

investigaciones



1 [2016]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

investigaciones

Dirección

Dra. Mercedes de Urioste

Colaboradores

Dra. Silvia E. Arcos Valcárcel

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 Argentina - *Printed in Argentina*

Corte Suprema de Justicia de la Nación
Dirección General de Bibliotecas
Oficina de Referencia Extranjera
Talcahuano 550. 7° piso, Oficina 7057
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina
Teléfonos 4370-4600 (internos 4637 / 4639)
E-mail: derecho_comparado@csjn.gov.ar
Sitio Web: www.csjn.gov.ar/dbre/investig.html

investigaciones I (2016)

Se terminó de imprimir en el mes de septiembre de 2016
en Artes Gráficas Papiros S.A.C.I., Castro Barros 1395, Buenos Aires, Argentina
4921-0986 - papiros@papiros-sa.com.ar



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Vicepresidente

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

Ministros

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Horacio Daniel Rosatti

Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz

investigaciones 1 [2016]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2016. Año XX-

Secciones	Páginas
SENTENCIAS DESTACADAS	
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
CASO <i>ARTAVIA MURILLO Y OTROS</i> (“ <i>FECUNDACIÓN IN VITRO</i> ”) vs. <i>COSTA RICA</i>	
SENTENCIA	11/27
SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA	28/42
CASO <i>LÓPEZ LONE Y OTROS</i> vs. <i>HONDURAS</i>	43/52
CASO <i>GRANIER Y OTROS</i> (<i>RADIO CARACAS TELEVISIÓN</i>) vs. <i>VENEZUELA</i>	53/64
JURISPRUDENCIA	65/323
ÍNDICES	325/335

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

SENTENCIAS
DESTACADAS

investigaciones

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”)
VS. COSTA RICA
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)**

SENTENCIA DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2012

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

El presente caso se relaciona los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) emitió la Sentencia, en la cual desestimó las excepciones preliminares interpuesta por el Costa Rica (en adelante el “Estado”). Asimismo, la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

I. EXCEPCIONES PRELIMINARES

El Estado interpuso tres excepciones preliminares: i) la falta de agotamiento de recursos internos; ii) la extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, y iii) la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.

Al analizar su procedencia, la Corte desestimó las tres excepciones preliminares interpuestas por Costa Rica: i) respecto a la excepción preliminar

de previo agotamiento de los recursos internos, el Tribunal manifestó que era irrazonable exigir a las víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas; y que la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado; ii) con relación a la excepción de extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, el Tribunal destacó que el presente caso exigía una interpretación del requisito de los 6 meses establecido en el artículo 46.1.b, por cuanto una pareja podía tomar meses o años en decidir si acude a una determinada técnica de reproducción asistida o a otras alternativas, de manera que no era posible generar en las presuntas víctimas una carga de tomar una decisión de presentar una petición ante el Sistema Interamericano en un determinado periodo de tiempo, y iii) por último, sobre la excepción de la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición, el Tribunal consideró que no correspondía pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis correspondía al fondo del caso.

II. FONDO

a. Síntesis de los hechos principales

La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Por su parte, la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

El primer nacimiento de un bebe producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la FIV

y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”), “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]”. Asimismo, “[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009” en el mundo. En Latinoamérica “se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido” de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida.

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 y en ese lapso nacieron 15 costarricenses.

El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, debido a que concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”, por cuanto “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. En segundo lugar, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”, por cuanto: i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

Finalmente, la Sala Constitucional concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar

de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. [...] Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. (Añadido fuera del texto original.)

De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

Por otra parte, la Corte realizó un recuento de la situación particular de las nueve parejas que son víctimas en el presente caso, en el cual se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

b. Conclusiones y determinaciones de la Corte

1. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso

El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger

libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Además, la Corte señaló que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Respecto a los derechos reproductivos, se indicó que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas.

La Corte consideró que el presente caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

2. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

El Tribunal constató que la Sala Constitucional consideró que si la técnica de la FIV podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta

de la vida del embrión, ésta podría ser practicada en el país. Sin embargo, la Corte consideró que si bien en la sentencia de la Sala Constitucional se utilizaron palabras condicionantes para admitir la práctica de la FIV en el país, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia, dicha técnica no se realiza en Costa Rica. Por ello, el Tribunal estimó que la “condición suspensiva” establecida en la sentencia, hasta el momento, no ha producido efectos prácticos reales. Por ello, sin entrar a catalogarla como prohibición “absoluta” o “relativa”, fue posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen acudir a dicha técnica, no pueden llevarla a cabo en su país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indicó que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria.

Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyeron una interferencia en la vida privada y familiar de las víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La Corte precisó que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

La decisión de la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo, por lo que la Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión. Sin embargo, esta Corte es la intérprete autorizada de la Convención, por lo cual estimó relevante analizar si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas era admisible a la luz de dicho tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes. En particular, la Corte examinó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”. Para ello, se realizó una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

3.1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

En el presente caso, la Corte observó que el concepto de “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba como la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado.

La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

No obstante lo anterior, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible

desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En este sentido, la Corte entendió que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

3.2. Interpretación sistemática e histórica

La Sala Constitucional y el Estado sustentaron sus argumentos a partir de una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En particular, el Estado afirmó que otros tratados distintos a la Convención Americana exigen la protección absoluta de la vida prenatal. Por tanto, la Corte analizó alegato a partir de una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida, en particular: i) el Sistema Interamericano; ii) el Sistema Universal; iii) el Sistema Europeo, y iv) el Sistema Africano. Asimismo, la Corte estudió los trabajos preparatorios de dichos tratados.

3.2.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

De los antecedentes de la Declaración Americana, la Corte consideró que los trabajos preparatorios no ofrecían una respuesta definitiva sobre el punto en controversia. Respecto a la Convención Americana, la Corte observó que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos “persona” y “ser humano” sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos. Por tanto, la Corte concluyó que los trabajos preparatorios de la Convención indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras “en general”.

Por otra parte, la Corte indicó que la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

3.2.2. Sistema Universal de Derechos Humanos

La Corte señaló que la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con los trabajos preparatorios, no fue entendida en el sentido de incluir al no nacido. Asimismo, indicó que los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Igualmente, manifestó que las decisiones Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

Respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Corte señaló que los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la “CEDAW” por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación.

Por último, indicó que los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”. Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

3.2.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el “TEDH”) se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro. Así, por ejemplo en el *Caso Paton vs. Reino Unido* la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH “tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está

por nacer”. Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería “contrario al objeto y propósito de la Convención”.

Por su parte, en el *Caso Vo. Vs. Francia*, el Tribunal Europeo señaló que “se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana[, pero l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona [...] requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una “persona” con el “derecho a la vida”. Respecto a casos relacionados con la práctica de la FIV, el TEDH se pronunció en el caso *Evans Vs. Reino Unido*, en el cual confirmó que “los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”. Mientras que en los *Casos S.H. Vs. Austria, y Costa y Pavan Vs. Italia*, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

3.2.4. Sistema Africano de Derechos Humanos

La Corte indicó que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para “proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”.

3.2.5. Conclusión sobre la interpretación sistemática

La Corte concluyó que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados era posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco era posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

3.3. Interpretación evolutiva

En el presente caso, la interpretación evolutiva era de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención. Por tanto, la Corte analizó dos temas: i) los desarrollos pertinentes

en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

3.3.1. El estatus legal del embrión

La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. Así, por ejemplo, en el en el *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros [...], la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer”.

3.3.2. Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

La Corte consideró que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

3.4. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado.

Por tanto, la Corte concluyó que el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1 es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

3.5. Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

La Corte utilizó los diversos métodos de interpretación, los cuales llevaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

4. Proporcionalidad de la medida de prohibición

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte resaltó que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana, razón por la cual no fue necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estimó pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad

de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad, iii) el género y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluarán v) los alegados logros alcanzados en la persecución de la finalidad buscada con la interferencia.

4.1. Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

La Corte consideró que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras.

El Tribunal estableció que dicha injerencia implicaba una severidad en la limitación, por cuanto, en primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observó que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afecta con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos.

4.2. Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica

La Corte ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o

práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. La Corte consideró que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analizó si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

4.2.1. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

La Corte tomó nota que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha definido la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrollara la autonomía reproductiva.

4.2.2. Discriminación indirecta en relación con el género

La Corte consideró que la prohibición de la FIV pudo afectar tanto a hombres como a mujeres y les pudo producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad. En este sentido, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

Al respecto, el Tribunal resaltó que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, tuvo un impacto

diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaba esta intervención inicial destinada a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Dado que en todo procedimiento de FIV las mujeres reciben una estimulación hormonal para la inducción ovárica, ello generaba un fuerte impacto en los casos donde se interrumpía el tratamiento como consecuencia de la prohibición y en aquellos casos donde los procedimientos realizados fuera del país exigieron cargas adicionales. Por otra parte, se hizo referencia a los estereotipos que tuvieron impacto en los casos de infertilidad masculina. La Corte resaltó que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no validó dichos estereotipos y tan solo los reconoció y visibilizó para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

4.2.3. Discriminación indirecta en relación con la situación económica

Finalmente, el Tribunal destacó que la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

4.3. Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

La Corte observó que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si estos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria.

La Corte consideró necesario profundizar en este último aspecto a partir de la prueba producida en el proceso ante el Tribunal en relación con las similitudes y diferencias respecto a la pérdida de embriones tanto en los embarazos naturales como en la FIV. Para el Tribunal fue suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente era concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

Teniendo en cuenta que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede

entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia. De manera que la Corte encontró desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.

El Tribunal reiteró que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida, lo cual se evidencia con las miles de personas que han nacido gracias a este procedimiento. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observó que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se buscaba a través de la prohibición de la FIV tenía un alcance muy limitado y moderado.

4.4. Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural con análogo grado de posibilidad. La Corte resaltó que el embrión antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

Por tanto, la Corte concluyó que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios.

III. REPARACIONES

La Corte estableció que su Sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: i) tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la fecundación in vitro y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto; ii) el Estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, y iii) la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

Además, el Estado como reparación deberá: i) otorgar gratuitamente el tratamiento psicológico a las víctimas que así lo requieran; ii) publicar el resumen oficial elaborado por la Corte en el diario oficial, en un periódico de amplia circulación nacional y tenerlo disponible en un sitio web de la rama judicial; iii) implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a funcionarios judiciales, y iv) pagar indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.

El texto íntegro de esta Sentencia puede encontrarse en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”)
VS. COSTA RICA**

SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA

RESOLUCIÓN DEL 26 DE FEBRERO DE 2016

I. CASO

El 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) dictó una sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente a la República de Costa Rica (en adelante, “el Estado” o “Costa Rica”) por haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación, en perjuicio de dieciocho personas. Algunas de las víctimas se encontraban recibiendo en Costa Rica el tratamiento médico correspondiente a la técnica de fecundación *in vitro* (FIV), cuando el 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, que regulaba dicha técnica de reproducción asistida, lo cual implicó que, en la práctica, se prohibiera la FIV en Costa Rica y que, consecuentemente, algunas de las víctimas del presente caso se encontraran obligadas a interrumpir el tratamiento médico previamente iniciado; que otras tuvieran que viajar a otros países para poder acceder y culminar dicho tratamiento, y que otras no pudieran acceder a esta técnica de reproducción asistida. La Corte estableció que su sentencia constituía *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado medidas para garantizar los derechos violados y otras medidas de reparación, entre ellas, determinadas garantías de no repetición.

En el ejercicio de su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, la Corte esta vez se abocó a supervisar la ejecución de aquella sentencia.

A tal fin, valoró la información presentada por las partes respecto de las medidas de reparación ordenadas en este caso para determinar el grado de cumplimiento por parte del Estado.

Asimismo, tomó en cuenta lo expuesto por la Defensora de los Habitantes de Costa Rica (como “otra fuente de información”) durante la audiencia pública de supervisión respecto del cumplimiento de las garantías de no repetición que fueran ordenadas en el presente caso, a fin de apreciar su cumplimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 69.2 del Reglamento de la Corte, en el entendimiento de que esa información es distinta a la que brinda el Estado en su carácter de parte de este proceso de supervisión de cumplimiento.

II. FONDO

La Corte:

1. declaró que el Estado ha dado cumplimiento total a las siguientes medidas de reparación: *a)* realizar las publicaciones indicadas en la sentencia; *b)* implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales, y *c)* pagar las cantidades fijadas en la sentencia en concepto de daños materiales e inmateriales a favor de las víctimas, y por el reintegro de costas y gastos;

2. declaró que el Estado ha venido dando cumplimiento y debe continuar implementando la medida de reparación relativa a brindar a las víctimas atención psicológica gratuita, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas;

3. declaró –por mayoría– que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida. En consecuencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público;

4. dispuso –por mayoría– que se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S del 11 de septiembre de 2015, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en su sentencia;

5. dispuso –por mayoría– que se mantenga abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento respecto de las medidas de reparación relativas a: *a)* que la prohibición de la FIV no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción, y *b)* la regulación de la FIV, y el establecimiento de sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida;

6. dispuso mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de las siguientes medidas de reparación: *a)* incluir la disponibilidad de la FIV dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en la atención de salud del Estado, de conformidad con el deber de garantía respecto del principio de no discriminación, y *b)* brindar a las víctimas atención psicológica gratuita, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas;

7. dispuso que el Estado adopte, en definitiva y a la mayor brevedad, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a los puntos pendientes de la sentencia emitida en este caso el 28 de noviembre de 2012, conforme a lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

8. dispuso que el Estado le presente, a más tardar el 5 de septiembre de 2016, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas que se encuentran pendientes de cumplimiento;

9. dispuso que los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de cuatro y seis semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe.

La Corte estructuró sus consideraciones en el siguiente orden:

A. Dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV de manera que quienes quieran hacer uso de la técnica no encuentren impedimentos

La Corte había dispuesto que el Estado debía adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quedara sin efecto la prohibición de practicar la FIV, y para que las personas que desearan hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida pudieran hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que habían sido encontrados vulnerados; adicionalmente, que el Estado debía informarle en seis meses las medidas adoptadas al respecto.

Recordó que las violaciones a los derechos declaradas en perjuicio de las dieciocho víctimas del caso se originaron con una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el año 2000 que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo del año 1995 que regulaba la técnica de la FIV, lo que ocasionó que esta técnica no pudiera practicarse en Costa Rica. El Tribunal comprobó “que el efecto prohibitivo que en general causó [esa] sentencia” y el análisis realizado en la misma partiendo de una “protección absoluta del embrión” produjeron una “arbitraria y excesiva” interferencia en los derechos a la vida privada y familiar, particularmente en el derecho a la autonomía reproductiva en lo que respecta a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de FIV.

Para que la referida prohibición de la FIV no continuara teniendo efectos jurídicos en Costa Rica, así como para prevenir la recurrencia de violaciones como las ocurridas en el presente caso, el Tribunal ordenó al Estado tres medidas dirigidas a garantizar los derechos conculcados a las víctimas y a la no repetición de este tipo de violaciones, las que fueron ordenadas separadamente, en orden de prelación y con plazos distintos, de manera que su cumplimiento fuera de carácter independiente.

La primera medida consistía en que las autoridades pertinentes de Costa Rica debían adoptar medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV que produjo la decisión de la Sala Constitucional del año 2000. Al ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicha prohibición debía dejarse sin efecto y no continuar representando un obstáculo para la práctica de la FIV. Destacó que Costa Rica tiene la obligación internacional de cumplir con lo dispuesto en la sentencia del Tribunal, de conformidad con lo establecido en el art. 68.1 de la Convención Americana, además de encontrarse

obligada a implementar, tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto en sus sentencias; de incumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado y otras autoridades públicas o estatales de cualquier nivel, incluyendo a sus más altos tribunales de justicia, que tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional. Al respecto, la Corte resaltó que los Estados “no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”.

Observó que la orden de dejar sin efecto la prohibición de la FIV podía ser implementada por el Estado por distintas vías; *vgr.*, dándole efectos inmediatos y vinculantes a la sentencia del Tribunal a nivel del ordenamiento interno costarricense a través de la actuación o decisiones de sus órganos y autoridades que –en el marco de sus competencias– denotaran que la prohibición dejó de tener vigencia, o también a través de la adopción de medidas de carácter general, como la emisión de una decisión judicial (del tribunal que dispuso la prohibición) o de una norma jurídica.

Esta orden no depende de otra medida ordenada en la sentencia, como regular los aspectos que se consideren necesarios para su implementación, pues la ausencia de tal regulación no debía representar un impedimento para la práctica de la técnica en el país.

Hasta antes de la audiencia de supervisión de cumplimiento de septiembre de 2015, la posición del Estado fue la de condicionar el cumplimiento de esta medida de reparación –relativa a dejar sin efecto la prohibición de la FIV– a la aprobación de una ley por la Asamblea Legislativa que autorizara la FIV y la regulara, e informó sobre proyectos de ley, ninguno de los cuales fue aprobado. Esa misma posición es la que han mantenido órganos estatales vinculados al cumplimiento de la sentencia, entre ellos, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, la Defensora de los Habitantes de Costa Rica ha sostenido que tal posición “mantiene de hecho la prohibición de la técnica”, “invisibilizando el carácter ejecutorio de la sentencia”. A partir de la audiencia de supervisión, la posición del Estado viró a que tal cumplimiento podría realizarse mediante la emisión de un decreto ejecutivo.

Es así que, pese a los años transcurridos, los representantes de las víctimas y otra persona interesada en acceder a dicha técnica interpusieron al menos seis recursos de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con los cuales pretendían que se dejara sin efecto la prohibición de la FIV, así como también que dicha técnica fuera brindada a los recurrentes en un centro público o privado de salud. La Sala Constitucional rechazó de plano cuatro de los seis recursos y no hizo lugar a los otros dos. Al referirse a tales decisiones, los representantes de las víctimas indicaron que dichos amparos ofrecían “un cauce procesal apropiado y una oportunidad a la Sala Constitucional [... que] le posibilitaba atender el requerimiento del levantamiento de la prohibición”. En esas oportunidades, la Sala Constitucional sostuvo que no le corresponde “ordenar la ejecución” de las sentencias del Tribunal ni “suplir la supervisión de cumplimiento de las mismas”. Lo cierto es que la prohibición de practicar la FIV

se originó hace aproximadamente 16 años precisamente en una decisión de dicha Sala, por lo cual ese órgano está directamente vinculado con el levantamiento de la misma y podría haber garantizado el derecho de los recurrentes a hacer uso de dicha técnica. Inclusive, el propio Estado destacó la relevancia del recurso de amparo para atender situaciones de afectación de derechos como los del presente caso, y quedó constatado en la sentencia que la posición reiterada de dicha Sala es que “su jurisprudencia es vinculante ‘*erga omnes* salvo para ella misma, de manera que [los] criterio[s] vertidos en ell[a] pueden ser modificad[o]s cuando existan motivos fundados para ello o razones de orden público”. Por ello, el Tribunal consideró que la Sala Constitucional no solo podía dejar sin efecto su propia decisión que desde el año 2000 causó la prohibición de la FIV en Costa Rica, sino que a través de los seis recursos de amparo interpuestos tuvo oportunidades suficientes para garantizar la implementación de esta medida de reparación ordenada en la sentencia y optó por no hacerlo. En ese sentido, la actuación de la Sala Constitucional desconoció la sentencia del Tribunal, planteando un obstáculo para el cumplimiento de la misma.

