la obligación de dispensar medicamentos que recae sobre los titulares de las farmacias pueda verse exceptuada en ningún supuesto, ni siquiera por cuestiones ideológicas, en la medida en que ello suponga un quiebre en la continuidad del servicio que afecte negativamente al conjunto de la comunidad, con independencia de la situación y del número de farmacias que haya en la localidad de que se trate.

De manera que una oposición a las exigencias de la ley, aunque sea por motivos ideológicos, que lleve a incumplir la obligación de provisión no es admisible y merece ser sancionada, como de hecho lo fue en el caso del que trae causa el presente recurso de amparo.

El argumento de mayor gravitación que la sentencia aduce para justificar la objeción de conciencia del apelante reside en su inscripción como objetor de conciencia en su colegio profesional y en las previsiones contenidas en los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica, que pareciera se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales; lo cual es utilizado para concluir que la sanción impuesta vulnera el derecho del accionante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE.

Unos estatutos colegiales no pueden crear derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la ley; sus previsiones se deben desarrollar en los términos que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico, y ni la Constitución reconoce ese derecho, ni existe ley estatal o ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía que reconozca el pretendido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos o que regule de algún modo su ejercicio ante la colisión con el cumplimiento de deberes jurídicamente exigibles. El decreto andaluz 104/2001 es la única normativa que regula la obligación de existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las farmacias en Andalucía, existencias entre las que se encuentra la “píldora del día después”, decreto que no contempla excepción alguna por razones de conciencia a la referida obligación.

El hecho mismo de que la sentencia tenga que apoyarse especialmente en las mencionadas previsiones de los estatutos colegiales evidencia la carencia de fundamento constitucional de la argumentación que desarrolla, y pone de relieve que no existe un asidero válido e inequívoco en el art. 16.1 CE o en ley alguna aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que permita justificar la conducta del apelante y descalificar la sanción administrativa que le fue impuesta como consecuencia de la misma.

El art. 55.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía otorga a esa Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de ordenación farmacéutica, en el marco del art. 149.1.16 CE.

En ejercicio de esa competencia se dictó la Ley 22/2007 de Farmacia de Andalucía, dentro de cuya regulación reitera la norma básica estatal (“las oficinas de farmacia están obligadas a la dispensación de los medicamentos siempre que les sean solicitados en las condiciones legales y reglamentariamente establecidas”). Y en cuanto a los derechos y deberes de los farmacéuticos, dispone que solo pueden negarse a dispensar medicamentos cuando no sean solicitados de acuerdo con las normas vigentes o cuando sea evidente una finalidad extraterapéutica de los mismos, mientras que tienen la obligación de “[t]ener los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente”. La precisión de este último aspecto se encuentra en el Decreto 104/2001, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las farmacias. El actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad esa prescripción

de existencias mínimas; en lugar de optar unilateralmente por la desobediencia a una norma adoptada por la Administración competente de conformidad con la legislación básica estatal, el apelante debió haber manifestado su discrepancia por la vía legal correspondiente, que no era otra que la impugnación de aquella disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por lo dicho, no comparto la decisión de la mayoría, por entender que presenta una limitada argumentación construida sobre apriorismos, sonoros silencios y omisiones, que incluye saltos de la lógica argumentativa. Difícilmente puede asumirse la omisión de referencias a numerosos pronunciamientos de nuestra doctrina constitucional, así como de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no solo fueron alegados por quienes han comparecido en este proceso constitucional, sino que también fueron utilizados en las deliberaciones previas a la aprobación de esta resolución por varios miembros del Pleno entre los que me incluyo; omisión, por lo tanto, consciente para los magistrados de la mayoría que han dado su apoyo a esta sentencia.

En ella se lleva a cabo, de forma encubierta, un drástico *overruling* de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este drástico cambio doctrinal puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia. Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva; mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto.

### **3.2. Voto particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-R, al que se adhiere el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos**

Disiento de la decisión mayoritaria; y desde esa convicción y afirmación institucional subrayo mi inquietud y preocupación ante un ejemplo de cómo una decisión de este Tribunal no habría de razonar y de lo que no debería nunca erigirse en jurisprudencia constitucional. El fallo debió desestimar la pretensión de amparo por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente.

La decisión mayoritaria, en lugar de afrontar el asunto desde la aplicación de las premisas invariables y constantes de nuestra doctrina constitucional sobre el objeto posible de un recurso de amparo, ha optado de manera poco razonable por elevar a categoría constitucional una posición ideológica de acusada tendencia, prescindiendo de elaborar un discurso dotado del obligado fundamento de constitucionalidad. La debilidad de sus argumentos llamará la atención y activará las alarmas de los estudiosos de una doctrina, como la construida por este Tribunal en materia de derechos fundamentales, que goza de un tan reconocido como merecido prestigio.

Para una mejor comprensión de mi abierta discrepancia con la decisión de la mayoría, resumo los hechos del presente proceso constitucional.

El accionante es cotitular de una farmacia de Sevilla y fue sancionado con una multa de € 3.300, pues su farmacia carecía de existencias de preservativos y del medicamento conocido como “píldora del día después”; sanción impuesta a raíz de la denuncia presentada por el ciudadano que pretendió adquirir, sin éxito, un paquete de preservativos. Por tanto, esta denuncia no tuvo origen en una previa denegación del recurrente a dispensar la píldora, sino en la negativa a la venta de preservativos. Prueba de ello es que han sido sancionados los dos farmacéuticos titulares de la farmacia, pese a que solo consta que uno de ellos, el recurrente en amparo, manifestase no disponer de dichos productos y medicamentos por razones de conciencia. Tampoco consta que hayan invocado objeción de conciencia ni el cotitular de la farmacia ni ninguno de sus empleados, que los había, pues uno de ellos, según deja acreditado la resolución administrativa, fue el que se relacionó con el ciudadano que pretendía adquirir preservativos y formuló la denuncia.

El análisis de los datos del presente recurso de amparo evidencia que el debate constitucional sobre la cuestión planteada resultaba de todo punto artificial, ya que no aparecía la obligada premisa para su activación, esto es, la concurrencia de un conflicto constitucional. Y pese a que tal circunstancia inhabilitaba para conocer y resolver sobre el derecho alegado como violado, el pronunciamiento mayoritario no reflexiona sobre tal carencia.

Desde luego, la mayoría de nuestro Tribunal puede defender y plasmar las tesis constitucionales que estime pertinentes en cada pronunciamiento; pero no es dable que soslaye las reglas más canónicas y ortodoxas de la interpretación constitucional o que las aplique de manera selectiva, como en mi opinión sucede en el presente caso. Por esa razón, me veo obligado a recordar que no existe el amparo cautelar y, por consiguiente, cuando no existe lesión a derecho constitucional alguno, no hay posibilidad de su reparación.

La jurisdicción de amparo no ha sido reconocida y regulada para reparar infracciones de preceptos, sino vulneraciones de derechos, de modo que no resulta viable constitucionalmente la tutela en abstracto de supuestas lesiones no causadas, pues no hay ni norma aplicada ni acto sancionador vinculado a la objeción de conciencia que se invoque en el recurso, ya que no llegó a existir conflicto alguno en el supuesto de hecho.

El ficticio conflicto ideológico, de haber existido, hubiera requerido un debate jurídico complejo que, desde luego, no plasma el texto aprobado. No puedo dialogar en divergencia con una construcción doctrinal omitida, pero tampoco puedo dejar de aspirar a que ese debate se celebre, en su momento, bajo premisas de naturaleza rigurosamente jurídico-constitucional.

### **3.3. *Voto particular concurrente del Magistrado Andrés Ollero Tassara***

Suscribo el amparo otorgado, mas no comparto ni la totalidad de la sentencia ni buena parte de su fundamentación.

El tratamiento del derecho a la objeción de conciencia surge tempranamente en las resoluciones del Tribunal. La STC 15/1982 estableció que “la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución

reconoce en el art. 16”, por lo que “puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión ‘la Ley regulará’, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* para ‘regular’ el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”. En esa misma línea, precisó que de ello “no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, que los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata”.

Cinco años después, la sentencia STC 160/1987 generará una confusión; no porque se aparte de las anteriores, sino por ser en sí misma contradictoria. El problema se complica cuando la sentencia STC 321/1994, al pretender enlazar con las anteriores, dice todo lo contrario: afirma que “el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales”. La realidad es que solo cuando existen deberes legales puede entrar en juego el derecho a la objeción, que de lo contrario carecería de objeto.

Ciertamente, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado. Es preciso ponderarlo con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Será el legislador en principio el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve en caso contrario a cabo el órgano judicial competente. Lo que se sale de lo ordinario es que sea la propia Constitución la que asuma esa tarea, estableciendo como resultado la aceptación de la objeción al servicio militar, pero contrapesada con el cumplimiento de una prestación social sustitutoria; el contexto peculiar del trabajo constituyente, con unas fuerzas armadas muy sensibilizadas ante el creciente número de objetores, explica esa anomalía. La posterior supresión del servicio militar obligatorio acabó convirtiendo en fantasmal su única presencia explícita en el art. 30 CE.

Es lógico pues que, ante una situación tan contradictoria, se avocara al Pleno el recurso de amparo. Ello brindaba la oportunidad de aclarar la confusión entre objeción de conciencia y desobediencia civil que latía en las SSTC 160/1987 y 321/1994. El objetor de conciencia no pretende cuestionar la norma, sino que plantea una excepción (que confirma la regla), al entrar en conflicto la conducta impuesta por ella con sus convicciones personales. Surge, sin embargo, una figura

bien distinta: el insumiso, al que ya se había satisfecho su derecho a la objeción, pero optaba por una inconstitucional desobediencia civil negándose a cumplir la prestación sustitutoria. Como consecuencia, pronunciamientos de este Tribunal referidos a esta nueva situación han llegado a malinterpretarse, como si afectaran el derecho constitucional a la objeción de conciencia. Los insumisos, recurrentes en estas dos últimas sentencias, ya habían visto satisfecha su condición de objetores al servicio militar. Pasan, sin embargo, a ejercer una actitud de desobediencia civil, impensable como derecho, porque no pretendían una mera excepción: cuestionaban la norma con carácter general y aspiraban a que la sanción por su conducta (y su impacto mediático) removieran la conciencia social socavando la legitimidad del precepto. Al ignorarse en las citadas sentencias esta distinción entre objeción y desobediencia civil, el propio Tribunal se creía así obligado a trasladar a la objeción el reproche que la desobediencia civil merece.

Distinguiendo adecuadamente entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil que la insumisión implica, desaparece por el contrario todo indicio de incoherencia en las sentencias citadas.

Todo ello ha quedado, pues, sin aclarar. Al afirmarse, como hemos visto, en la sentencia STC 160/1987, que el derecho a la “libertad ideológica reconocido en el art. 16 C.E. no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos”, la objeción pasa de ser un curioso derecho constitucional no fundamental a verse reducida a la mínima expresión: se la conceptúa más bien como eventual objeto de una benévola tolerancia, ajena a imperativos de justicia.

La significativa alusión al “riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales” parece traslucir otra de las confusiones que dificultan un normal reconocimiento del derecho a objetar. Deriva de la tendencia a identificar conciencia con moral, con lo que la objeción expresaría un conflicto entre moral y derecho que se pretendería fallar en beneficio de la primera.

Se ha optado en la sentencia por declinar la posibilidad (por no decir deber) de resolver esta confusa situación.

Dado que el recurrente centra su argumentación en los eventuales efectos abortivos de la conocida como “píldora del día después”, se ha preferido abordar el problema como una mera continuación de la sentencia STC 53/1985, relativa al recurso previo sobre la entonces recién aprobada primera despenalización del aborto en determinados supuestos. Allí, se descarta que el legislador haya vulnerado la Constitución al no regular la objeción de conciencia del personal sanitario. Recordó el Tribunal al respecto que el derecho a la objeción de conciencia “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

Con esa remisión se actualiza ahora la doctrina, a veces ignorada, que descarta que la objeción de conciencia precise de una específica *interpositio legislatoris* para ser ejercida. Se actualiza igualmente la consideración de la objeción de conciencia

como derecho fundamental, reforzada por lo demás por su explícita inclusión en la posterior Carta Europea de Derechos Fundamentales. Se mantiene, sin embargo, abierta la confusión generada por la sentencia STC 160/1987; perdura como posible fundamento alternativo tanto para quienes afirman como para los que niegan el derecho a la objeción, al ofrecerle dos párrafos consecutivos del mismo fundamento que afirman una cosa y su contraria.

Queda pues como aspecto positivo la actualización del alcance limitado de la *interpositio legislatoris*, vinculado a la eficacia del derecho y no a su fundamento, así como al carácter de derecho fundamental de la objeción.

La distinción entre la conducta sancionada por la Administración y la negativa del farmacéutico a dispensar medicamentos puede llevar a debates bizantinos si no se profundiza en el sentido de la norma. La presencia de determinados productos en la trastienda de las farmacias no contribuye a mejora alguna de la salud. Si la Junta de Andalucía ha preferido tipificar como sancionable su no disposición en vez de su no dispensación es, obviamente, para evitar que el farmacéutico desatienda la solicitud del ciudadano argumentando que ha agotado las existencias de determinados productos; tendrá pues que disponer siempre de ellos, aunque ningún ciudadano se los reclame.

La sanción impuesta al farmacéutico es consecuencia de una conducta tipificada: no disponer de los medicamentos y productos incluidos en la relación legalmente establecida; sin perjuicio de que se trate de uno solo o de varios.

Aun tratándose en este caso de dos (“píldora del día después” y preservativos), han generado solo una sanción, inescindible, sobre la que recaería el dictamen de nulidad incluido en el fallo. Sorprendentemente, se ha optado por hacer compatible la anulación de la sanción, en lo relativo a la píldora, con una retroacción tras casi siete años para que la Administración vuelva a dictaminar las consecuencias de la no disposición de preservativos.

Al margen de los problemas de prescripción que ello pueda suscitar, resulta problemático que la Administración llegue a cumplir los imperativos de proporcionalidad propios de una medida sancionadora. Respecto a la píldora, se señala que la acumulación de farmacias en pleno centro urbano de una ciudad lleva a descartar una eventual imposibilidad de acceso a los medicamentos por el ciudadano. En el caso de los preservativos, habría que añadir que, al no tratarse de un medicamento sino de un producto higiénico, suele hallarse disponible en máquinas instaladas en lugares públicos, sin obligada intervención de farmacéutico alguno.

Sugerir que ello pueda dar paso a una sanción grave al mismo farmacéutico cuyo derecho a la objeción se ha visto reconocido por el Tribunal cobra visos de argumento *ad absurdum*. En todo caso, lo que dista de resultar irrelevante es la presunta fundamentación de este llamativo dictamen.

No comparto la afirmación de que “es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. La renuencia del recurrente a disponer de profilácticos en su farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida

en el art. 16.1 CE”. Todo parece indicar que se está incurriendo en la ya criticada identificación de conciencia con moralidad, o incluso con “creencias”.

Dejando aparte la dimensión de “laicidad positiva” que aquí no entra en juego, las exigencias del art. 16 CE giran en torno a la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia –jurídica o moral– del ciudadano. No parece compatible con ello que los magistrados del Tribunal Constitucional puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos.

No se me ocurre ningún argumento para poder afirmar sobre la disposición de preservativos que ningún “conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto”. Tampoco los ofrece el recurrente, que solo alude a los preservativos para hacer notar que el incidente de nulidad de actuaciones que suscita no era improcedente, al no coincidir con el contenido de la resolución de la CEDH en el caso “*Pichon y Sajous*”. Es obvio que, de tratarse de instancias públicas, la neutralidad y no injerencia solo permite calibrar la “seriedad” de la actitud del objeto, su coherencia de conducta y la inexistencia de circunstancias que pudieran llevar a detectar intención alguna de obtener algún beneficio personal. De lo contrario, surgiría el riesgo adicional de que la tolerancia sustituya a la justicia.

Así, cuando se trata de exigencias vinculadas a doctrinas minoritarias (rechazo de transfusiones de sangre, negativa a incinerar cadáveres), se tendería tolerantemente a conceder la excepción; cuando se trata, por el contrario, de planteamientos doctrinales más extendidos, cualquiera podría considerarse llamado a distinguir entre libertad de espíritu y exceso fundamentalista.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**, recurso de amparo avogado núm. 412-2012, sentencia del 25-6-2015, en <[http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP\\_2015\\_052/2012-00412STC.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_052/2012-00412STC.pdf)>.



**INMUNIDADES E INDEMNIDADES.** PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. CONFIDENCIALIDAD DE SUS DECLARACIONES. ALCANCE. **PROCESO PENAL.** INTERRUPCIÓN POLÍTICA DE UN PROCESO EN CURSO. **CORRUPCIÓN. PODER EJECUTIVO.** ABUSO DE PODER. **MINISTERIO PÚBLICO.** INDEPENDENCIA (SUDÁFRICA).

**1. Antecedentes del caso:** Alianza Democrática, el principal partido político opositor de Sudáfrica, solicitó a la *High Court de North Gauteng (High Court)* la revisión, anulación y declaración de inconstitucionalidad de la decisión del Director Nacional del Ministerio Público (NDPP, por sus siglas en inglés) de interrumpir el procesamiento por corrupción de Jacob Gedleyhlekisa Zuma (Zuma), actual Presidente de Sudáfrica. También solicitó al NDPP y al jefe de la Dirección de Operaciones Especiales el envío a la *High Court* de las actuaciones que fundaban dicha decisión, incluyendo las declaraciones formuladas por Zuma sobre las razones

por las que el procesamiento debía ser interrumpido. Los fiscales se negaron a remitir las actuaciones alegando que contenían declaraciones de carácter confidencial al cual Zuma se negaba a renunciar. Además, el NDPP informó al partido que la decisión de la Autoridad Fiscal Nacional (NPA, por sus siglas en inglés) de interrumpir un procesamiento no estaba sujeta a revisión.

Alianza Democrática reiteró su solicitud al Director Nacional del Ministerio Público interino (ANDPP, por sus siglas en inglés) excluyendo en su pedido de remisión las declaraciones de Zuma y exigiendo la especificación por escrito de los documentos o materiales excluidos. Zuma y el ANDPP rechazaron las solicitudes. Este último alegó que el partido no tenía un interés directo en la decisión de interrumpir el procesamiento y que no había fundado adecuadamente su pretensión de que tenía derecho a presentar una solicitud de revisión. La *High Court* aceptó esa argumentación y rechazó la solicitud de Alianza Democrática.

Este, entonces, recurrió ante la Suprema Corte de Apelaciones de Sudáfrica (Suprema Corte), la cual, en el caso *Democratic Alliance v. Acting National Director of Public Prosecutions* (2012 (3) SA 486 (SCA)), revocó la decisión de la *High Court* en relación con la solicitud de revisión de Alianza Democrática, y sostuvo que esta tiene derecho a actuar en su propio interés y en el interés público y que el poder público debe ser ejercido respetando la Constitución. Finalmente, la Suprema Corte ordenó que se presentaran las actuaciones que fundaban la decisión de interrumpir el procesamiento de Zuma con exclusión de las declaraciones escritas efectuadas en su nombre y de los memorándums o de los informes o bien de las declaraciones orales que respondieran a aquellas, en caso de que supusieran un incumplimiento de la obligación de confidencialidad. Asimismo, ordenó que las actuaciones reducidas debían consistir en documentos y materiales pertinentes a la revisión, incluyendo los documentos en poder del demandado en el momento de tomar la decisión y cualquier otro documento que informara la misma. La Suprema Corte exigió dar cumplimiento a la orden en un plazo de catorce días a partir de la fecha de la sentencia. Sin embargo, el 12 de abril de 2012 –dos días después de que se venciera dicho plazo– el Ministerio Público informó por escrito a los abogados de Alianza Democrática que las copias de las actuaciones reducidas se encontraban en preparación, que se adjuntaría una lista de documentos que respetaban la obligación de confidencialidad y algunas grabaciones que se encontraban en proceso de ser transcritas. Asimismo, informó que al equipo jurídico de Zuma se le daría la oportunidad de considerar si había objeciones a la divulgación de las grabaciones. El 9 de mayo, el Ministerio Público informó a los abogados de Alianza Democrática que los representantes legales de Zuma solicitaban un plazo de dos o tres semanas para evaluar dichas transcripciones.

Durante el mes de mayo, la lista de documentos –incluyendo las declaraciones del partido intentando persuadir al ANDPP de no interrumpir el procesamiento– fue entregada a los abogados de Alianza Democrática. A fines de junio, no habiendo recibido ninguna otra documentación, este último se dirigió por escrito al Ministerio Público a fin de presentar los antecedentes de la cuestión e indicar que no se había suministrado una copia de las transcripciones de las grabaciones y que las transcripciones y cualquier memorándum o informe

respondiendo a ellas no estaban alcanzados por la restricción de conformidad con la orden de la Suprema Corte por las siguientes razones: a) en primer lugar, era imposible que las grabaciones y/o las transcripciones hubieran sido entregadas con carácter confidencial al ANDPP porque este había citado esas grabaciones al anunciar la decisión de interrumpir el procesamiento de Zuma en abril de 2009; b) en segundo lugar, la restricción de la orden de la Suprema Corte alcanzaba a las declaraciones escritas hechas en nombre de Zuma y a cualquier memorándum o informe en respuesta a ellas o declaraciones orales si su presentación era susceptible de violar la confidencialidad de las declaraciones. Las grabaciones y/o las transcripciones no eran declaraciones escritas ni orales, ni memorándums ni informes en respuesta a ellas; c) en tercer lugar, la restricción de la orden de la Suprema Corte no alcanzaba a los memorándums e informes que respondían a las declaraciones orales, sino solamente a los que respondían a las declaraciones escritas; d) en cuarto lugar, dado que los memorándums internos de la NPA, los informes y las actas de reuniones se relacionaban con el contenido de las grabaciones y/o las transcripciones, contrariamente a las declaraciones escritas u orales de Zuma, no estaban alcanzados por la restricción de la orden de la Suprema Corte y por tanto deberían ser presentados. En otras palabras, el debate interno relacionado con las grabaciones sobre la decisión de interrumpir o no el procesamiento, no estaba alcanzado por la restricción en cuanto no se refería a las declaraciones mismas.

Los abogados de Alianza Democrática también sostuvieron que era inconcebible que no existieran memorándums internos de la NPA, informes o actas de reuniones que trataran sobre el contenido de las grabaciones y/o las transcripciones, y que por ello solicitaban su presentación, así como la de las grabaciones y transcripciones.

DA solicitó a la *High Court* que, de conformidad con la orden de la Suprema Corte en el mencionado fallo *Democratic Alliance v. Acting National Director of Public Prosecutions*, Zuma suministrara una copia de las grabaciones y sus transcripciones, así como memorándums, informes o actas de reuniones vinculados con el contenido de las grabaciones y/o transcripciones, siempre y cuando estos documentos no se refirieran directamente a las declaraciones escritas u orales de Zuma. Asimismo, alegó que era imposible que las grabaciones hubieran sido proporcionadas al ANDPP con carácter confidencial, ya que este se había referido públicamente a las mismas en ocasión de anunciar la decisión de interrumpir el procesamiento de Zuma. Por otra parte, Alianza Democrática afirmó que la Suprema Corte solo había previsto una restricción en aquellas declaraciones escritas efectuadas en nombre de Zuma y en los memorándums o informes referidos a ellas, cuya presentación pudiera violar su carácter confidencial. Asimismo, afirmó categóricamente la existencia de memorándums internos del NDPP, así como informes o actas de reuniones vinculados a las transcripciones que eran susceptibles de ser divulgados. El ANDPP respondió admitiendo la existencia de actuaciones, memorándums y actas de reuniones relativos a las discusiones internas y consultas que llevaron a tomar la decisión de interrumpir el procesamiento. Asimismo, sostuvo que todas esas actuaciones trataban específicamente de lo vertido en las declaraciones escritas y orales formuladas con carácter confidencial en nombre de Zuma, que tales cuestiones

estaban inextricablemente vinculadas con las grabaciones y las transcripciones, y que, por consiguiente, se encuadraban en el ámbito de la orden de la Suprema Corte y estaban alcanzadas por la restricción a la presentación de las actuaciones.

Zuma no respondió a la solicitud de presentación de las actuaciones reducidas. Sus abogados sostuvieron ante la *High Court* que el carácter confidencial, tal como había sido previsto en la orden de la Suprema Corte, alcanzaba a todo lo vinculado con las declaraciones hechas en nombre del Presidente. Asimismo, afirmaron que dado que el NDPP no había tomado las medidas necesarias para obtener las grabaciones, sino que había tenido acceso a ellas gracias a Zuma, resultaba ilógico e irracional separarlas de las declaraciones.

La *High Court* consideró que ya que las partes habían interpretado de manera diferente la orden de la Suprema Corte, era necesario que Zuma esclareciera su posición, porque los hechos objetivos planteados por Alianza Democrática exigían una respuesta convincente de por qué razón Zuma tenía derecho a la confidencialidad de sus declaraciones. El tribunal ordenó al ANDPP la presentación, entre otros documentos, de una copia de las grabaciones y de sus transcripciones, así como de memorándums internos, informes o actas de reuniones vinculados con el contenido de las grabaciones y/o transcripciones, siempre y cuando no violaran la confidencialidad de las declaraciones de Zuma.

Zuma, entonces, presentó un recurso de apelación ante la Suprema Corte contra la orden de la *High Court*.

**2. Sentencia:** se desestima el recurso de apelación interpuesto. Se modifica la orden de la *High Court* en los siguientes términos: 1) se ordena al ANDPP cumplir con la orden de esta Corte de fecha 20 de marzo de 2012 en un plazo de cinco días a partir de la fecha de la presente sentencia; 2) las actuaciones presentadas por el ANDPP deberán incluir una copia de las grabaciones y de sus transcripciones, así como memorándums, informes o actas de reuniones que se vinculen con el contenido de las mismas, siempre y cuando tales documentos no violen la confidencialidad de las declaraciones escritas u orales de Zuma; 3) en relación con los memorándums, actas y notas de reuniones (documentación interna), se dispone lo siguiente: *a*) en un plazo de cinco días a partir de la fecha de esta decisión, el ANDPP deberá enviar copias de la documentación interna al juez Hurt; *b*) sobre cada una de las copias, el magistrado deberá consignar la parte en la que a su criterio se evidencian las declaraciones orales o escritas formuladas por Zuma al ANDPP; *c*) ello deberá realizarse de conformidad con todas las directivas que el juez Hurt imparta a fin de dar cumplimiento a su mandato; *d*) la decisión del magistrado será definitiva y vinculante para las partes; *e*) si por alguna razón el juez Hurt no pudiere comenzar ni concluir su mandato, Alianza Democrática y Zuma deberán llegar a un acuerdo a través de una persona imparcial e independiente que lo suplante, y, si ello no se lograra, se solicitará al presidente del Consejo General del Colegio de Abogados de Sudáfrica que nombre a una persona para que actúe con tal fin dentro de los cinco días a partir de la fecha en que el juez Hurt deje su mandato; 4) el ANDPP y Zuma deberán pagar las costas de Alianza Democrática en forma solidaria, debiendo el uno pagar al otro para ser absuelto.

Inicialmente, el apoderado de Zuma sostuvo que las grabaciones formaban parte integral de las declaraciones de este y que por ello eran de carácter confidencial. Sin embargo, encontró grandes dificultades para identificar los hechos que fundamentaran su aseveración.

Las grabaciones no constituyen declaraciones escritas y, según lo manifestado por esta Corte en *Democratic Alliance v. Acting National Director of Public Prosecutions*, Zuma autorizó al NDPP el acceso a las grabaciones. Además, en el escrito del Ministerio Público, queda claro que el NDPP consideraba las grabaciones distintas de las declaraciones escritas. En segundo lugar, las grabaciones son anteriores a las declaraciones de Zuma. En tercer lugar, el apoderado de Zuma alegó que la parte fundamental de las grabaciones, que contenía una discusión que involucraba al NDPP afirmando que la decisión de procesar a Zuma era política y que constituía un abuso de poder, había sido publicada en el año 2009 por Mpshe (el ANDPP en el momento en que se tomó la decisión de no procesar a Zuma). Esta circunstancia pone fin a cualquier pretensión de confidencialidad. En cuarto lugar, también se ha determinado que el NDPP solicitó y obtuvo la verificación de autenticidad de las grabaciones por parte de la Agencia Nacional de Inteligencia (NIA, por sus siglas en inglés), y que esta tenía una copia en su poder que puso a disposición del NDPP. La NIA, además, desclasificó la información.

Con toda razón, la *High Court* llegó a la conclusión de que la orden de esta Corte, en la apelación de 2012, no preveía una prohibición total de divulgación y que solo excluía los asuntos que Zuma podía considerar confidenciales. Asimismo, observó que ante la falta de especificidad en relación con los reclamos de privilegio, no hay obligación de revelar la información.

Cabe señalar que en *Democratic Alliance v. President of the RSA* ((1) SA 417 (SCA)), entre otros, esta Corte se refirió al *Privy Council*, el cual, refiriéndose a la independencia judicial en *Sharma v Brown-Antoine and Others* ([2007] 1 WLR 780 (PC)), sostuvo que el mantenimiento de la confianza pública en la administración de justicia exige su imparcialidad. Asimismo, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en *Imbler v Pachtman, District Attorney* (424 US 409 -1976-), aludió a la política audaz e imparcial que debía caracterizar a la Procuración y a la independencia de juicio que la opinión pública exige de esta. Por otra parte, la Corte Constitucional de Sudáfrica afirmó que el art. 179 (4) de la Constitución de Sudáfrica establece que la legislación nacional debe garantizar que el Ministerio Público cumpla sus funciones sin temor, favor o prejuicio. En efecto, existe una garantía constitucional de independencia, y cualquier disposición o medida del Poder Ejecutivo que sea incompatible con ella estará sujeta al control constitucional.

Por último, es de destacar que el NDPP ha demostrado una incomprensible falta de interés en brindar asistencia a la *High Court* y a esta Corte. Además, es lamentable constatar que antes de que comenzara el litigio en el presente caso, el NDPP no tomó ninguna medida para garantizar una respuesta definitiva de Zuma o una decisión de la NPA respecto de la divulgación de los documentos y del material solicitado por Alianza Democrática. Esta conducta no es digna del Ministerio Público, pues socava la estima en que lo deberían tener los ciudadanos de Sudáfrica.

**SUPREMA CORTE DE APELACIONES DE SUDÁFRICA**, *Zuma v. DA*, sentencia del 28-8-2014, en <[http://www.justice.gov.za/sca/judgments/sca\\_2014/sca2014-01.pdf](http://www.justice.gov.za/sca/judgments/sca_2014/sca2014-01.pdf)>.



**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA.** LIBERTAD DE RADIODIFUSIÓN. PLURALISMO. DIVERSIDAD DE OPINIÓN. **MEDIOS DE COMUNICACIÓN.** RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA. **SOCIEDADES.** EMPRESAS PÚBLICAS DE RADIODIFUSIÓN. INJERENCIA ESTATAL (ALEMANIA).

**1. Antecedentes del caso:** la compañía de medios ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) está constituida sobre la base del Acuerdo Inter-Estadual para el Establecimiento de la Empresa Pública *Zweites Deutsches Fernsehen* (Tratado Estadual ZDF), que entró en vigencia mediante actas promulgadas por los *Laender* (Estados federales). Aparte del Director General, quien, como órgano central, administra los negocios de la compañía y tiene la responsabilidad final del programa, el Tratado Estadual ZDF establece dos organismos de control: el Consejo de Televisión y el Consejo Administrativo.

Los gobiernos locales de *Rhineland-Palatinate* y de la Ciudad Libre y Hanséatica de Hamburgo promovieron una acción solicitando la revisión judicial abstracta de lo que consideran una excesiva injerencia gubernamental en los Consejos de Televisión y Administrativo.

**2. Sentencia:** la libertad fundamental de la que goza la compañía de radiodifusión ZDF (art. 5.1, 2da. oración de la Constitución) exige que la creación institucional de las empresas públicas de radiodifusión se guíe por el principio según el cual debe asegurarse la diversidad, y que la proporción de los miembros que forman parte del gobierno o que están vinculados al mismo esté estrictamente limitada. El Tratado Estadual ZDF satisface solo parcialmente este estándar. A diferencia de lo que actualmente dispone el régimen legal alemán, la proporción de integrantes de los Consejos de Televisión y Administrativo que forman parte de un organismo estadual o que están vinculados al sector estatal debe limitarse a un tercio. Los representantes del Poder Ejecutivo no pueden tener una influencia determinante en la selección de los miembros que no forman parte de los organismos estatales. Se deben crear normas reglamentarias que determinen estas incompatibilidades a fin de asegurar que, a nivel personal, estas personas sean independientes del Estado. La independencia personal en el ejercicio de sus funciones debe salvaguardarse, asegurándose de que sus miembros no estén limitados por instrucciones ni puedan ser despedidas sino por razones de considerable envergadura. Por otra parte, se debe crear un mínimo de transparencia en relación con la labor de los órganos de supervisión. Los *Laender* (Estados federales) están obligados a adoptar nuevas normas constitucionales antes del 30 de junio de 2015.

Las pretensiones son, en su mayor parte, admisibles.

**2.1.** La garantía a la libertad de radiodifusión se encuentra incluida en el art. 5.1, segunda oración de la Constitución, y está destinada a establecer un sistema que

asegure que la diversidad de las opiniones existentes esté representada tan amplia y comprensiblemente como sea posible en los medios. La configuración de sistema corresponde al legislador, quien dispone de un amplio margen de discrecionalidad a esos efectos conforme al derecho constitucional. Los requisitos impuestos a la configuración institucional de las empresas de radiodifusión deben tener por objetivo garantizar la diversidad apuntada. Existe una estrecha interacción entre estas exigencias y la decisión fundamental de la legislatura a favor de un sistema de radiodifusión dual, público y privado. En este sistema, los medios públicos de radiodifusión deben contribuir a la diversidad de contenidos, que no puede ser proporcionada exclusivamente por el libre mercado. La función de estos medios no se reduce a proveer un mínimo de contenidos, ni a llenar las lagunas y nichos no cubiertos por los proveedores privados, sino que comprende la completa amplitud de la misión clásica de los medios de radiodifusión.

La composición de los organismos colegiados de control debe estar dirigida a incluir a personas con la mayor variedad de perspectivas y horizontes posibles de todos los sectores de la comunidad. El legislador debe ser muy cuidadoso de que no se presente ninguna perspectiva primordialmente oficialista ni otras perspectivas que resulten determinantes para la formación de opiniones relacionadas con el Estado y la política. Además de las asociaciones más importantes que determinan la vida pública, deben estar presentes también, en forma alternada, agrupaciones menores que carecen *per se* de acceso a los medios, así como también perspectivas no estén organizadas en forma estructurada. La circunstancia de que los miembros sean nominados en términos de su afiliación a grupos sociales específicos no significa que sean designados como representantes de sus respectivos intereses particulares. Antes bien, los organismos de control defienden los intereses del público en general. Asegurar la diversidad no significa proteger una esfera social propia que se encuentra yuxtapuesta al Estado. Es por ello que el legislador puede nombrar a algunos representantes del Estado. Dado el amplísimo objetivo de garantizar la diversidad, es necesario exigir que los representantes del Estado representen tantas perspectivas diferentes como sea posible.

Paralelamente, la organización de los medios públicos de radiodifusión debe satisfacer el principio de “separación del Estado” (*Staatsferne*) o independencia de la intervención estatal, al que se da un contenido específico con el principio de la garantía de la diversidad. En consecuencia, el Estado debe organizar los medios públicos de radiodifusión y cumplir con su mandato por medio de sus propias empresas de radiodifusión. Sin embargo, debe cuidar de que la programación y su contenido específico no pasen a formar parte del ejercicio general de sus funciones. Por lo tanto, los órganos de las empresas públicas de radiodifusión deben ser creadas de una forma tal que impida que la transmisión de noticias se vea influenciada por actores de la esfera política o por actores cercanos a la autoridad estatal a fin de hacer valer sus propios intereses o agendas específicas particularmente partidarias. La integración de estos órganos debe impedir, en los hechos, la posibilidad de esa instrumentalización.

**2.2.** En este contexto, de la Constitución resultan varias disposiciones restrictivas:

La proporción de miembros que forman parte del Estado o que están vinculados a él no puede exceder de un tercio de los miembros que la ley establezca para el respectivo organismo. Solo cuando los organismos de control reflejan una amplia diversidad de dinámica social y se descarta efectivamente una influencia determinante de los miembros que formen parte del Estado o que estén vinculados a este, su instauración satisface las exigencias de asegurar la diversidad y el principio de independencia de la intervención estatal. Aquí se debe tener en consideración la influencia de las estructuras de comunicación creadas por el Estado y estructuradas conforme a criterios partidarios; actualmente, esta influencia resulta manifiesta en los llamados “círculos de amigos”; a fin de asegurar que los miembros de los organismos de control que forman parte del Estado o están vinculados a él no puedan *de facto* lograr tener una influencia excesiva a través de dichos órganos informales, cuyo desempeño no puede ser regulado en forma efectiva, su proporción debe estar estrictamente limitada. Una influencia estatal determinante queda suficientemente excluida solo si para cada miembro que forma parte del Estado o está vinculado a él hay al menos dos miembros independientes de la autoridad estatal, es decir, si su proporción no es superior a un tercio de los miembros que la ley ha establecido para ese órgano respectivo. Si estos órganos se dividen en comisiones para realizar su labor, debe aplicarse el mismo criterio a su integración.

La función que un miembro ejerce determina si se lo considera o no parte de la autoridad estatal o vinculado a la misma. El criterio decisivo es si la persona tiene poder para tomar decisiones políticas, o si compete para ocupar un cargo o mandato público que le otorgue ese poder y particularmente depende del consentimiento de un público más amplio a este respecto. Además de miembros gubernamentales, legisladores y funcionarios políticos, esta categorización incluye a los funcionarios electos que tengan funciones jerárquicas y a los miembros de los partidos políticos con cargos de responsabilidad. En cambio, las personas que dependen de los organismos de control, de las universidades, del Poder Judicial o de organismos autónomos – como, por ejemplo, la Cámara de Comercio e Industria– no se considera que formen parte del Estado ni que están vinculados a él.

Por un lado, las exigencias vinculadas con la garantía de pluralismo se aplican a la designación de los miembros que forman parte del Estado o que están vinculados a él. Esto significa, en particular, que las diferentes corrientes políticas y otras diferencias de perspectiva, fundadas, por ejemplo, en la estructura federal de Alemania, o de carácter funcional estén representadas en una diversidad tan grande como sea posible. Por otra parte, se debe satisfacer lo que prescribe el art. 3.2, segunda oración de la Constitución, relativa a la prohibición de discriminación sexual. El legislador dispone de un amplio margen de apreciación a este respecto. Este Tribunal Constitucional únicamente revisa si la constitución de la empresa está guiada por el estándar de garantizar el pluralismo y si dicha organización, evaluada en términos realistas, conduce a un resultado que puede justificarse.

Por otro lado, las reglamentaciones atinentes a las designaciones y los nombramientos de los miembros que no forman parte del Estado también deben tener como objetivo asegurar la diversidad. A fin de no frustrar el principio de independencia de la intervención estatal, los miembros gubernamentales y otros

representantes de alto rango del Poder Ejecutivo no deben tener una influencia determinante a este respecto. En la medida en que la selección de los miembros se confíe a grupos específicos de la comunidad, esas propuestas de designación solo podrán ser rechazadas en casos excepcionales y por justa causa.

El legislador debe contrarrestar una prevalencia de las perspectivas mayoritarias, así como una petrificación de integración de los organismos de radiodifusión. A esos efectos, cuenta con un amplio espectro de medidas reglamentarias a adoptar que el derecho constitucional no describe en forma pormenorizada. Dada la necesidad práctica de mantener limitado el número de miembros de estos órganos, existe el peligro de que el derecho a nombrar a un determinado miembro se otorgue siempre a la asociación más importante y arraigada en un área determinada. Esto conlleva el riesgo estructural de que en las áreas pertinentes solo se considerarán las perspectivas convencionales mayoritarias de las asociaciones que mejor puedan hacer valer sus intereses, mientras que las pequeñas asociaciones que tengan otros criterios difícilmente logren hacerse oír. Por otra parte, si los grupos que tienen derecho a designar miembros están determinados por ley, existe el riesgo de que la integración de los órganos se petrifique. El legislador debe evitar la ocurrencia de esta posibilidad eficazmente.

Las personas que forman parte de los gobiernos, los legisladores, los que ocupan cargos políticos y los funcionarios electos con cargos jerárquicos no pueden ser designados como miembros desvinculados del Estado. Las personas que ocupan una posición jerárquica y de responsabilidad en un partido político, tampoco, puesto que inevitablemente participan en la toma de decisiones en el Estado y en la política, a la vez que compiten para ocupar cargos públicos. En lo que hace al grado de especificidad, el legislador tiene un margen considerable de apreciación y generalización para reglamentar las causales de incompatibilidad para los miembros que no forman parte ni están vinculados con el Estado.

Debe garantizarse que todos los miembros de los órganos de control de las empresas públicas de radiodifusión no estén sujetos a recibir instrucciones y que solo puedan ser despedidos por causales graves. Corresponde a la legislatura reglamentar esta materia en cuanto a sus especificaciones pertinentes.

El legislador debe crear reglamentaciones que garanticen un mínimo de transparencia en relación con la labor de los órganos de control de las empresas públicas de radiodifusión. La Constitución no especifica en forma detallada el grado de transparencia conveniente para el ejercicio de estos cargos. El mínimo requerido incluye, sin embargo, que la información sobre la forma de integración de los órganos y comisiones sea fácilmente accesible y que, al menos en principio, las actas de las sesiones estén disponibles en tiempo oportuno o que el público reciba de alguna otra forma información importante sobre esta materia y sobre el resultado de las deliberaciones.

**2.3.** Las disposiciones relativas a la composición del Consejo de Televisión conforme a lo dispuesto por el art. 21 del Tratado Estadual ZDF violan parcialmente el art. 5.1, segunda oración de la Constitución.

La proporción de miembros del Consejo de Televisión directamente designados que forman parte del Estado o están vinculados a él supera el umbral constitucional de un tercio. Conforme a los estándares descriptos, actualmente son los 16 representantes de los *Laender*, los 3 representantes del Estado federal, los 12 representantes de los partidos políticos y los 3 representantes de los gobiernos locales. En su conjunto, constituyen un porcentaje de alrededor del 44% de los miembros del Consejo de Televisión, lo que equivale a una minoría con capacidad para bloquear la aprobación de aquellas decisiones que requieren una mayoría de tres quintos de la totalidad de miembros. Solo bajo una interpretación acorde a la Constitución, no merece reproche constitucional el art. 21.3 en conjunción con el art. 6 del Tratado Estadual ZDF, en virtud del cual los miembros independientes del Estado –designados conforme a lo dispuesto por el art. 21.1 g) a q) del Tratado Estadual ZDF– serán nombrados, unánimemente siempre que sea posible, por los presidentes ministeriales de los *Laender*, sobre una terna de candidatos. Conforme a la práctica actual, estas disposiciones pueden, en el mejor de los casos, interpretarse en el sentido de que significan que los presidentes ministeriales están obligados por lo general a elegir entre las personas propuestas por las asociaciones y organizaciones que están legitimadas para proponer candidatos para ocupar cargos en los órganos de control, y solo pueden apartarse de esas listas cuando existe razones fundadas para ello.

En cambio, la designación de los miembros mencionados en el art. 21.1 r) del Tratado Estadual ZDF, seleccionados, unánimemente en la medida de lo posible, por los presidentes ministeriales conforme a lo dispuesto por el art. 21.4 en conjunción con el art. 6 del Tratado Estadual ZDF –que no contiene otras previsiones–, no satisface los requisitos para la designación de los miembros que no forman parte del Estado. Actualmente, la elección de estos miembros es realizada directamente por el Poder Ejecutivo estadual.