El Presidente de la Corte Interamericana convocó a una audiencia pública de supervisión de cumplimiento y requirió información actualizada a Costa Rica, en atención a los obstáculos que se habían alegado respecto al trámite legislativo para la aprobación de los referidos proyectos de ley. En dicha audiencia, el Estado comunicó que había elaborado un proyecto de decreto ejecutivo que autorizaba la FIV y regulaba su implementación. Días después, el Estado informó que había entrado en vigencia el Decreto N° 39210-MP-S denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”, emitido por el Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia y de Salud. Mediante este, el Poder Ejecutivo buscaba autorizar expresamente la práctica de la FIV, garantizar los derechos de las personas que padecen de infertilidad y regular la implementación de dicha técnica. El Tribunal valoró positivamente los esfuerzos realizados por el Poder Ejecutivo para dejar sin efecto la prohibición de la FIV, a través de la emisión de una norma jurídica, y consideró que ello representaba una voluntad clara y concreta de cumplir con la sentencia.

Sin embargo, pocos días después de su entrada en vigor, ese decreto fue impugnado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante una acción de inconstitucionalidad, al considerar los accionantes que con esta norma se da una “violación y/o amenaza a[l] derecho fundamental a la vida” del “concebido no nacido”, y una “[v]iolación al principio de reserva de ley”. La Sala Constitucional, por mayoría, en primer lugar dio curso a la acción y ordenó la suspensión del decreto hasta tanto no se resolviera el fondo; finalmente, el 3 de febrero de 2016 hizo lugar a dicha acción. Al día siguiente, tanto los representantes de las víctimas como el Estado comunicaron al Tribunal dicho decisorio, y el 11 de febrero de 2016 le fue notificado el texto íntegro del mismo. La Sala Constitucional, por mayoría, “declar[ó] con lugar la acción, únicamente por violación al principio de reserva de ley y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el art. 2 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es a través de ley formal” y, en consecuencia, resolvió “anula[r] el Decreto Ejecutivo 39210-MPS”; consideró que el Decreto es inconstitucional por contener “una regulación de derechos fundamentales más allá del simple establecimiento de requisitos y condiciones para su ejercicio, pues la normativa que contiene incide en el contenido del derecho a la vida y a la salud de la mujer y los embriones implantados, en los términos fijados por la Corte Interamericana, así como el derecho a la dignidad humana”. Asimismo, reconoció “el esfuerzo que ha realizado el Poder Ejecutivo por dar cabal cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana [... pero] no es posible que el fin justifique el medio cuando este quebranta, de forma abierta y manifiesta, valores, principios y normas nucleares del sistema republicano, como es el principio de reserva de ley”. Indicó que por ello “debe la Asamblea Legislativa dictar la ley que impone la sentencia de la Corte Interamericana al Estado de Costa Rica, según las normas que regulan su actividad y, de esa forma, cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. El Tribunal hizo notar que, al tomar dicha decisión, la Sala Constitucional anuló incluso el art. 1 del Decreto Ejecutivo 39210-MPS, que dejaba sin efecto la prohibición de la FIV. Esta norma era la única medida adoptada por alguna autoridad u órgano estatal en más de tres años desde la emisión de la sentencia para dar cumplimiento a esta medida de reparación.

Tras dicha sentencia, el Estado y los representantes de las víctimas presentaron a la Corte Interamericana su posición respecto de aquella. Los segundos manifestaron que la Sala Constitucional hizo caso omiso a lo dispuesto por el Tribunal, y por ello solicitaron ratificar y avalar el decreto, como forma de cumplir con su sentencia, y que se ordenara mantenerlo vigente hasta tanto no exista una normativa conforme a lo resuelto; asimismo, pidieron la anulación de la sentencia de la Sala Constitucional del 3 de febrero de 2016, por ser contraria y de menor rango a la sentencia dictada por el Tribunal. El Estado, por su parte, sostuvo que el decreto anulado es un mecanismo idóneo de cumplimiento; también solicitó se lo ponga nuevamente en vigencia, a fin de permitir la puesta en práctica de la FIV, y así garantizar los derechos en este ámbito; al respecto, sostuvo que sería idóneo otorgarle vigencia temporal, al menos mientras no se emita una norma de rango superior que atienda, en forma plena, lo ordenado por el Tribunal. Por su parte, la Comisión Interamericana observó que no corresponde efectuar determinaciones sobre la conformidad o no de la decisión de la Sala Constitucional a la luz del marco jurídico interno, pero expresó su “preocupación” porque “con la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto, la prohibición de la Fecundación In Vitro y su ausencia de regulación continúan vigentes en Costa Rica y, con ellos, la situación de incumplimiento de la Sentencia”. Asimismo, expresó su preocupación porque “la aprobación de una ley en sentido formal, en la práctica, no ha constituido un medio eficaz”, ya que, según lo indicado por las partes durante la etapa de supervisión de cumplimiento, “el trámite legislativo de los proyectos de ley se encontraba obstaculizado por cientos de mociones” y “algunos de los contenidos sustantivos de los proyectos [...] no serían compatibles con los estándares de la sentencia”.

La Sala Constitucional está manteniendo los efectos de la prohibición de la FIV al supeditar su permisión a la existencia previa de una regulación de carácter legal. Si bien el Tribunal ordenó que Costa Rica regule los aspectos necesarios para la implementación de la FIV, no ha considerado indispensable la existencia de una regulación para que las personas con infertilidad pudieran tener acceso a esta técnica; por esta razón, se ordenaron dos medidas de reparación de forma independiente. El Tribunal, en su sentencia, ha expresado que “si bien la FIV se realiza en un gran número de países, lo anterior no necesariamente implica que ésta se encuentre regulada por medio de normas jurídicas”, y que “a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios”, es decir que “en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV”.

A pesar de ser un órgano directamente vinculado con la obligación de dejar sin efecto la prohibición que estableció en el año 2000, la Sala Constitucional emitió una sentencia que representa un obstáculo para el cumplimiento de lo dispuesto en el punto dispositivo segundo de la sentencia, ya que mantiene a Costa Rica en la misma situación jurídica que causó la violación a los derechos humanos declarada en 2012 en el presente caso, al permitir, mediante una decisión judicial, que permanezcan los efectos de la prohibición de la FIV en ese país. Con ello, se prolonga el incumplimiento de la sentencia y se continúa impidiendo el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través del acceso a la FIV, perjudicando a todas aquellas personas que desean y necesitan (al ser su única opción) tener acceso a esta técnica de reproducción asistida.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal consideró que Costa Rica incumplió con la medida ordenada en el punto dispositivo segundo de la sentencia, ya que han transcurrido más de tres años desde la emisión de aquella y la prohibición de la FIV, pese a ser incompatible con la Convención Americana, continúa representando un obstáculo para el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, particularmente, el derecho a la autonomía reproductiva en lo que respecta a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de FIV, así como los demás derechos que fueron encontrados vulnerados en la sentencia. La demora en el cumplimiento de esta medida tiene un particular impacto negativo, considerando que el paso del tiempo sin que se elimine la prohibición de la FIV afecta la posibilidad de las personas de someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos biológicos, fundamentalmente de quienes intentaron otros tratamientos para enfrentar la infertilidad o respecto de quienes es la única opción para procrear. Al respecto, la Defensora de los Habitantes de Costa Rica destacó que “la edad de las mujeres es un elemento significativo y relevante tanto para recomendar el procedimiento como para someterse al mismo[, ya que] los resultados de [...] estudios [efectuados para verificar la tasa de éxito de la técnica] coinciden en que se obtienen menores resultados exitosos conforme aumenta la edad de las mujeres”. Al haber mantenido la prohibición de practicar la FIV en Costa Rica, el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales, perpetuando

una situación de violación a los derechos a la vida privada y familiar que podría generar graves e irreversibles consecuencias en aquellas personas que requieren acceder a esta técnica de reproducción. A la luz de la Convención Americana y la reparación ordenada en la sentencia, debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida, tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica. No puede imponerse sanción por el solo hecho de practicar la FIV. Por tanto, resulta necesario que el Estado cumpla con esta disposición e informe al Tribunal al respecto.

En cuanto a la solicitud del Estado y los representantes de las víctimas de que se otorgue vigencia al Decreto Ejecutivo N° 39210-MPS hasta que no se emita una norma de rango superior, el Tribunal consideró que la misma tiene relevancia en lo que respecta a la regulación que aplicaría para la implementación de la técnica de FIV.

B. Regular los aspectos necesarios para la implementación de la FIV

El Tribunal había dispuesto que el Estado debía “regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la [...] sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida”.

Costa Rica informó que estaban en trámite en el Poder Legislativo tres proyectos de ley en relación con la técnica de FIV, que no han sido aprobados. Los representantes de las víctimas y la Defensora de los Habitantes de Costa Rica se refirieron a la falta de avances y obstáculos que se presentan en el ámbito legislativo para la aprobación de una ley que regule la FIV, y también expusieron críticas sobre el contenido de aquellos proyectos, particularmente respecto del proyecto de ley n° 18.824 “Ley Marco de Fecundación In Vitro”, que es el que se encuentra en etapa avanzada, al considerar que no se adecuaría a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal. El Estado, al igual que los representantes de las víctimas, manifestó “serias preocupaciones” al considerar que este proyecto “contiene severas inconsistencias jurídicas contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como al [...] pronunciamiento de [esta] Corte” y a “los estándares internacionales que las Ciencias de la Salud establecen para esta técnica de reproducción asistida, con lo cual se obstruye el derecho a gozar de los beneficios y posibilidades que ofrece el progreso científico”. Agregó que “de aprobarse el contenido actual de [este] proyecto de ley [...] se corre el riesgo de hacer ineficaz la FIV en Costa Rica, así como de incurrir en estado de incumplimiento respecto de la sentencia de la [...] Corte”. Por ello, durante la audiencia pública de supervisión de cumplimiento de septiembre de 2015, el Estado indicó que el Poder Ejecutivo optó por elaborar un proyecto de decreto ejecutivo que autorizara la FIV y regulara su implementación. Ante su inconstitucionalidad declarada el

3 de febrero de 2016, el Estado explicó las razones por las que entendía que para cumplir con la orden dada por el Tribunal, la “regulación no requiere ser de rango legal”, y que debido a que el Estado fue declarado responsable en la sentencia, “todas las autoridades públicas están llamadas a desplegar las acciones propias de su competencia para restablecer los derechos vulnerados con la prohibición de la FIV”. Además, resaltó que con la anulación del decreto se genera nuevamente una situación de incertidumbre jurídica que demanda la reformulación de acciones a fin de lograr la implementación de la FIV, y comunicó que no vislumbra que, en un futuro cercano, la Asamblea Legislativa promulgue una ley con las características que debe tener, puesto que se ha dificultado el consenso en esta materia y existen sectores políticos que se resisten a normar dicha técnica de una forma acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Al ordenar la reparación relativa a que se regulen “los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV”, el Tribunal no indicó específicamente qué tipo de norma debía ser emitida para tales efectos. En ese sentido, valoró positivamente que, ante la falta de actuación del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo haya buscado dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia a través de la emisión de la referida norma, tomando en cuenta que los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional establecida por el Tribunal.

La medida relativa a regular los aspectos que se consideren necesarios para la implementación de la FIV no debía representar un impedimento para el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y familiar a través del acceso a la técnica en Costa Rica, derechos cuya protección debe tener una eficacia jurídica directa. Por ello, ante la falta de una regulación específica en los términos de la sentencia, la FIV podía realizarse y fiscalizarse con la normativa, regulaciones técnicas, protocolos y estándares de salud, médicos y cualquier otra normativa que resultara aplicable. Adicionalmente, tomando en cuenta que el referido decreto ejecutivo ha sido la única medida adoptada por el Estado para cumplir con la reparación ordenada en la sentencia, y que el Estado afirma que su vigencia temporal es una alternativa válida para solventar la referida inseguridad jurídica, resulta necesario disponer que el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S se mantenga vigente en aras de evitar que sea ilusorio el ejercicio del derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de la técnica de la FIV. Ello, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia.

Para evaluar el cumplimiento de la medida de reparación dispuesta, el Tribunal requirió que el Estado informe el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior.

C. Disponibilidad de la FIV dentro de los programas y tratamientos de infertilidad

En su sentencia, el Tribunal había dispuesto que el Estado debía incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad

en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

El Estado sostuvo que la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) realizó varias acciones de diagnóstico, entre ellas, la redefinición del programa de atención a la persona infértil de la CCSS, el análisis de las necesidades de “infraestructura, equipamiento, recurso humano y presupuesto requerido para la implementación de una unidad de FIV a nivel institucional”, la adquisición de conocimiento de experiencias internacionales y la elaboración de propuestas al respecto. Asimismo, informó que el decreto ejecutivo emitido en septiembre de 2015 contiene disposiciones relativas a la implementación de la FIV por parte de la CCSS. Agregó que se está “trabajando en la elaboración de una norma técnica bajo la responsabilidad del Ministerio de Salud y los protocolos respectivos por parte de la CCSS para [su] aplicación”. No obstante lo anterior, hizo notar que la CCSS ha sostenido que el ofrecimiento de la FIV “dependerá de la existencia de [una] ley, recursos y reglamentación oficial por parte del Estado de Costa Rica”. Los representantes de las víctimas observaron que el Estado aún no ha incluido la realización de la FIV en sus servicios de seguridad social ni permite que la técnica sea realizada a nivel privado, y que ello no ocurrirá hasta tanto no se suprima “la prohibición de facto” que existe en Costa Rica. La Comisión Interamericana valoró positivamente los pasos dados por la CCSS a fin de explorar la incorporación de la FIV en sus programas institucionales. No obstante, resaltó que el cumplimiento de esta medida se encuentra íntimamente relacionado con el levantamiento de la prohibición y la regulación de la técnica, y observó con profunda preocupación que obstáculos vinculados al derecho interno siguen generando el incumplimiento de la sentencia.

El Tribunal observó que la CCSS ya tiene un programa de atención integral para la infertilidad que prevé distintos niveles de atención, en el cual faltaría incluir la disponibilidad de la FIV. El Estado ha comunicado que la CCSS ha realizado diversas acciones de carácter preparatorio o de diagnóstico, orientadas a redefinir su programa de “atención de la pareja infértil” y a la creación de una “Unidad de Fertilización In Vitro”, e informó acerca de diversas tareas que estaban llevando a cabo para su implementación. En lo que respecta a los costos que generaría la inclusión de la FIV dentro de los programas que brinda la CCSS, el Estado no indicó que tuviere alguna limitación presupuestaria que le impida cumplir gradualmente con ello.

Aun cuando la puesta a disposición de la FIV puede realizarse de manera gradual, el Tribunal hizo notar que las medidas tomadas en el ámbito de la seguridad social de Costa Rica se refieren únicamente al diagnóstico de las necesidades institucionales de la CCSS para llegar a brindar la FIV y a la redefinición de programas, sin que la técnica esté actualmente disponible para ninguna persona entre sus servicios, ni se hayan materializado pasos concretos que evidencien que próximamente se brindará la FIV dentro de sus programas de salud, tales como lo sería la adquisición de equipos e instalación de laboratorios especializados, entre otros; y al respecto, la Defensora de los Habitantes de Costa Rica hizo notar esta misma situación.

El Tribunal reiteró la gravedad que genera el paso del tiempo sin que se encuentre a disposición la técnica de FIV en Costa Rica, y destacó lo expresado por la Defensora de los Habitantes en el sentido de que ello no solo afecta el derecho a la salud reproductiva de la población, y en mayor gravedad a las mujeres y parejas sin posibilidades económicas de ser atendidas fuera de Costa Rica. El Tribunal recordó que en la sentencia determinó que “la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”.

El Tribunal valoró positivamente las acciones realizadas por el Estado; pero consideró que la medida está pendiente de cumplimiento e instó al Estado a adoptar las medidas pertinentes para que, en el menor tiempo posible, ponga a disposición la FIV en los programas y tratamientos de infertilidad de la seguridad social de Costa Rica, y la garantice gradualmente a quienes la requieran. Asimismo, reiteró que el Estado deberá continuar informándole cada seis meses sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento.

D. Brindar atención psicológica a las víctimas

En su sentencia, el Tribunal dispuso que el Estado debía brindar a las víctimas atención psicológica gratuita, de forma inmediata y hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas. Dicha atención debía ser “adecuada a los padecimientos psicológicos sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades, siempre y cuando ellas lo hayan solicitado”, y teniendo en consideración, además, “las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que se les brinden tratamientos familiares o individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas, después de una evaluación individual”. Asimismo, se indicó que los tratamientos debían incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos que estén directamente relacionados y sean estrictamente necesarios.

Según lo informado por Costa Rica, al mes siguiente de la notificación de la sentencia, la Gerencia Médica de la CCSS remitió comunicaciones escritas a las dieciocho víctimas del presente caso, con el fin de ofrecerles atención psicológica gratuita, informarles sobre la disponibilidad de citas a otorgar en el Servicio de Psicología Clínica del Hospital de las Mujeres, e indicarles las fechas en las cuales había cupos disponibles y los datos de contacto en los cuales podían programar su cita para la atención psicológica. La Comisión valoró positivamente que el Estado haya ofrecido esta atención a las víctimas.

El Tribunal valoró positivamente todas esas acciones. Asimismo, constató que entre enero de 2013 y octubre de 2015 todas las víctimas programaron la primera cita para recibir atención psicológica. No obstante, se presentaron las siguientes situaciones con respecto al seguimiento de la atención psicológica: dos víctimas asistieron a la primera cita en febrero de 2013 y manifestaron que no deseaban continuar, por lo cual se cerró el proceso terapéutico; nueve víctimas se ausentaron a la primera cita programada entre febrero y marzo de 2013, y no solicitaron reprogramación de las mismas, y siete víctimas asistieron a la primera

cita programada entre enero y marzo de 2013, y continuaron el proceso terapéutico, para lo cual se les programó atención de seguimiento; no obstante, se ausentaron a las siguientes citas y no solicitaron reprogramación de las mismas. Se valoró positivamente que el Estado haya brindado atención psicológica a las víctimas que así lo solicitaron, y se tomó nota de que esta atención, según lo afirmado por el representante May Cantillano, “ha sido efectivizada por los interesados según su libre decisión”. Los representantes de las víctimas no han indicado que dicha atención no haya sido acorde a los parámetros establecidos en la sentencia. Se valoró que el Estado haya mantenido disponible la atención psicológica, de manera tal que las víctimas que se ausentaron a las citas de seguimiento pudieran gestionarlas nuevamente en otra fecha con el fin de continuar con el tratamiento.

Por lo dicho, el Tribunal consideró que el Estado ha venido dando cumplimiento a la medida ordenada relativa a brindar atención psicológica a las víctimas. Tomando en consideración que las víctimas Artavia Murillo y Castillo León manifestaron su voluntad de no continuar con la referida atención, se procedió a finalizar la supervisión de cumplimiento de esta medida de reparación respecto a estas dos personas. Sobre las restantes dieciséis víctimas del caso, teniendo en cuenta que esta medida debe brindarse hasta por cuatro años, resulta necesario que aquellas indiquen claramente si desean o no continuar con la referida atención. Los representantes deberán presentar dicha información junto con las observaciones requeridas en el punto resolutivo noveno de la presente Resolución.

E. Realizar las publicaciones de la sentencia

El Tribunal había dispuesto que en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación de la sentencia, el Estado debía publicar el resumen oficial de la misma elaborado por el Tribunal, por una sola vez, en el Diario Oficial; el resumen oficial de la sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional; y la sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial de la rama judicial.

Constató que, dentro del plazo dispuesto, se cumplió con la publicación del resumen oficial en el Diario Oficial “La Gaceta” y en el diario “La Nación”, de amplia circulación nacional, así como con la publicación íntegra de la sentencia por el período de un año en la página web del Poder Judicial. El representante May Cantillano y la Comisión Interamericana valoraron el cumplimiento estatal.