El art. 21.1 del Tratado Estadual ZDF no satisface las condiciones que el Derecho Constitucional exige para asegurar la independencia de la autoridad estatal, en la medida en que no está suficientemente reglamentadas las causales de incompatibilidad de los miembros que no forman parte del Estado. Por otra parte, no existen reglamentaciones que establezcan un mínimo de transparencia para la labor del Consejo de Televisión; las disposiciones restrictivas plasmadas tanto en el Tratado Estadual ZDF como en la normativa del Consejo de Televisión resultan insuficientes.

Las disposiciones relativas a la integración del Consejo Administrativo conforme a lo dispuesto por el art. 24 del Tratado Estadual ZDF violan, por los mismos motivos, el art. 5 párr. 1, oración 2 de la Constitución. Con una representación de 6 de los 14 miembros, la proporción de los miembros del Estado conforme a lo dispuesto por el art. 24.1 a) y c) del Tratado Estadual ZDF excede el umbral constitucional de un tercio. Por otra parte, los miembros estatales constituyen una minoría capaz de bloquear las decisiones que requieren ser aprobadas por una mayoría de tres quintos de los miembros del organismo. Más allá de esto, esta disposición no se compadece con la Constitución porque los miembros designados conforme a lo dispuesto por el art. 24.1 b) del Tratado Estadual ZDF son elegidos por un

Consejo de Televisión, cuya composición no es suficientemente independiente del Estado, y tampoco existen para ellos suficientes causales de incompatibilidad. Al igual que sucede con los miembros del Consejo de Televisión, el estatus personal de los miembros del Consejo Administrativo, no está suficientemente protegido. Además, no existe ninguna norma que reglamente la transparencia de la labor del Consejo Administrativo.

**2.4.** En la medida en que los arts. 21 y 24 del Tratado Estadual ZDF violan el art. 5.1, 2da. oración de la Constitución, solo se resuelve que resultan incompatibles con la misma, pero que se pueden aplicar transitoriamente hasta tanto se apruebe una nueva legislación, lo cual debe suceder antes del 30 de junio de 2015. Durante ese plazo, los *Laender* deben aprobar nuevas normas que satisfagan las exigencias constitucionales y que resulten aplicables para las próximas elecciones regulares de los órganos de control.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA**, 1 BvF 1/11 y 1 BvF 4/11, sentencia del 25-03-2014, en <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-026>>.



**PRESOS. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. SALUD.** DERECHO AL AGUA. **DIGNIDAD HUMANA. CÁRCELES.** HACINAMIENTO CARCELARIO. ESTÁNDARES MÍNIMOS DE SALUBRIDAD. **DERECHO PENAL. PENAS.** PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. FIN PREVENTIVO-ESPECIAL. FUNCIÓN RESOCIALIZADORA DE LA PENA (COLOMBIA).

**1. Antecedentes del caso:** Jorge Aldidier Ramírez Torres, interno del Complejo Carcelario y Penitenciario Picalaña “COIBA” de Ibagué, incoó acción de tutela contra las autoridades de dicho establecimiento en razón de la falta de suministro permanente de agua potable, insuficiencia que generaba situaciones de falta de higiene y enfermedades. Señaló que con anterioridad había efectuado una presentación ante las autoridades del complejo a fin de subsanar el problema, lo que así se logró en algunos de los bloques –en uno de los cuales estaba alojado–, pero posteriormente fue trasladado a otro, en el que la situación descrita no había sido solucionada. Exigió la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y a la salud, que interpreta vulnerados por la situación antes descrita.

Por su parte, el demandado adujo que el suministro de agua en dicho bloque es limitado, debido a que la estructura cuenta con más de 30 años, y brindó las explicaciones técnicas de su funcionamiento.

Se debe determinar si en el mencionado complejo se vulneraron los derechos fundamentales al agua, a la dignidad humana, a la vida y a la salud de Ramírez Torres al someterlo a vivir en pésimas condiciones de salubridad derivadas de la falta de suministro de agua suficiente, de la situación de hacinamiento, y de los problemas en la infraestructura carcelaria y en el sistema hidrosanitario del complejo.

**2. Sentencia:** se revocan las sentencias recurridas y se reconoce la violación de los derechos fundamentales del actor sobre la base de las consideraciones que seguidamente se exponen, y se ordena a las autoridades correspondientes que hasta tanto finalicen las obras que permitan el suministro de agua de forma continua y permanente se implementen medidas idóneas para garantizar un suministro mínimo de 25 litros diarios de agua a cada uno de los reclusos. Asimismo, se ordena que se adopten todas las medidas necesarias para garantizar condiciones de salubridad en el lugar, así como para brindar los servicios de salud necesarios que los internos requieran de modo inmediato.

*Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y la relación especial de sujeción con el Estado que determina su alcance*

La jurisprudencia de esta Corte Constitucional ha establecido el alcance de los deberes y derechos recíprocos entre el Estado y la persona privada de libertad. En virtud de esta relación especial, el Estado dota a las autoridades carcelarias y penitenciarias de potestad para limitar algunos derechos fundamentales (*v.gr.* libertad de locomoción), pero les impone el deber de garantizar integralmente otra serie de derechos que no admiten restricciones o limitaciones, como la vida, la dignidad humana y la salud.

Se recuerda que en el precedente T-153 del año 1998 se estableció la restricción de ciertos derechos en razón de la propia privación de libertad (derecho a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, de libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión), en tanto otros se mantienen incólumes pese al estado de reclusión (derecho a la vida e integridad personal, a la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud, al debido proceso y a peticionar).

En el precedente T-578 del año 2005, esta Corte destacó la existencia de ciertos derechos especiales de los reclusos que deben ser garantizados especialmente por el Estado relacionados con las condiciones materiales de existencia (alimentación, habitación, servicios públicos, salud).

El hacinamiento carcelario y la falta de salubridad en los penales son situaciones que desconocen el derecho a la dignidad humana de los reclusos y el fin resocializador de la pena, aspecto este último que justifica la aplicación de aquellas restricciones, en tanto mecanismo idóneo para lograr la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de las prisiones. Dicha postura ha sido adoptada en consonancia con disposiciones internacionales de derechos humanos (*v.gr.* Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5.6, etc.).

El respeto al principio de dignidad humana debe ser el pilar fundamental que debe guiar al Estado en esta clase de relaciones. En ese sentido, cabe remitirse a la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—que establecen que los reclusos tienen el derecho a ser tratados en una forma digna, de acuerdo con el valor que les confiere su calidad de personas, y que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes—; a las

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, al Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, y a los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.

Finalmente, se destaca que la obligación de la Administración de respetar los principios constitucionales se exagera en Colombia, atento a que su desconocimiento no se presenta en todas las cárceles del país, sino en algunas, situación que, además, vulnera el principio de igualdad de trato entre reclusos.

*El derecho fundamental al agua y la obligación del Estado de asegurar su satisfacción por lo menos en los niveles mínimos esenciales*

El derecho al agua es el que tienen todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, y es entendido como una garantía que posibilita el ejercicio efectivo de otros derechos (salud, vida, dignidad humana, vivienda y alimentación adecuadas). Si bien este derecho no ha sido expresamente consagrado en la Constitución Política de 1991, se ha reconocido de modo general el derecho a la salud y a un medio ambiente sano, y se establecieron responsabilidades para el Estado en relación con el suministro de agua potable y con el saneamiento básico, todo lo cual permite inferir que el derecho al agua potable encuentra respaldo constitucional.

El Estado debe verificar la *disponibilidad*, la *calidad* y la *accesibilidad* del agua. Bajo esa regla, el abastecimiento a cada persona deberá ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos, atendiendo a las circunstancias externas que impliquen la necesidad de recursos adicionales, como el clima y/o las enfermedades que padezcan los usuarios (disponibilidad); debe ser salubre, libre de microorganismos o sustancias químicas que puedan amenazar la salud (calidad); y finalmente debe ser asequible para todos (accesibilidad física y económica, que contemple aspectos tales como el acceso a la información y la no discriminación).

El derecho humano al agua emana también de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, integrante de la Constitución Política de 1991 en virtud del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.N.). Desde esa perspectiva, son vinculantes para el Estado todas las obligaciones contenidas en el Pacto y también las obligaciones que se desprendan de las interpretaciones que realice el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano autorizado a interpretar dicho tratado, el cual, en la Observación General n° 15 (2003), ha reconocido expresamente el derecho humano al agua y las obligaciones de los Estados en su realización. Dentro de estas últimas, se destacan su efecto inmediato con independencia de cualquier cuestión de tipo presupuestario, así como los niveles mínimos esenciales en que este derecho debe ser satisfecho. En tal sentido, cabe recordar los precedentes T-740/11 y T-471/11 de esta Corte, en los cuales se estableció la cantidad mínima de agua por día para satisfacer las necesidades diarias. Estas obligaciones no pueden suspenderse ni podrá justificarse su incumplimiento en la falta de recursos; el Estado debe garantizar este derecho sin discriminación, de modo inmediato y especialmente a las personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer ese derecho.

*La procedibilidad de la acción de tutela para reclamar la garantía del derecho al agua*

El derecho al agua está relacionado con distintos derechos colectivos (medio ambiente sano, equilibrio ecológico, y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, salubridad pública y acceso a servicios públicos), razón por la cual, en principio, el mecanismo judicial idóneo para su defensa es la acción popular.

Siendo así, la tutela no es procedente para proteger derechos colectivos; mas se interpreta que sí lo es para amparar derechos fundamentales que se estén vulnerando como consecuencia de la afectación de derechos e intereses colectivos en dos situaciones: cuando estos requieran la intervención urgente e inmediata del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable, y cuando la amenaza o vulneración de un derecho colectivo produzca la afectación directa de un derecho fundamental.

En el caso bajo examen, se considera procedente la acción de tutela, habida cuenta de que el reclamo implica un derecho fundamental, toda vez que su finalidad consiste en cubrir la necesidad de consumo y contribuir a preservar la salud y salubridad pública de los reclusos dentro del establecimiento carcelario.

*Las personas privadas de la libertad como sujetos especialmente vulnerables que merecen una garantía prioritaria y reforzada de su derecho fundamental al agua*

El agua es un recurso imprescindible que cumple numerosas finalidades, mas de todas ellas resulta prioritario el suministro destinado al uso doméstico o personal, o para evitar el hambre y las enfermedades.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que si bien el derecho al agua potable es aplicable a todos de forma universal, los Estados deben prestar especial atención a las personas o grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, entre quienes se encuentran los privados de su libertad, atento a que tal situación implica que no pueden obtenerlo ni por una prestación económica ni por otros medios en virtud de la restricción al derecho de locomoción.

Es en razón de esta vulnerabilidad que la garantía de su derecho debe ser reforzada.

En consecuencia, se ha establecido el deber del Estado de adoptar medidas para la provisión de agua suficiente y de calidad para atender sus necesidades diarias, teniendo en cuenta las prescripciones del derecho internacional humanitario y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Por otra parte, la actitud de desidia de las autoridades penitenciarias para garantizar el derecho al agua en condiciones mínimas que permitan subsistir en forma digna se ha reflejado en reiterada jurisprudencia del Tribunal, que determinó la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional respecto de las prisiones colombianas luego de que se conociera la condición de hacinamiento de los reclusos de las Cárceles Modelo y Bellavista de Medellín y Bogotá. Se dijo entonces que por tratarse de un estado de vulneración de los derechos fundamentales de carácter

general que afecta a una multitud de personas, *“lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”*.

El deber del Estado de garantizarles a los reclusos su derecho al agua de forma prioritaria y reforzada también encuentra sustento en diversos instrumentos internacionales, y en informes y documentos de órganos autorizados, como la Observación General n° 15 del Comité ya mencionada o las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, entre las que se toman en cuenta el clima, volumen del aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación (regla 10), la adecuación de instalaciones sanitarias para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (regla 12), la adecuación de las instalaciones de baño y ducha para que el recluso pueda y/o deba asearse a una temperatura y frecuencia adaptada al clima (regla 13), la limpieza de los locales (regla 14), la provisión de agua y artículos de aseo para los reclusos, y así garantizar salud y limpieza (regla 15), la regla por la que todo recluso deberá tener la posibilidad de contar con agua potable cuando la necesite (regla 20,2), etc.

Del mismo modo, los *“Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas (2008)”* disponen en sus Principios XI y XII que toda persona privada de su libertad deberá tener acceso en todo momento a agua potable suficiente y adecuada para su consumo, y que por tanto su suspensión o limitación como medida disciplinaria deberá ser prohibida por la ley. Asimismo, tendrán acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes que aseguren su privacidad y dignidad, así como a los productos básicos de higiene personal, y agua para su aseo personal, conforme a las condiciones climáticas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *“Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de su libertad en las Américas (2011)”*, señaló la cantidad mínima de agua diaria que una persona necesita para sobrevivir, la que podrá aumentar por ejemplo de acuerdo con el clima y otras cuestiones; la que se necesita para cubrir todas las necesidades diarias, y la que pueden almacenar.

El Comité Internacional de la Cruz Roja suscribió en su informe *“Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles”* (2011) que el servicio de agua se debe prestar sin interrupciones y en cantidades suficientes, y estableció que es tarea prioritaria de las autoridades de las cárceles arbitrar los medios para cumplir tales recaudos, pues los detenidos deben tener acceso al agua en todo momento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“la ausencia de condiciones mínimas que garanticen el suministro de agua potable dentro de un (establecimiento) penitenciario constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia, toda vez que las circunstancias propias del encierro impiden que las personas privadas de la libertad satisfagan por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”*.

### *Conclusiones*

1. Las personas privadas de la libertad son sujetos especialmente vulnerables que merecen una garantía prioritaria y reforzada de su derecho fundamental al agua:

*prioritaria*, por cuanto requieren el agua con fines domésticos o personales, para vivir en condiciones de salubridad y evitar enfermedades, y *reforzada*, en razón de que son uno de los grupos poblacionales que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho por el estado de cosas inconstitucional que se vive en las prisiones del país, y por su especial relación de sujeción con el Estado.

2. La situación de hacinamiento, las condiciones de insalubridad y la falta de suministro de agua suficiente que se vive en el interior de los establecimientos carcelarios deberán ser consideradas como condiciones del cumplimiento de la pena desocializadoras, pues vulneran la dignidad humana e impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización.

3. El derecho de los reclusos a la dignidad humana y la prohibición de ser objeto de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantadas por el hacinamiento, la insalubridad y las pésimas condiciones de infraestructura física de las cárceles y de los sistemas de suministro de agua al interior de las mismas. Asimismo, las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias ponen en riesgo de afectación el derecho a la vida y a la salud de los reclusos.

4. El Estado debe garantizar el derecho al agua a todas las personas por lo menos en unos niveles mínimos esenciales, lo que se traduce en la asunción de ciertas obligaciones básicas previstas en la Observación General n° 15 del Comité, las cuales constituyen el núcleo esencial del derecho al agua y no pueden suspenderse ni incumplirse alegando falta de recursos.

#### *Análisis del caso concreto*

En el caso bajo estudio se advierte que Ramírez Torres es un sujeto en situación de vulnerabilidad que merece una garantía prioritaria y reforzada de su derecho fundamental al agua. Conforme al criterio de la disponibilidad, las autoridades del establecimiento carcelario tenían obligación de garantizar el derecho al agua de los internos en forma continua y suficiente para usos personales y domésticos, atendiendo a las circunstancias externas que les demandaran recursos adicionales (en este caso, las posibles enfermedades que podrían estar padeciendo los reclusos y las altas temperaturas del lugar).

No se admite el argumento de la defensa de que el bloque 1 no recibe agua suficiente y continua debido a que la infraestructura es antigua, pues corresponde al Estado “velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles”. Todas las deficiencias de infraestructura detectadas, la sobrepoblación, la falta de salubridad y la insuficiencia en el suministro de agua, entre otras cuestiones, constituyen condiciones infrahumanas de cumplimiento de las penas que atentan contra la dignidad humana de los reclusos y no cumplen un fin resocializador.

Los problemas de infraestructura carcelaria demandan por parte de las autoridades competentes la adopción de medidas estructurales que solucionen la problemática de forma definitiva. Aunque tales medidas no puedan adoptarse de modo inmediato, no puede someterse a los internos a que continúen cumpliendo una pena en condiciones que atentan contra la dignidad humana y vulneran sus derechos

fundamentales. Teniendo en cuenta las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos, existen niveles mínimos esenciales de suministro de agua que deben ser garantizados a los reclusos, a determinarse conforme a las circunstancias que condicionan sus necesidades.

Se han contemplado distintos criterios para determinar el mínimo de agua necesaria para vivir; mas, por ser específico, se toma el parámetro fijado por la CIDH en su *“Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de su libertad en las Américas (2011)”*. Allí se estableció el mínimo de 13 a 15 litros de agua por persona, pero siempre que las instalaciones sanitarias estén funcionando adecuadamente. Por esta última razón, atendiendo tanto al estado de aquellas y a las demás condiciones –clima y enfermedades– antes expuestas, se considera que debe suministrarse un mínimo de 25 litros de agua por persona por día, de los cuales se permitirá almacenar 5 litros dentro de sus celdas, atento al clima y a las eventuales enfermedades que los internos puedan estar padeciendo.

En tal sentido, se ordena al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y al Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña COIBA que implementen de forma conjunta medidas idóneas que permitan garantizar el suministro mínimo de agua antes mencionado. Se dispone elaborar una lista de los internos que demandan servicios médicos, elaborar una lista con relación a enfermedades que padezcan y garantizar los servicios de salud que requieran de modo inmediato. También se les ordena adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar condiciones de salubridad adecuadas.

Finalmente, se ordena al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y al Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña COIBA que inicien de forma conjunta el diseño de un Plan de Mejoramiento integral del bloque 1, destinado a superar de forma estructural toda la problemática constatada.

Por último, se ordena al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué y a la Defensoría del Pueblo (Regional Tolima) que realicen el seguimiento de lo dispuesto y se verifique el cumplimiento del plan de mejoramiento ordenado.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**, sentencia T-077/13 del 14-2-2013, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-077-13.htm>>.



**PROPIEDAD INTELECTUAL. MARCAS Y PATENTES.** OBJETO PATENTABLE. BIOTECNOLOGÍA. PRODUCTOS DE LA NATURALEZA (AUSTRALIA).

**1. Antecedentes del caso:** Myriad es el propietario actual de una patente australiana que otorga a su titular derechos sobre un determinado ácido nucleico aislado que codifica una proteína mutante o polimórfica, por hacer referencia a una tabla diseñada sobre la base de una extensa investigación epidemiológica.

La señora D’Arcy impugnó la validez de esa patente fundándose en que los derechos protegidos en el caso no recaen sobre una invención en términos de la Ley

de Patentes de 1990 (*Patents Act 1990*, en adelante, la Ley), porque no constituyen derechos sobre un determinado modo de producción como tampoco sobre un contenido que pueda adecuadamente ser objeto de una patente en términos de la Ley. D'Arcy sostiene que el ácido nucleico aislado no es materialmente diferente del ácido nucleico celular, y que el ADN y el ARN producidos naturalmente, incluso en forma aislada, son productos de la naturaleza que no pueden constituir la base de una patente válida.

El tribunal de primera instancia confirmó la validez de los derechos de patente impugnados.

Entonces, D'Arcy interpuso un recurso ante la Corte Federal de Australia.

**2. Sentencia:** los principios relevantes aplicables a esta causa fueron establecidos por la *High Court* en el precedente *National Research Development Corporation v. Commissioner of Patents* (102 CLR 252 (NRDC) -1959-) y recientemente fueron confirmados en *Apotex Pty Ltd v. Sanofi-Aventis Australia Pty Ltd* (304 ALR 1 -2013-). Esta Corte no solo está obligada por esos principios, sino que también coincide con ellos.

Si un nuevo uso de un producto consiste en aprovechar una propiedad hasta entonces desconocida o insospechada de ese producto, puede considerarse que hay una invención a los efectos de su validez.

Expresiones tales como “obra de la naturaleza” o las “leyes de la naturaleza” resultan inútiles cuando se trata de esta clase de demandas.

Se puede trazar una distinción entre el descubrimiento de una determinada información abstracta sin sugerir su aplicación práctica para un objetivo útil, por un lado, y un resultado útil obtenido de hacer algo que no ha sido hecho por ese procedimiento previamente, por el otro.

En opinión de la Corte, el análisis debe centrarse en las diferencias estructurales y funcionales introducidas por la intervención del hombre, y no en las similitudes. El ácido nucleico aislado que es objeto de los derechos de patente impugnados ha dado lugar a un estado de cosas artificialmente creado que genera beneficios económicos y que puede ser apropiadamente el objeto de una patente. Son derechos sobre una invención en términos del art. 18(1) de la Ley.

Cabe destacar que la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió que un segmento de ADN aislado producido naturalmente se encuentra incluido dentro de la excepción de “producto de la naturaleza” (*Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc.*, 596 U.S. 12, p. 398 -2013-). Esta Corte manifiesta que este criterio no se compadece con el marco legal que las patentes tienen en Australia. Encuentra que el razonamiento de la mayoría en la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito Federal en el mismo caso resulta convincente y en concordancia con la tesis adoptada en *NRDC (Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office and Myriad Genetics, Inc.* (689 F.3 d 1903 -2012-).

Consecuentemente, esta Corte rechaza el fundamento con el cual D'Arcy alegó que la patente es inválida.

**CORTE FEDERAL DE AUSTRALIA**, *D'Arcy v. Myriad Genetics Inc.*, sentencia del 5-9-2014, en <<http://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2014/2014fcafc0115/summary/2014fcafc0115-summary>>.



**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. GENOCIDIO. TIPO OBJETIVO. ACTUS REUS (INTERNACIONAL).**

**1. Antecedentes del caso:** hasta comienzos de los años 1990, la República Federal Socialista de Yugoslavia –creada a fines de la Segunda Guerra Mundial– estuvo compuesta por las Repúblicas de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Macedonia, Montenegro, Eslovenia y Serbia. Después de la muerte del Presidente Tito en mayo de 1980, el país sufrió una gran crisis económica y crecientes tensiones entre sus diferentes grupos étnicos y nacionales a lo largo de una década. Algunas repúblicas pretendieron un mayor poder dentro de la Federación y, posteriormente, su propia independencia: Croacia, Eslovenia y Macedonia se declararon independientes en 1991, y Bosnia y Herzegovina en 1992. Serbia y Montenegro, herederas de la República Federal Socialista de Yugoslavia, adoptaron el nombre de República Federal de Yugoslavia y, años más tarde, en 2003, el de Serbia y Montenegro. En 2006 Montenegro se declaró independiente.

A comienzos de 1991, el 78% de los habitantes de Croacia era de origen croata. También vivían en su territorio algunas minorías étnicas y nacionales; en particular, un 12% de la población era de origen serbio y vivía cerca de las repúblicas de Serbia y Bosnia y Herzegoviana. Tiempo antes de su independencia, en Croacia crecieron las tensiones y, en el verano de 1991, se desató un conflicto armado entre croatas y la minoría serbia. La Armada Nacional de Yugoslavia, que según Croacia en ese entonces era controlada por el gobierno de la República de Serbia, intervino en la lucha contra las fuerzas del gobierno croata. A fines de ese año, los serbios de SAO Krajina –una región autónoma creada a fines de 1990– proclamaron la “Republika Srpska Krajina” (RSK). A inicios de 1992, dieron comienzo negociaciones que culminarían en el “Plan Vance” (Cyrus Vance fue el enviado especial del Secretario General de las Naciones Unidas a Yugoslavia) con el despliegue de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas, cuyos objetivos, sin embargo, no fueron completamente alcanzados: entre 1992 y la primavera de 1995, la RSK no pudo ser desmilitarizada, las partes en conflicto prosiguieron sus operaciones militares y los intentos de lograr una solución pacífica fracasaron. En el verano de 1995, Croacia logró restablecer el control en la mayor parte de la RSK.

En el presente caso, Croacia alega la responsabilidad de Serbia por violaciones a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención), cometidas en las regiones de Eslavonia Oriental y Occidental, Banovina/Banija, Kordun, Lika y Dalmacia entre los años 1991 y 1995. A su vez, Serbia sostiene que Croacia es responsable por las violaciones a la Convención cometidas en 1995 en la

“República Srpska Krajina” durante las operaciones militares croatas denominadas “Flash” y “Tormenta”.

**2. Sentencia:** se desestima la pretensión de Croacia por quince votos contra dos. Asimismo, se desestima por unanimidad la pretensión de Serbia.

El art. II de la Convención reza: “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Ahora bien, Croacia alega que actos que constituyen el *actus reus* del genocidio de conformidad con el significado del art. II, letras a) a d) de la Convención fueron cometidos por la Armada Nacional de Yugoslavia y las fuerzas serbias contra la población croata. Está probado que durante el conflicto en cuestión un gran número de muertes fueron perpetradas por dichas fuerzas en varias localidades de las mencionadas regiones de Croacia. Las pruebas aportadas demuestran que la mayoría de las víctimas eran miembros de la población croata, circunstancia que pone de manifiesto que los mismos fueron sistemáticamente perseguidos y que, por lo tanto, el *actus reus* del genocidio establecido en el art. II a) de la Convención ha sido probado. A la misma conclusión llega esta Corte con respecto al art. II b). En efecto, considera probado que las fuerzas serbias perpetraron actos de maltrato, tortura, violencia sexual y violaciones a la población croata de las regiones mencionadas durante el conflicto.

Por el contrario, en relación con los arts. II c) y II d) Croacia no ha llegado a demostrar su pretensión de que la población croata fue privada de alimento y de asistencia médica, sistemáticamente expulsada de sus hogares y sometida a trabajos forzados, de que sus propiedades fueron destruidas y saqueadas, y su herencia cultural, objeto de actos de vandalismo, ni que fueron perpetradas violaciones y violencia sexual por las fuerzas serbias contra la población croata a fin de impedir nacimientos en su seno. En consecuencia, el *actus reus* del genocidio no se ha podido probar en relación con dichos incisos del art. II.

También es preciso determinar si los hechos perpetrados por la Armada Nacional de Yugoslavia y las fuerzas serbias fueron cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a la población croata (*dolus specialis*) en las regiones mencionadas. Con respecto a ello, Croacia invoca 17 factores que demostrarían la existencia de un patrón de conducta en las fuerzas serbias del cual razonablemente se puede inferir el intento de destruir total o parcialmente a los croatas: 1) el expansionismo serbio que creó el clima propicio para la implementación de políticas genocidas orientadas a destruir a la población croata que vivía en las áreas destinadas a formar parte de la “Gran Serbia”; 2) las declaraciones de funcionarios públicos demonizando a los croatas y la propaganda por parte de los medios de comunicación controlados por el Estado; 3) la circunstancia de que las características de los ataques

a los croatas excedían ampliamente todo objetivo militar legítimo y necesario para asegurar el control de las regiones implicadas; 4) tomas en video que evidencian el intento genocida de los que llevaron adelante los ataques; 5) el reconocimiento expreso de la Armada Nacional de Yugoslavia de que grupos paramilitares participaron en actos genocidas; 6) la estrecha colaboración entre la Armada Nacional de Yugoslavia y los grupos paramilitares serbios responsables de la perpetración de las mayores atrocidades, planificación y apoyo logístico; 7) la naturaleza sistemática y la magnitud de los ataques a los grupos de croatas; 8) la circunstancia de que los croatas eran constantemente individualizados como blanco de los ataques mientras que los serbios locales no; 9) la circunstancia de que durante la ocupación, se exigía a los croatas identificarse con cintas blancas atadas alrededor de sus brazos y paños blancos colgados de sus casas; 10) el número de croatas muertos y desaparecidos en proporción a la población local; 11) la naturaleza, el grado y el alcance de las lesiones infligidas (en ataques físicos, actos de tortura, tratos inhumanos y degradantes, violación y violencia sexual), incluso de lesiones con características étnicas reconocibles; 12) el uso de un lenguaje étnicamente ofensivo en el curso de actos de tortura y violación; 13) el desplazamiento forzoso de croatas y los medios organizados para este fin; 14) el saqueo y la destrucción sistemática de los monumentos culturales y religiosos croatas; 15) la represión de la cultura y de las prácticas religiosas croatas entre la población restante; 16) los consiguientes, permanentes e intencionales cambios demográficos en las regiones en cuestión; 17) la circunstancia de que los delitos que Croacia considera actos de genocidio han permanecido impunes.

El análisis de los 17 factores invocados por Croacia no permite llegar a la conclusión de que hubo intención de destruir total o parcialmente a los croatas en las regiones referidas. Además, cabe señalar que el Fiscal del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia nunca imputó a nadie por genocidio contra la población croata en el contexto del conflicto armado que tuvo lugar en el territorio de Croacia entre 1991 y 1995.

De todo lo anterior se desprende que Croacia no ha logrado fundamentar su afirmación de que se cometió genocidio. En consecuencia, no puede plantearse ninguna cuestión de responsabilidad por la comisión de genocidio en virtud de la Convención en este caso, ni cuestión alguna de responsabilidad por incapacidad de prevenir y castigar el genocidio, o por complicidad en el genocidio. Por ello, procede desestimar la pretensión de Croacia en su totalidad.

Por su parte, Serbia alega que Croacia cometió varios actos que se encuadran dentro del alcance del art. II *a)*, *b)* y *c)* de la Convención, en particular los siguientes: bombardeo indiscriminado sobre ciudades de Krajina y matanza de civiles serbios; desplazamiento forzoso de la población serbia en Krajina; matanza de serbios que huían en columna de las ciudades atacadas; matanza de serbios que se quedaron después de la “Operación Tormenta”; destrucción a gran escala y saqueo de las propiedades de los serbios durante y después de la “Operación Tormenta”.

Esta Corte sostiene que no hay pruebas suficientes para aseverar que los bombardeos indiscriminados sobre las ciudades de Krajina apuntaran deliberadamente a causar bajas entre la población civil. Por otra parte, el desplazamiento forzoso de una población, incluso cuando estuviera probado, no constituye *per se* el *actus reus*

de genocidio. Sin embargo, sí está probado que se cometieron matanzas durante la huida de los serbios en columna y, si bien no es posible determinar el número de las víctimas o si se actuó sistemáticamente, dichas matanzas constituyen el *actus reus* del genocidio. Esta Corte está convencida de que durante y después de la “Operación Tormenta”, las fuerzas armadas y la policía croatas perpetraron actos contra la población serbia comprendidos dentro del alcance del art. II *a)* y *b)* de la Convención.

Sin embargo, no ha sido probado el *dolus specialis*. En efecto, incluso si fueran ciertas las afirmaciones de Serbia con respecto a la negativa croata a permitir que los refugiados serbios regresaran a sus hogares, ello no probaría la existencia de *dolus specialis*: el genocidio presupone la intención de destruir a un grupo como tal y no de infligirle daños o desplazarlo de su territorio, independientemente de cómo sean tipificadas dichas acciones. En consecuencia, no puede considerarse probado que se haya cometido genocidio durante y después de la “Operación Tormenta” contra la población serbia de Croacia. Por todo ello, procede desestimar la pretensión de Serbia en su totalidad.

**CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**, *Croatia v. Serbia*, sentencia del 3-2-2015, en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>>.



**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. PLAZO RAZONABLE. FUERZA PÚBLICA. USO INDEBIDO DE LA FUERZA PÚBLICA. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DEBER DE ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL ORDENAMIENTO SUPRANACIONAL. AMNISTÍA. INCOMPATIBILIDAD DE LEYES DE AMNISTÍA CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. NULIDAD (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PERÚ).**

**1. Antecedentes del caso:** el 9 de agosto de 1994, una patrulla militar en pleno patrullaje por las calles de Ate Vitarte, Lima, frente a un grupo de personas sospechosas decidió inspeccionar la zona a pie, dividiendo a los subalternos en grupos. El Sargento Pinedo y el Cabo J.C.A.L. conformaron uno de los grupos de la patrulla. Un vehículo de transporte público se detuvo en el lugar, y cuando este retomó la marcha, el sargento Evangelista Pinedo efectuó un disparo en dirección del mismo. Como consecuencia de ello, Zulema Tarazona Arrieta y Norma Pérez Chávez murieron y Luís Alberto Bejarano Laura sufrió lesiones graves.

Entonces, se abrieron investigaciones en la jurisdicción penal militar y ordinaria que fueron archivadas en junio y septiembre de 1995, respectivamente, por aplicación de la Ley de Amnistía n° 26.479.

El 21 de enero de 2003, la causa fue desarchivada en la jurisdicción ordinaria y se reabrió el proceso penal en aplicación de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, la cual declaró que las Leyes de Amnistía n° 26.479 y n° 26.492 eran incompatibles con la

Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecían de efectos jurídicos.

En el año 2008, las autoridades judiciales peruanas dictaron una sentencia penal condenatoria, que quedó firme. Condenó a Pinedo como autor de los delitos de homicidio simple de Tarazona Arrieta y Pérez Chávez, y de lesiones graves en perjuicio de Bejarano Laura. Asimismo, se ordenó como reparación civil el pago de una indemnización pecuniaria a favor de los familiares de las personas fallecidas y de Bejarano Laura.

**2. Sentencia:** se declara responsable internacionalmente al Estado de Perú por la violación al principio del plazo razonable del proceso penal seguido en contra del miembro del ejército peruano quien efectuó un disparo contra un vehículo de transporte público, causando la muerte de dos pasajeras y lesiones a una tercera persona.

El Estado es asimismo responsable por haber violado su deber de adecuar el derecho interno en materia de precaución y prevención en el ejercicio del uso de la fuerza y de la asistencia debida a las personas heridas o afectadas, así como por la aplicación de la Ley de Amnistía n° 26.479 en los procesos seguidos en contra del responsable del disparo.

Se condena a Evangelista Pinedo como autor del homicidio simple de Tarazona Arrieta y Pérez Chávez, y de lesiones graves en perjuicio de Bejarano Laura, y se ordena como reparación civil el pago de una indemnización pecuniaria a favor de los familiares de las personas fallecidas y de Bejarano Laura.

**2.1.** El Estado es responsable por haber violado el principio del plazo razonable en el proceso penal seguido en contra de Evangelista Pinedo, contenido en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1, en perjuicio de Bejarano Laura, Tarazona Hinostroza, Arrieta Bellena, Pérez Vera y Chávez Rojas.

Varios elementos impactaron negativamente sobre la duración del proceso penal, a saber: a) el hecho de que el proceso haya estado archivado más de siete años y cuatro meses por la aplicación de la Ley de Amnistía n° 26.479; b) la ampliación de varios plazos después de la reapertura del proceso penal en el año 2003, y c) el tiempo transcurrido para hacer efectivo el pago de las indemnizaciones por parte del Estado.

Por otra parte, el Estado ha incumplido el deber de adecuar su derecho interno, contenido en el art. 2 de la Convención, en relación con los arts. 8.1 y 25 de dicho instrumento, por la aplicación de la Ley de Amnistía n° 26.479 en los procesos seguidos en contra de Evangelista Pinedo, en perjuicio de Bejarano Laura y los familiares de Tarazona Arrieta y Pérez Chávez. Cabe recordar que en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, esta Corte ha resuelto que las Leyes de Amnistía n° 26.479 y n° 26.492 eran incompatibles con la Convención Americana, puesto que las mismas permitían que no se investigaran hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, y que, por lo tanto, carecían de efectos jurídicos para ese tipo de violaciones y también para otros casos de violación de los derechos contenidos en la Convención Americana acontecidos en el Perú. Asimismo, el Estado fue declarado

responsable por haber violado, al momento de los hechos, su deber de adecuar el derecho interno en materia de precaución y prevención en el ejercicio del uso de la fuerza y de la asistencia debida a las personas heridas o afectadas, en violación del art. 2 de la Convención, en relación con los derechos a la vida e integridad personal contenidos en los arts. 4 y 5 del mismo instrumento, en perjuicio de Tarazona Arrieta, Pérez Chávez y Bejarano Laura, puesto que no contaba con una reglamentación interna adecuada a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de 1990.

En relación con la alegada responsabilidad por las presuntas violaciones a los arts. 4.1 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Tarazona Arrieta y Pérez Chávez, y 5.1 en relación con el art. 1.1 de la Convención en perjuicio de Bejarano Laura, esta Corte ha constatado que de la prueba se desprende que los órganos de administración de justicia penal peruanos investigaron de manera efectiva, procesaron y condenaron al responsable de lo acontecido, y repararon pecuniariamente a los familiares de Tarazona Arrieta y Pérez Chávez, así como a Bejarano Laura.

En las circunstancias particulares del caso y tomando en cuenta lo establecido en la Convención Americana, en aplicación del principio de complementariedad no procede pronunciarse sobre las alegadas violaciones de los derechos a la vida y a la integridad personal. Con respecto a lo anterior, cabe reiterar que el sistema interamericano de derechos humanos consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren, y que si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte Interamericana. Cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla esta Corte para su aprobación o confirmación.

**2.2.** El Estado no violó el art. 5.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de Tarazona Arrieta, Pérez Chávez y Bejarano Laura por la prolongación del proceso penal seguido en contra de Evangelista Pinedo.

**2.3.** Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación y se ordena al Estado: *i*) publicar esta sentencia y su resumen, y *ii*) pagar la cantidad aquí fijada en concepto de reintegro de costas y gastos. El Estado debe también reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de esta Corte las cantidades erogadas durante la tramitación del caso.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*, sentencia del 15-10-2014, en <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.



**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. PROCESO PENAL. PRISIÓN PREVENTIVA. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ASISTENCIA LETRADA. PLAZO RAZONABLE. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. DEBIDO PROCESO. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EXCEPCIONES PRELIMINARES. FALTA DE COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS* Y *RATIONE MATERIAE* (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ARGENTINA).**

**1. Antecedentes del caso:** en 1980 se iniciaron procesos contra 20 oficiales militares argentinos por el delito de fraude militar, en cumplimiento de las disposiciones del Código de Justicia Militar de Argentina (CJM). Esos delitos consistieron, entre otros, en: *i*) la asignación irregular de créditos de diversas unidades de la Fuerza Aérea Argentina para posteriormente obtener, en beneficio propio, el importe de tales fondos; *ii*) la apropiación personal de fondos de las respectivas unidades de la Fuerza Aérea, y *iii*) la falsificación de documentos para los propósitos anteriores.

Los procesos judiciales comenzaron en octubre de 1980 ante la jurisdicción militar argentina. Durante un período de tres años a partir de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de Argentina, 18 de las víctimas fueron mantenidas en prisión preventiva. En junio de 1989, los 20 imputados fueron condenados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. Posteriormente, presentaron recursos ante la jurisdicción ordinaria, basados en el art. 445*bis* CJM entonces vigente.

Seis años después, tras diversos recursos y un incidente de conflicto de competencia, fueron juzgados por la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual falló en marzo de 1995. En esa sentencia, la Cámara rechazó los planteos de prescripción y de inconstitucionalidad; rechazó las solicitudes de amnistía por aplicación de la Ley n° 22.924 de Pacificación Nacional y Ley n° 23.521 de Obediencia Debida; declaró la nulidad parcial de los planteos concernientes a asociación ilícita presentados por el Fiscal General de las Fuerzas Armadas; redujo las penas impuestas a 19 condenados y absolvió a Ambrosio Marcial. Enseguida fueron presentados recursos extraordinarios y de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los cuales fueron rechazados por falta de fundamentación autónoma.

**2. Sentencia:** Argentina es internacionalmente responsable de la violación del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia respecto de Argüelles, Aracena, Arancibia, Candurra, Cardozo, Di Rosa, Galluzzi, Giordano, Machín, Maluf, Marcial, Mercau, Morón, Muñoz, Óbolo, Pérez, Pontecorvo y Tomasek. Asimismo, es también responsable de haber violado, al momento de los hechos, el derecho a ser asistido por un defensor letrado de su elección y el plazo razonable del proceso judicial respecto de las personas indicadas y, además, de Allendes y Mattheus.

#### *Excepciones preliminares*

El Estado interpuso tres excepciones preliminares sobre *a*) falta de competencia *ratione temporis*; *b*) falta de competencia *ratione materiae*, y *c*) falta de agotamiento de los recursos internos.

Por unanimidad, se admiten las dos primeras. Por consiguiente, este Tribunal se declara incompetente para conocer los hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa por parte de Argentina, el 5 de septiembre de 1984, y para declarar violaciones a la Declaración Americana de Derechos Humanos. En cambio, se declara competente para conocer todos los hechos o actuaciones ocurridos con posterioridad a esa fecha, respecto a las presuntas violaciones alegadas por la Comisión y los representantes.

Respecto de la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos, se desestima el alegato estatal por considerarse extemporáneo.

### *Fondo*

El Estado argentino es responsable por haber violado el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia, previstos en los arts. 7.1, 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Argüelles, Aracena, Arancibia, Candurra, Cardozo, Di Rosa, Galluzzi, Giordano, Machín, Maluf, Marcial, Mercau, Morón, Muñoz, Óbolo, Pérez, Pontecorvo y Tomasek. El Estado omitió valorar si las causas, necesidad y proporcionalidad de las medidas privativas de la libertad se mantuvieron durante tres años, con posterioridad a la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina. Asimismo, el Estado debió imponer medidas menos lesivas, especialmente cuando la pena del delito que se les imputaba era de un máximo de diez años de reclusión, teniendo en cuenta que en septiembre de 1984 el proceso ya no se encontraba en las primeras etapas. Lo anterior demostró que las prisiones preventivas constituyeron un adelantamiento de la pena y se los privó de la libertad por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado.

El Estado violó el derecho a ser asistido por un defensor letrado de su elección, contenido en el art. 8.2.d) y 8.2.e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 20 peticionarios. Lo anterior afectó el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas de las víctimas durante el procesamiento ante el fuero militar. La imposibilidad de nombramiento de un defensor de su elección durante el trámite del caso ante el fuero militar constituyó un desequilibrio procesal para los peticionarios, pues no contaron con la posibilidad de ejercer una adecuada defensa frente a los alegatos presentados por el ente acusador entre el 5 de septiembre de 1984, fecha de aceptación de competencia de la Corte, y el 5 de junio de 1989, fecha en que fueron condenados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.

Respecto al plazo razonable del proceso judicial, esta Corte estima que durante la tramitación del proceso en sede interna, tanto las autoridades judiciales como las defensas de las presuntas víctimas realizaron numerosas acciones que de forma clara representaron una dilación en la tramitación de la causa. De la prueba aportada se desprende que el proceso no representó un recurso simple y efectivo para determinar los derechos de las víctimas involucradas. Además, cabe reiterar que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. En el presente caso, efectivamente durante el período

en que los imputados estuvieron detenidos preventivamente era exigible del Estado una mayor diligencia en la investigación y tramitación del caso a fin de no generar un perjuicio desproporcionado a su libertad. Con base en lo anterior, el Estado incurrió en una falta de razonabilidad del plazo en el juzgamiento de los procesados, en violación del art. 8.1 de la Convención, en conexión con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las 20 víctimas indicadas anteriormente.

En relación con la alegada responsabilidad internacional del Estado por las presuntas violaciones a los arts. 8.1 y 25, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana, cabe concluir que tomando el proceso de manera integral, con la posterior intervención de los órganos de la jurisdicción ordinaria, mediante el recurso obligatorio de revisión de lo decidido por el fuero militar, previsto en el art. 445*bis* CJM, ello representó una nueva oportunidad para litigar los puntos cuestionados en el fuero militar y determinar las debidas responsabilidades penales. Como consecuencia, las sentencias originalmente dictadas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas fueron modificadas, las penas, disminuidas, una imputación fue desestimada, y un imputado fue absuelto. La actuación del fuero ordinario no contravino las garantías de competencia, independencia e imparcialidad judicial. De esta manera, dadas las particularidades del presente caso y la cuestión de la competencia *ratione temporis* de esta Corte Interamericana, en virtud de la revisión ante la jurisdicción ordinaria, con la observancia de las garantías del debido proceso y de los principios de independencia e imparcialidad judicial, el Estado no incurrió en violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en perjuicio de las presuntas víctimas.