Consideró que el Estado ha dado cumplimiento total a las medidas de publicación y difusión de la sentencia, tal como fue ordenado en la misma.

F. Cursos y programas de educación y capacitación para funcionarios judiciales

En su sentencia, el Tribunal había dispuesto que el Estado debía implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a

funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y había establecido que dentro de dichos programas y cursos de capacitación debía hacerse una especial mención a la sentencia de este Tribunal y a los diversos precedentes del *corpus iuris* de los derechos humanos relativos a los derechos reproductivos y el principio de no discriminación.

Valoró positivamente que Costa Rica haya diseñado y puesto en ejecución un programa de capacitación en derechos humanos, sexuales y reproductivos para funcionarios judiciales. El Estado afirmó que con las acciones implementadas ha dado un adecuado cumplimiento a lo preceptuado sobre este punto. El representante May Cantillano reconoció que se han realizado capacitaciones del personal judicial en materia de derechos humanos e hizo notar que estas deben ser permanentes.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica acordó que tanto el Consejo Directivo de la Escuela Judicial como la Escuela Judicial debían poner en ejecución programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, principalmente en temas reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales. La Escuela Judicial conformó un equipo de trabajo, en el cual también participó personal de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica. Este grupo de trabajo diseñó el taller denominado “Derechos humanos, sexuales y reproductivos”, dirigido a funcionarios judiciales, jueces, Defensa Pública, Ministerio Público y a aquel personal que también se determine que interese, y estuvo a cargo de su ejecución. Dicho taller fue diseñado con el objetivo general de desarrollar un espacio de formación y sensibilización dirigido a funcionarios judiciales, a fin de que el Poder Judicial asuma la responsabilidad que le compete en el avance y conocimiento de los derechos sexuales y reproductivos con los que el país se ha comprometido a través de la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Según lo informado por el Estado, este taller es de carácter virtual y presencial, con una duración de 40 horas. Consideró que su contenido satisface lo ordenado en la sentencia, ya que comprende, entre otros temas, el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos a la luz de los derechos humanos y de la perspectiva de género; las técnicas de reproducción asistida humana; la descripción, implicaciones jurídicas y aspectos científicos de la FIV como técnica de reproducción humana asistida. También, abordó el razonamiento y la fundamentación del Tribunal sobre la prohibición de la FIV como una violación de derechos humanos, y su jurisprudencia relevante en materia de derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, se observa que todos los temas del taller son abordados bajo los siguientes ejes: no discriminación, enfoque de género, no violencia, acceso al disfrute de los avances científicos y acceso a la justicia. Por otra parte, constató que el referido taller se ha realizado en tres ocasiones: junio de 2014, septiembre de 2015 y octubre de 2015, y que la cuarta promoción del taller estaba programada para noviembre de 2015. En cuanto a los funcionarios a quienes debía estar dirigido, se constató que han participado jueces de distintos escalafones y áreas de la rama judicial, defensores públicos y otros funcionarios de la Defensa Pública, fiscales y diversos funcionarios del Ministerio Público, y personal académico de la Escuela Judicial. Sería beneficioso

para el impacto de esta medida de reparación que el Estado procure que estas capacitaciones no sean de carácter optativo, sino un requerimiento con el fin de que esta medida abarque la mayor cantidad posible de funcionarios de la rama judicial. En cuanto a la permanencia de la capacitación, consta en el referido acuerdo tomado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que el programa de capacitación debe tener carácter “permanente”, lo cual es conforme con lo ordenado en la sentencia. Por otra parte, el Tribunal valoró la capacitación que se brinda a través del “Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura” de la Escuela Judicial, el cual tiene un importante contenido en materia de protección de derechos humanos en el Sistema Interamericano y participan como docentes abogados de la Secretaría del Tribunal.

La Corte consideró que las acciones realizadas por el Estado fueron acordes con lo ordenado en la sentencia, ya que se relacionan con la implementación de programas de capacitación permanentes en derechos humanos, sexuales y reproductivos, bajo un eje de “no discriminación”, por lo cual Costa Rica ha dado cumplimiento total a la reparación ordenada.

G. Indemnizaciones por daño material e inmaterial, y reintegro de costas y gastos

El Tribunal había dispuesto que el Estado debía pagar una suma determinada en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, y que dichos pagos debían ser realizados directamente a las personas indicadas en la sentencia, dentro del plazo de un año, contado a partir de su notificación.

Constató que: *a)* con respecto al pago de la indemnización en concepto de daño material, consta el pago realizado a seis de las ocho víctimas que debían recibir una indemnización por este concepto. No se aportaron comprobantes respecto del pago a favor de las víctimas Andrea Bianchi Bruna y German Alberto Moreno Valencia; *b)* con respecto al pago de la indemnización en concepto de daño inmaterial, consta el pago realizado a quince de las dieciocho víctimas. No se aportaron comprobantes respecto del pago a favor de las víctimas Grettel Artavia Murillo, Andrea Bianchi Bruna y German Alberto Moreno Valencia, y *c)* consta el pago de las cantidades ordenadas en concepto de reintegro de costas y gastos a los representantes Boris Molina Acevedo, Huberth May Cantillano y a los derechohabientes del representante Gerardo Trejos.

Con respecto a la referida falta de comprobantes sobre el pago a las víctimas Grettel Artavia Murillo, Andrea Bianchi Bruna y German Alberto Moreno Valencia, el Tribunal hizo notar que esas víctimas son representadas por el señor May Cantillano, quien no ha presentado observaciones u objeciones respecto al cumplimiento de esta medida. Por el contrario, en reiteradas oportunidades ha afirmado que “le consta que el Estado ha cancelado los daños materiales e inmateriales a las víctimas”.

De conformidad con lo expuesto, la Corte consideró que, dentro del plazo concedido en la sentencia, el Estado ha dado cumplimiento total al pago de

las indemnizaciones en concepto de daños materiales e inmateriales, y al reintegro de costas y gastos.

El texto íntegro de esta Resolución puede encontrarse en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf>.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO LÓPEZ LONE Y OTROS
VS. HONDURAS
(EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

SENTENCIA DEL 5 DE OCTUBRE DE 2015

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

El 5 de octubre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “este Tribunal”) dictó una Sentencia mediante la cual declaró, por unanimidad, que el Estado de Honduras era responsable por la violación a la libertad de expresión, derecho de reunión, derechos políticos, derecho de asociación, garantías judiciales, protección judicial, derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad y el principio de legalidad, en el marco de los procesos disciplinarios realizados en contra de los jueces Adán Guillermo López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha y Ramón Enrique Barrios Maldonado, así como de la magistrada Tirza del Carmen Flores Lanza. Como consecuencia de estos procesos los cuatro jueces fueron destituidos y, tres de ellos, separados del Poder Judicial. Dichos procesos disciplinarios fueron iniciados por conductas de las víctimas en defensa de la democracia y el Estado de Derecho en el contexto del golpe de Estado ocurrido en junio de 2009 en Honduras.

I. EXCEPCIÓN PRELIMINAR

El Estado interpuso una excepción preliminar por la presunta falta de agotamiento de dos recursos internos: el recurso contencioso administrativo y el recurso de amparo. Con respecto al primer recurso, la Corte desestimó el alegato del Estado debido a que Honduras se refirió a dicho recurso por primera vez ante este Tribunal, por lo que no fue interpuesto en el momento procesal oportuno. Por otra parte, con respecto al recurso de amparo, la Corte advirtió que el artículo 31 del Reglamento Interno del Consejo de la Carrera Judicial prohibía la interposición de recursos en contra las resoluciones del Consejo de la Carrera Judicial. A pesar que el Estado alegó que dicha norma había sido tácitamente derogada por la Constitución, la Corte concluyó que ante la incertidumbre que generaba la existencia de la referida norma, no podía exigirse a las presuntas víctimas que agotaran al recurso de amparo. Además, la Corte resaltó que el Estado no había demostrado la disponibilidad de dicho recurso en el procedimiento ante la Comisión. En consecuencia, la Corte desestimó la excepción preliminar.

II. HECHOS

a. Contexto

Entre finales de marzo y mayo de 2009 el entonces Presidente de la República de Honduras, José Manuel Zelaya Rosales, aprobó distintos decretos ejecutivos con el propósito de convocar, inicialmente, a una consulta popular y, posteriormente, una encuesta de opinión nacional, sobre la posibilidad de instalar una cuarta urna en las elecciones que se celebrarían en noviembre de 2009, a efectos de decidir sobre la convocatoria a una asamblea nacional constituyente que aprobara una nueva constitución política. El 27 de mayo de 2009 un Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo ordenó suspender la consulta popular y cualquier otro acto administrativo que conllevaré el mismo fin. No obstante, el Presidente Zelaya decidió continuar impulsando la encuesta de opinión nacional. El 25 de junio el Tribunal Supremo Electoral declaró ilegal la encuesta y ordenó decomisar el material. Sin embargo, el Presidente Zelaya, acompañado de sus seguidores, retiró el material y ordenó a la Policía Nacional custodiarlo. Al día siguiente, el Juzgado de Letras también ordenó decomisar el material, al considerar que la encuesta incumplía su decisión de 27 de mayo de 2009.

El 28 de junio de 2009 efectivos del Ejército privaron de libertad al Presidente Zelaya Rosales, quien fue conducido a una base aérea y trasladado a Costa Rica. Posteriormente se supo que su captura habría sido requerida por el Fiscal General a la Corte Suprema de Justicia, por presuntos delitos contra la forma de gobierno, traición a la patria, abuso de autoridad y usurpación de funciones, en perjuicio de la administración pública y el Estado de Honduras. El mismo 28 de junio el Congreso Nacional sesionó y se dio lectura a una “supuesta carta de renuncia [del Presidente] Zelaya”, por lo que nombró al Presidente del Congreso como Presidente Constitucional de la República. La Corte Suprema de Justicia de Honduras calificó estos hechos como una sucesión constitucional.

Por el contrario, estos hechos fueron “condenad[os] enérgicamente” y calificados como un “golpe de Estado en contra del Presidente José Manuel Zelaya Rosales”, por la Asamblea General y el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. A raíz de lo anterior, el 4 de julio de 2009 la Asamblea General de la OEA, haciendo uso por primera vez del artículo 21 de la Carta Democrática Interamericana, decidió “[s]uspender al Estado de Honduras del ejercicio de su derecho de participación en la Organización de Estados Americanos”. Tras diversas negociaciones, el 30 de octubre de 2009 se firmó el Acuerdo Tegucigalpa/San José para lograr la reconciliación nacional. Mediante dicho Acuerdo, entre otras cosas, se creó una Comisión de la Verdad y Reconciliación para “esclarecer los hechos ocurridos antes y después del 28 de junio de 2009 en Honduras”; se pactó la conformación de un gobierno de unidad y reconciliación nacional; se acordó que el Congreso Nacional decidiera sobre la restitución del Presidente Zelaya, y se manifestó apoyo a la celebración de elecciones presidenciales. El 29 de noviembre de 2009 se celebraron elecciones,

de las cuales resultó electo el señor Porfirio Lobo, quien asumió el poder el 27 de enero de 2010. Posteriormente, el 22 de mayo de 2011 se firmó el “Acuerdo para la Reconciliación Nacional y la Consolidación del Sistema Democrático de la República de Honduras”, luego de lo cual la Asamblea General de la OEA decidió levantar la suspensión del derecho de participación de Honduras en la OEA el 1 de junio de 2011.

Tras el golpe de Estado, las víctimas del presente caso, los jueces Adán Guillermo López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha y Ramón Enrique Barrios Maldonado, y la magistrada Tirza del Carmen Flores Lanza, realizaron distintas actuaciones a favor de la democracia y del Estado de Derecho. En virtud de dichas actuaciones, se iniciaron procesos disciplinarios en su contra. Asimismo, todas las víctimas eran miembros de la Asociación de Jueces por la Democracia (AJD), la cual también se manifestó en contra del golpe de Estado y a favor de la restitución del Estado de Derecho.

Al momento de los hechos, la legislación hondureña preveía dos procedimientos disciplinarios aplicable a jueces y juezas: (1) el establecido por la Constitución, por el cual la Corte Suprema debía nombrar y remover los magistrados, previa propuesta del Consejo de la Carrera Judicial y (2) el establecido en la Ley de la Carrera Judicial y su Reglamento, según el cual la Dirección de Administración de Personal era quien adoptaba la decisión sobre la remoción de un juez o magistrado, la cual luego podía ser recurrida ante el Consejo de la Carrera Judicial. No obstante, en el procedimiento en contra de las víctimas de este caso, si bien fue la Corte Suprema la que decidió su remoción, conforme establecía la Constitución, lo hizo previa propuesta de la Dirección de Administración de Personal, mientras que el Consejo de la Carrera Judicial, que debía actuar como órgano consultivo de la Corte Suprema en estas decisiones conforme a lo dispuesto por la Constitución, actuó como órgano de impugnación.

b. Los procedimientos disciplinarios contra las víctimas

Adán Guillermo López Lone fue Juez de Sentencia del Tribunal de Sentencia en San Pedro Sula hasta el 30 de junio de 2010, cuando se hizo efectiva su destitución. El 5 de julio de 2009 el señor López Lone participó en una manifestación en espera del regreso del Presidente Zelaya. Como consecuencia de una estampida humana, el señor López Lone sufrió una fractura en la pierna izquierda. La presencia del señor López Lone en esta manifestación, así como la lesión sufrida fue reportada en la prensa. A raíz de lo anterior, se inició una investigación en contra del señor López Lone. El 20 de abril de 2010 la Dirección de Administración de Personal recomendó a la Corte Suprema destituir al señor López Lone. El 16 de junio de 2010 la Corte Suprema emitió un acuerdo, mediante el cual destituyó al señor López Lone de su cargo por incumplimiento o violación grave o reiterada de algunos de los deberes, incompatibilidades y conductas establecidas en la Ley de la Carrera Judicial, al considerar que había participado en una manifestación política. Tras dicha decisión, el señor López Lone presentó un reclamo ante el Consejo de la Carrera Judicial para su reintegro.

El 24 de agosto de 2011 el Consejo declaró sin lugar el reclamo interpuesto por el señor López Lone y consideró debidamente acreditado que su participación en la manifestación constituía una incompatibilidad en el ejercicio del cargo de Juez.

Tirza del Carmen Flores Lanza fue Magistrada de la Corte de Apelaciones Seccional de San Pedro Sula hasta el 1 de julio de 2010, cuando se hizo efectiva su destitución. El 30 de junio de 2009 la señora Flores Lanza presentó una denuncia penal ante la Fiscalía General contra miembros del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y otras personas que habían participado en el golpe de Estado. En la misma fecha la señora Flores Lanza ejerció una acción de amparo a favor del Presidente Zelaya y contra el Jefe de Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas. Dentro de dicho procedimiento, la señora Flores Lanza presentó una solicitud de nulidad. A raíz de lo anterior, se inició una investigación en contra de la señora Flores Lanza. El 20 de abril de 2010 la Dirección de Administración de Personal recomendó a la Corte Suprema destituir a la señora Flores Lanza. El 4 de junio la Corte Suprema emitió un acuerdo, mediante el cual destituyó a la señora Flores Lanza de su cargo por incumplimiento o violación grave o reiterado de algunos de los deberes, incompatibilidades y conductas establecidas en la Ley de la Carrera Judicial, por varias razones, incluyendo el ejercer actos de procuración al solicitar una nulidad dentro del procedimiento de amparo, así como por presentar una denuncia ante la Fiscalía. Ante dicha decisión, el 30 de junio de 2010 la señora Flores Lanza presentó un reclamo ante el Consejo de la Carrera Judicial para su reintegro. El 24 de agosto de 2011 el Consejo declaró sin lugar el reclamo interpuesto por la señora Flores Lanza y consideró debidamente acreditado que la señora Flores Lanza se ausentó de sus labores y violentó su obligación de no ejercer la abogacía.

Luis Alonso Chévez de la Rocha fue Juez Especial contra la Violencia Doméstica del Tribunal de Sentencia de San Pedro Sula hasta el 23 de septiembre de 2010, cuando se hizo efectiva su destitución. El 12 de agosto de 2009 el señor Chévez de la Rocha se encontraba observando una marcha en contra del golpe de Estado y fue detenido al cuestionar las acciones policiales en el marco de dicha manifestación. Ese mismo día fue puesto en libertad en virtud de un hábeas corpus presentado a su favor. A raíz de lo anterior, se inició una investigación en contra del señor Chévez de la Rocha. Se anexó a dicha investigación las declaraciones de tres funcionarios judiciales, quienes señalaron que el señor Chévez de la Rocha les había faltado el respeto y los había incitado a protestar en contra del golpe de Estado. El 20 de abril de 2010 la Dirección de Administración de Personal recomendó a la Corte Suprema destituir al señor Chévez de la Rocha. El 4 de junio de 2010 la Corte Suprema emitió un acuerdo, mediante el cual destituyó al señor Chévez de la Rocha por incumplimiento o violación grave de alguno de sus deberes e incurrir en actos que atentan contra la dignidad en la administración de la justicia, al haber sido detenido en una manifestación y haber provocado altercados con otros servidores judiciales. Ante dicha decisión, el señor Chévez presentó un reclamo ante el Consejo de la Carrera Judicial para el reintegro a su cargo de Juez. El 24 de agosto de 2011 el Consejo declaró con lugar el reclamo interpuesto por el señor Chévez de la Rocha, pero rechazó su solicitud de reincorporación al cargo debido

a que: i) se dio por probado que al señor Chévez “le da vergüenza pertenecer al Poder Judicial y si trabaja en el mismo es por necesidad y ante tales manifestaciones de inconformidad, no es conveniente para ninguna de las partes el sostenimiento de la relación laboral” y, 2) consideró que “no existía posibilidad de reintegrarlo” porque su sustituto ya había sido nombrado. Por consiguiente, el Consejo resolvió indemnizar al señor Chévez de la Rocha.

Ramón Enrique Barrios Maldonado fue Juez en la Sala Primera del Tribunal de Sentencia de la Sección Judicial de San Pedro Sula desde el 2 de junio de 2003. El 28 de agosto de 2009 el Diario Tiempo publicó una nota de prensa donde aparece como autor el señor Barrios Maldonado y se afirma que lo ocurrido había sido un golpe de Estado. Al final de artículo se identifica al señor Barrios Maldonado como “Juez de Sentencia y catedrático de Derecho Constitucional” y se señala que el artículo era un resumen de una charla que éste había ofrecido en la universidad. De acuerdo a lo declarado por el señor Barrios Maldonado, el artículo fue redactado por la Decana de la Facultad de Periodismo. El mismo día de la publicación del artículo, el Inspector de Juzgados anexó dicho artículo a una investigación que ya estaba abierta contra varios funcionarios judiciales. El 20 de abril de 2010 la Dirección de Administración de Personal recomendó a la Corte Suprema destituir al señor Barrios Maldonado. El 16 de junio de 2010 la Corte Suprema emitió un acuerdo, mediante el cual destituyó al señor Barrios Maldonado por incumplimiento o violación grave de sus deberes e incurrir en actos que atentan contra la dignidad en la administración de la justicia, al haber participado en una conferencia en la cual censuró la actuación de la Corte Suprema de Justicia en los hechos ocurridos antes y después del 28 de junio de 2009. El acuerdo señala que “surtirá sus efectos a partir de la fecha de toma de posesión del sustituto”, sin embargo nunca se hizo efectivo. Ante dicha decisión, el señor Barrios Maldonado presentó un reclamo ante el Consejo de la Carrera Judicial para el reintegro a su cargo de Juez. El 24 de agosto de 2011 el Consejo decidió dejar sin valor y efecto la destitución del señor Barrios Maldonado resuelta por la Corte Suprema de Justicia y mantenerlo en el cargo de Juez de Sentencia.