Las presuntas víctimas no solicitaron en el fuero interno la recusación de los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal ni de la Corte Suprema de Justicia, ni aportaron prueba en el proceso que demostrara parcialidad de los mismos durante la tramitación de la causa, por ninguna razón subjetiva. Además, no fue presentada prueba de que la jerarquía funcional de los miembros del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas haya afectado su imparcialidad en el caso concreto. Como consecuencia de lo anterior, esta Corte Interamericana carece de elementos probatorios suficientes que le permitan concluir que los jueces que intervinieron durante el juzgamiento de los procesados hayan carecido de imparcialidad. En relación con las alegadas violaciones al principio de legalidad y retroactividad, contenido en el art. 9 de la Convención Americana, y a los derechos políticos, previstos en el art. 23 del mismo instrumento, el Estado no violó dichos derechos.

Este Tribunal llega a la conclusión de que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente se ordena al Estado: *i*) publicar el resumen oficial de esta sentencia, y *ii*) pagar las cantidades fijadas en ella en concepto de indemnización por daño inmaterial y reintegro de costas y gastos. Asimismo, se dispone que el Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de esta Corte las cantidades erogadas durante la tramitación del presente caso.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Argüelles y Otros vs. Argentina*, sentencia del 20-11-2014, en <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.



**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. PUEBLOS ORIGINARIOS. DERECHO DE PROPIEDAD. DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PLAZO RAZONABLE. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EXCEPCIONES PRELIMINARES. COMPETENCIA. RATIONE TEMPORIS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PANAMÁ).**

**1. Antecedentes del caso:** en el año 1972, con motivo de la construcción de una represa hidroeléctrica en la zona del Alto Bayano, Provincia de Panamá, parte de la reserva indígena del lugar fue inundada, y los moradores, reubicados en otras zonas. Por la construcción del embalse, el Estado otorgó nuevas tierras adyacentes al este de la reserva indígena. El traslado tuvo lugar entre 1973 y 1975, y la construcción hidroeléctrica finalizó en 1976.

El 8 de julio de 1971, se promulgó el Decreto de Gabinete n° 156 por el cual se estableció un “Fondo Especial de Compensación de Ayuda para los Indígenas del Bayano”. Entre 1975 y 1980 las autoridades estatales firmaron cuatro acuerdos principales con los representantes indígenas por las indemnizaciones supuestamente adeudadas como compensación por la inundación y la reubicación de sus habitantes. En los años posteriores, se realizaron otras reuniones similares con el fin de buscar una solución al conflicto sobre las tierras ocupadas entre los indígenas y los campesinos no indígenas o “colonos”, así como su reconocimiento de los derechos sobre las tierras de los Kuna y Emberá. En 1990 se incrementó la incursión de personas no indígenas en las tierras de las comunidades Kuna y Emberá y se intensificó la conflictividad en la zona.

Desde 1990, ciertos miembros de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano realizaron gestiones a fin de exigir el cumplimiento de los acuerdos y resoluciones antes mencionados, el reconocimiento legal de sus tierras, y la protección de las mismas frente a las incursiones de personas no indígenas.

Asimismo, algunos representantes de Kuna de Madungandí iniciaron procesos administrativos de desalojo y por daño ecológico, y promovieron acciones penales por la incursión de colonos y delitos contra el medio ambiente. Los representantes de Emberá de Bayano promovieron procesos administrativos cuyo objeto era la adjudicación de la propiedad colectiva.

El 12 de enero de 1996, se dictó la Ley n° 24 mediante la cual se creó la Comarca Kuna de Madungandí y, entre abril y junio de 2000, se llevó a cabo la demarcación física de la Comarca Kuna. El 23 de diciembre de 2008, fue aprobada la Ley n° 72, que estableció el procedimiento para la adjudicación de la propiedad colectiva de las tierras de los pueblos indígenas que no están dentro de las comarcas. Con respecto a los territorios de los Emberá, en los años 2011 y 2012, la Autoridad Nacional de Administración de Tierras (ANATI) dictó varias resoluciones respecto de la tenencia de las tierras, incluyendo una suspensión de las solicitudes de títulos de propiedad privada.

En agosto de 2013, la ANATI otorgó un título de propiedad sobre un terreno a un particular dentro del territorio que había sido asignado a la Comunidad Piriati Emberá.

El 30 de abril de 2014, el Estado otorgó un título de propiedad colectiva a favor de la comunidad Piriati Emberá sobre un terreno ubicado en el corregimiento de Tortí, Distrito de Chepo, Provincia de Panamá.

**2. Sentencia:** se declara internacionalmente responsable al Estado de Panamá por la violación del derecho a la propiedad colectiva por no haber delimitado, demarcado y otorgado títulos a las tierras asignadas al pueblo Kuna de Madungandí y a las comunidades Emberá Ipetí y Piriati, y por no haber garantizado el goce efectivo del título de propiedad colectiva de la comunidad Piriati Emberá. El Estado violó las garantías judiciales y el derecho interno en perjuicio del pueblo Emberá de Bayano porque los recursos incoados por estos no contaron con una respuesta que permitiera una adecuada determinación de sus derechos y obligaciones.

Por tanto, se declara al Estado responsable por la violación al principio del plazo razonable, en perjuicio del pueblo Kuna de Madungandí y sus miembros, respecto de dos procesos penales y un proceso administrativo de desalojo de ocupantes ilegales.

#### *Excepciones Preliminares*

El Estado opuso tres excepciones preliminares: por la falta de agotamiento de los recursos internos, por falta de competencia *ratione temporis*, y por falta de competencia por prescripción; todas, respecto de la presunta falta de pago por parte del Estado de las indemnizaciones relacionadas con la inundación y reubicación de los pueblos indígenas.

Se desestima la primera excepción por no haber sido planteada de forma precisa y específica en el momento procesal oportuno.

El Tribunal acepta la segunda excepción, considerando que Panamá ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 22 de junio de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de esta Corte Interamericana el 9 de mayo de 1990. Los hechos de la inundación, la reubicación de las comunidades indígenas de la reserva del Bayano, la normativa interna que dispone las compensaciones, así como los acuerdos firmados por las autoridades estatales y los representantes del pueblo indígena quedaron fuera de su competencia temporal por haber ocurrido con anterioridad al año 1990.

Esta Corte considera innecesario pronunciarse respecto de la tercera excepción relacionada con la alegada falta de competencia por prescripción, ya que aceptó la excepción por falta de competencia *ratione temporis*.

#### *Fondo*

En virtud de lo expuesto, el Estado es responsable por haber violado el derecho a la propiedad colectiva consagrado en el art. 21 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma. Al respecto, cabe recordar que este artículo protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan

de ellos. La falta de una delimitación y demarcación efectiva por parte del Estado de los límites del territorio sobre el cual existe un derecho de propiedad colectiva de un pueblo indígena puede crear un clima de incertidumbre permanente entre sus miembros. Considerando la normativa interna panameña y los tratados ratificados por ese país, es indudable que al menos desde 1990 –cuando se le reconoció a este Tribunal la competencia contenciosa– el Estado tenía la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras asignadas a favor de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano.

Cabe recordar la jurisprudencia de esta Corte, según la cual: 1) la posesión tradicional que ejercen los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro, y 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar el título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas. Los referidos elementos de la propiedad comunal de las tierras indígenas se refieren a los territorios ancestrales de estos, lo cual implica la ocupación tradicional de los mismos. No obstante, las obligaciones del Estado relacionadas con garantizar el goce del derecho de propiedad a los pueblos indígenas sobre las tierras alternativas deben necesariamente ser las mismas. En caso contrario, se limitaría el goce del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos Kuna y Emberá por no contar con una ocupación prolongada o relación ancestral con las tierras alternativas, cuando esa falta de ocupación es precisamente consecuencia de la reubicación realizada por el mismo Estado por razones ajenas a la voluntad de los pueblos indígenas.

Por otra parte, el Estado ha violado el art. 21 de la Convención, por *a)* no haber delimitado ni titulado los territorios del pueblo indígena Kuna de Madungandí durante un plazo de 6 años aproximadamente (de 1990 a 1996); *b)* no haber demarcado los territorios del pueblo Kuna de Madungandí durante un plazo de 10 años aproximadamente (de 1990 a 2000); *c)* no haber delimitado los territorios de las comunidades Emberá de Ipetí y Piriatí durante un plazo de 23 años aproximadamente (de 1990 a 2013); *d)* no haber titulado los territorios de la comunidad Piriatí Emberá durante un plazo de 24 años aproximadamente (de 1990 a 2014); *e)* no haber demarcado los territorios de la comunidad Piriatí Emberá durante un plazo de 24 años aproximadamente (desde 1990 hasta la fecha de esta sentencia); *f)* no haber demarcado ni titulado los territorios de la comunidad Ipetí Emberá durante un plazo de 24 años aproximadamente (desde 1990 hasta la fecha de esta sentencia), y *g)* por no haber garantizado el goce efectivo del título de propiedad colectiva de la comunidad Piriatí Emberá, puesto que hasta la fecha de esta sentencia el título de propiedad privada conferido a un particular aún no ha sido revocado; todo lo anterior, en perjuicio del pueblo Kuna de Madungandí y las comunidades Emberá de Bayano de Piriatí e Ipetí, y de sus respectivos miembros. Con respecto a las comunidades Emberá de Maje Cordillera y Unión, esta Corte no ha contado con elementos para analizar y pronunciarse sobre una alegada violación del derecho de propiedad.

Por otra parte, el Estado incumplió el deber consagrado en el art. 2 de la Convención Americana de adecuar su derecho interno, por no haber dispuesto a

nivel interno la normativa que permita la delimitación, demarcación y titulación de tierras colectivas antes de 2008, en perjuicio de los pueblos Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano y de sus miembros. Al respecto, esta Corte advierte que hasta ese momento, la práctica de Panamá era la titulación mediante la creación de comarcas indígenas por medio de leyes específicas para el caso, sin que existiera una normativa interna genérica mediante la cual se estableciera un procedimiento de titulación de tierras indígenas como propiedad colectiva. Sin embargo, este Tribunal encuentra que en el año 2008 se adoptó la Ley n° 72, que estableció un procedimiento para la titulación de la propiedad colectiva de tierras de los pueblos indígenas que no están dentro de las comarcas, con lo cual el Estado no violó el art. 2 de la Convención Americana respecto de la legislación actualmente vigente para delimitar, demarcar y titular las tierras indígenas.

Por lo tanto, se declara al Estado internacionalmente responsable por la violación de los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de las comunidades indígenas Emberá, porque los recursos incoados por estas no contaron con una respuesta que permitiera una adecuada determinación de sus derechos y obligaciones. Por otro lado, el Estado es responsable por la violación al principio del plazo razonable consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio del pueblo Kuna de Madungandí y sus miembros, y con respecto a dos procesos penales y un proceso administrativo de desalojo de ocupantes ilegales.

En cuanto a la alegada violación al deber de adecuar el derecho interno, consagrado en el art. 2 de la Convención Americana, en relación con la protección de los territorios indígenas frente a terceros, esta Corte considera que no se ha demostrado la existencia de un incumplimiento por parte del Estado. No fueron presentados alegatos o pruebas que permitan concluir que las acciones generales previstas en el ordenamiento jurídico panameño para el lanzamiento de terceros o para el procesamiento de los que realizaran ciertas acciones ilegales en territorios no son idóneas para cumplir con el fin perseguido por parte de las comunidades o que el diseño normativo de las acciones generales o comunes incoadas por los peticionantes no resulta idóneo para producir el resultado de un recurso específico previsto para los territorios colectivos de las comunidades indígenas.

Por otra parte, este Tribunal considera que los representantes y la Comisión tampoco explicaron por qué motivos los tipos penales ya existentes no permiten proteger los derechos de los pueblos indígenas con la misma eficacia, y de qué manera la falta de un procedimiento o tipo penal específico se tradujo en una afectación a los derechos de las comunidades en el caso concreto.

Por último, esta Corte no se va a pronunciar sobre la alegada violación del art. 24, puesto que la Comisión no indicó de qué manera lo alegado al respecto se habría traducido en violaciones específicas diferentes a las ya establecidas en la sentencia. Además, los representantes no presentaron pruebas que indiquen una diferencia de trato entre personas indígenas y no indígenas, específicamente, las referidas comunidades y personas no indígenas, con relación a los trámites de reconocimiento de títulos de propiedad sobre las tierras.

*Reparaciones*

Esta Corte considera parte lesionada a los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y a las comunidades Emberá Piriati e Ipetí de Bayano, y sus miembros, y resuelve que su sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, ordena al Estado: *i*) publicar esta sentencia y su resumen, así como realizar difusiones radiales de la misma; *ii*) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso; *iii*) demarcar las tierras que corresponden a las comunidades Ipetí y Piriati Emberá, y titular las tierras Ipetí como propiedad colectiva de dicha comunidad; *iv*) adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto el título de propiedad privada otorgado al señor Melgar dentro del territorio de la comunidad Emberá de Piriati, *v*) pagar las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos.

A su vez, dispone que el Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas las cantidades erogadas durante la tramitación del presente caso.

Asimismo, esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, sentencia del 14-10-14, en <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.



**RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DIGNIDAD HUMANA. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DETENCIONES ARBITRARIAS. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. MUJER. VIOLENCIA DE GÉNERO. VIOLENCIA SEXUAL. PROTOCOLOS ESPECÍFICOS DE INTERROGATORIO Y DE ATENCIÓN A LA VÍCTIMA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. ACCESO A LA JUSTICIA. TERRORISMO. FUERZAS DE SEGURIDAD. ABUSO DE PODER (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PERÚ).**

**1. Antecedentes del caso:** el 17 de abril de 1993, Gladys Espinoza Gonzales fue interceptada junto con su pareja Rafael Salgado en Lima por agentes de la División de Investigación de Secuestros (DIVISE) de la Policía Nacional del Perú (PNP), quienes habían montado el operativo denominado “Oriente” a fin de dar con los autores del secuestro de un empresario. Ambos fueron trasladados a las instalaciones de la DIVISE y, al día siguiente, Espinoza fue conducida a la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE). A la madre de Espinoza, Teodora Gonzales, se le negó que aquella estuviera detenida en el lugar y no se le permitió verla hasta tres semanas después. El 26 de abril de 1993, Gonzales presentó un escrito ante la Fiscalía

Especial de Terrorismo, solicitando la intervención de un médico legista para verificar la vida y el estado de salud de su hija. Dos días después, el entonces Coordinador General de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) denunció ante la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos y ante la Fiscalía de la Nación que Espinoza había sido sometida a abuso sexual y maltratos físicos desde el día de la detención. Durante su permanencia en la DINCOTE, Espinoza fue objeto de atención y tratamiento médico. Al respecto, se emitieron al menos cinco dictámenes, informes y certificados médicos en los cuales se certificó la presencia de lesiones y hematomas en diversas partes del cuerpo.

El 17 de febrero de 2003, la Sala Penal Superior de la Corte Suprema de Perú declaró nulo todo lo actuado en el proceso penal seguido ante el fuero militar por delito de traición a la patria contra Gladys Espinoza. El 1° de marzo de 2004, la Sala Nacional de Terrorismo dictó sentencia condenándola por la comisión de los delitos de alteración de la tranquilidad pública y terrorismo. El 24 de noviembre de 2004, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia le impuso una pena privativa de libertad de 25 años. Espinoza permaneció en diversos establecimientos penitenciarios en el Perú y actualmente continúa recluida. Entre 1996 y 2001, permaneció en el establecimiento penal de Yanamayo.

En el marco de los referidos procesos penales y en diversas oportunidades, Espinoza relató ante autoridades del Perú que fue sometida a actos de violencia durante su detención, así como a actos de tortura, violación y otras formas de violencia sexual durante el tiempo en que permaneció en las instalaciones de la DIVISE y la DINCOTE. A su vez, en el año 2004 se sometió a Espinoza a un Protocolo de Reconocimiento Médico Legal para la Detección de Lesiones Resultantes de Tortura en Personas Vivas.

A pesar de las numerosas denuncias formuladas desde 1993 en adelante y de los informes médicos que constataban su estado de salud, no hubo investigación alguna sobre los alegados actos de violencia y de abuso sexual. Fue recién el 8 de junio de 2011 cuando la Comisión Interamericana notificó al Perú el Informe de Admisibilidad y Fondo No. 67/11 correspondiente al presente caso, que puso en marcha el procedimiento que llevó a la investigación a cargo de la Tercera Fiscalía Penal Supraprovincial de Lima, la cual dio inicio el 16 de abril de 2012. Una vez realizadas las diligencias investigativas correspondientes en el marco de las cuales el Instituto de Medicina Legal el 7 de enero de 2014 elaboró un “Protocolo de Investigación de Tortura o Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes” respecto de Espinoza, el 30 de abril de 2014 el Fiscal formalizó la denuncia penal ante el Juzgado Penal Nacional de turno de Lima, y el 20 de mayo de 2014, el Primer Juzgado Penal Nacional emitió auto de procesamiento, mediante el cual promovió la acción penal contra varias personas por los delitos de secuestro, violación sexual y tortura.

## 2. Sentencia:

### *Excepciones preliminares y consideraciones previas*

El Estado interpuso dos excepciones preliminares alegando la falta de competencia *ratione materiae* y *ratione temporis* de esta Corte para conocer en relación

con el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*). Respecto a su competencia *ratione materiae*, esta Corte reitera que el art. 12 de dicho instrumento le concede competencia al no exceptuar de su aplicación ninguna de las normas y requisitos de procedimiento para las comunicaciones individuales, por lo que desestima la excepción preliminar. En lo que se refiere a su competencia *ratione temporis*, establece no tener facultad para pronunciarse con base en dicho tratado sobre los hechos y la falta de investigación previos al 4 de junio de 1996, fecha en que el Perú ratificó ese instrumento, por tanto, admite parcialmente la excepción preliminar.

Además, cabe resolver dos consideraciones previas relativas a la determinación de las presuntas víctimas y el marco fáctico del caso.

En cuanto a la primera, se excluye como presuntas víctimas a dos personas ante su solicitud expresa. En relación con la segunda, se excluyen determinados hechos alegados por las partes que no forman parte del marco fáctico del presente caso. Este Tribunal toma en consideración que la Comisión Interamericana excluyó expresamente del marco fáctico del caso los hechos relacionados con los procesos penales seguidos en contra de Espinoza, incluyendo únicamente su “supuesta detención ilegal y arbitraria” y “las presuntas torturas y condiciones inhumanas de detención de las que habría sido objeto, así como la alegada ausencia de investigaciones al respecto”.

### *Fondo*

Perú violó en perjuicio de Gladys Espinoza y en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: a) los arts. 7.1 y 7.2 de dicho tratado, por la falta de un registro adecuado de dicha detención; b) los arts. 7.1 y 7.4 del tratado, en razón de que no se le informó de los motivos de su detención ni se le notificaron los cargos formulados según los estándares convencionales; c) los arts. 7.1, 7.3 y 7.5 del mismo, por la falta de revisión judicial de la detención por al menos 30 días, que hizo que la detención pasase a ser arbitraria, y d) los arts. 7.1 y 7.6 de la Convención, en relación con el art. 2 de la misma, debido a la imposibilidad de interponer el recurso de hábeas corpus o cualquier otra acción de garantía durante la vigencia del Decreto-Ley 25.659 de agosto de 1992, que dispuso la improcedencia de las acciones de garantía de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo.

Durante su detención del 17 de abril de 1993, Espinoza fue golpeada y amenazada de muerte, y Perú no justificó la fuerza utilizada por sus agentes, en violación a su derecho a la integridad personal. La forma en que se dio dicha detención constituyó tortura psicológica. Una vez trasladada a las instalaciones de la DIVISE y la DINCOTE, Espinoza fue víctima de tratos inhumanos y degradantes, ya que estuvo sometida a incomunicación por aproximadamente tres semanas, sin acceso a su familia. Asimismo, en dichos recintos fue víctima de tortura en razón de que se ejerció violencia psicológica y física contra ella con la finalidad de conseguir información respecto del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y del secuestro mencionado. A su vez, Espinoza fue víctima de violación sexual y de

otros tipos de violencia sexual en reiteradas ocasiones y por un período prolongado de tiempo. Al respecto, debido a que lo sucedido a Espinoza fue consistente con la práctica generalizada de violación sexual y otras formas de violencia sexual que afectaron principalmente a las mujeres durante el conflicto, los actos de violencia sexual en su contra también constituyeron actos de tortura. Por todo lo anterior, esta Corte Interamericana considera que el Perú violó, en perjuicio de Espinoza, los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana e incumplió las obligaciones establecidas en los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura por los actos perpetrados en su contra en las instalaciones de la DIVISE y la DINCOTE en 1993. Además, en cuanto a los hechos de violencia y violación sexual, estima también violados los arts. 11.1 y 11.2 de la Convención.

Por otro lado, durante su permanencia en el establecimiento penitenciario de Yanamayo entre 1996 y 2001, el Estado sometió a Espinoza a un trato cruel, inhumano y degradante, en violación de los arts. 5.2 y 5.1 de la Convención Americana, en conexión con el art. 1.1 de la misma, teniendo en cuenta: *i)* las condiciones de detención en dicho penal; *ii)* el régimen al que fue sometida, previsto para procesados y/o sentenciados por terrorismo y traición a la patria, y *iii)* la ausencia de atención médica especializada, adecuada y oportuna ante el deterioro progresivo de salud de Espinoza evidenciado en los informes médicos que se le practicaron en la época. Igualmente, el Estado violó los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención en perjuicio de Espinoza, por la magnitud de la fuerza utilizada en su contra en el marco de una requisita ocurrida en el establecimiento penitenciario de Yanamayo el 5 de agosto de 1999 con la participación de efectivos de la Dirección Nacional de Operaciones Especiales (DINOES), lo cual constituyó una forma de tortura. En ningún caso, el uso de violencia sexual es una medida permisible en el uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad.

La práctica generalizada de violencia sexual por las fuerzas de seguridad durante el período del conflicto constituyó violencia basada en el género, pues afectó a las mujeres por el solo hecho de serlo. A la luz de ese contexto, el cuerpo de Espinoza como mujer fue utilizado a fin de obtener información de su compañero sentimental, y humillar e intimidar a ambos. Estos actos confirman que los agentes estatales utilizaron la violencia sexual y la amenaza de violencia sexual contra Espinoza como estrategia en la lucha contra el grupo subversivo. Espinoza fue víctima de trato discriminatorio individualizado por su condición de ser mujer, en violación al art. 1.1 de la Convención, en relación con los arts. 5.1, 5.2 y 11 del mismo tratado, y los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En razón de que Espinoza fue sometida a torturas, que incluyeron violencia y violación sexual, así como otros tratos inhumanos y degradantes, todo ello como práctica generalizada de los mismos, esta Corte aplica la presunción *iuris tantum* de la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de su madre, Teodora Gonzales. El Estado violó la integridad personal de su hermano, Manuel Espinoza y el art. 5.1 de la Convención Americana.

Asimismo, violó los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de dicho tratado, e incumplió las obligaciones establecidas en los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el art. 7.b

de la Convención *Belém do Pará* (en cuanto a esta última, a partir de la fecha en que fue ratificada), por el retardo injustificado para iniciar la investigación de los hechos ocurridos en perjuicio de Espinoza. Ni las declaraciones que se tomaron a Espinoza ni los informes médicos correspondientes a los exámenes que se practicaron cumplieron con los estándares internacionales aplicables a la recolección de prueba en casos de tortura y violencia sexual y, en particular, a la toma de declaraciones y la realización de evaluaciones médicas y psicológicas.

En cuanto a los interrogatorios que se realicen a una persona que afirma haber sido sometida a actos de tortura: *i*) se debe permitir que esta pueda exponer lo que considere relevante con libertad, por lo que los funcionarios deben evitar limitarse a formular preguntas; *ii*) no debe exigirse a nadie hablar de ninguna forma de tortura si se siente incómodo al hacerlo; *iii*) se debe documentar durante el interrogatorio la historia psicosocial y previa al arresto de la presunta víctima, el resumen de los hechos narrados por esta relacionados con el momento inicial de su detención, las circunstancias, el lugar y las condiciones en los que se encontraba durante su permanencia bajo custodia estatal, los malos tratos o actos de tortura presuntamente sufridos, así como los métodos presuntamente utilizados para ello, y *iv*) se debe grabar y hacer transcribir la declaración detallada. En casos de que la alegada tortura incluya actos de violencia o violación sexual, dicha grabación deberá ser consentida por la presunta víctima. Además, cuando se trata del interrogatorio que se realiza a una presunta víctima de actos de violencia o violación sexual, es necesario que la declaración se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y que la declaración se registre de forma tal que evite o limite la necesidad de su repetición. Dicha declaración deberá contener: *i*) la fecha, hora y lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto; *ii*) el nombre, identidad y número de agresores; *iii*) la naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima; *iv*) la existencia de uso de armas o retenedores; *v*) el uso de medicación, drogas, alcohol u otras sustancias; *vi*) la forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso; *vii*) los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima; *viii*) el uso de preservativos o lubricantes; *ix*) la existencia de otras conductas que podrían alterar la evidencia, y *x*) detalles sobre los síntomas que ha padecido la presunta víctima desde ese momento.

En casos donde existen indicios de tortura, los exámenes médicos que se realicen a una potencial víctima de tortura deben ser realizados con consentimiento previo e informado, sin la presencia de agentes de seguridad u otros agentes estatales, y los informes correspondientes deben incluir los siguientes elementos: a) las circunstancias del interrogatorio: el nombre del sujeto, y el nombre y la filiación de todas las personas presentes en el examen; la fecha y hora exactas; la ubicación, carácter y domicilio de la institución donde se realizó el examen; circunstancias particulares en el momento del examen y cualquier otro factor que el médico considere pertinente; b) una exposición detallada de los hechos relatados por el sujeto durante el interrogatorio; c) una descripción de todas las observaciones físicas y psicológicas del examen clínico, incluidas las pruebas de diagnóstico correspondientes y fotografías en color de todas las lesiones; d) una interpretación de la relación probable entre los

síntomas físicos y psicológicos, y las posibles torturas o malos tratos, y una opinión respecto a la recomendación de un tratamiento médico y psicológico o de nuevos exámenes, y e) el informe deberá ir firmado, indicando claramente a las personas que hayan llevado a cabo el examen.

En casos de violencia contra la mujer, al tomar conocimiento de los actos alegados, es necesario que se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea. Dicho examen deberá ser realizado de conformidad con protocolos dirigidos específicamente a documentar evidencias en casos de violencia de género. Más aún, en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática de la presunta víctima, y el peritaje ginecológico y anal debe ser realizado de considerarse procedente su realización y con el consentimiento previo e informado de la presunta víctima, durante las primeras 72 horas a partir del hecho denunciado, con base en un protocolo específico de atención a las víctimas de violencia sexual. Esto no obsta a que el peritaje ginecológico se realice con posterioridad a este período, con el consentimiento de la presunta víctima, toda vez que pueden ser encontradas pruebas tiempo después del acto de violencia sexual, particularmente con el desarrollo de la tecnología en materia de investigación forense. En vista de ello, la procedencia de un peritaje ginecológico debe ser motivada detalladamente por la autoridad que lo solicita y, en caso de no ser procedente o no contar con el consentimiento informado de la presunta víctima, el examen debe ser omitido, lo que en ninguna circunstancia debe servir de excusa para desacreditar a la presunta víctima y/o impedir una investigación.

Los médicos y demás miembros del personal de salud están en la obligación de no participar, activa ni pasivamente, en actos que constituyan participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos. En particular, el médico forense tiene la obligación de plasmar en sus informes la existencia de prueba de malos tratos. Así, los médicos forenses deben adoptar medidas a fin de notificar posibles abusos a las autoridades correspondientes o, si ello implica riesgos previsibles para los profesionales de la salud o sus pacientes, a autoridades ajenas a la jurisdicción inmediata. Además, el Estado debe proporcionar las garantías necesarias para que, si un examen médico forense apoyara la posibilidad de que se hayan cometido actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, el detenido o la detenida no regrese al lugar de detención donde estos habrían ocurrido. El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y profesionales de la salud encargados de examinar y prestar asistencia a los detenidos de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión. El deber de independencia exige que el médico tenga plena libertad de actuar en interés del paciente e implica que los médicos hagan uso de las prácticas médicas óptimas, sean cuales fueren las presiones a las que puedan estar sometidos, incluidas las instrucciones que puedan darle sus empleadores, autoridades penitenciarias o fuerzas de seguridad. El Estado tiene la obligación de abstenerse de obligar de

cualquier forma a los médicos de comprometer su independencia profesional. Si bien no basta con afirmar que un médico sea funcionario para determinar que no es independiente, el Estado debe asegurarse de que sus condiciones contractuales le otorguen la independencia profesional necesaria para realizar sus juicios clínicos libres de presiones. El médico forense tiene igualmente una obligación de imparcialidad y objetividad frente a la evaluación de la persona a quien examina.

Finalmente, el Estado incumplió su obligación contenida en el art. 1.1 de la Convención, en relación con los arts. 8 y 25 y 2 de la misma, y con los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el art. 7.b de la Convención de *Belém do Pará*, por la valoración estereotipada de la prueba por parte de la Sala Penal que derivó en que en el año 2004 no se ordenara la investigación de los hechos denunciados, lo cual constituyó discriminación en el acceso a la justicia por razones de género.

En este sentido, esta Corte Interamericana reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales. La garantía de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe plasmarse en la previsión de pautas para la valoración de la prueba que eviten afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas, las cuales no existieron en el presente caso. Finalmente, en el Perú se tornó invisible el patrón grave de violencia sexual del cual fueron víctimas las mujeres detenidas en razón de su presunta participación en delitos de terrorismo y traición a la patria, lo cual constituyó un obstáculo a la judicialización de dichos hechos, favoreciendo su impunidad hasta la fecha, y configuró discriminación en el acceso a la justicia por razones de género.

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Se ordena al Estado: *i*) abrir, impulsar, dirigir, continuar y concluir, según corresponda y con la mayor diligencia, las investigaciones y los procesos penales pertinentes, a fin de identificar, procesar y sancionar a los responsables de las graves afectaciones a la integridad personal ocasionadas en perjuicio de Espinoza; *ii*) brindar de forma gratuita e inmediata el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico, según corresponda, a las víctimas del presente caso que así lo soliciten; *iii*) publicar esta sentencia y su resumen oficial; *iv*) desarrollar protocolos de investigación para que los casos de tortura, violación sexual y otras formas de violencia sexual sean debidamente investigados y juzgados de conformidad con los estándares indicados en esta sentencia; *v*) incorporar en los programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a quienes están encargados de la persecución penal y su judicialización los estándares establecidos en esta sentencia; *vi*) implementar un mecanismo que permita a todas las mujeres víctimas de la práctica generalizada de la violación sexual y otras formas de violencia sexual durante el conflicto peruano tener acceso gratuito a un tratamiento de rehabilitación especializado de carácter médico, psicológico y/o psiquiátrico dirigido a reparar este tipo de violaciones; *vii*) pagar los montos señalados en esta sentencia en concepto de indemnizaciones por daños inmateriales, y el reintegro de costas y gastos. Asimismo, el Estado debe reintegrar el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de esta Corte las cantidades erogadas durante la tramitación del presente proceso.

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, caso *Espinoza Gonzales vs. Perú*, sentencia del 20-11-2014, en <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.



**SALUD.** ENFERMOS EN ESTADO VEGETATIVO PERSISTENTE O DE CONCIENCIA MÍNIMA. **DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.** DERECHO INNOMINADO A “*QUE SEA INTENTADO*” UN TRATAMIENTO MÉDICO EXPERIMENTAL. **SEGURIDAD SOCIAL.** ACCESO A LA SALUD. TRATAMIENTOS EXPERIMENTALES. **AMPARO** (COLOMBIA).

**1. Antecedentes del caso:** Mario de Jesús Rivera Vélez promovió una acción de tutela actuando como agente oficioso de su hija Mairoby Rivera Taborda (29 años), quien se encuentra en estado vegetativo desde hace cuatro años, contra la Entidad Promotora de Salud (EPS) Sanitas y COLSANITAS Medicina Prepaga, quienes se niegan a practicarle un tratamiento de “*estimulación espinal epidural cervical*”, el que fue ordenado el 12 de agosto de 2013 por el Dr. Maximiliano Páez Novoa, médico especialista en neurocirugía no inscripto en la mencionada EPS. Funda su petición en la experiencia y orden médica del mencionado galeno, avalada por otros dos especialistas que tampoco pertenecen a la red de Sanitas. Sobre esa base sostuvo que la estimulación del cerebro o médula espinal ha demostrado producir ciertos avances y resultados, que los pacientes implantados con el estimulador logran un mejor contacto con el medio y mejoran su capacidad de expresar algunas necesidades, que las eventuales complicaciones del tratamiento le han sido explicadas y las ha aceptado, y que el procedimiento ofrece una oportunidad a la paciente aunque no garantía de resultado. Explicó que el Dr. Páez Novoa es el neurocirujano que está tratando a su hija desde hace tres años, conoce muy bien su estado y es el único que ha ofrecido una alta probabilidad de recuperación –en tanto la EPS no le ha brindado ninguna otra alternativa–; adicionalmente, ha consultado a sus profesores en Tokyo, los cuales le han brindado muy buenas recomendaciones para poner esta alternativa en práctica en este caso.

Por su parte, la accionada sostuvo que se trata de una paciente sin posibilidades de recuperación, que la orden médica fue emitida por un galeno que no se encuentra inscripto en COLSANITAS, que el procedimiento previsto no es pertinente, que la junta médica que evaluó a la paciente el 13 de septiembre de 2013 decidió no recomendar “este tipo de tratamiento experimental para la paciente, considerando además que esta cirugía presenta unos riesgos predecibles, p[udiendo] afirmar que los riesgos superan en gran medida los posibles beneficios que hasta el momento no se han demostrado”, y que es un procedimiento fuera del listado de beneficios a los cuales tienen derecho los afiliados al Sistema General de Seguridad de Salud en Colombia (POS).

El 30 de noviembre de 2009, el Juzgado Penal Municipal de Medellín ordenó a la EPS Sanitas brindar a la paciente atención integral. Posteriormente, el Dr. Páez Novoa sugirió el procedimiento que la EPS se negó a realizar, conforme fue explicado en párrafos anteriores. El 5 de noviembre de 2013, se inició un incidente de desacato ante el Juzgado Veinticinco Penal Municipal de Medellín, el cual, mediante auto

del 27 de noviembre de 2013, se abstuvo de iniciar dicho trámite por tratarse de un procedimiento experimental. Frente a este decisorio, se interpuso recurso de reposición, el cual no fue concedido.

Posteriormente, mediante sentencia del 5 de mayo de 2014, el Juzgado Penal Municipal de Medellín declaró improcedente el amparo. En primer lugar, analizó si se trataba de un caso de temeridad, en razón de que existía una sentencia anterior que había dispuesto el tratamiento integral de la paciente. Descartada la temeridad, el juez estimó que se estaba ante un caso de cosa juzgada constitucional, por cuanto existía identidad entre los sujetos, los derechos reconocidos, la *causa petendi* y el objeto, es decir, el reconocimiento de un tratamiento integral.

La EPS impugnó ese fallo, atento a que si bien había sido ordenado el tratamiento integral, había sido con posterioridad al dictado de la sentencia que se propuso efectuar este tipo de tratamiento.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 25 de junio de 2014, confirmó el fallo de primera instancia.

Entonces Rivera Vélez interpuso una acción de tutela ante la Corte Constitucional.

**2. Sentencia:** se revocan los fallos que rechazaban el amparo solicitado. Se ampara el derecho fundamental *“a que sea intentado”* un tratamiento médico experimental con la paciente Rivera Taborda. Se ordena a la EPS Sanitas y COLSANITAS Medicina Prepaga que autorice la realización del tratamiento denominado *“estimulación espinal epidural para el tratamiento de estados de subconciencia (estado vegetativo-estado de conciencia mínimo) y programación de voltajes adecuados para el caso”*, a cargo del Dr. Páez Novoa.

En este caso, se debe determinar si la protección constitucional de los derechos fundamentales de una paciente que se encuentra hace cuatro años en estado vegetativo persistente exige que se ordene a una EPS a brindar un tratamiento que no se encuentra incluido en el POS, tomando en cuenta que existe una controversia científica entre dos grupos de médicos, unos pertenecientes a la EPS y otros no. El debate versa sobre ciertos ejes: *a)* casos excepcionales en los cuales se admite la recomendación de un médico externo; *b)* el derecho innominado fundamental de los pacientes en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima a *“que sea intentado”* un tratamiento médico experimental, y *c)* la naturaleza *“experimental”* que ofrece el tratamiento en el caso concreto.

Las partes no han efectuado planteo alguno vinculado con los costos del tratamiento solicitado. Por ello, el problema jurídico a resolver no versa sobre la posible tensión que se presente entre los derechos fundamentales de la paciente y la sostenibilidad económica del sistema de seguridad social en salud.

*Casos excepcionales en los cuales se admite la recomendación emitida por un médico externo*

Es jurisprudencia reiterada de esta Corte que el servicio que requiere un paciente debe ser decidido por el médico tratante, por ser esta la persona capacitada

que cuenta con el criterio científico y que conoce al paciente y su diagnóstico concreto, y el que se encuentra adscrito a la entidad encargada de la prestación. Sobre esta base, en principio, debería ser rechazado el amparo. Sin embargo, tal regla no es absoluta en tanto podría eventualmente verse vulnerado el derecho constitucional a la salud. En tal sentido, en el precedente T-760 (2008) se sostuvo que la excepción a tal regla puede aplicarse cuando exista una recomendación de un médico no adscrito, o cuando se trata de un profesional reconocido, o cuando la entidad no lo ha desvirtuado con base en razones científicas pertinentes al caso específico del paciente.

No puede negarse el acceso a un tratamiento médico solo porque la orden no fue impartida por un médico adscrito al sistema de salud del paciente. Ello encuentra sustento en que no siempre el “médico tratante” es sinónimo de galeno vinculado a las EPS del paciente, pues si bien ello encuentra justificación en la sostenibilidad financiera del sistema de salud, no toma en cuenta que un médico externo puede haber tenido un contacto más directo, continuo y prolongado con el paciente que aquel designado por la EPS. Ello deriva de que el término “médico tratante” está más vinculado a quien “trata” al paciente, vale decir, a quien conozca más su patología. Se advierte que el Dr. Páez Novoa –si bien no se encuentra vinculado con la EPS Sanitas– es un profesional reconocido que integra el Sistema de Salud de Colombia, que en dos oportunidades ha ordenado la práctica “*estimulación espinal epidural*” a favor de la paciente Rivera Taborda; que tal recomendación científica ha sido reconocida por médicos adscritos a la EPS Sanitas; que el Juzgado que oportunamente ordenó el suministro de un tratamiento integral a la paciente dispuso que la EPS debía brindarle una atención profesional responsable “que permita corroborar el diagnóstico de los especialistas particulares y determinar el tratamiento a seguir”, y que el mencionado profesional ha estado atendiendo a esta paciente desde hace más de cuatro años y medio, habiendo expuesto su caso a sus profesores de Tokio, quienes le marcaron pautas de atención al respecto. Todo ello lleva a concluir que se está frente al médico que realmente ha “tratado” a la paciente. Consecuentemente, se considera que la circunstancia de que el Dr. Páez Novoa no tenga la calidad de adscrito a la EPS Sanitas no es óbice para la procedencia del presente amparo.

*El derecho fundamental innominado de los pacientes en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima a “que sea intentado” un tratamiento médico experimental*

Esta Corte a continuación analiza diferentes aspectos con el propósito de evidenciar la existencia de un derecho fundamental innominado (art. 94, Constitución Nacional).

En un artículo publicado titulado “Persistent vegetative state after brain damage: a syndrome in search of a name” (1972), Jennet y Plum explican que el *estado vegetativo persistente* es el que presenta la persona que mantiene sus funciones cardiovasculares, respiratorias, renales, termorreguladoras y endocrinas, así como la alternancia sueño-vigilia, pero que no muestra ningún tipo de contacto con el medio externo y ninguna actividad voluntaria. El adjetivo *persistente* significa

que se encuentra sostenido en el tiempo, e implica una condición de pasado y de continuación de incapacidad con un futuro incierto, interpretándose que ello ocurre cuando su duración supera un mes. En tanto, ese estado será *permanente* cuando sea irreversible. Posteriormente, la Comisión Presidencial para el Estudio de Problemas Éticos en Medicina e Investigación Biomédica y Conductual aceptó la definición antedicha e interpretó que es solo una forma de inconsciencia permanente.

Este estado ha generado discusiones en orden al diagnóstico, pronóstico y medidas terapéuticas para la atención de estos pacientes. Así, en 1989 la Academia Americana de Neurología señaló la nutrición e hidratación artificial como formas de tratamiento médico. El estado vegetativo persistente puede ser diagnosticado de acuerdo con distintos criterios: *i)* no hay evidencia de conciencia de sí mismo o del medio ambiente y una incapacidad para relacionarse con los demás; *ii)* no hay prueba de respuestas voluntarias ante estímulos de carácter visual, auditivo o táctil; *iii)* no hay seguridad sobre la comprensión del lenguaje o la expresión; *iv)* la vigilia intermitente se manifiesta por la presencia de ciclos de sueño y vigilia; *v)* hipotálamo suficientemente preservado y tallo cerebral con funciones autónomas para permitir la supervivencia con la atención médica y de enfermería; *vi)* incontinencia del intestino y la vejiga, y *vii)* reflejos variables (pupilar, córnea, vestíbulo-ocular y gag) y reflejos espinales.

El *estado de conciencia mínima* es el que presentan los pacientes con alteración severa de conciencia, pero que no cumplen los criterios diagnósticos del coma o del estado vegetativo. La principal característica es que eventualmente muestran evidencia “discernible de conciencia”. Expertos españoles del Centro de Rehabilitación del Daño Cerebral explican que la distinción entre ambas patologías es muy importante desde el punto de vista de la planificación del tratamiento a seguir y de los resultados que se obtendrán, pues el pronóstico es más favorable para quienes presentan este estado de conciencia mínima que para quienes están en un estado vegetativo permanente.

En el ámbito legal, deben ser considerados como pacientes en estado vegetativo. Sin embargo, con estos pacientes se debe intentar un tratamiento rehabilitador neuropsicológico, multidisciplinar e intensivo, ya que existe la esperanza de conseguir logros importantes hacia la recuperación funcional. El paciente que se encuentra en este estado en ciertos casos es capaz de hacer al menos una de estas actividades: seguir órdenes sencillas, responder “sí” o “no” a preguntas básicas, ya sea verbalmente o con gestos, y/o actuar de manera decidida (*v.gr.*, presionar un botón en un comando a distancia para cambiar el canal de TV).

#### *Pronunciamientos de la Corte en materia de tratamientos experimentales*

En la sentencia T-597/01, esta Corte precisó qué debía entenderse por tratamiento experimental. Se dijo que para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, debe ser sometido a un proceso de acreditación que comprende la validación informal –que es la que lleva a cabo la comunidad científica– y la validación formal –que es la expedida por entidades especializadas en acreditación–. Así, se considera que un tratamiento es experimental cuando aún no cuenta con la aceptación de la comunidad científica

ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas, lo que significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente. El derecho a la salud, o el acceso al servicio de su recuperación, implica que las personas deben tener acceso a aquellos servicios cuyo nivel de efectividad sea aceptable; y de ello se deriva que el tratamiento que no cumpla con tales requisitos no resulta aceptable ni susceptible de financiación con cargo a los recursos del sistema.

En el caso T-1330/05, esta Corte declaró que si bien es razonable que el sistema de seguridad social en salud no tenga que asumir costosos tratamientos experimentales, existen excepciones en la materia. En tal sentido, sostuvo que la prohibición absoluta del financiamiento de procedimientos variados de tipo experimental con recursos del sistema puede resultar desproporcionada y, por tanto, vulneradora del derecho a la salud no solo en caso de riesgo para la vida del paciente, sino también cuando existan reales posibilidades de recuperación o mejoría. Por lo tanto, los jueces de tutela deben ponderar los diversos supuestos fácticos y jurídicos en juego en cada caso concreto, tales como el costo de la prestación, la información científica disponible y los diversos principios de raigambre constitucional, como lo es la igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia.