III. FONDO

De manera preliminar, la Corte resaltó que la democracia representativa es uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención” o “Convención Americana”) forma parte y constituye un principio reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del sistema interamericano. La Corte determinó que los sucesos ocurridos en Honduras a partir del 28 de junio de 2009 constituyeron un hecho ilícito internacional. Durante esta situación de ilegitimidad internacional del gobierno de facto se iniciaron procesos disciplinarios contra las víctimas, por conductas que, en el fondo, constituían actuaciones en contra del golpe de Estado y favor del Estado de Derecho y la democracia. Este

Tribunal estimó que estas actuaciones correspondieron no solo al ejercicio de un derecho sino al cumplimiento del deber de defender la democracia.

a. Derechos Políticos, Libertad de Expresión, Derecho de Reunión y Libertad de Asociación, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno

La Corte reconoció la relación existente entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático. En situaciones de ruptura institucional, tras un golpe de Estado, la relación entre estos derechos resulta aún más manifiesta. Asimismo, señaló que las manifestaciones y expresiones a favor de la democracia deben tener la máxima protección posible y, dependiendo de las circunstancias pueden estar vinculadas con todos o algunos de los derechos mencionados. Este Tribunal además consideró que el derecho de defender la democracia, constituye una específica concretización del derecho a participar en los asuntos públicos y comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de reunión.

La Corte resaltó que la Convención Americana garantiza los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación a toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. No obstante, precisó que estos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a restricciones compatibles con la Convención.

Respecto a las personas que ejercen funciones jurisdiccionales, sostuvo que debido a sus funciones en la administración de justicia, en condiciones normales del Estado de Derecho, los jueces y juezas pueden estar sujetos a restricciones distintas y en sentidos que no afectarían a otras personas, incluyendo a otros funcionarios públicos. Al respecto, resaltó que resulta acorde con la Convención Americana la restricción de ciertas conductas a los jueces, con la finalidad de proteger la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la justicia, como un “derecho o libertad de los demás”. Sin embargo, advirtió que la facultad de los Estados de regular o restringir estos derechos no era discrecional y que debía interpretarse de manera restrictiva, de forma tal que no podía impedir que los jueces participen en cualquier discusión de índole política.

En este sentido, destacó que pueden existir situaciones donde un juez, como ciudadano parte de la sociedad, considere que tiene un deber moral de expresarse. En efecto, la Corte señaló que en momentos de graves crisis democráticas, como la ocurrida en este caso, no son aplicables las normas que ordinariamente restringen el derecho a jueces y juezas a la participación en política respecto de actuaciones en defensa del orden democrático. Sería contrario a la propia independencia de los poderes estatales, así como a las obligaciones internacionales del Estado derivadas de su participación en la OEA, que los jueces y juezas no puedan pronunciarse en contra de un golpe de Estado. Por otra parte, la Corte consideró que el mero hecho de iniciar un proceso disciplinario en contra

de los jueces y la magistrada por sus actuaciones en contra del golpe de Estado y a favor del Estado de Derecho, podría tener un efecto intimidante y por lo tanto constituir una restricción indebida a sus derechos.

Específicamente, respecto de las víctimas de este caso, la Corte consideró que: i) los procesos disciplinarios seguidos en contra del señor López Lone, por su participación en una manifestación en contra del golpe de Estado y su posterior destitución, y en contra del señor Chévez de la Rocha por su presunta participación y subsecuente detención en una manifestación en contra del golpe de Estado y por los comentarios realizado a compañeros del Poder Judicial, así como la negativa de reincorporación a su puesto de juez, constituyeron una violación de su libertad de expresión, derecho de reunión y derechos políticos, consagrados en los artículos 13.1, 15 y 23 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma; ii) el proceso disciplinario en contra de la señora Flores Lanza, por el ejercicio de una acción de amparo, la interposición de una denuncia y los comentarios sobre las actuaciones de otros órganos jurisdiccionales, así como su posterior destitución, y el inicio de un proceso disciplinario en contra del señor Barrios Maldonado, por un artículo periodístico donde se reseñaba su opinión sobre el golpe de Estado, constituyeron una violación de su libertad de expresión y sus derechos políticos, consagrados en los artículos 13.1 y 23 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en su perjuicio.

Asimismo, la Corte señaló que las destituciones del señor López Lone, del señor Chévez de la Rocha y de la señora Flores Lanza afectaron su posibilidad de pertenecer a la AJD y, por tanto, constituyeron además una restricción indebida al derecho a la libertad de asociación. En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado violó el artículo 16 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de estas tres víctimas. En el caso del señor Barrios Maldonado, la Corte consideró que al no haberse hecho efectiva su destitución, no existió una restricción a su libertad de asociación.

b. Garantías Judiciales, Protección Judicial y Derechos Políticos, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”. Al respecto, la Corte señaló que i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces y las juezas en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia

en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana.

Asimismo, la Corte indicó que la garantía de estabilidad e inamovilidad de jueces y juezas además de garantizar que un juez solo pueda ser separado de su cargo mediante un proceso con las debidas garantías o porque ha finalizado el periodo de su mandato (*supra* ii), implica que: (i) los jueces y juezas solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) todo proceso disciplinario de jueces o juezas deberá resolverse de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial en procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley.

La Corte resaltó que la destitución arbitraria de jueces, especialmente jueces de carrera sin faltas disciplinarias previas, por sus actuaciones en contra del golpe de Estado y la actuación de la Corte Suprema respecto del mismo, como ocurrió en el presente caso, constituye un atentado contra la independencia judicial y afecta el orden democrático.

Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte concluyó que: (i) los procedimientos disciplinarios a los que fueron sometidos las víctimas no estaban establecidos legalmente; (ii) el Consejo de la Carrera Judicial era incompetente y carecía de la independencia necesaria para resolver recursos contra los acuerdos de destitución de la Corte Suprema de Justicia; (iii) la forma cómo se integró el Consejo de la Carrera Judicial, para decidir los recursos interpuestos por las víctimas, no garantizó adecuadamente su imparcialidad, y (iv) la Corte Suprema de Justicia no ofrecía garantías objetivas de imparcialidad para pronunciarse sobre las presuntas faltas disciplinarias de las víctimas, en la medida en que todas estaban relacionadas con conductas relativas al golpe de Estado. En virtud de todas estas consideraciones, este Tribunal concluyó que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Adán Guillermo López Lone, Tirza del Carmen Flores Lanza, Luis Alonso Chévez de la Rocha y Ramón Enrique Barrios Maldonado. Asimismo, la Corte determinó que la destitución de las víctimas, por medio de un procedimiento que no estaba establecido legalmente y que no respetó las garantías de competencia, independencia e imparcialidad, afectó indebidamente el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad de Adán Guillermo López Lone, Tirza del Carmen Flores Lanza y Luis Alonso Chévez de la Rocha, en violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana.

Respecto al derecho a la protección judicial, la Corte recordó que no era clara la disponibilidad del recurso de amparo frente a las decisiones del Consejo de la Carrera Judicial, en virtud del artículo 31 del Reglamento Interno del Consejo de la Carrera Judicial que imposibilitaba la interposición de recursos, ordinarios o extraordinarios, contra las mismas. Sin perjuicio de ello, la Corte notó que, en caso de estar disponible en virtud de las normas constitucionales alegadas por el Estado, el contexto en el cual se desarrollaron los hechos de este caso y las características del procedimiento que tendría que haberse seguido evidenciaba que el mismo no hubiera resultado efectivo. Por tanto, la Corte

consideró que el Estado violó el artículo 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Adán Guillermo López Lone, Ramón Enrique Barrios Maldonado, Luis Alfonso Chévez de la Rocha y Tirza del Carmen Flores Lanza.

c. Principio de Legalidad

La Corte examinó el principio de legalidad respecto de (i) las sanciones impuestas a las víctimas y (ii) las conductas sancionables en la normativa disciplinaria en Honduras.

Respecto al primer aspecto, la Corte consideró que, teniendo en cuenta que la destitución o remoción de un cargo es la medida más restrictiva y severa que se puede adoptar en materia disciplinaria, la posibilidad de su aplicación deber ser previsible, sea porque está expresa y claramente establecida en la ley la conducta sancionable de forma precisa, taxativa y previa o porque la ley delega su asignación al juzgador o a una norma *infra* legal, bajo criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad. Asimismo, la posibilidad de destitución debe obedecer al principio de máxima gravedad. La Corte concluyó que las normas disciplinarias aplicables a los casos de las víctimas otorgaban una excesiva discrecionalidad al juzgador en el establecimiento de la sanción de destitución.

Respecto al segundo aspecto, la precisión de las conductas sancionables, la Corte resaltó que las víctimas fueron sancionadas por una multiplicidad de normas, sin que fuera posible determinar con claridad las causales normativas o conductas ilícitas por las cuales fueron destituidos, debido a la ausencia de una motivación adecuada. Ante la multiplicidad de normas invocadas por los órganos internos que intervinieron en los procesos disciplinarios de las víctimas, la Corte consideró que no le correspondía seleccionar aquellas que mejor se adecuaban a las conductas de las víctimas, a efecto de determinar si cumplen o no con los requisitos de precisión y claridad que exige el principio de legalidad para normas de carácter sancionatorio. Por tanto, estimó que no era posible realizar un análisis detallado respecto al requisito de legalidad material de las normas supuestamente incumplidas. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte notó que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Carrera Judicial recurrieron a causales disciplinarias que utilizaban conceptos indeterminados tales como la “dignidad de la administración de justicia” o el “decoro del cargo”. Al respecto, indicó que el ordenamiento jurídico no ofrecía las bases o criterios objetivos que permitieran acotar el alcance de los tipos disciplinarios ni la labor del juzgador permitió sentar las bases que limitaran la eventual arbitrariedad en su aplicación.

En virtud de todas las consideraciones anteriores, la Corte concluyó que el Estado violó principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención en perjuicio de Adán Guillermo López Lone, Tirza del Carmen Flores Lanza, Luis Alonso Chévez de la Rocha y Ramón Enrique Barrios Maldonado.

d. Derecho a la libertad personal del Juez Chévez de la Rocha

La Corte consideró que, tomando en cuenta la duración de la detención y la efectividad del hábeas corpus presentado, era innecesario pronunciarse sobre la alegada falta de investigación de la detención del señor Chévez de la Rocha.

e. Otras Alegadas Violaciones

En virtud de las conclusiones señaladas en los capítulos anteriores, la Corte consideró que no procedía examinar, de manera autónoma y separada, los alegatos de los representantes referidos al derecho a la integridad personal, a los derechos a la honra y dignidad como consecuencia del rompimiento del proyecto de vida de las víctimas, así como al derecho a defender derechos humanos, como un derecho autónomo e independiente.

V. REPARACIONES

La Corte estableció que su sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Además, ordenó al Estado: i) reincorporar a Adán Guillermo López Lone, Tirza del Carmen Flores Lanza y Luis Chévez de la Rocha a cargos similares a los que desempeñaban al momento de los hechos, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería a la fecha si hubiesen sido reincorporados en su momento. En caso que no fuera posible la reincorporación, deberá pagarles la cantidad establecida en la Sentencia; ii) publicar la Sentencia y su resumen oficial, y (iii) pagar los montos señalados en la Sentencia por concepto de indemnización por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos 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.

El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

***CASO GRANIER Y OTROS (RADIO CARACAS TELEVISIÓN)
VS. VENEZUELA
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)***

SENTENCIA DEL 22 DE JUNIO DE 2015

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

El 22 de junio de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) emitió una Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente a la República Bolivariana de Venezuela (en adelante el “Estado” o “Venezuela”) por la violación a ciertos derechos, como consecuencia del cierre del canal de televisión “Radio Caracas Televisión” (en adelante “RCTV”) ocurrido el 27 de mayo de 2007, a raíz de la decisión del Estado de reservarse la porción del espectro eléctrico que anteriormente había sido asignado a RCTV y, por tanto, impedir la participación en los procedimientos administrativos a un medio de comunicación que expresaba voces críticas contra el gobierno. En particular, la Corte declaró la violación al derecho a la libertad de expresión, por cuanto se configuró una restricción indirecta al ejercicio del mismo, en perjuicio de Marcel Granier, Peter Bottome, Jaime Nestares, Inés Bacalao, Eladio Lárez, Eduardo Sapene, Daniela Bergami, Miguel Ángel Rodríguez, Soraya Castellano, María Arriaga y Larissa Patiño. Asimismo, el Tribunal declaró la vulneración del derecho a la libertad de expresión en relación con el deber de no discriminación en perjuicio de las personas anteriormente señaladas. Por último, la Corte encontró violados los derechos a un debido proceso, al plazo razonable y a ser oído en perjuicio de Marcel Granier, Peter Bottome, Jaime Nestares, Jean Nestares, Fernando Nestares, Alicia Phelps de Tovar, Francisco J. Nestares, Edgardo Mosca, Anani Hernández, Inés Bacalao, José Simón Escalona, Eladio Lárez, Odila Rubin, Oswaldo Quintana, Eduardo Sapene, Daniela Bergami, Isabel Valero, Miguel Ángel Rodríguez, Soraya Castellano, María Arriaga y Larissa Patiño.

I. HECHOS

El Tribunal concluyó que los hechos del presente caso se enmarcaron en un contexto de tensión posterior al golpe de Estado ocurrido en abril de 2002 y al comportamiento que los medios de comunicación habrían tenido durante estos días, lo cual generó una polarización política que se manifestó mediante una notoria tendencia a la radicalización de las posturas de los sectores involucrados. En este contexto, la Corte consideró probados en el presente caso “el ambiente

de intimidación' generado por las declaraciones de altas autoridades estatales en contra de medios de comunicación independientes" y "un discurso proveniente de sectores oficialistas de descrédito profesional contra los periodistas".

RCTV operaba como una estación de televisión abierta con cobertura nacional en Venezuela desde el año 1953 en que le fue entregada una concesión. El canal de televisión transmitía programas de entretenimiento, información y opinión, y mantenía una línea editorial crítica del gobierno del entonces Presidente Chávez. Antes de su salida del aire, era el canal de televisión con cobertura nacional que tenía la más alta sintonía en todos los sectores de la población venezolana.

El Estado venezolano renovó la concesión a RCTV, con base en el Decreto 1.577 de 1987, para operar como estación de televisión abierta y utilizar el espectro radioeléctrico correspondiente por 20 años, es decir, hasta el 27 de mayo de 2007. El 12 de junio de 2000, el Estado adoptó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en adelante "LOTEL"), mediante la cual se estableció, *inter alia*, la creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (en adelante "CONATEL").

Desde el año 2002 funcionarios del Estado venezolano, entre ellos el Presidente Chávez, realizaron distintas declaraciones respecto a que no serían renovadas las concesiones a algunos medios privados de comunicación social en Venezuela. A partir de diciembre de 2006, funcionarios del Estado pasaron a anunciar la decisión oficial de no renovar la concesión de RCTV. A partir de febrero de 2007, empezó una campaña oficial para explicar la razón para no renovar la concesión a RCTV. A través de notas en los periódicos, pasacalles, pinturas en los muros y afiches en las instalaciones de las oficinas públicas. Adicionalmente a las declaraciones hechas por funcionarios del gobierno y el Presidente Chávez, el Estado publicó y distribuyó el "Libro Blanco sobre RCTV".

El 5 junio de 2002, de acuerdo con el cronograma establecido por CONATEL, RCTV solicitó formalmente que su título de concesión fuera transformado al nuevo régimen jurídico de la LOTEL. Sin embargo, CONATEL no consideró la solicitud de transformación dentro del plazo de dos años indicado en el artículo 210 de la LOTEL, sino que dio respuesta al mismo en marzo de 2007. El 24 de enero de 2007, los representantes de RCTV se dirigieron a CONATEL, solicitando que dicho órgano emitiera nuevos títulos de concesión.

El 24 de enero de 2007, el Ministro Jesse Chacón Escamillo, a cargo del Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la Informática (MPPTI) y CONATEL emitió la Comunicación N° 0424 del 28 de marzo de 2007, mediante la cual comunicó la decisión de no renovar la concesión a RCTV. Ese mismo día, el MPPTI emitió la Resolución N° 002 de 28 de marzo de 2007, mediante la cual extinguió el procedimiento administrativo correspondiente.

A partir de dos solicitudes de amparo, el 25 de mayo de 2007 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante "TSJ") decidió ordenar dos medidas cautelares, mediante las cuales le asignó a CONATEL el derecho de uso de los bienes propiedad de RCTV, con la finalidad de que la Fundación Televisora Venezolana Social (en adelante "TVes") contara con la infraestructura necesaria para la transmisión a nivel nacional.

Ante la decisión de no renovar la concesión a RCTV, manifestada en la Comunicación No. 0424 y en la Resolución N° 002 del MPPTI, la señal de dicha emisora fue interrumpida a la 00:00 hora del 28 de mayo de 2007. En sustitución, TVes pasó a transmitir su programación a través del canal 2 de la red de televisión abierta.

Antes y después del cierre de RCTV, se presentaron varios recursos judiciales, a saber: i) acción de amparo constitucional; ii) recurso contencioso administrativo de nulidad en conjunto un amparo cautelar y unas medidas cautelares innominadas; iii) oposición a las medidas cautelares dictadas por el TJS, y iv) denuncias penales. La acción de amparo fue declarada inadmisibles el 17 de mayo de 2007 por el TSJ, por cuanto se manifestó que los agraviados contaban con otra vía judicial idónea para impugnar los referidos actos administrativos, tal como el recurso contencioso administrativo de nulidad, el cual podría ejercerse juntamente con un pedido cautelar. El recurso contencioso administrativo de nulidad fue interpuesto el 17 de abril de 2007 por un grupo de directivos, periodistas y trabajadores de RCTV. Desde el 9 de octubre de 2007 se inició la etapa de recaudación de pruebas, sin que hasta la fecha de la presente Sentencia este recurso contencioso administrativo haya sido resuelto. El 31 de mayo de 2007, los representantes de RCTV interpusieron una oposición contra la Decisión No. 957, emitida por la Sala Constitucional de 25 de mayo de 2007, el cual se encuentra pendiente de respuesta hasta la fecha. El 11 de diciembre de 2007, RCTV interpuso una denuncia penal ante la Fiscalía Superior de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, solicitando la apertura de una investigación penal por delitos contra el patrimonio y otros delitos previstos en la Ley contra la Corrupción. El 28 de julio de 2008, el Juzgado Quincuagésimo Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Área de Caracas declaró con lugar la solicitud de desestimación formulada por la Fiscalía, determinando el cierre de la investigación. Esta decisión fue apelada por RCTV y se ejerció un recurso de casación y en ambas oportunidades fue desestimada la solicitud.

II. EXCEPCIONES PRELIMINARES

El Estado presentó dos “excepciones preliminares”: i) la presunta incompetencia de la Corte para la protección de personas jurídicas, y ii) la presunta falta de agotamiento de los recursos internos. Sobre la primera excepción preliminar, la Corte consideró que las presuntas violaciones a los derechos consagrados en la Convención son alegadas respecto de afectaciones a los accionistas y trabajadores como personas naturales, por lo cual encuentra improcedente la excepción preliminar de incompetencia interpuesta por el Estado. La segunda excepción preliminar sobre falta de agotamiento de los recursos internos también fue desestimada, por cuanto la jurisprudencia constante de la Corte ha establecido que dicha excepción debe ser presentada durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión, pues de no ser así se configura el desistimiento tácito a la excepción.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal constató que la excepción de agotamiento de los recursos internos fue presentada después de que fuera decidido el informe de admisibilidad, por lo que su interposición es extemporánea.