En el caso T-180/13, esta Corte consideró que un tratamiento experimental no puede desplazar los procedimientos incluidos en el POS, puesto que no se encuentran acreditados científicamente como servicios de recuperación de la salud. Sin embargo, cuando existan dudas, corresponde a los Comités Técnicos Científicos con intervención de médicos especialistas evaluar el acceso a dichos procedimientos como parte del servicio de salud, teniendo en cuenta que tienen el conocimiento especializado de la ciencia médica, dedicado a establecer la validez terapéutica, la efectividad y los riesgos de los mismos.

En conclusión, al momento de examinar la viabilidad de ordenar por vía de amparo el suministro de un tratamiento, procedimiento o medicamento de naturaleza experimental, se debe revisar que no exista un sustituto válido en el POS. Importa igualmente evaluar los conceptos emitidos por el médico tratante o eventualmente por los Comités Técnicos Científicos. De igual manera, se deberán considerar los costos que implique el tratamiento.

*Contenido y alcance del derecho fundamental innominado a “que sea intentado” un tratamiento médico experimental (“right to try”) para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima*

Tradicionalmente esta Corte, al analizar el tema de los tratamientos experimentales, se ha enfocado en el derecho a la salud; así, se han analizado casos en los que ha existido un riesgo inminente y grave para la salud. Para decidir, se pretende contar con un cierto grado de certeza acerca de la eficacia del tratamiento o del procedimiento.

En cambio, es materia de debate una patología en la que no existe premura para actuar ni un elevado riesgo para el paciente, dada la extrema afectación que padece. Tampoco se conoce fehacientemente el grado de eficacia del tratamiento que se solicita y ni siquiera se cuenta con el consentimiento informado del paciente

por cuanto no puede expresarlo. Es decir, el tratamiento jurisprudencial relativo a tratamientos experimentales fundado en la protección del derecho a la salud ha sido superado por las características especiales que ofrecen los pacientes que se encuentran en un estado vegetativo persistente o de conciencia mínima.

Analizada esta particular circunstancia, se estima que, sobre la base del art. 94 de la Constitución, existe un derecho fundamental innominado a “*que sea intentado*” un tratamiento médico experimental (“*right to try*”) para los casos de los pacientes que se hallan en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima, cuyos titulares son el paciente y sus familiares.

Este derecho a “intentar” un tratamiento médico experimental consiste en agotar todas las posibilidades científicas existentes, incluso de carácter experimental, siempre y cuando se cuente con una orden del médico tratante, para los casos desesperados en los cuales no parece existir ninguna otra opción, bien sea de recuperación o de evitar el inminente fallecimiento del paciente. Se trata claramente de situaciones límite.

Este derecho ha sido objeto de recientes desarrollos legislativos en cinco estados de los Estados Unidos. El Gobernador de Colorado, el 17 de mayo de 2014, promulgó una ley “*sobre la autorización para que los enfermos terminales tengan acceso a los productos de investigación que no han sido aprobados por la Administración de Alimentos y Medicamentos [FDA, por sus siglas en inglés] y para que los pacientes puedan participar en ensayos clínicos*”. Entre sus fundamentos, se destaca: *a)* que el proceso de aprobación de medicamentos en USA protege a futuros pacientes de medicamentos y tratamientos prematuros ineficaces o peligrosos, pero a menudo suele demorar varios años; *b)* que los enfermos terminales no disponen de tiempo para esperar dicha aprobación; *c)* que ellos tienen, además, el derecho fundamental a intentar perseguir la preservación de su propia vida y acceder a fármacos, productos biológicos y dispositivos disponibles como producto de una investigación; *d)* que el uso de aquellos es una decisión que debe ser tomada por el enfermo terminal, en consulta con el médico tratante y el equipo de salud correspondiente, y *e)* que la decisión sobre su utilización debe hacerse con pleno conocimiento de los posibles riesgos, beneficios y consecuencias para el paciente y su familia. Ahora bien, el ejercicio de este derecho está sometido al cumplimiento de ciertas condiciones: *i)* ser “paciente elegible”, lo que implica que la persona debe tener una enfermedad terminal, comprobada por el médico tratante; *ii)* se deben haber tomado en cuenta otras opciones de tratamiento ya aprobadas por la FDA; *iii)* debe haber recibido una recomendación de su médico para un fármaco, producto biológico o dispositivo bajo investigación; *iv)* debe haber suministrado por escrito el consentimiento informado para el uso del medicamento, producto biológico o dispositivo bajo investigación, y, si el paciente es menor de edad o carece de la capacidad mental para dar su consentimiento informado, un padre o tutor legal debe haber dado el consentimiento informado por escrito en nombre del paciente.

En el caso bajo examen, se considera que si bien el derecho fundamental “a que sea intentado” un tratamiento médico experimental guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de un derecho inherente

a la dignidad humana (art. 94 de la Constitución), su ámbito de aplicación se extiende, *mutatis mutandis*, al caso de los pacientes en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima.

*El tratamiento denominado “estimulación espinal epidural cervical”*

Previo a decidir, esta Corte realiza un breve estudio sobre el tratamiento denominado “estimulación espinal epidural cervical”, pues en el caso, un aspecto controvertido reside en determinar si se está o no frente a un tratamiento que pueda ser considerado “experimental”.

Se observa que sobre este tratamiento existen dos posturas.

En primer lugar, la EPS, la Fundación Instituto Neurológico de Antioquía y el *staff* de cirugía nacional sostienen que la estimulación cerebral profunda es un procedimiento que se realiza hace 25 años y que ha demostrado ser efectivo en determinadas patologías (*v.gr.* Parkinson, entre otras); que este tratamiento entre pacientes en estado vegetativo se encuentra en fase experimental, con resultados variables; que el Dr. Yamamoto –que sostiene la postura contraria– en 2012 no lo recomendó para pacientes en estado vegetativo pero sí para pacientes con estado de mínima conciencia; que esto último resulta coincidente con lo explicado por grupos de médicos norteamericanos; y que los equipos usados para estimulación cerebral profunda y estimulación espinal no cuentan con ninguna aprobación en el mundo para ser empleados en esta patología.

Por otra parte, el Dr. Páez Novoa y grupos de investigadores de diversas nacionalidades (Japón, Francia y Estados Unidos) sostienen que este dispositivo ha sido empleado en otras patologías, con muy buenos resultados, lo que así se encuentra publicado en bases médicas de Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos; que seis estudios clínicos de modulación eléctrica crónica de los circuitos cerebrales profundos, publicados entre 1968 y 2010, han registrado efectos en 55 pacientes que se encontraban en estado vegetativo o de conciencia mínima; que se acreditan casos concretos en los que se demostró la eficacia del tratamiento; que se cuenta con once años de experiencia en los Estados Unidos sobre el uso de la estimulación eléctrica en casos de pacientes en estado de coma producto de traumatismos cerebrales, además de una larga experiencia en Japón en materia de implante de electrodos en la espina cervical para los casos de pacientes en estado vegetativo persistente. Finalmente, dan cuenta detallada del caso de un paciente al que se le aplicó este tratamiento (varón de 22 años con estado mínimo de conciencia) en el que se obtuvieron resultados altamente satisfactorios: recuperó la capacidad de hablar y comunicarse normalmente y recuperó suficientemente la función motora de las extremidades superiores –no así de las inferiores–.

*Conclusión*

Tras examinar una y otra postura sobre el tratamiento en cuestión, de conformidad con las reglas de la sana crítica y los demás elementos probatorios obrantes, se advierte que, efectivamente, hay una controversia científica acerca de la

idoneidad del tratamiento; que quienes se oponen al tratamiento aceptan, al menos, la existencia de ciertos resultados alentadores para el caso de los pacientes que se encuentran en estado de mínima conciencia, en el que se halla Rivera Taborda, según certificó su médico tratante; que se aportó al expediente una muy reciente y completa bibliografía que da cuenta de los avances que en esta materia han tenido grupos de investigadores de Japón, Francia y Estados Unidos.

Asimismo, se interpreta que se está ante la única y quizá última opción para una paciente; que se cuenta con fundamentos científicos para afirmar que no se está frente a un tratamiento completamente desconocido o novedoso, aunque no se encuentre aún aprobado por las autoridades; que los riesgos han sido explicados a los familiares, los cuales los han asumido; y que el médico que ha estado haciendo un seguimiento permanente a la evolución de la paciente tiene la firme convicción de que el tratamiento propuesto brinda una “*luz de esperanza*” en la materia.

Por lo dicho, se advierte que el supuesto fáctico del caso encuadra en los contenidos del derecho fundamental innominado a “*que sea intentado*” un tratamiento médico experimental (“*right to try*”) para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima.

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**, sentencia T-057/15 del 12-2-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-057-15.htm>>.



**SALUD. TABAQUISMO. LEGISLACIÓN DE AMBIENTES LIBRES DE HUMO. ÁMBITO DE APLICACIÓN. CÁRCELES (REINO UNIDO).**

**1. Antecedentes del caso:** Black fue condenado en el año 2007 por violencia sexual y ofensa a la decencia pública. Se encuentra cumpliendo una pena de reclusión por tiempo indeterminado en la penitenciaría de HMP Wymott, Reino Unido. Sufre graves problemas de salud, en particular angina, disnea e infarto de miocardio, debido a lo cual en el año 2009 fue sometido a una cirugía coronaria. Black no es fumador, pero está expuesto al humo del 80% de los detenidos que fuman en las celdas. Según afirma, tanto el personal penitenciario como los reclusos fuman en lugares donde está formalmente prohibido hacerlo, como, por ejemplo, en las lavanderías y pasillos.

En este contexto, después de presentar varias quejas formales e informales, en septiembre de 2013 Black solicitó que se instalara en la red telefónica de la penitenciaría y para todos los reclusos una línea telefónica gratuita del Servicio Nacional de Salud destinada a recibir denuncias por no cumplimiento de la legislación de ambientes libres de humo (*Smoke-Free Compliance Line* o SFCL). Tres meses después, la penitenciaría accedió a la instalación de esta línea en la cuenta telefónica personal de Black, pero a él esta medida no le resultó suficiente, ya que pretendía que la línea fuera instalada para todos los reclusos de manera que las llamadas pudieran ser anónimas y confidenciales. Posteriormente, el Secretario de Estado, respondiendo a una nueva solicitud de Black, afirmó que las preocupaciones de este eran exageradas,

ya que había logrado obtener lo que deseaba y que era innecesario y desproporcionado impulsar actuaciones judiciales.

Black, entonces, interpuso un recurso contra el Secretario de Estado ante la *High Court of Justice* alegando que: 1) el Cap. 1 de la Parte 1 de la Ley de Salud de 2006 (Ley de Salud) resulta aplicable a las penitenciarías y, en particular, a las que se encuentran bajo responsabilidad de la Corona, ya que, según Black, el Cap. I es vinculante para esta; 2) los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) exigen que se le otorgue el acceso a la línea telefónica sin imposición de condiciones y que las llamadas a esa línea sean confidenciales y anónimas; 3) que la circunstancia de que el Secretario de Estado no haya hecho cumplir las Reglas 20(1) y 34(2) del Reglamento Penitenciario de 1999 vulnera su expectativa legítima a que dicho funcionario cumpla con las obligaciones que le impone el derecho público.

**2. Sentencia:** el Cap. I de la Parte I de la Ley de Salud de 2006 resulta aplicable a las cárceles y, en particular, a las cárceles estatales cuya administración se encuentra bajo la responsabilidad de la Corona.

El recurrente alega que el Secretario de Estado ha actuado con base en una comprensión errónea de la Ley de Salud y que, en consecuencia, ha tomado decisiones viciadas por ese error. En efecto, afirma que el Cap. I, Parte 1 de la Ley de Salud resulta aplicable a las cárceles estatales. En este contexto, afirma que, si bien del Cap. I no surge expresamente que la ley sea aplicable a la Corona, ello está necesariamente implícito en su texto.

Cabe señalar que la cuestión de la aplicabilidad de la Ley de Salud trasciende tanto los hechos del presente caso como el contexto mismo de las cárceles estatales. Si la Ley de Salud no resultara aplicable a los lugares de los que la Corona es responsable, ello tendría implicancias en el derecho penal y en las atribuciones que tienen las autoridades locales en un gran número de edificios y espacios públicos. Por ejemplo, los edificios de los tribunales y las oficinas de las dependencias del Gobierno Central estarían comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Salud.

Está claro que la expresa referencia a la posibilidad de exceptuar a las cárceles dispuesta en el art. 3(2) de la Ley de Salud indica que el Parlamento previó que, a menos que se aplicara una excepción, las penitenciarías estarían alcanzadas por la Ley de Salud. Si bien actualmente existen catorce penitenciarías privadas, en la norma no hay indicación alguna de que el Parlamento entendiera que la referencia a las penitenciarías que se hace en la Ley de Salud solo aludiera a un pequeño grupo de penitenciarías privadas, o que hiciera una distinción entre cárceles privadas y estatales.

También es importante observar el contexto internacional y europeo en el que cabe interpretar la Ley de Salud. El Reino Unido es parte del Convenio Marco sobre el Control del Tabaco de 2003, y el Consejo de la Unión Europea en 2009 emitió una Recomendación sobre Ambientes Libres de Humo. Lo cierto es que estos documentos internacionales no hacen distinción alguna entre, por ejemplo, penitenciarías privadas y estatales, lo cual resultaría incompatible con los objetivos fundamentales presentes en el contexto internacional.

Asimismo, el recurrente invoca los arts. 8 y 14 de la Convención, que se encuentran enumerados en el Anexo I de la Ley de Derechos Humanos de 1998. Sin embargo, en este caso, el Secretario de Estado ha procedido en el entendimiento de que la Ley de Salud no es aplicable a las penitenciarías estatales. Su decisión de negar a todos los internos el acceso a la línea telefónica en cuestión se fundamenta en ese entendimiento. Lo cierto es que el Secretario de Estado ha procedido sobre la base de una interpretación de la ley que resulta errónea. Por ello, sería apropiado que reconsiderara su decisión de conformidad con la ley. Mas no es posible, en esta instancia, predecir a qué decisión podría llegar el Secretario de Estado después de una reconsideración. Basta decir que puede haber buenas razones, en el interés de la seguridad y el orden en las penitenciarías, para que los internos no sean autorizados a un acceso confidencial y anónimo a números telefónicos externos. En general, el Secretario de Estado no autoriza tal acceso aunque existen algunas excepciones. Incluso si el art. 8 (1) de la Convención fuera aplicable, habría razones para que el Secretario de Estado se basara en el art. 8(2) de la Convención. Además, si fuera necesario, podría justificar, en virtud del art. 14 de la Convención, alguna discriminación que pudiera surgir.

De todas formas, lo cierto es que los derechos garantizados en la Convención no pueden ser invocados en el marco de los hechos del presente caso. Por ello, se rechazan las afirmaciones del recurrente con respecto a los arts. 8 y 14 de la Convención.

El recurrente también invoca disposiciones del Reglamento Penitenciario de 1999 que el Secretario de Estado habría incumplido y afirma que tiene una expectativa legítima de que el Secretario de Estado cumpla con sus deberes públicos.

Ahora bien, el concepto de expectativa legítima no tiene relación alguna con el presente caso, ya que este no se refiere a una política, sino a una norma jurídica contenida en la Regla 20(1) del Reglamento Penitenciario de 1999, la cual puede ser vulnerada o no. Si ha sido vulnerada, simplemente ha habido una violación de la ley y por lo tanto resulta innecesario basarse en el concepto de expectativa legítima. Por el contrario, si no ha habido una violación de la Regla, invocar ese concepto resulta inconducente. Por todo ello, también se rechazan las afirmaciones del recurrente con respecto a las Reglas 20(1) y 34(2) del Reglamento Penitenciario de 1999.

**Nota de la Oficina:** en el derecho inglés, el concepto de expectativa legítima nace del derecho administrativo, en procesos de revisión judicial, y aplica principios de equidad y razonabilidad a la situación en que una persona tenía una expectativa o interés en que un organismo público mantenga una práctica tradicional o cumpla una promesa.

**HIGH COURT OF JUSTICE DEL REINO UNIDO**, *Black v. Secretary of State for Justice*, sentencia del 11-2-2015, en <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/black-v-justicefinal.pdf>>.



**SOCIEDADES. ASOCIACIONES DEPORTIVAS. CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PROCESO CIVIL. RECURSOS. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. LEGITIMACIÓN PASIVA (INDIA).**

**1. Antecedentes del caso:** el *Board of Control for Cricket in India* (BCCI) regula el cricket profesional en la India. Su condición jurídica es la de una sociedad inscrita en la Ley de Registro de Sociedades de Tamil Nadu de 1975, ley estatal que establece el procedimiento para la inscripción de sociedades orientadas a promover la educación, la literatura, la ciencia, la caridad, el arte, el atletismo, los deportes, la recreación, la salud pública, etc.

Por su parte, la *Cricket Association* de Bihar es una sociedad inscrita en la Ley de Registro de Sociedades de 1860. Esta asociación presentó una petición de interés público ante la *High Court* de Bombay solicitando se ordene al BCCI que desista de constituir un grupo para investigar denuncias de apuestas y partidos arreglados en la *Indian Premier League* (IPL). Asimismo, la petición impugnaba la enmienda al art. 6.2.4 del Reglamento del BCCI, el cual sancionaba a jugadores, directivos de equipos, managers, árbitros y administradores por mala fe en el ejercicio del poder. En efecto, dicho artículo prohíbe a los administradores tener intereses comerciales en los partidos o eventos realizados por el BCCI, y la enmienda había sido introducida con el fin de excluir a la IPL y a la *Champions League T-20* de su ámbito, presuntamente para servir al interés del entonces presidente del BCCI.

El BCCI recurrió ante la Suprema Corte para que se pronuncie sobre varias cuestiones, principalmente para que determine si puede ser considerado un organismo estatal según lo dispuesto por el art. 12 de la Constitución de la India o si entra en el ámbito de la jurisdicción de la *High Court* de conformidad con el art. 226 de la Carta Magna.

**2. Sentencia:** el *Board of Control for Cricket in India* (BCCI) se encuentra bajo la jurisdicción de la *High Court* según lo dispuesto en el art. 226 de la Constitución de la India a pesar de no ser considerado un organismo estatal según lo contemplado en el art. 12.

Según el entendimiento tradicional, los recursos constitucionales por violaciones de derechos fundamentales no pueden ser presentados contra actores privados como el BCCI. Por ello, preliminarmente es preciso determinar si el BCCI está sujeto a la jurisdicción y si realiza funciones públicas.

Si bien en la India las federaciones nacionales de deportes están administradas por instituciones privadas, lo cierto es que realizan funciones públicas (venta de entradas, realización de torneos, administración de complejos deportivos, etc.) y, por lo tanto, deben ser reguladas por el Estado. Tales federaciones fueron previstas como “otras autoridades” según lo establecido en el art. 12 de la Constitución de la India, el cual brinda una definición inclusiva de Estado y establece que, a los fines de la Parte III de la Constitución, la expresión “Estado” incluye al Parlamento de la India, al gobierno y a la legislatura de cada uno de los estados, y autoridades locales u otras autoridades dentro del territorio de la India o bajo su control.

La cuestión que se plantea aquí no solo es si las federaciones deportivas deberían considerarse como organismos estatales en el marco general de la tutela de la Constitución, sino si los actos de tales federaciones pueden ser objeto de control judicial.

En *Sukhdev v. Bhagatram*, esta Corte realizó un extenso análisis acerca de la distinción entre una acción “estatal” y una “privada”. De acuerdo con ella, un actor privado puede realizar una función pública cuando la misma resulta de importancia pública y está estrechamente relacionada con las funciones gubernamentales o cuando es fundamental para la sociedad. El apoyo financiero por parte del Gobierno no es un prerequisite para entrar en esta categoría.

Según lo establecido en los arts. 32 y 226, respectivamente, la Constitución permite el recurso directo ante la Suprema Corte y las *High Courts* por presuntas violaciones de derechos fundamentales.

En *Zee Telefilms v. Union of India*, esta Corte trazó una distinción entre los artículos mencionados. Según lo establecido en el art. 32, una violación de los derechos fundamentales solo puede denunciarse contra el “Estado”, pero el ámbito del art. 226 es más amplio. Aun cuando una institución no represente al “Estado”, puede estar sujeta a la jurisdicción de la *High Court* si realiza una función pública.

A partir de estos precedentes, cabe considerar que el BCCI realiza funciones públicas. En efecto, formula reglas, regulaciones, normas y estándares que cubren todos los aspectos del cricket. Tiene el poder de elegir a los miembros del equipo nacional y a los árbitros, y de descalificar a los jugadores. Gasta decenas de millones de rupias en construir edificios y mantener infraestructuras tales como estadios, escuelas de cricket y en apoyar a las asociaciones del Estado. El BCCI también elabora planes de jubilación e incurre en gastos relacionados con los entrenadores y el personal de los equipos. Asimismo, vende derechos de transmisión de los partidos en radio y TV y cobra las tarifas de acceso a los lugares donde se juegan los partidos. Todas estas actividades son realizadas con el consentimiento tácito del Estado y del Gobierno de la India, que no solo están completamente al tanto de las actividades del BCCI, sino que también las apoyan.

Lo cierto es que en la India el cricket es una verdadera pasión y los jugadores son verdaderos íconos tanto para la juventud como para la gente de mediana edad y los ancianos. No puede decirse que una organización o entidad que tiene semejante control sobre el juego y sus negocios y tanto poder como para que los sueños terminen en humo o se hagan realidad realice actividades privadas.

Todas las federaciones deportivas y asociaciones que tengan un modo similar de operar están, en consecuencia, contempladas por la presente sentencia.

**SUPREMA CORTE DE LA INDIA**, *Board of Control for Cricket in India v. Cricket Association of Bihar*, sentencia del 22-1-2015, en <[http://supremecourtindia.nic.in/FileServer/2015-01-22\\_1421928541.pdf](http://supremecourtindia.nic.in/FileServer/2015-01-22_1421928541.pdf)>.