III. FONDO

A. Libertad de expresión y principio de no discriminación

La Corte Interamericana consideró que las restricciones a la libertad de expresión frecuentemente se materializan a través de acciones estatales o de particulares que afectan, no solo a la persona jurídica que constituye un medio de comunicación, sino también a la pluralidad de personas naturales, tales como sus accionistas o los periodistas que allí trabajan, que realizan actos de comunicación a través de la misma y cuyos derechos también pueden verse vulnerados. Igualmente, la Corte resaltó que para determinar si una acción estatal que afectó al medio como persona jurídica también tuvo, por conexidad, un impacto negativo, cierto y sustancial sobre la libertad de expresión de las personas naturales, se debe analizar el papel que cumplen las presuntas víctimas dentro del respectivo medio de comunicación y, en particular, la forma en que contribuían con la misión comunicacional del canal.

Por otra parte, la Corte reconoció la potestad y necesidad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión, la cual abarca no sólo la posibilidad de definir la forma en que se realizan las concesiones, renovaciones o revocaciones de las licencias, sino también la de planificar e implementar políticas públicas sobre dicha actividad, siempre y cuando se respeten las pautas que impone el derecho a la libertad de expresión. Igualmente estimó que, dado que el espacio radioeléctrico es un bien escaso, con un número determinado de frecuencias, esto limita el número de medios que pueden acceder a ellas, por lo que es necesario asegurar que en ese número de medios se halle representada una diversidad de visiones o posturas informativas o de opinión. La Corte resaltó que el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura. Lo anterior debe tenerse en cuenta en los procesos de otorgamiento, renovación de concesiones o licencias de radiodifusión. Además, la Corte recaló la necesidad de que los Estados regulen de manera clara y precisa los procesos que versen sobre el otorgamiento o renovación de concesiones o licencias relacionadas con la actividad de radiodifusión, mediante criterios objetivos que eviten la arbitrariedad.

En el presente caso, el Tribunal consideró necesario hacer notar que de la posible interpretación de las normas de derecho interno o del derecho internacional no se desprende un derecho de renovación o a una prórroga automática de la concesión asignada a RCTV. Por ello, la Corte concluyó que la alegada restricción al derecho a la libertad de expresión en este caso no se derivó

de que la concesión que tenía RCTV no fuera renovada automáticamente, por cuanto no se desprende que el Estado estuviera obligado a ello. No obstante lo anterior, la Corte notó que los peticionarios solicitaron en dos oportunidades, el 6 de mayo de 2002 y el 24 de enero de 2007, a CONATEL que se transformaran los títulos y que se procediera a seguir con el procedimiento de renovación de la concesión, respectivamente y estos procedimientos no fueron llevados a cabo. De manera que la Corte consideró fundamental entrar a establecer si dichas actuaciones constituyeron una restricción indirecta prohibida en el artículo 13.3 de la Convención.

Al respecto, la Corte constató que la argumentación explícitamente utilizada por el Estado para la motivación de las decisiones tomadas mediante la Comunicación N° 0424 y la Resolución N° 002, sería la de “la democratización del uso del medio radioeléctrico y la pluralidad de los mensajes y contenidos”. Sobre la legitimidad de dicha finalidad, la Corte recordó la importancia del pluralismo en una sociedad democrática, razón por la cual consideró que la protección del pluralismo es no solamente un fin legítimo, sino, además, imperioso. De manera que concluyó que la finalidad declarada por el Estado en la Comunicación N° 0424 y la Resolución N° 002 era legítima. Sin embargo, consideró necesario tener en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procedió a efectuar una valoración del recuento de las declaraciones públicas realizadas desde el año 2002 por funcionarios del Estado venezolano, respecto a que no serían renovadas las concesiones a algunos medios privados de comunicación social en Venezuela, con el fin de determinar si existieron razones o motivos por los cuales se arribó a dicha decisión distintos a la finalidad declarada. En primer lugar, la Corte resaltó que desde el año 2002 se venía advirtiendo que a los canales de televisión que no modificaran su línea editorial no se les renovarían su concesión y que este tipo de declaraciones se acrecentaron cuando se acercó la fecha del vencimiento de las concesiones. A partir de 2006, en varias de dichas declaraciones que fueron anteriores a la Comunicación N° 0424 y la Resolución N° 002 se anunció que la decisión de no renovar la concesión a RCTV ya se encontraba tomada y no sería revaluada o modificada. Además, vale la pena resaltar que no solamente fueron declaraciones de funcionarios estatales en diversos medios de comunicación, sino que además se hicieron publicaciones en diarios nacionales y hasta la divulgación de un libro con el fin de anunciar y justificar la decisión de no renovar la concesión de RCTV. Por lo anterior, el Tribunal puede concluir, en primer lugar, que la decisión fue tomada con bastante anterioridad a la finalización del término de la concesión y que la orden fue dada a CONATEL y al Ministerio para la Telecomunicación desde el ejecutivo.

Respecto a las verdaderas razones que habrían motivado la decisión, en las declaraciones y las publicaciones hechas por distintos miembros del gobierno

venezolano estas son: i) la no modificación de la línea editorial por parte de RCTV después del golpe de estado de 2002 y a pesar de las advertencias realizadas desde ese año, y ii) las alegadas actuaciones irregulares en las que habría incurrido RCTV y que le habrían acarreado sanciones. Sobre la primera razón esgrimida, la Corte consideró imperioso manifestar que no es posible realizar una restricción al derecho a la libertad de expresión con base en la discrepancia política que pueda generar una determinada línea editorial a un gobierno. Con relación a las alegadas actuaciones irregulares en las que habría incurrido RCTV y que le habrían acarreado sanciones, el Tribunal resaltó que resulta contradictorio que se hicieran señalamientos y acusaciones sobre las alegadas sanciones y que en la comunicación N° 0424 se indicara expresamente que estas no eran la justificación de la decisión.

Por todo lo anterior, la Corte concluyó entonces, como lo ha hecho en otros casos, que los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales arribó el Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se hallaba relacionada con las molestias generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el “deterioro a la protección a la libertad de expresión” que fue probado en el presente caso. Asimismo, la Corte manifestó que la desviación de poder declarada tuvo un impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, no sólo en los trabajadores y directivos de RCTV, sino además en la dimensión social de dicho derecho, es decir, en la ciudadanía que se vio privada de tener acceso a la línea editorial que RCTV representaba. En efecto, la finalidad real buscaba acallar voces críticas al gobierno, las cuales se constituyen junto con el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, en las demandas propias de un debate democrático que, justamente, el derecho a la libertad de expresión busca proteger.

En consecuencia, se encontró probado, que en el presente caso se configuró una restricción indirecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión producida por la utilización de medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de las ideas y opiniones, al decidir el Estado que se reservaría la porción del espectro y, por tanto, impedir la participación en los procedimientos administrativos para la adjudicación de los títulos o la renovación de la concesión a un medio que expresaba voces críticas contra el gobierno, razón por la cual el Tribunal declaró la vulneración del artículo 13.1 y 13.3 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio Marcel Granier, Peter Bottome, Jaime Nestares, Inés Bacalao, Eladio Lárez, Eduardo Sapene, Daniela Bergami, Miguel Ángel Rodríguez, Soraya Castellano, María Arriaga y Larissa Patiño.

Por otra parte, el Tribunal denotó que para la fecha de expiración de la concesión de RCTV, existían otras estaciones de televisión que compartían algunas características similares con RCTV y cuya concesión también vencía el 27 de mayo de 2007. La Corte constató que todas las licencias de estos canales fueron renovadas, salvo la de RCTV, razón por la cual entró a analizar si la decisión de reservarse el uso del espectro asignado inicialmente a RCTV y no la de otro canal

pudo haber generado un trato discriminatorio en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

Al respecto, el Tribunal consideró que la línea editorial de un canal de televisión puede ser considerada como un reflejo de las opiniones políticas de sus directivos y trabajadores en la medida en que estos se involucren y determinen el contenido de la información que es transmitida a través del canal de televisión. Así, puede entenderse que la postura crítica de un canal es un reflejo de la postura crítica que sostienen sus directivos y trabajadores involucrados en determinar el tipo de información que es transmitida.

En ese sentido, el Tribunal reafirmó la importancia de la prohibición de discriminación basada en las opiniones políticas de una persona o un grupo de personas, y el consiguiente deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana sin discriminación alguna por este motivo. La Corte resaltó que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia RCTV estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de reservarse el espectro no tenía una finalidad o efecto discriminatorio.

Al respecto, la Corte manifestó que no contó con elementos que le permitieran concluir que efectivamente existieran condiciones técnicas particulares de RCTV que no tuvieran otros canales de televisión y que hubieran sido la motivación de la diferencia de trato. El Tribunal destacó que en el presente caso, atendiendo a la inversión de la carga de la prueba que resulta de la aplicación de una categoría prohibida de discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención, hubiera sido particularmente importante que el Estado hubiese sustentado el trato diferenciado en perjuicio de RCTV con pruebas técnicas, informes y dictámenes de expertos, con el fin de desvirtuar dicha presunción.

De otro lado, la Corte dio por probado que la línea editorial y la postura política transmitida en RCTV eran unos de los motivos principales detrás de las decisiones tomadas en la Comunicación N° 0424 o en la Resolución N° 002. Lo anterior quedó demostrado con las múltiples declaraciones citadas de diversos funcionarios estatales, en las cuales fueron expuestos argumentos respecto al contenido de las transmisiones de RCTV. Este Tribunal resaltó que al realizar el gobierno un trato diferenciado basado en el agrado o disgusto que le causaba la línea editorial de un canal, esto conlleva que se genere un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen el derecho a la libertad de expresión, ya que envía un mensaje amedrentador para los otros medios de comunicación respecto a lo que les podría llegar a ocurrir en caso de seguir una línea editorial como la de RCTV.

Por lo anterior, la Corte concluyó que en el presente caso existen elementos para determinar que la decisión de reservarse la porción del espectro

asignado a RCTV implicó un trato discriminatorio en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión que tuvo como base la aplicación de una de las categorías prohibidas de discriminación contempladas en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable de la violación del derecho a la libertad de expresión establecido en el artículo 13 en relación con el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Marcel Granier, Peter Bottome, Jaime Nestares, Inés Bacalao, Eladio Lárez, Eduardo Sapene, Daniela Bergami, Miguel Ángel Rodríguez, Soraya Castellano, María Arriaga y Larissa Patiño.

B. Garantías judiciales y protección judicial

a) Procedimientos administrativos de transformación de los títulos y renovación de la concesión

La Corte concluyó que, en el presente caso, sí existían procedimientos para la transformación de los títulos y para la renovación de las concesiones en la normativa venezolana y que los mismos fueron iniciados por los apoderados de RCTV mediante la introducción de las solicitudes, pero constató que el Estado tomó la decisión de no aplicarlos. Al respecto, la Corte indicó que en la Sentencia se declaró que la finalidad del cierre de los procesos administrativos sobre la transformación de los títulos y la renovación era acallar al medio de comunicación y que dicho propósito contraviene las garantías previstas por el artículo 8 de la Convención, pues era necesario que los procedimientos administrativos continuaran para efectos de definir si se aceptaba o no la transformación o renovación de la concesión. Asimismo, la Corte resaltó que de haberse seguido dichos procedimientos con apego a la normativa interna y respetando las salvaguardas mínimas que dichas normas establecen, se habría podido evitar la arbitrariedad en la decisión. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que en la ley estaba dispuesto un debido proceso para la transformación de los títulos y para la renovación de la concesión y el seguimiento del mismo fue deliberadamente omitido por el Estado, vulnerando con ello las garantías judiciales previstas en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

b) Recurso de nulidad ante el contencioso administrativo con solicitudes de amparo cautelar y medida cautelar innominada

En el presente caso, el recurso de nulidad fue interpuesto el 17 de abril de 2007 y se encuentra detenido en la etapa probatoria desde junio de 2008, por lo que han transcurrido más de siete años desde el inicio del proceso. Una vez analizados los elementos para determinar la razonabilidad del plazo y teniendo en cuenta que el recurso de nulidad se encuentra pendiente de resolución hasta el presente, sin que el Estado haya podido justificar dicho retraso, la Corte concluyó que Venezuela vulneró el derecho al plazo razonable previsto en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Respecto a la medida cautelar innominada, la Corte concluyó que el Estado venezolano violó en el trámite el derecho a un plazo razonable. Particularmente, resaltó que la medida cautelar fue resuelta más de dos meses después de la fecha en que RCTV dejó de transmitir, haciendo imposible que dicha medida pudiera ser efectiva, ya que fue resuelta tiempo después de que sucediera el acto que buscaba evitarse.

c) Procesos penales

La Corte consideró que, de la información aportada, se concluye que la denuncia presentada por RCTV fue analizada por diversas instancias internas y que RCTV contó con la posibilidad de presentar recursos de apelación y casación en contra de las decisiones que no acogieron sus pretensiones. Tomando en consideración lo anterior, la Corte concluyó que el Estado no violó el artículo 8 de la Convención en el trámite de la denuncia penal.

d) Proceso judicial respecto de la incautación de bienes

En primer lugar, el Tribunal consideró que en el presente caso no se probaron los alegatos específicos que pudieran sustentar que las decisiones respecto a la incautación de los bienes de RCTV podrían estar relacionadas con una falta de independencia e imparcialidad del TSJ. Por ello, la Corte estimó que en el presente caso no fueron demostrados los alegatos relacionados con la presunta vulneración a la independencia e imparcialidad judicial.

Respecto al derecho a la defensa de las presuntas víctimas, la Corte constató que los representantes de RCTV no pudieron intervenir de forma directa en el proceso judicial en el que se determinó la incautación de los bienes propiedad de RCTV, ya que únicamente se le notificó del proceso como posible interesado a través de edictos, sin que pudiera presentar argumento o pruebas dentro del mismo. El no poder intervenir en un proceso que claramente tenía impacto en los derechos patrimoniales de RCTV, constituye una clara vulneración al derecho de defensa.

Finalmente, la Corte recordó que en mayo de 2007 los representantes de RCTV interpusieron una oposición contra la medida cautelar emitida por la Sala Constitucional en el marco de la demanda por intereses colectivos y difusos, y que desde junio de 2007 no se ha realizado ninguna diligencia en el marco del proceso para resolver dicha oposición. Por ello, la Corte consideró que se ha vulnerado el plazo razonable en este proceso. Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, la Corte declaró que Venezuela vulneró el derecho a ser oído y al plazo razonable contenidos en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

e) Acción de amparo constitucional y solicitud de amparo cautelar

En los dos casos, la Corte concluyó que no se había vulnerado el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25.1, en relación con el artículo 1.1

de la Convención. Sobre la acción de amparo constitucional, la Corte consideró que, si bien el Tribunal Supremo de Justicia se demoró un poco más de tres meses en pronunciarse sobre el recurso de amparo constitucional, dicho período no es excesivo para la resolución de la acción, ni afectó la efectividad del mismo, más aún cuando su inadmisibilidad se debió a la necesidad de recurrir al recurso idóneo contra los actos administrativos contenidos en la Comunicación N° 0424 y en la Resolución N° 002 antes que al recurso de amparo. Respecto a la solicitud de amparo cautelar que se interpuso conjuntamente con el recurso de nulidad, el Tribunal manifestó que el tiempo transcurrido entre la presentación y la resolución del amparo cautelar no implicó una afectación en la protección judicial de las presuntas víctimas, puesto que el amparo fue resuelto con anterioridad al cierre de RCTV.

C. Derecho a la propiedad

a) Sobre la no renovación de la concesión a RCTV para el uso del espectro electromagnético

El Tribunal constató que el espectro radioeléctrico es un bien público cuyo dominio corresponde al Estado y por tanto su titularidad no puede ser reclamada por los particulares. Por ello, no es posible afirmar que RCTV y, en particular, sus accionistas hubieran adquirido algún derecho o titularidad sobre el espectro. Además, este Tribunal recordó que no existía un derecho a la renovación o a una prórroga automática de la concesión, por lo que no hay argumentación o regulación que permita interpretar, para el presente caso, que se generó un derecho a la extensión de concesiones en la normativa venezolana a favor de la empresa. Por tanto, la posibilidad de que el Estado renovara la concesión a RCTV para el uso del espectro radioeléctrico en el año 2007, no puede ser considerada como un bien o derecho adquirido ya incorporado en el patrimonio de la empresa. En consecuencia, los beneficios económicos que los accionistas pudieran haber recibido como consecuencia de la renovación de la concesión tampoco pueden considerarse como bienes o derechos adquiridos que hicieran parte del patrimonio directo de los socios y pudieran ser protegidos el artículo 21 de la Convención bajo la Convención Americana en virtud de su titularidad.

b) Sobre las medidas cautelares impuestas por la Sala Constitucional

La Corte recordó, como lo ha señalado en otros casos, que no es competente para analizar las presuntas violaciones a la Convención que se hayan ocurrido en contra de personas jurídicas, razón por la cual no puede analizar las consecuencias que se derivaron de la imposición de medidas cautelares a los bienes que formaban parte del patrimonio de RCTV, ni determinar si estas han vulnerado la propiedad de la persona jurídica de la empresa. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte no procedió a analizar la posible vulneración al derecho a la

propiedad que se habría causado a RCTV como consecuencia de la incautación de sus bienes, por tratarse de una persona jurídica y, en consecuencia, la Corte se limitó a examinar el presunto efecto que tales medidas cautelares pudieron tener de forma directa sobre el patrimonio de los accionistas, es decir sobre las acciones de los cuales son propietarios.

c) Sobre la posible afectación al valor de la acción de propiedad de los socios de RCTV

Al respecto, el Tribunal indicó que en el presente caso se declaró probado que las presuntas víctimas son accionistas de personas jurídicas o patrimonios autónomos separados, que a su vez son accionistas o propietarios de una cadena que tiene en el intermedio entre una o hasta cinco otras personas jurídicas hasta llegar a la empresa RCTV C.A. Por ello, la Corte consideró que esta constitución accionaria compleja, consecuencia de una estructura societaria amplia de personas jurídicas con patrimonios separados, dificulta poder establecer una relación directa y evidente entre la alegada pérdida de valor de acciones y las afectaciones al patrimonio de la persona jurídica de RCTV.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte procedió a analizar si en el presente caso fue probada la afectación de las acciones de las cuales son propietarios las presuntas víctimas. Al respecto, en primer lugar, la Corte descartó la documentación relacionada con los daños materiales que habrían generado por la alegada “eliminación, ilegal y arbitraria” de la concesión sobre el valor de la empresa y sobre el valor de la participación accionaria, debido a que la renovación de la concesión no era un derecho adquirido ya incorporado en el patrimonio de la empresa, por lo que las afectaciones económicas que por ello pudieron haber recaído sobre el valor accionario, no pueden ser exigibles como propiedad de los socios. Además, sobre los bienes incautados a RCTV, la Corte manifestó que no se ha probado la afectación que ello tuvo en el derecho a la propiedad de las presuntas víctimas, toda vez, que para poderse establecer semejante vulneración, debió acreditarse en primer lugar, una afectación a las empresas que son accionistas directas y la forma como esto pudo haber repercutido en cada una de las personas jurídicas que, a su vez, hacen parte del amplio andamiaje societario, hasta llegar a las acciones o fideicomisos de los cuales las presuntas víctimas son propietarios directos.

Teniendo en cuenta que los posibles beneficios económicos derivados de la posible renovación de la concesión no eran derechos adquiridos y que no se encontró claramente probada la afectación que las medidas cautelares pudieron haber generado sobre el valor de la participación accionaria de los socios de RCTV, la Corte estimó que en el presente caso no ha sido demostrado que el Estado haya violado el derecho de propiedad privada de las presuntas víctimas, en los términos del artículo 21 de la Convención.

IV. REPARACIONES

La Corte estableció que su sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Adicionalmente, ordenó al Estado: i) restablecer la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión y devolver los bienes objeto de las medidas cautelares; ii) que una vez se efectúe el restablecimiento de la concesión a RCTV, en un plazo razonable ordene la apertura de un proceso abierto, independiente y transparente para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en la LOTEL o la norma interna vigente; iii) realizar las publicaciones dispuestas; iv) tomar las medidas necesarias a fin de garantizar que todos los futuros procesos de asignación y renovación de frecuencias de radio y televisión que se lleven a cabo, sean conducidos de manera abierta, independiente y transparente, y v) pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daño material e inmaterial, y reintegro de costas y gastos.

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

El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.



JURISPRUDENCIA

investigaciones

ACCESO A LA JUSTICIA. PROCESO CIVIL. COSTAS PROCESALES. CONSTITUCIONALIDAD. EXIMICIÓN (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: V. y D. se disputan la tenencia de un hijo. V. planteó el caso judicialmente y para, fijar la fecha de la audiencia, debió comprometerse a pagar las costas. Cuando comenzó el proceso, solicitó ser eximida del pago de las costas. El juez consideró que esa cuestión sería analizada hacia el final de proceso. La audiencia duró 10 días y los gastos ascendieron a CAD 3.600, suma equivalente a la remuneración mensual de la familia. Luego de agotar su dinero para pagar los honorarios del abogado, V. no contaba ya con medios para pagar las costas.

Ante el conocimiento de ciertas fuentes del derecho que apoyan la inconstitucionalidad de las costas, el juez convocó a *amicus curiae* a hacer presentaciones sobre el tema y dejó en suspenso la obligación de pagar las costas. Intervinieron el Colegio de Abogados canadiense –división de la Columbia Británica– (ABC, por sus siglas en francés), la asociación *Trial Lawyers Association of British Columbia* (en adelante, *Trial Lawyers*) y el Procurador General de la Columbia Británica (en adelante, la Provincia).

Al momento en que tramitó esta causa, estaban vigentes las *Supreme Court Rules*, disposiciones reglamentarias de la Corte Suprema de Canadá, que en 2010 fueron reemplazadas por las *Supreme Court Civil Rules*. Las costas que se aplican en la actualidad van desde CAD 0 para los primeros tres días hasta alcanzar los CAD 800 diarios a partir del décimo día. En el momento en que tramitó el proceso, con la vigencia de las *Supreme Court Rules*, el juez podía eximir de las costas a una persona indigente, pero la reglamentación posterior plasmada en las *Supreme Court Civil Rules* prevé la eximición de las costas para una persona sin recursos. Entonces, el juez de primera instancia declaró inconstitucional la norma relativa al pago de las costas.

El tribunal de apelaciones consideró también que el sistema no podía mantenerse tal como estaba planteado, pero que si se ampliaba el alcance de la norma acordando una excepción expresa para el caso “de necesidad”, esta norma sobreviviría a un control constitucional.

La asociación *Trial Lawyers* y la ABC interpusieron un recurso ante esta Corte Suprema contra la decisión de la alzada. Por su parte, la Provincia apeló vía incidental la cuestión de la constitucionalidad de las costas impuestas en la audiencia.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso y se desestima el recurso promovido vía incidental.

La competencia sobre el cobro de las costas es reconocida a la Provincia de la Columbia Británica en el párrafo 92(14) de la Ley constitucional de 1867, pero esta facultad no es ilimitada y debe ejercerse de acuerdo con el art. 96 de dicha ley, que restringe la facultad de legislar al Parlamento. Ningún otro órgano de gobierno puede dictar normas que priven parcialmente a los tribunales superiores de su competencia natural. Por lo tanto, las medidas que impidan a

las personas recurrir a los tribunales para resolver controversias entre particulares contradicen esta función primordial de la justicia. En consecuencia, el pago de las costas de la audiencia que obstaculiza a las personas el acceso a la justicia restringe la competencia de los tribunales superiores y viola el art. 96 de la Constitución.

El art. 96 y el Estado de derecho están relacionados, ya que el acceso a la justicia es esencial al Estado de derecho y esta norma constitucional protege el acceso a la justicia.

El párrafo 92(14) de la ley no otorga a las provincias atribuciones para negar a los ciudadanos canadienses el derecho a acceder a una jurisdicción superior. Las costas son inconstitucionales cuando privan a las partes del acceso a tribunales superiores. Un régimen que no exime del pago de las costas a personas desprovistas de la posibilidad de afrontarlas traspasa los límites autorizados por la Constitución. Pero prever excepciones solo para las personas que realmente son insolventes podría traducirse en un costo de acceso muy elevado. Las costas que deben afrontar las partes que no son insolventes, pero que no se encuentran contempladas en casos de excepción a la norma, son inconstitucionales porque les ocasionan dificultades excesivas y les impiden tener acceso a los tribunales. Los legisladores provinciales deben establecer el pago de las costas de acuerdo con la Constitución.

El régimen de pago de las costas excede la competencia concedida a la Provincia en cuanto a la administración de justicia. Por lo tanto, la norma impugnada es inconstitucional, por lo que se deben dictar nuevas disposiciones. La interpretación extensiva es una forma de reparación poco usada y se debe realizar solo en los casos en los que resulta claro que el legislador que enfrenta una declaración de inconstitucionalidad podría haber propuesto una modificación. Y esto no ocurrió en este caso. Además, es posible que la modificación propuesta no permita amparar a todos los litigantes que no tienen los medios para afrontar las costas.

En el caso de autos, el juez llegó a la conclusión confirmada por el tribunal de apelaciones de que el pago de las costas va más allá de lo que es necesario para lograr sus objetivos y limita el acceso a los tribunales de los litigantes que no son indigentes ni pobres, pero que, sin embargo, no están en condiciones de afrontar las costas (personas de modestos ingresos) y que, por lo tanto, no pueden promover una acción ante los tribunales. Las costas no respetan la norma del *Common Law* en que se funda la *Court Rules Act*. En consecuencia, la imposición de estos gastos sobrepasa el poder de reglamentación concedido por la *Court Rules Act*.

Se imponen las costas a la comunidad.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, sentencia n° 35315 del 2-10-2014, en <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/ft/item/14375/index.do>>.



BIOÉTICA. BIENESTAR ANIMAL. TENENCIA Y USO DE ANIMALES SALVAJES EN CIRCOS Y EXPOSICIONES ITINERANTES. PROHIBICIÓN. **DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS.** RESTRICCIONES EN ARAS DEL INTERÉS PÚBLICO. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD** (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: Emmanuel Horwood, organizador de espectáculos en circos y gerente de circos extranjeros, junto a Simon Dubois, Teddy Seneca y la Asociación sin fines de lucro “*Circus World*” –que también organiza espectáculos de circo y cuyo estatuto apoya el circo con animales– interpusieron, en mayo de 2014, un recurso solicitando la nulidad de los arts. 2 y 4 de la Ley del 7 de febrero de 2014, relativa al Bienestar Animal, al Comercio Internacional de los Especímenes de Fauna y Flora Salvajes en Peligro de Extinción y a la Salud de los Animales. Estos artículos modifican la Ley del 14 de agosto de 1986. El art. 2 impugnado modifica el art. 3*bis*, párrafo 2 de la antigua ley y dispone la prohibición de tener animales que no pertenezcan a las categorías de la lista establecida por el Rey. El art. 4 añade un nuevo art. 6*bis*, que prohíbe la tenencia y utilización de animales en circos y en exposiciones itinerantes. No obstante, con base en su inc. 2, el Rey enumera los animales domésticos que pueden tener los circos y exposiciones y fija las condiciones para la preservación del bienestar animal.

Los apelantes fundan su legitimación para impugnar dicha ley en que la prohibición de usar animales salvajes en los circos perjudica sus actividades.

2. Sentencia: se desestima el recurso interpuesto.

Las normas impugnadas prohíben, en principio, la tenencia y el uso de animales en circos y exposiciones, pero se prevé una excepción para los animales domésticos que el Rey enumeró en el Decreto Real del 11 de febrero de 2014 relativo al bienestar animal.

Cuando el legislador prohíbe la tenencia y el uso de animales en circos y exposiciones itinerantes toma una decisión simbólica y lógica. En otra época, los únicos que podían exhibir a la gente animales salvajes eran los circos, pero hoy esa función es obsoleta. La sociedad impone exigencias de otro nivel en materia de bienestar animal, y en la actualidad el aspecto educativo está asegurado por los zoológicos, documentales e Internet.

Según la Ministra responsable del bienestar animal, la sociedad cambió y ya no se justifica tener animales que vivan en condiciones contrarias a su bienestar solamente para diversión de los espectadores del circo. Los animales tienen una mejor calidad de vida en los zoológicos. La Ministra considera que el aspecto económico no constituye ningún problema porque las demás actividades del circo continúan estando autorizadas.

En cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto, el Consejo de Ministros alega que los apelantes no han demostrado que las disposiciones impugnadas puedan afectarlos directamente. Efectivamente, estas disposiciones no excluyen totalmente el uso de animales y otras actividades del circo.

Violación del principio de igualdad en conjunción con la libre circulación de bienes y servicios

El primer agravio de los recurrentes se funda en la violación de los arts. 10 y 11 de la Constitución, en conjunción con los arts. 34, 36 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y con el principio de razonabilidad.

Las disposiciones legislativas que prohíben a los circos y a las exposiciones la tenencia y el uso de animales salvajes tienden a obstaculizar, por lo menos indirectamente, su comercio intracomunitario y se las debe considerar como una restricción cuantitativa, en principio prohibida por el art. 34 TFUE.

Mediante la prohibición a los circos y exposiciones de la tenencia y uso de animales salvajes, el legislador tiende a proteger un objetivo legítimo de interés general, que es su bienestar.

De acuerdo con el art. 36 TFUE, los arts. 34 y 35 no se oponen a las prohibiciones o restricciones para proteger a los animales cuando estas discriminaciones no son arbitrarias ni constituyen restricciones encubiertas al comercio entre los Estados Miembros. Conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las restricciones a la libre circulación son justificables cuando existen necesidades como la protección del medio ambiente.

La circunstancia de que determinados Estados Miembros tengan legislaciones más flexibles que Bélgica –donde el bienestar animal es competencia regional– no significa que la prohibición sea desproporcionada e incompatible con el derecho de la Unión Europea.

El dictamen del Consejo del Bienestar Animal demuestra que los circos no aplican las normas legales relativas al alojamiento de animales salvajes. Estos problemas residen en la dinámica del circo, esto es, los desplazamientos, que requieren un alojamiento desmontable, es decir, camiones con dimensiones reducidas que hacen las veces de alojamiento. Si no se respetan las normas mínimas del bienestar de los animales salvajes, no se garantiza su bienestar animal ni se cumple con un rol educativo.

Cuando en un proceso, una cuestión relativa a la interpretación del derecho de la Unión Europea se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de apelación en virtud de una ley nacional, este órgano jurisdiccional puede someter la cuestión al Tribunal de Justicia en virtud de lo dispuesto por el art. 267, inc. 3 TFUE. Pero esto no es necesario cuando el órgano jurisdiccional ha comprobado “que la cuestión planteada no es oportuna, o que la disposición comunitaria en cuestión ya ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal, o que la aplicación de la legislación comunitaria se impone de manera que no da lugar a ninguna duda razonable” (TJUE C-283/81, *CILFIT*, sentencia del 6 de octubre de 1982, punto 21).

Dado que se cumple el último requisito, no es necesario plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial alguna.

El primer motivo de agravio no está fundado.

Violación del principio de igualdad en conjunción con la libertad de comercio y de industria

Según los recurrentes, la libertad de comercio y de industria está prevista en el art. 23 en su párrafo 3, inc. 1 de la Constitución belga e incluye el derecho al trabajo y a la libre elección de una actividad profesional entre los derechos económicos, sociales y culturales.

De los antecedentes legislativos del art. 23 de la Constitución surge que no se intentó consagrar la libertad de comercio y de industria como noción del “derecho al trabajo” y a la “libre elección de una actividad profesional”.

Por lo tanto, el agravio basado en la violación del art. 23, en su párrafo 3, inc. 1 de la Constitución resulta infundado.

Con relación a la actividad económica, el art. II. 3 del Código de Derecho Económico dispone que todas las personas son libres para elegir y ejercer su actividad económica. Establece, además, que la actividad se debe ejercer respetando los tratados internacionales vigentes en Bélgica.

El mencionado artículo derogó el Decreto del 27 de marzo de 1791 que garantizaba la libertad de comercio e industria y que sirvió como referencia a la Corte en su control hacia el respeto de los arts. 10 y 11 de la Constitución.

La libertad de empresa debe interpretarse en conjunción con las disposiciones del derecho de la Unión Europea y con el art. 6, inc. 1, punto VI, párrafo 3 de la Ley especial del 8 de agosto de 1980 de reformas institucionales, por la cual la Corte puede ejercer un control directo.

Por último, la libertad de empresa también está garantizada por el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El legislador dispone de un amplio poder de discrecionalidad para determinar su política en materia socio-económica, teniendo en cuenta lo dispuesto por el derecho de la Unión Europea.

El segundo motivo de agravio no está fundado.

Violación del principio de igualdad en conjunción con el principio de la seguridad jurídica y con el principio de confianza legítima

Los apelantes alegan que no se previó ninguna medida transitoria y que la prohibición entró en vigencia diez días después de su publicación en el Boletín Oficial.

Cuando el legislador considera que es necesario un cambio en la política, puede asignarle un efecto inmediato y no tiene obligación de prever medidas transitorias. Solamente se violan los arts. 10 y 11 de la Constitución cuando una medida transitoria o su ausencia producen una diferencia de trato sin una justificación razonable.

En este caso y debido, por un lado, a la evolución de la sociedad cada vez más exigente con relación al bienestar animal y, por otro lado, al aspecto educativo que actualmente asumen los zoológicos, los documentales destinados a la naturaleza e Internet, los apelantes no pueden esperar que los animales salvajes

sean aún exhibidos en un circo o en una exposición itinerante. Asimismo, estas atracciones no agregan nada positivo al plano educativo en relación con el estudio del Consejo del Bienestar Animal.

Por ende, el tercer agravio no está fundado.

Violación del principio de igualdad

Los apelantes alegan que se violan los arts. 10 y 11 de la Constitución porque la prohibición no se aplica a los zoológicos ni a los parques naturales.

La diferencia de trato radica en un criterio objetivo. En los zoológicos, las condiciones de alojamiento de los animales salvajes impuestas son más respetadas, no solo porque no existe un desplazamiento de los animales, sino porque la permanencia en un lugar permite un control más estricto en la calidad de vida. Por el contrario, en los circos, los desplazamientos y el poco espacio no garantizan un adecuado ambiente para los animales salvajes.

Además, los zoológicos deben contar con autorización por parte del ministro competente y pueden ser susceptibles de suspensiones o restricciones en el caso de que no satisfagan las condiciones.

La medida impugnada no es desproporcionada. Los circos y exposiciones pueden usar los animales domésticos que se enumeran en el anexo del Decreto Real del 2 de septiembre de 2005 y, por otro lado, nada les impide desarrollar otras actividades.

El cuarto agravio no está fundado.

Por los motivos expuestos, esta Corte desestima el recurso interpuesto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia nº 66/2015 del 21-5-2015, en <<http://www.const-court.be/public/f/2015/2015-066f.pdf>>.



BIOÉTICA. BIOTECNOLOGÍA. SALUD. TÉCNICAS DE PROCREACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA. DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL DEL EMBRIÓN. EXCLUSIÓN DE PAREJAS FÉRTILES PORTADORAS DE ENFERMEDADES GENÉTICAS HEREDITARIAS. DERECHO A LA IGUALDAD. MUJER. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. DERECHOS REPRODUCTIVOS. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: dos parejas promovieron acciones ante el Tribunal de Roma contra la *Azienda USL Roma A* y el *Centro per la Tutela della Salute della Donna e del Bambino S. Anna* por haber rechazado su solicitud para someterse a un tratamiento de procreación médicamente asistida y al diagnóstico pre-implante, con el único fin de poder elegir un embrión sano. En efecto, ambas parejas habían interrumpido embarazos espontáneos anteriores ante el riesgo de transmitir a su hijo una patología genética hereditaria (distrofia muscular de Becker en un caso y una alteración cromosómica en el otro).

El Tribunal de Roma, entonces, planteó la inconstitucionalidad de los arts. 1.1/2 y 4 de la ley nº 40/2014 (normas en materia de procreación médicamente asistida) por considerarlos violatorios de los arts. 2, 3 y 32 de la Constitución italiana y del art. 117 de la misma en relación con los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

2. Sentencia: son inconstitucionales los arts. 1.1/2 y 4 de la ley nº 40/2014 en cuanto no permiten recurrir a las técnicas de procreación médicamente asistida a las parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles que responden a los criterios de gravedad establecidos en el art. 6.1, letra *b*) de la ley nº 194/1978.

Los arts. 1.1/2 y 4 de la ley nº 40/2014 disponen respectivamente lo siguiente: “A fin de favorecer la solución de problemas reproductivos que derivan de la esterilidad o de la infertilidad humana, se autoriza el recurso a la procreación médicamente asistida, conforme a las condiciones y según las modalidades previstas por la presente ley, que garantiza los derechos de todos los sujetos involucrados, inclusive del concebido [...] El recurso a la procreación médicamente asistida se autoriza cuando no medien otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de esterilidad o infertilidad [...] El recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida solo se autoriza cuando se haya comprobado la imposibilidad de eliminar de otra manera las causas que impiden la procreación, y está circunscripto a los casos de esterilidad o de infertilidad por causas desconocidas, documentado por certificado médico, así como también a los de esterilidad o infertilidad por una causa comprobada y certificada por un médico”.

La cuestión planteada resulta fundada en los arts. 3 y 32 de la Constitución, ya que existe un insuperable aspecto de irrazonabilidad en la prohibición al acceso a la procreación médicamente asistida y al diagnóstico pre-implante a las parejas fértiles afectadas (en tanto portadoras sanas) de graves patologías genéticas hereditarias, susceptibles, según las evidencias científicas, de transmitir anomalías o malformaciones al feto. Todo ello por cuanto, en manifiesta antinomia normativa, el ordenamiento italiano permite a las parejas perseguir el objetivo de procrear un hijo no afectado por la patología específica hereditaria de la que son portadoras mediante la innegablemente más traumática modalidad de la interrupción voluntaria del embarazo natural, tal como lo dispone el art. 6.1, letra *b*) de la ley nº 194/1978 (normas para la tutela social de la maternidad y de la interrupción voluntaria del embarazo), en los casos en que los análisis prenatales comprueban la existencia de procesos patológicos propios de anomalías o malformaciones del feto, que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer. Vale decir que el sistema normativo al que dan lugar las disposiciones impugnadas no permite –si bien es científicamente posible– que la mujer obtenga “antes” información que le permitiría evitar tomar “después” una decisión mucho más perjudicial para su salud. De allí la violación del art. 32 de la Constitución en la que incurre la normativa en examen, por no respetar el derecho a la salud de la mujer.