# ÍNDICES

*investigaciones*



## ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ALEMANIA:** 147, 210.  
**ARGENTINA:** 229.  
**AUSTRALIA:** 221.  
**BÉLGICA:** 151.  
**CANADÁ:** 158, 189.  
**COLOMBIA:** 103, 175, 215, 243.  
**CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:** 226, 229, 232, 236.  
**CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS:** 11, 166.  
**DINAMARCA:** 149.  
**EE.UU.:** 71, 131.
- ESPAÑA:** 135, 167, 173, 192.  
**FRANCIA:** 11, 121, 142.  
**HONDURAS:** 123.  
**INDIA:** 253.  
**INTERNACIONAL:** 223.  
**ISRAEL:** 153.  
**ITALIA:** 129, 154, 163, 169.  
**PANAMÁ:** 232.  
**PERÚ:** 226, 236.  
**REINO UNIDO:** 166, 250.  
**SUDÁFRICA:** 205.  
**UNIÓN EUROPEA:** 142, 147, 149.

## TEMÁTICO

- ACCESO A LA INFORMACIÓN:** 175.  
 Datos sensibles: 175.  
 Información pública: 175.
- ACCESO A LA JUSTICIA:** 175, 236.  
 Homosexuales: 175.  
 Mujer: 236.
- ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:** 135, 153.  
 Acto administrativo,  
   presunción de legalidad: 153.  
 Concesiones administrativas: 135.  
 Contratos administrativos,  
   contrato de gestión de servicios públicos:  
     135.  
 Derecho a la igualdad,  
   acceso a la contratación pública: 135.  
   principio de libertad de acceso a las  
     licitaciones: 135.
- AMNISTÍA:** 226.  
 Incompatibilidad con el sistema interamericano  
 de protección de los derechos humanos:  
   226.
- AMPARO:** 175, 243.  
 Procedencia: 175.  
 Subsidiariedad: 175.
- BIOÉTICA:** 103, 192.  
 Comercialización de la “píldora del día  
 después”: 192.  
 Esterilización quirúrgica de menores: 103.
- BIOTECNOLOGÍA:** 221.  
 Productos de la naturaleza,  
   patentabilidad: 221.
- CÁRCELES:** 215, 250.  
 Derechos y libertades fundamentales,  
   derecho a la dignidad: 215.  
   derecho a la salud: 215, 250.  
   derecho a un ambiente libre de humo: 250.  
   derecho al agua: 215.  
 Estándares mínimos de salubridad: 215.  
 Hacinamiento carcelario: 215.
- CONTRATO DE TRABAJO:** 149.  
 Despido,  
   causales,  
     obesidad: 149.
- Personas con discapacidad: 149.
- CONTRATOS:** 121.  
 Autonomía de la voluntad: 121.  
 Cláusula de conciliación obligatoria: 121.  
 Efecto vinculante,  
   desconocimiento judicial: 121.
- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:** 103,  
 123, 169, 253.  
 Declaración de inconstitucionalidad,  
   efecto extensivo: 123.  
   efecto retroactivo: 169.  
 Estado de emergencia: 169.  
 Esterilización quirúrgica de menores,  
   prohibición: 103.  
 Gradación de valores constitucionales: 169.  
 Improcedencia de recurso directo por  
 violaciones de derechos fundamentales  
 contra actores privados: 253.
- CORRUPCIÓN:** 205.  
 Poder Ejecutivo,  
   abuso de poder: 205.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:** 229, 232.  
 Excepciones preliminares,  
   falta de competencia *ratione materiae*: 229.  
   falta de competencia *ratione temporis*: 229,  
     232.
- CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD:** 154,  
 158, 223.  
 Genocidio: 154, 223.  
 Holocausto: 154.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 154,  
   223.  
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y  
 degradantes: 158.
- CRÍMENES DE GUERRA:** 153, 154, 223.  
 Castigos colectivos con fines disuasivos,  
   legalidad: 153.  
   proporcionalidad: 153.  
 Demolición de viviendas: 153.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 154,  
   223.
- DEBIDO PROCESO:** 192, 226, 229, 232, 236.  
 Derecho de defensa: 192, 226, 229, 232, 236.

- Detenciones arbitrarias: 236.  
 Garantías procesales: 229, 232, 236.  
 Principio de contradicción: 229.  
 Principio de igualdad de armas: 229.
- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL:** 236.  
 Fuerzas de seguridad,  
 abuso de poder: 236.
- DEMOCRACIA:** 173.  
 Democracia directa,  
 consulta popular no referendaria: 173.  
 referéndum: 173.
- DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN:** 103.  
 Autodeterminación reproductiva: 103.  
 Derecho al libre desarrollo de la personalidad:  
 103.  
 Menores: 103.
- DERECHO A LA IGUALDAD:** 103, 129, 135, 142,  
 147, 149, 151, 167, 169, 175, 236.  
 Acceso a la contratación pública: 135.  
 Acceso a la justicia: 236.  
 Categorías semi-sospechosas: 103.  
 Discriminación con base en la orientación  
 sexual: 129, 142, 175.  
 Discriminación contra la mujer: 236.  
 Discriminación en razón de la edad: 103.  
 Discriminación en razón de la nacionalidad:  
 147.  
 Discriminación por razón de obesidad: 149.  
 Homosexuales,  
 exclusión de la donación de sangre: 142.  
 matrimonio igualitario,  
 inscripción registral: 129, 175.  
 protección de datos personales,  
 datos sensibles: 175.  
 Igualdad ante las cargas públicas: 151, 167,  
 169.  
 Inmigrantes: 147.  
 Menores: 103.  
 Obesos: 149.  
 Principio de igualdad y no discriminación fiscal:  
 151, 167, 169.  
 Principio de libertad de acceso a las licitaciones:  
 135.  
 Principio de no discriminación e igualdad de  
 trato: 135, 151, 169.  
 Sociedades: 151, 169.
- DERECHO A LA INFORMACIÓN:** 175.  
 Acceso a la información pública: 175.  
 Datos sensibles: 175.  
 Protección de datos personales: 175.
- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL:** 226,  
 236.  
 Fuerza pública,  
 uso indebido de la fuerza pública: 226.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 226,  
 236.  
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y  
 degradantes: 236.
- DERECHO A LA INTIMIDAD:** 131, 175.  
 Alcances: 131.  
 Concepto: 131.  
 Derecho al olvido: 131.  
 Fundamento jurídico: 131.  
 Homosexuales: 175.  
 Origen: 131.
- Protección de datos personales,  
 datos sensibles,  
 orientación sexual: 175.
- DERECHO A LA LIBERTAD:** 229, 236.  
 Detenciones arbitrarias: 236.  
 Prisión preventiva: 229.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 229,  
 236.
- DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA  
 FAMILIA:** 167.  
 Familias numerosas,  
 beneficios fiscales: 167.  
 Principio de protección económica de la  
 familia: 167.
- DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL:** 189.  
 Prostitución: 189.
- DERECHO A LA VIDA:** 11, 71, 226.  
 Eutanasia pasiva: 11, 71.  
 Fuerza pública,  
 uso indebido de la fuerza pública: 226.  
 Muerte digna: 11, 71.
- DERECHO ADMINISTRATIVO:** 135, 153.  
 Acto administrativo,  
 presunción de legalidad: 153.  
 Concesiones administrativas: 135.  
 Contratos administrativos,  
 contrato de gestión de servicios públicos:  
 135.  
 Derecho a la igualdad,  
 acceso a la contratación pública: 135.  
 principio de libertad de acceso a las  
 licitaciones: 135.
- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA  
 PERSONALIDAD:** 103.  
 Derecho a fundar una familia: 103.  
 Derechos sexuales y reproductivos: 103.  
 Menores: 103.
- DERECHO AL OLVIDO:** 131.
- DERECHO DE DEFENSA:** 192, 226, 229, 232,  
 236.  
 Asistencia letrada: 229.  
 Debido proceso: 192, 226, 229, 232, 236.  
 Derecho a la tutela judicial efectiva: 192.  
 Derecho a las garantías y protección judiciales:  
 192, 232, 236.  
 Derecho a un recurso efectivo: 229.  
 Garantías procesales: 229.  
 Plazo razonable: 226, 229, 232.  
 Presunción de inocencia: 229.  
 Principio de contradicción: 229.  
 Principio de igualdad de armas: 229.  
 Pueblos originarios: 232.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 226,  
 229.
- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA:** 142, 147,  
 149.  
 Derecho a la igualdad: 142, 147, 149.  
 Derecho del trabajo: 149.  
 Homosexuales: 142.  
 Inmigrantes: 147.  
 Libertad de circulación: 147.  
 Personas con discapacidad,  
 obesos: 149.  
 Salud pública: 142.  
 Seguridad social: 147.
- DERECHO DE PROPIEDAD:** 153, 232.

- Demolición de viviendas como castigo colectivo con fines disuasivos: 153.  
 Derecho a la propiedad colectiva: 232.  
 Pueblos originarios: 232.
- DERECHO DEL TRABAJO:** 149, 151.  
 Bonificaciones extraordinarias, régimen fiscal: 151.  
 Despido,  
 causales,  
 obesidad: 149.  
 Personas con discapacidad: 149.  
 Principio de no discriminación e igualdad de trato: 149.
- DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO:** 153, 223.  
 Castigos colectivos con fines disuasivos, demolición de viviendas: 153.  
 Conflictos armados: 223.  
 Crímenes de guerra: 153, 223.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 223.
- PÚBLICO:** 153, 154, 158, 223, 226.  
 Crímenes contra la humanidad, genocidio: 154, 223.  
 Deber de adecuación del derecho interno al ordenamiento supranacional: 226.  
 Fuentes,  
 costumbre internacional: 154.  
 Inmunidad de jurisdicción: 154, 158.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 154, 223, 226.
- DERECHO PENAL:** 163, 166, 189, 215, 223.  
*Actus reus:* 223.  
 Cadena perpetua: 166.  
 Genocidio,  
 tipo objetivo: 223.  
 Ley penal,  
 amplitud excesiva: 189.  
 arbitrariedad: 189.  
 proporcionalidad: 189.  
 Nexo causal: 189.  
 Penas,  
 fin preventivo-especial: 215.  
 función resocializadora: 215.  
 razonabilidad: 163.  
 Penas alternativas a las penas privativas de la libertad,  
 prisión domiciliaria: 163.  
 Penas privativas de la libertad: 215.  
 Principio de humanización de la pena: 163.  
 Prostitución: 189.
- DERECHO TRIBUTARIO:** 151, 167, 169.  
 Beneficios fiscales,  
 ámbito de aplicación: 151.  
 familias numerosas: 167.  
 Bonificaciones extraordinarias: 151.  
 Categorías de contribuyentes: 169.  
 Impuesto a la transferencia de inmuebles: 167.  
 Impuesto a las ganancias: 151, 169.  
 Principio de equidad: 167.  
 Principio de igualdad y no discriminación fiscal: 151, 167, 169.  
 Principio de solidaridad social: 169.  
 Sociedades: 151, 169.
- DERECHOS POLÍTICOS:** 123, 173.  
 Democracia directa,  
 consulta popular no referendaria: 173.  
 referéndum: 173.  
 Restricciones: 123.
- DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES:** 175, 189, 192, 215, 243.
- DESPIDO:** 149.  
 Causales,  
 obesidad: 149.
- DIGNIDAD HUMANA:** 103, 215, 236.  
 Menores: 103.  
 Mujer: 236.  
 Presos: 215.
- ELECCIONES:** 123.  
 Reelección presidencial, prohibición: 123.
- ESTADO DE EMERGENCIA:** 169.  
 Emergencia económica: 169.
- EUTANASIA:** 11, 71.  
 Enfermos terminales, tratamientos de soporte vital, consentimiento informado: 11, 71.  
 Eutanasia pasiva: 11, 71.
- EXTRANJEROS:** 147.  
 Inmigrantes: 147.  
 Libertad de circulación: 147.  
 Seguridad social,  
 exclusión de prestaciones sociales para personas sin empleo: 147.
- FEDERALISMO:** 173.  
 Autonomismo,  
 división de competencias: 173.
- FUERZA PÚBLICA:** 226, 236.  
 Uso indebido de la fuerza pública: 226, 236.
- FUERZAS DE SEGURIDAD:** 236.  
 Abuso de poder: 236.
- FUNCIONARIOS PÚBLICOS:** 158.  
 Inmunidad de jurisdicción: 158.  
 Perpetración de actos de tortura: 158.
- GENOCIDIO:** 154, 223.  
 Conflictos armados: 223.  
 Holocausto: 154.  
 Responsabilidad internacional del Estado: 223.  
 Tipo objetivo,  
*actus reus:* 223.
- HABEAS DATA:** 175.
- HOMOSEXUALES:** 129, 142, 175.  
 Actos homosexuales,  
 presupuesto de exclusión de la donación de sangre: 142.  
 Matrimonio igualitario,  
 inscripción registral: 129, 175.  
 Protección de datos personales,  
 datos sensibles: 175.
- INMIGRANTES:** 147.  
 Libertad de circulación: 147.  
 Seguridad social,  
 exclusión de prestaciones sociales para personas sin empleo: 147.
- INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN:** 154, 158.  
 Actos *iure imperii:* 154.  
 Crímenes contra la humanidad: 154, 158.

- Crímenes de guerra: 154.  
Inmunidad soberana,  
alcances: 154, 158.  
excepciones: 158.
- INMUNIDADES E INDEMNIDADES:** 205.  
Presidente de la República,  
confidencialidad de sus declaraciones,  
alcance: 205.
- LEY:** 123, 189.  
Amplitud excesiva: 189.  
Arbitrariedad: 189.  
Armonización de normas de derecho interno con  
el *ius cogens*: 123.  
Colisión entre normas de igual jerarquía: 123.  
Efectos: 189  
Interpretación: 123.  
Ley penal: 123, 189.  
Proporcionalidad: 189.
- LIBERTAD DE CIRCULACIÓN:** 147.  
Residencia,  
requisito para acceder a prestaciones  
sociales: 147.
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 123, 210.  
Injerencia estatal *vs.* pluralismo: 210.  
Libertad de prensa,  
libertad de radiodifusión: 210.  
Restricciones,  
prohibición de proponer reformas en  
materia electoral: 123.
- LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE  
CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN:** 123, 192.  
Libertad ideológica: 192.  
Objeción de conciencia: 192.  
Prohibición de respaldar reformas en materia  
electoral: 123.
- LIBERTAD DE PRENSA:** 210.  
Injerencia estatal *vs.* pluralismo: 210.  
Libertad de radiodifusión: 210.
- MARCAS Y PATENTES:** 221.  
Biotecnología: 221.  
Objeto patentable,  
productos de la naturaleza: 221.
- MATRIMONIO:** 129.  
Homosexuales: 129.  
Matrimonio igualitario,  
inscripción registral: 129.
- MEDIOS DE COMUNICACIÓN:** 210.  
Injerencia estatal *vs.* pluralismo: 210.  
Radiodifusión televisiva: 210.
- MENORES:** 103, 163.  
Derecho a la autodeterminación: 103.  
Derecho a la igualdad: 103.  
Derecho al libre desarrollo de la personalidad,  
derecho a fundar una familia: 103.  
derechos sexuales y reproductivos: 103.  
Esterilización quirúrgica: 103.  
Interés superior: 163.  
Menores en condición de discapacidad: 103.  
Niños hijos de madres con condena penal,  
beneficios penitenciarios: 163.
- MINISTERIO PÚBLICO:** 205.  
Independencia: 205.  
Interrupción política de un proceso en curso por  
corrupción: 205.
- MUERTE DIGNA:** 11, 71.  
Enfermos terminales,  
tratamientos de soporte vital,  
consentimiento informado: 11, 71.  
Eutanasia pasiva: 11, 71.
- MUJER:** 236.  
Acceso a la justicia: 236.  
Delitos contra la integridad sexual,  
protocolos específicos de interrogatorio y de  
atención a la víctima: 236.  
Derecho a la igualdad: 236.  
Dignidad humana: 236.  
Violencia de género: 236.
- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA:** 192.  
Comercialización de la "píldora del día después":  
192.
- ORDEN PÚBLICO:** 189.  
Prostitución: 189.
- PENAS:** 163, 166, 215.  
Cadena perpetua,  
revisión de la condena: 166.  
Fin preventivo-especial: 215.  
Función resocializadora de la pena: 215.  
Madres de niños menores,  
beneficios penitenciarios: 163.  
Penas alternativas a las penas privativas de la  
libertad,  
prisión domiciliaria: 163.  
Penas privativas de la libertad: 215.  
Principio de humanización de la pena: 163.  
Principio de razonabilidad: 163.
- PERSONAS CON DISCAPACIDAD:** 103, 149.  
Menores,  
esterilización quirúrgica: 103.  
Obesos,  
despido: 149.
- PODER EJECUTIVO:** 123, 205.  
Abuso de poder: 205.  
Corrupción: 205.  
Inmunidades e indemnidades,  
confidencialidad de declaraciones  
presidenciales: 205.  
Interrupción política de un proceso en curso  
contra el Presidente por corrupción: 205.  
Reelección presidencial,  
prohibición: 123.
- PRESOS:** 215, 250.  
Derecho a la salud: 215, 250.  
Derecho a un ambiente libre de humo: 250.  
Derecho al agua: 215.  
Dignidad humana: 215.  
Hacinamiento carcelario,  
estándares mínimos de salubridad: 215.
- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:** 229.  
Principio de igualdad de armas: 229.
- PRINCIPIO DE EQUIDAD:** 167.
- PRINCIPIO DE HUMANIZACIÓN DE LA PENA:**  
163.
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** 123.
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** 103, 123,  
142, 153, 169, 189.
- PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD:** 123, 163, 169.
- PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD:** 169.
- PRISIÓN PREVENTIVA:** 229.

- Derecho a la libertad: 229.  
Responsabilidad internacional del Estado: 229.
- PROCESO CIVIL:** 121, 253.  
Recursos,  
de inconstitucionalidad,  
legitimación pasiva: 253.  
inadmisibilidad: 121.
- PROCESO PENAL:** 205, 226, 229, 236.  
Derecho de defensa: 226, 229, 236.  
Detenciones arbitrarias: 236.  
Garantías procesales: 229, 236.  
Interrupción política de un proceso en curso: 205.  
Presunción de inocencia: 229.  
Principio de contradicción: 229.  
Principio de igualdad de armas: 229.  
Prisión preventiva: 229.  
Prueba,  
protocolos específicos de interrogatorio y de atención a la víctima: 236.
- PROPIEDAD INDUSTRIAL**  
v. **MARCAS Y PATENTES.**
- PROPIEDAD INTELECTUAL:** 221.  
Marcas y patentes,  
biotecnología: 221.  
objeto patentable: 221.
- PROSTITUCIÓN:** 189.  
Seguridad personal de quienes la ejercen,  
regulación violatoria de este derecho: 189.
- PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES:** 175.  
Datos sensibles,  
orientación sexual: 175.  
Hábeas data: 175.
- PUEBLOS ORIGINARIOS:** 232.  
Derecho de defensa: 232.  
Derecho de propiedad,  
derecho a la propiedad colectiva: 232.
- RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO:** 154, 223, 226, 229, 232, 236.  
Crímenes contra la humanidad,  
genocidio: 154, 223.  
Holocausto: 154.  
Crímenes de guerra: 154, 223.  
Derecho a la dignidad: 236.  
Derecho a la igualdad: 236.  
Derecho a la integridad personal: 226, 236.  
Derecho a la libertad: 229, 236.  
Derecho a la vida: 226.  
Derecho de defensa: 226, 229, 232, 236.  
Derecho de propiedad,  
derecho a la propiedad colectiva: 232.  
Obligaciones positivas: 236.  
Pueblos originarios: 232.  
Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 236.
- SALUD:** 103, 135, 142, 215, 243, 250.  
Acceso a la salud: 243.  
Enfermos de HIV: 142.  
Enfermos en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima: 243.  
Hospitales públicos,  
contratos administrativos de gestión del servicio público de asistencia sanitaria: 135.
- Menores: 103.  
Presos,  
derecho a un ambiente libre de humo: 250.  
derecho al agua: 215.  
hacinamiento carcelario,  
estándares mínimos de salubridad: 215.
- Salud pública,  
donación de sangre,  
exclusión de homosexuales: 142.  
riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas: 142.  
esterilización quirúrgica gratuita: 103.
- Seguridad social: 243.
- SIDA,  
grupos de riesgo: 142.
- Tabaquismo,  
legislación de ambientes libres de humo,  
ámbito de aplicación: 250.
- Tratamientos experimentales,  
derecho innominado a “que sea intentado”  
un tratamiento médico experimental: 243.
- SEGURIDAD JURÍDICA:** 169.  
Declaración de inconstitucionalidad,  
efecto retroactivo: 169.
- SEGURIDAD SOCIAL:** 147, 151, 243.  
Acceso a la salud: 243.  
Bonificaciones extraordinarias,  
régimen fiscal: 151.  
Enfermos en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima: 243.  
Inmigrantes,  
exclusión de prestaciones sociales para personas sin empleo: 147.  
Tratamientos experimentales,  
derecho innominado a “que sea intentado”  
un tratamiento médico experimental: 243.
- SENTENCIA:** 169.  
Declaración de inconstitucionalidad,  
efecto retroactivo: 169.
- SIDA:** 142.  
Grupos de riesgo,  
exclusión de la donación de sangre: 142.
- SOCIEDADES:** 151, 169, 210, 253.  
Administradores,  
intereses comerciales: 253.  
Asociaciones deportivas,  
carácter público o privado: 253.  
Derecho a la igualdad: 151, 169.  
Empresas públicas de radiodifusión,  
injerencia estatal excesiva: 210.  
Oligopolio: 169.  
Régimen tributario,  
principio de igualdad y no discriminación fiscal: 151, 169.
- TERRORISMO:** 153, 236.  
Medios utilizados en la lucha contra el terrorismo,  
castigos colectivos con fines disuasivos,  
proporcionalidad: 153.  
detenciones arbitrarias: 236.  
fuerzas de seguridad,  
abuso de poder: 236.

**TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES,  
INHUMANOS Y DEGRADANTES:** 158,  
166, 236.  
Cadena perpetua: 166.  
Detenciones arbitrarias: 236.  
Funcionarios públicos como perpetradores,  
inmunidad de jurisdicción: 158.  
Reparación: 158.  
Responsabilidad internacional del Estado: 236.

Torturas infligidas en el extranjero: 158.  
Violencia de género: 236.

**VIOLENCIA DE GÉNERO:** 236.  
Fuerzas de seguridad,  
abuso de poder: 236.  
Violencia sexual,  
protocolos específicos de interrogatorio y de  
atención a la víctima: 236.