En consecuencia, la normativa impugnada constituye el resultado de un irrazonable equilibrio de los intereses en juego, violatorio del canon de racionalidad del ordenamiento. La misma lesiona también el derecho a la salud de la mujer fértil portadora (ella o el otro miembro de la pareja) de una grave enfermedad genética hereditaria, en cuanto no permite, y, por ello, excluye, el recurso a la procreación médicamente asistida a las parejas con tales patologías en una estructura pública especializada. Ello, con el único fin de identificar previamente los embriones a los que no se les haya transmitido la enfermedad del progenitor, la cual comporta el peligro de anomalías y malformaciones (o la muerte precoz) del feto.

Una vez que se ha comprobado que, en razón de la referida exclusión, las disposiciones en examen contrastan con parámetros constitucionales, esta Corte debe declarar su inconstitucionalidad. Es tarea del legislador, *a posteriori*, introducir – periódicamente, sobre la base del desarrollo técnico-científico–normativas orientadas a identificar las patologías que puedan justificar el acceso a la procreación médicamente asistida a las parejas fértiles y sus correspondientes procedimientos de comprobación, evaluando, eventualmente, las normativas de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos en los que tal práctica médica está autorizada. Todo ello, reservado a la discrecionalidad de las elecciones del legislador.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia nº 96 del 5-6-2015, en <<http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0096s-15.html>>.



BIOÉTICA. BIOTECNOLOGÍA. SALUD. TÉCNICAS DE PROCREACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA. DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL DEL EMBRIÓN. SELECCIÓN DE EMBRIONES CON FINES EUGENÉSICOS. ELIMINACIÓN DE EMBRIONES SUPERNUMERARIOS O AFECTADOS POR ENFERMEDADES GENÉTICAS. PROHIBICIÓN. CRIOCONSERVACIÓN. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHOS REPRODUCTIVOS. DIGNIDAD HUMANA. DIGNIDAD DEL EMBRIÓN. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: en el curso de un proceso penal, el Tribunal de Nápoles planteó la inconstitucionalidad de los arts. 13, incs. 3, letra *b*) y 4, y 14.1/6 de la ley nº 40/2004 (normas en materia de procreación médicamente asistida), por considerarlos violatorios de los arts. 2, 3 y 32 de la Constitución italiana y del art. 117 de la misma en relación con el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad del art. 13, incs. 3, letra *b*) y 4 de la ley nº 40/2004, en cuanto tipifica como delito la selección de embriones, inclusive en los casos en que esté orientada exclusivamente a evitar la implantación en el útero de la mujer de embriones afectados por

enfermedades genéticas transmisibles que respondan a los criterios de gravedad establecidos en el art. 6.1, letra *b*) de la ley nº 194/1978 (normas para la tutela de la maternidad y la interrupción del embarazo) y que hayan sido comprobadas en instituciones públicas especializadas. Asimismo, se declara infundada la cuestión de inconstitucionalidad del art. 14.1/6 de la ley nº 40/2004 con respecto a los arts. 2 y 3 de la Constitución italiana y al art. 117 de la misma en relación con el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

El Tribunal de Nápoles plantea que el art. 13 –al prohibir y sancionar penalmente en modo indiscriminado toda forma de selección de embriones con fines eugenésicos, sin excluir de la tipificación de delito la hipótesis de una selección orientada a evitar la implantación en el útero de la mujer de embriones afectados por enfermedades genéticas– es violatorio de los arts. 3 y 32 de la Constitución porque contradice el principio de razonabilidad y el derecho a la salud tutelado por la ley nº 40/2004, incluso con respecto a la pareja generadora, así como el art. 117.1 en relación con el art. 8 de la CEDH.

El mismo tribunal plantea la inconstitucionalidad del art. 14.1/6 de la mencionada ley en cuanto prohíbe y sanciona penalmente la supresión de embriones, incluso cuando se trata de embriones supernumerarios, que, una vez realizada la selección a los fines de evitar el implante en el útero de la mujer, han resultado afectados por enfermedades genéticas. El tribunal considera dicha norma como violatoria del art. 2 de la Constitución en razón de la tutela del derecho a la autodeterminación de la pareja, así como del art. 3 de la misma debido a no razonabilidad y contradictoriedad respecto de lo previsto por el art. 6 de la ley nº 94/1978, que autoriza el aborto terapéutico inclusive después de los 90 días de embarazo en casos de anomalías o malformaciones del feto.

La primera cuestión resulta fundada. En su reciente fallo nº 96/2015, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1.1/2 y 4.1 de la ley nº 40/2004, en cuanto no permiten recurrir a técnicas de procreación médicamente asistida a las parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas transmisibles, comprobadas en instituciones públicas especializadas, que responden a los criterios de gravedad establecidos en el art. 6.1, letra *b*) de la ley nº 194/1978. Ello, con el único fin de identificar previamente –en función de la subsiguiente implantación en el útero de la mujer– a los embriones a los que no se les haya transmitido la enfermedad del progenitor, que comporte el peligro de anomalías y malformaciones (o la muerte precoz) del feto.

En consecuencia, aquello que por efecto de la sentencia nº 96/2015 se ha convertido en lícito no puede –en razón del principio de no contradicción– ser llevado a la esfera de lo penalmente relevante. Con base en estos términos y límites, lo cierto es que el art. 13, incs. 3, letra *b*) y 4 de la ley nº 40/2004 resulta inconstitucional, justamente en cuanto prohíbe y sanciona penalmente la conducta selectiva del facultativo, orientada exclusivamente a evitar la transferencia al útero de la mujer de embriones que, de acuerdo con el diagnóstico pre-implante, resulten afectados por enfermedades genéticas transmisibles, comprobadas en instituciones públicas especializadas, que respondan a los criterios de gravedad establecidos en el art. 6.1, letra *b*) de la ley nº 194/1978.

La segunda cuestión resulta infundada. En efecto, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, la discrecionalidad legislativa relativa a la identificación de las conductas penalmente punibles puede ser censurada solamente cuando su ejercicio resulta distorsionado o arbitrario y es pasible de entrar en conflicto manifiesto con el canon de razonabilidad. En el caso en cuestión, no resulta censurable la elección del legislador de 2004 de prohibir y sancionar penalmente la conducta de eliminación de embriones, aunque se refiera a embriones que, después de realizado el diagnóstico pre-implante, resulten afectados por graves enfermedades genéticas.

Inclusive en relación con dichos embriones –cuya malformación no justifica *per se* un tratamiento peor con respecto a los embriones sanos creados en número superior al estrictamente necesario a los fines de un único y contemporáneo implante (*cf.* fallo n° 151/2009)–, se prevé la exigencia de tutelar la dignidad del embrión, a la cual no puede darse otra respuesta que la de la crioconservación. El embrión, en efecto, no puede reducirse a un mero material biológico.

Mediante la mencionada sentencia n° 151/2009, esta Corte reconoció el fundamento constitucional de la tutela del embrión, atribuible al precepto general del art. 2 de la Constitución, además de considerarla susceptible de “debilitamiento”, pero solo en caso de conflicto con otros intereses de relieve constitucional (como el derecho a la salud de la mujer) que, en ciertas situaciones, resultan prevalecientes. Sin embargo, en el caso en examen, la vulneración de la tutela de la dignidad del embrión enfermo, resultante de la supresión *tamquam res*, no encuentra justificación en la tutela de otro interés antagónico.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 229 del 21-10-2015, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=229>>.



BIOÉTICA. MENORES. PERSONAS POR NACER. *NASCITURUS*. INTERÉS SUPERIOR. **DERECHO A LA VIDA.** ALCANCES. **MUERTE DIGNA.** PACIENTES EMBARAZADAS EN FASE TERMINAL. TRATAMIENTOS DE SOPORTE VITAL (IRLANDA).

1. Antecedentes del caso: N.P. estaba embarazada de 15 semanas, tenía dos hijos de 4 y 6 años, respectivamente, y estaba comprometida con M.J., el padre del hijo que esperaba.

El 27 de noviembre de 2014, N.P. fue internada en un hospital de las afueras de Dublín con persistentes dolores de cabeza y náuseas. Dos días después, sufrió una caída en el hospital y a partir de ese momento dejó de responder a estímulo alguno, por lo que fue internada de urgencia y trasladada a un hospital en Dublín. El 3 de diciembre de 2014, en Dublín, se le diagnosticó muerte encefálica.

A partir del 8 de diciembre de 2014, N.P. quedó bajo el cuidado médico del hospital de las afueras de Dublín, internada en terapia intensiva con asistencia mecánica respiratoria y nutrición a través de una sonda nasogástrica. Se le administraron altas dosis de medicamentos para combatir una serie de afecciones,

entre ellas, neumonía, infecciones micóticas, hipertensión arterial, retención de líquidos y fluctuación en la producción de orina.

El equipo médico del hospital aconsejó a su padre continuar el tratamiento de soporte vital durante todo el embarazo.

El 17 de diciembre de 2014, se le realizó una traqueotomía para facilitar la continuidad de las medidas de soporte vital de los órganos maternos a fin de lograr la viabilidad del feto.

El padre de N.P. estimó que estas medidas eran irrazonables y que debían suprimirse. Luego de la debida consideración, sus asesores legales consideraron que el procedimiento preferible en esas circunstancias era iniciar una acción judicial ordinaria (*plenary proceedings*) ante la *High Court* de Irlanda.

El 23 de diciembre de 2014, se celebró una audiencia preliminar ante dicho tribunal, en la cual diversos peritos médicos expusieron su opinión sobre este caso.

Como conclusión de la audiencia preliminar, el presidente de dicho tribunal indicó que, dada la importancia del caso, la *High Court* actuaría como una *Divisional Court* para entender en la causa interpuesta por el apelante.

2. Sentencia: se hace lugar a la petición del padre de N.P. y se autoriza, a discreción del equipo médico, a retirar el soporte vital que le está siendo suministrado a la paciente.

La totalidad de la prueba médica establece que la posibilidad de un parto exitoso de un niño con vida en la presente causa es prácticamente inexistente. Las pruebas médicas claramente establecen que los casos de gestación prematura tienen un pronóstico mucho menor para el feto que aquellos casos en los que la muerte encefálica de la madre ocurre en una etapa más avanzada del embarazo, pronóstico que mejora por lo general a partir de las 24 semanas.

Basándose en las pruebas presentadas, este Tribunal considera posible aseverar que N.P. sufrió una muerte encefálica el 3 de diciembre de 2014. Ello fue resultado de una caída que tuvo el 29 de diciembre de 2014, momento en que la paciente sufría de mareos y fuertes dolores de cabeza generados por un quiste que se estaba desarrollando en su cerebro hacía cierto tiempo.

Existen pruebas irrefutables producidas por todos los expertos médicos de que la muerte encefálica en una etapa tan temprana del embarazo impide cualquier esperanza realista de que el feto nazca con vida. Este Tribunal considera que no existe una posibilidad real de continuar el soporte vital a fin de que el feto nazca con vida. Si bien existen casos en los que continuar el soporte vital ha permitido un parto exitoso de un feto con vida, las pruebas del presente caso demuestran que la continuidad del soporte vital de la madre está provocando un creciente colapso de su cuerpo y que una infección general, proveniente de varias fuentes, con certeza terminará con la vida del feto antes de que exista alguna posibilidad para un parto viable.

Este Tribunal también entiende que, de acuerdo con las pruebas presentadas, continuar con el soporte vital también provocará sufrimiento al feto en circunstancias donde no existen posibilidades genuinas de nacer con

vida. Esta consideración resulta importante a la hora de considerar el mejor interés para el feto.

El artículo 40.3 de la Constitución de Irlanda establece que:

“1º El Estado garantiza por medio de sus leyes el respeto y, en la medida de lo posible, la defensa y reivindicación de los derechos personales del ciudadano.

”2º El Estado deberá en particular proteger de la mejor forma, por medio de sus leyes, a todos los ciudadanos de un trato injusto y, en caso de injusticia, deberá reivindicar la vida, la persona, el buen nombre y los derechos de propiedad de todos los ciudadanos.

”3º El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con el debido respeto a igual derecho a la vida de la madre, garantiza por medio de sus leyes el respeto y, en la medida de lo posible, la defensa y reivindicación de ese derecho”.

Este Tribunal acepta que en el intento por reivindicar el derecho a la vida del no nacido en la presente causa, debe considerarse el mejor interés para el feto.

Cuando una mujer embarazada muere y tiene un feto no nacido en el vientre al momento de su muerte, los derechos de dicho feto, que está con vida, deben prevalecer sobre los sentimientos de dolor y respeto hacia la madre que ya no vive.

En el caso actual, la medida artificial que sostiene las funciones corporales de la madre también mantiene con vida al feto. Sin embargo, cabe preguntarse si, en el caso de que dicha medida continuase, sería realista esperar que el feto naciera con vida.

En la publicación *Maternal Brain Death, Pregnancy and the Foetus: The Medico-Legal Implications*, los autores Asim Sheikh y Denis Cusack establecen que “(...) si la muerte de la madre ocurre y todas las pruebas razonables, responsables y cuidadosamente consideradas sugieren que el feto no puede sobrevivir, entonces ya no existe la consideración sobre lo que es mejor para el feto y no debería permitirse continuar inútilmente con el tratamiento”.

En el artículo “Maternal Death –An Irish Perspective”, sus autores Farragher, Marsh y Laffey llegan a la conclusión de que “el derecho a la vida conferido al feto a partir de las primeras etapas de gestación en este Estado podrá ser ejercido solamente si existe expectativa de parto exitoso de un feto con vida. Si no existe ninguna expectativa realista de ello, el soporte vital materno será considerado inútil y por lo tanto no debería permitirse. Se considera razonable considerar inútil la prolongación del soporte vital de la madre si el embarazo es de menos de 16 semanas al momento de la muerte encefálica de la madre, debido a la ausencia de casos informados de partos exitosos de fetos en este tipo de embarazos”.

En un cierto número de casos, la *High Court* ha tenido que ejercitar funciones de tutela y resolver si se debía o no permitir el retiro del soporte vital teniendo en consideración el mejor interés para el feto o el tutor. Esta función constituye el *parens patriae*, poder ejercido por el Lord Chancellor de Irlanda antes de 1922, que fue luego conferido a la *High Court* en virtud de la *Courts Supplemental Provisions Act* de 1961.

En la causa *S.R.*, la *High Court* estableció que “para determinar si un tratamiento de soporte vital debe ser retirado, la consideración principal debe ser buscar el mejor interés para el feto. Ello implica la evaluación de las siguientes circunstancias: el dolor y sufrimiento que el feto podría tener que soportar si sobrevive; la longevidad y calidad de vida que el feto podría tener si sobrevive; el dolor y sufrimiento inherente al tratamiento propuesto, y las opiniones de los parientes y médicos del no nacido.

Dado que el feto del presente caso goza de la garantía constitucional del derecho a la vida, este Tribunal considera necesario que, para reivindicar su derecho, debe determinar la factibilidad y utilidad de continuar el soporte vital materno.

Este desafortunado feto ha tenido el terrible destino de estar presente en el útero de una madre que ha muerto y en el cual el ambiente que lo rodea no es seguro ni estable, y que está fallando a un ritmo alarmante. Este Tribunal acepta las pruebas de los peritos médicos que demuestran que en este caso no existe posibilidad real alguna de mantener estable el ambiente uterino, dado el grado de infección, la fluctuación de temperatura del cuerpo de la madre, la dificultad para mantener una presión arterial saludable y las dosis de medicamentos tóxicos que son administrados a la madre y que están contraindicados en caso de embarazo.

La condición de la madre se está deteriorando a tal velocidad y grado que no será posible un desarrollo del embarazo o al menos hasta un punto en que sea posible el parto de un feto con vida. En palabras del Dr. Mortell, el feto no está sufriendo todavía, pero se enfrenta a la “tormenta perfecta” frente a la cual no tiene posibilidades realistas de sobrevivir.

Continuar el soporte vital de la madre la privaría de una muerte digna, y sometería a su pareja e hijos a una angustia inimaginable respecto a un tratamiento inútil que comenzó en primer lugar debido a los temores de los especialistas médicos tratantes ante potenciales consecuencias legales.

Los expertos médicos buscan lo mejor para la madre y para el feto y no creen que exista ninguna razón médica o ética para continuar con un proceso que, según el Dr. MacKenna, roza lo grotesco.

Por lo tanto, este Tribunal considera que en las circunstancias del presente caso y en virtud del mejor interés para feto no nacido, corresponde autorizar, a discreción del equipo médico, el retiro del soporte vital que le está siendo suministrado a N.P. en esta trágica y desafortunada causa. Se hará la declaración correspondiente y se ordenará a sus efectos.

Nota de la Oficina: *Divisional Court*: tribunal de apelación perteneciente a la organización judicial británica.

HIGH COURT DE IRLANDA, *The High Court between P.P and Health Service Executive*, sentencia del 26-12-2014, en <<https://s3.amazonaws.com/s3.documentcloud.org/documents/1385958/p-p-v-hse.pdf>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL. **DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. VIVIENDA.** DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA. CRÉDITOS FISCALES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DESTINADAS A PERSONAS DE BAJOS RECURSOS. ASIGNACIÓN CON BASE EN CRITERIOS DISCRIMINATORIOS. IMPACTO DESIGUAL. RESPONSABILIDAD (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el Gobierno Federal otorga créditos fiscales para la construcción de viviendas destinadas a personas de bajos ingresos que se conceden a empresas constructoras a través de organismos administrativos designados a tal efecto. En el estado de Texas, el organismo encargado de distribuir dichos créditos es el Ministerio de Vivienda y Asuntos Comunitarios (en adelante, Ministerio). La *Inclusive Communities Project, Inc.* (en adelante, ICP) –asociación sin fines de lucro con sede en Texas que asiste a las familias de bajos recursos en la obtención de una vivienda accesible– interpuso una demanda en la que denunciaba el impacto desigual de la política llevada a cabo por el Ministerio, fundada en los arts. 804(a) y 805(a) de la Ley de Vivienda Equitativa (*Fair Housing Act* –FHA–), alegando que dicho organismo y sus funcionarios habían creado patrones de segregación en la asignación de viviendas al asignar demasiados créditos fiscales a la construcción de las mismas en zonas carenciadas habitadas predominantemente por personas de color y muy pocos en zonas suburbanas habitadas principalmente por blancos.

El Tribunal Federal de Distrito, basándose en pruebas estadísticas, consideró que la ICP había probado *prima facie* la existencia de un impacto desigual en la política impugnada. Y luego de admitir que el interés no discriminatorio invocado por el Ministerio era válido, decidió que este no había cumplido con su carga de probar que no existían alternativas menos discriminatorias para la asignación de los créditos fiscales.

Mientras la apelación interpuesta por el Ministerio estaba en trámite, el Ministro de Vivienda y Desarrollo Urbano dictó una reglamentación que interpretaba la FHA de modo que contemplaba responsabilidad por impacto desigual en la implementación de determinadas políticas e invertía la carga probatoria en los procesos tendientes a resolver esas denuncias.

La Cámara Federal de Apelaciones sostuvo que las demandas por impacto desigual de una determinada política pueden ser juzgadas en términos de la FHA, pero revocó la decisión al resolver en cuanto al fondo de la cuestión y devolvió las actuaciones porque consideró que, a la luz de la nueva reglamentación, el tribunal *a quo* había exigido indebidamente al Ministerio que probara la existencia de otras alternativas que fueran menos discriminatorias.

La FHA fue adoptada poco después del asesinato del Dr. Martin Luther King, Jr. Reconociendo que la persistente segregación racial había dejado barrios carenciados predominantemente de personas de color rodeados por suburbios habitados en su mayoría por blancos, esta ley aborda el tema de la negación de oportunidades de acceso a la vivienda por motivos de “raza, religión u origen nacional”. En 1988, el Congreso modificó la FHA y, en lo que aquí resulta relevante, estableció ciertos eximentes de responsabilidad.

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

2. Sentencia: las demandas en las que se denuncia un impacto desigual en la implementación de determinada política son admisibles en términos de la FHA.

(a) Dos leyes contra la discriminación que precedieron a la FHA son relevantes a los fines de su interpretación. Tanto el art. 703(a)(2) del Título VII de la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964 como el art. 4(a)(2) de la Ley contra la Discriminación en el Empleo en razón de la Edad (*Age Discrimination in Employment Act*) de 1967 (ADEA) autorizan las demandas por impacto desigual en la implementación de determinadas políticas. Conforme a *Griggs v. Duke Power Co.* (401 U.S. 424 -1971-) y a *Smith v. City of Jackson* (544 U.S. 228 -2005-), casos en los que se estableció la regla para el Título VII y para la ADEA, respectivamente, las leyes contra la discriminación deben ser interpretadas de manera tal que incluyan la posibilidad de demandar por impacto desigual en la implementación de ciertas políticas cuando sus textos se refieran a las consecuencias de las acciones y no solo a la actitud mental de los actores, y siempre y cuando tal interpretación esté en consonancia con el fin perseguido por la ley. La responsabilidad por impacto desigual debe ser limitada para que los empleadores y otras entidades reguladas puedan continuar haciendo sus elecciones comerciales prácticas y tomando decisiones relacionadas con el fin de lucro perseguido, base del sistema de libre empresa. Antes de rechazar una justificación empresarial –o un interés público análogo invocado por un organismo gubernamental–, un tribunal debe determinar que un accionante haya demostrado que existe “una práctica alternativa disponible... que tenga un menor impacto desigual y que responda a las necesidades legítimas [del organismo]” (ver, *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557, p. 578 -2009-). Estos casos aportan el marco esencial e instruyen en el caso bajo análisis.

(b) En términos de la FHA, es ilegal “negarse a vender o alquilar... o, de algún otro modo, hacer inaccesible o denegar una vivienda a una persona en razón de su raza” u otra característica protegida (art. 804(a)); o “discriminar a cualquier persona” al realizar determinadas transacciones inmobiliarias “en razón de su raza” u otra característica protegida, (art. 805(a)). El razonamiento seguido en *Griggs* y en *Smith* proporciona un sólido sustento a la conclusión de que la FHA contempla las demandas por impacto desigual. La frase “o, de algún otro modo, hacer inaccesible o denegar” se refiere a las consecuencias de una acción más que a la intención de quien la realiza (ver *United States v. Giles*, 300 U.S. 41, p. 48 -1937-). Y esta frase es equivalente en cuanto a su función y al fin que persigue a las palabras “de otro modo afectar negativamente” del Título VII y de la ADEA. En las tres leyes, el texto operativo apunta a los resultados y juega un rol idéntico: como una frase comodín, ubicada al final de una extensa oración que comienza con la prohibición de proferir un trato diferente. La palabra introductoria “de otro modo” también señala un desplazamiento del énfasis desde la intención de quien

lleva adelante la acción hacia las consecuencias de sus acciones. Esta similitud en el texto y en la estructura es aún más importante si se tiene en cuenta que el Congreso aprobó la FHA solo cuatro años después del Título VII y cuatro meses después de la ADEA. Si bien la FHA no utiliza exactamente el mismo lenguaje que el Título VII, el Congreso escogió palabras que sirven al mismo propósito y que tienen el mismo significado básico, pero que están en sintonía con la estructura y los objetivos de la FHA. La FHA contiene la frase “en razón de su raza”, pero el Título VII y la ADEA también utilizan esas palabras, y esta Corte, aun así, sostuvo que esas leyes establecen responsabilidad por impacto desigual.

Las enmiendas introducidas en 1988 señalan que el Congreso ratificó la existencia de dicha responsabilidad. El Parlamento tenía conocimiento de que las nueve Cámaras Federales de Apelaciones que han abordado la cuestión han entendido que la FHA permitía la interposición de demandas fundadas en un impacto desigual en la implementación de determinadas políticas y que tres excepciones de responsabilidad en las enmiendas introducidas en el año 1988 habrían sido superfluas si el Congreso hubiera supuesto que la responsabilidad por impacto desigual no existía en términos de la FHA.

La admisibilidad de las demandas por impacto desigual en la implementación de ciertas políticas, además, está en concordancia con el objeto principal de la FHA, la cual –como el Título VII y la ADEA– fue sancionada con el fin de eliminar las prácticas discriminatorias dentro de un sector de la economía nacional. Las demandas dirigidas contra reglamentos de zonificación urbanística ilegítimos y otras restricciones que excluyen arbitrariamente a las minorías de ciertos barrios sin justificación suficiente se encuentran en el núcleo de la responsabilidad por impacto desigual (véase, por ejemplo, *Huntington v. Huntington Branch, NAACP*, 488 U.S. 15, pp. 16/18 -1988-). El reconocimiento de la responsabilidad por impacto desigual en términos de la FHA juega un rol importante en el descubrimiento de la intención discriminatoria: permite a los actores contrarrestar los prejuicios inconscientes y la intención oculta que elude una fácil clasificación de determinada acción en la categoría de trato diferenciado.

No obstante, la responsabilidad por impacto desigual en la implementación de ciertas políticas siempre ha estado adecuadamente restringida en sus aspectos fundamentales para evitar las serias controversias constitucionales que podrían surgir en términos de la FHA, por ejemplo, si se impusiera esa responsabilidad únicamente con base en la demostración de una desigualdad estadística. Aquí, la controversia subyacente incluye una teoría novedosa sobre la responsabilidad que puede, cuando se devuelvan las actuaciones, ser vistas simplemente como un intento de prever *ex post* cuál de los dos criterios razonables deben seguir las autoridades encargadas de la política de vivienda para la asignación de créditos fiscales para la vivienda destinados a las personas de pocos recursos. Un medio importante y apropiado para asegurar que la responsabilidad por impacto desigual en la implementación de estas medidas esté adecuadamente restringida es otorgar a las autoridades encargadas de la política de vivienda y a las empresas urbanizadoras privadas un margen para establecer y explicar el interés válido que sus políticas persiguen, un análisis que resulta análogo al estándar de la necesidad

empresarial del Título VII. Sería paradójico interpretar que la FHA impone costos onerosos a actores que promueven la restauración de viviendas en deterioro en las ciudades simplemente porque alguna otra prioridad pueda parecer preferible. Una demanda fundada en un impacto desigual en la implementación de determinada política con base en una desigualdad estadística debe ser desestimada si quien peticiona no puede señalar las políticas del demandado que causan tal disparidad. Es importante contar con un fuerte requisito de prueba de la causalidad a los efectos de asegurar que los demandados no recurran a la utilización de cuotas raciales. Los tribunales deben, por tanto, examinar cuidadosamente si el accionante ha acreditado *prima facie* la existencia de un impacto desigual en la implementación de la política cuestionada, a la vez que la pronta resolución de estos casos resulta esencial. Las políticas, ya sean públicas o privadas, no son contrarias al requisito de la existencia de un impacto desigual a menos que constituyan “barreras artificiales, arbitrarias e innecesarias” (ver *Griggs*, cit. *supra*, 431). Los jueces deben evitar interpretar la responsabilidad por impacto desigual en la implementación de determinadas políticas de una manera tan amplia que introduzca consideraciones raciales en todas las decisiones que versen sobre la vivienda. Estas limitaciones son también necesarias a fin de proteger a los demandados contra demandas por impacto desigual en la implementación de sus políticas interpuestas en evidente ejercicio abusivo del Derecho.

Y cuando los tribunales efectivamente encuentren responsabilidad en términos de la teoría del impacto desigual, sus medidas resolutiveas deben estar en consonancia con la Constitución. En los casos en que exista impacto desigual, esas medidas deben focalizarse en la eliminación de la práctica ofensiva, y los tribunales en tales casos deben esforzarse por elaborar soluciones neutrales en términos raciales. Las medidas correctivas que imponen objetivos o cuotas raciales podrían plantear controversias constitucionales difíciles de dirimir.

Mientras que la introducción automática y omnipresente de la raza en las transacciones públicas y privadas alcanzadas por la FHA conlleve particulares riesgos, la raza puede ser considerada en determinadas circunstancias y de manera pertinente.

Esta Corte no desestima los esfuerzos realizados por las autoridades encargadas de la política de vivienda local por dar respuestas neutrales en términos raciales a fin de fomentar la restauración de los barrios que han sufrido por mucho tiempo las duras consecuencias de los patrones de segregación de la vivienda. Estas autoridades pueden optar por promover la diversidad y combatir la segregación racial con herramientas neutrales en términos raciales, y la mera conciencia de la raza en el intento de resolver los problemas que enfrentan los barrios bajos no condena ese esfuerzo inicial.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Texas Department of Housing and Community Affairs et al. v. Inclusive Communities Project, Inc., Et Al.*, sentencia del 25-6-2015, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/14gpdf/13-1371_8m58.pdf>.



DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. INTERNACIÓN PSIQUIÁTRICA NO VOLUNTARIA EXTRAJUDICIAL. RATIFICACIÓN JUDICIAL. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL. PLAZOS LEGALES. INTERPRETACIÓN. **AMPARO** (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el 13 de junio de 2014, el Jefe del Servicio de Psiquiatría de un complejo hospitalario de Las Palmas comunicó por escrito al Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de la misma ciudad que la paciente M.I.F.E. se encontraba ingresada en el citado centro a causa de la descompensación psicótica que padecía. En el mismo escrito, daba cuenta de que el ingreso se había producido voluntariamente el día 11 de junio de 2014, pasando a ser involuntario el día 13. Dicha comunicación estaba registrada en el Decanato el día 13. El día 16 de junio de 2014, tuvo entrada en el juzgado de primera instancia, fecha en la que se dispuso el inicio del procedimiento de internación no voluntario y se ordenó examinar a la paciente el día 18 de junio 2014 a fin de que se emitiera el correspondiente dictamen médico.

El 18 de junio de 2014, el Fiscal se opuso a la ratificación judicial de la internación no voluntaria. Fundó su oposición, en primer lugar, en que el centro psiquiátrico había incumplido la obligación de comunicar el ingreso a la autoridad judicial dentro del plazo de 24 horas; y, en segundo término, por considerar que había transcurrido el plazo máximo de 72 horas previsto legalmente para disponer tal medida. En igual fecha, el juzgado ratificó la internación de M.I.F.E. y, asimismo, resolvió que se informara con periodicidad semestral sobre el estado y evolución de la paciente ingresada. El juzgado desestimó las alegaciones formuladas por el Fiscal, al considerar que las fechas determinantes son la de inicio de internación involuntaria y la de ingreso al juzgado, y, en tal virtud, los plazos no se encontraban vencidos.

El 20 de junio de 2014, el Fiscal apeló, alegando la infracción de los arts. 17.1 de la Constitución española (CE) y 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), al incumplirse el plazo de 72 horas previsto en este último precepto, contado desde que la autoridad médica comunicó la internación involuntaria a la autoridad judicial. Expresó que la comunicación se recibió a las 11:55 horas del día 13 de junio de 2014 en el Decanato de los Juzgados de Las Palmas; por ello, la paciente permaneció ingresada de modo involuntario y sin ningún control judicial durante el período que abarca desde dicho momento y hasta el día 18 de junio de 2014, fecha en la que se dictó auto ratificando la internación no voluntaria.

El 28 de julio de 2014, el tribunal de apelación desestimó el recurso interpuesto por la Fiscalía, al entender que la interpretación mantenida en el auto recurrido es conforme con la doctrina establecida en la sentencia STC 141/2012. Entendió que debía definirse el momento en que el plazo de 72 horas empieza a contar y que, a la luz de dicho precedente, la interpretación del art. 763 de la LEC permite la interpretación que realiza el juzgado de origen, siempre y cuando el plazo de registro del procedimiento no exceda de las 72 horas de duración máxima de la detención gubernativa, desde el momento en que se produjo la internación involuntaria. En dicha sentencia, se diferencia el procedimiento pre-

judicial (hasta que se inicia el procedimiento de internación) y el control judicial propiamente dicho (desde que el tribunal competente tiene conocimiento de aquella). La primera fase no puede durar sin vicio de inconstitucionalidad más de 72 horas, que es el límite de las detenciones gubernativas de acuerdo con el límite constitucional del art. 17, si bien el legislador ordinario ha optado en el art. 763 LEC por exigir que el centro médico comunique la internación en un plazo más corto, de 24 horas. No obstante, si el Decanato no comunica de inmediato la internación al juzgado competente, es evidente que este no ha tenido hasta ese instante el “conocimiento” que exige el propio art. 763 LEC para que comience a computarse el plazo de 72 horas de la ratificación judicial de la internación. Por tanto, puede existir un lapso entre el primer plazo (la comunicación dentro de 24 horas al Decanato, plazo gubernativo) y el comienzo del segundo plazo (conocimiento por el tribunal competente tras el reparto); este lapso supone que, al no haber comenzado aún el plazo judicial, la privación de libertad es todavía gubernativa (hasta 72 horas). Por tanto, siempre que se haya respetado el plazo de legalización de la internación dentro del máximo de 72 horas desde que se produce esta hasta que se incoa el procedimiento judicial (equivalente al límite de la privación de libertad no judicial) y de otras 72 horas hasta la ratificación de la internación (equivalente a la detención judicial), no existe infracción del procedimiento.

El 14 de julio de 2014, la paciente fue dada de alta por mejoría clínica. Esta circunstancia fue oportunamente comunicada al órgano judicial, mediante informe de la misma fecha.

El Fiscal interpuso una acción de amparo, en la que alegó que las resoluciones judiciales mencionadas habían vulnerado el derecho a la libertad personal de M.I.F.E. (art. 17.1 CE). Alega que la internación involuntaria por trastorno psíquico de una persona está sujeta al estricto cumplimiento de la legalidad procesal, que opera como factor decisivo de la validez de la limitación de la libertad personal. Por tanto, el escrupuloso acatamiento de lo establecido en el art. 763 LEC –respecto del cual el Tribunal Constitucional ha advertido, en diversas ocasiones, la necesidad de regular la internación por razón de trastorno psíquico mediante una norma con rango de Ley Orgánica– constituye la garantía esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 17.1 CE. Sostuvo que el órgano judicial fue el que no había resuelto en término, pues hasta el día 18 de junio no había ratificado la pertinencia de la retención hospitalaria. Argumentó que, desde el momento en que se recibió la comunicación en el Decanato, la paciente quedó a disposición judicial; por tanto, a partir de ese mismo instante comenzó a correr el plazo de 72 horas que para la ratificación judicial de la internación urgente establece el art. 763.1 LEC como límite máximo. Además, refutó el criterio seguido por los órganos judiciales, para quienes el día 16 de junio de 2014 fue el día de inicio para regularizar la situación de la persona internada; y afirmó que la tesis expuesta por el órgano de apelación es fruto de un incorrecto entendimiento de la doctrina constitucional asentada en la STC 142/2012. También señaló que la línea interpretativa seguida por los órganos judiciales aboca a una prolongación del plazo de 72 horas previsto en el art. 763.1 LEC,

puesto que el inicio del cómputo del término para ratificar la internación pasaría de depender de la mayor o menor celeridad en el reparto del asunto, de manera que la garantía del derecho a la libertad personal quedaría a merced de factores aleatorios. Esa prolongación resulta contraria a la función que el juez ha de cumplir, como garante de la libertad personal, pues alarga indebidamente el lapso temporal legalmente fijado para el control de los presupuestos que legitiman la medida de internación no voluntaria. Por lo dicho, el Fiscal interpone este recurso de amparo por considerar vulnerado el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y pide que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas. No obstante, matiza que, al haberse producido el alta clínica de M.I.F.E. en fecha 14 de julio de 2014, el otorgamiento del amparo solamente tendrá carácter declarativo.

2. Sentencia: se reconoce el derecho a la libertad personal (arts. 17.1 CE) de M.I.F.E. y se declara la nulidad, sin retroacción de actuaciones, del auto de fecha 28 de julio de 2014, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, así como del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas, de fecha 18 de junio de 2014, recaído en el procedimiento de internamiento psiquiátrico no voluntario.

Se admite a trámite este amparo al estimar que presenta especial trascendencia constitucional, ya que plantea o afecta una faceta de un derecho fundamental sobre la que no hay doctrina de este Tribunal.

El presente recurso no ha sido interpuesto por la titular del derecho fundamental pretendidamente vulnerado, sino por el Ministerio Fiscal, cuya legitimación resulta incuestionable, pues su intervención como parte demandante se anuda a la protección del derecho a la libertad personal, en la dimensión que le confiere el art. 17.1 CE.

La argumentación jurídica que ofrecen los órganos judiciales converge en una misma dirección: hasta que la internación acordada por el centro psiquiátrico no se comunique, previo reparto del asunto al órgano judicial a quien en concreto corresponda conocer, no comienza a transcurrir el plazo de 72 horas que, conforme a lo previsto en el art. 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), constituye el límite máximo para la ratificación de la referida internación.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la vinculación de los plazos estatuidos en el mencionado precepto con la garantía derivada del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE. Sin embargo, esta es la primera ocasión –y en ello radica la especial trascendencia constitucional del presente recurso– en que se nos demanda un pronunciamiento sobre la eventual lesión del indicado derecho fundamental, a causa de una errónea interpretación sobre el *dies a quo* del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar la internación psiquiátrica acordada extrajudicialmente.

El marco legal de aplicación al caso se circunscribe al art. 763.1 LEC, cuyo tenor es el siguiente: “El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o tutela, requerirá autorización judicial que será recabada

del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento deberá dar cuenta al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la efectiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al Tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho Tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley”.

Para el juez de primera instancia, el plazo previsto en el precepto objeto de cita no fue incumplido, toda vez que hasta el 16 de junio de 2014 el asunto no tuvo entrada en el juzgado a su cargo y, como así consta en el procedimiento, por auto del 18 de junio de 2014 fue ratificada la internación acordada extrajudicialmente. La sucinta respuesta dada por el órgano de instancia es fruto una exégesis que se circunscribe al último inciso del segundo párrafo del art. 763.1 LEC y, sobre ese aspecto, colige que hasta tanto la noticia de la internación no llega a conocimiento del juzgado competente para resolver, no comienza a correr el reiterado plazo de 72 horas.

Por su parte, el órgano de apelación corrobora la legalidad de la actuación del *a quo*, si bien es consciente de que la problemática suscitada presenta una dimensión de mayor envergadura. Por ello, dispensa un razonamiento que expresamente contempla la significación jurídica del tiempo que el asunto tarda en llegar a conocimiento del órgano judicial.

La temática que se dilucida en el presente recurso concierne al derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 CE. Por tanto, nuestro enjuiciamiento no se circunscribe a calibrar la racionalidad de la interpretación judicial sobre el contenido y alcance de un precepto legal, pues estando en juego un derecho fundamental sustantivo, y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución judicial impugnada. En particular, descartado el carácter inmotivado o arbitrario de la resolución judicial ahora analizada, respecto de lo que nada se alega en la demanda de amparo, no nos puede bastar en este proceso constitucional de amparo con la simple evaluación de su razonabilidad, sino que será preciso analizar si la misma resulta o no vulneradora del ejercicio de los derechos fundamentales alegados. Y ello porque es perfectamente posible que se den resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, por contener una fundamentación que exprese razones –de hecho y de derecho– por las que el órgano judicial adopte una determinada decisión, pero que, desde una perspectiva del libre ejercicio de derechos fundamentales como los aquí en juego, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada. Cuando se enjuicia la presunta vulneración de un derecho sustantivo, el criterio

de razonabilidad que este Tribunal aplica a los derechos del art. 24 CE queda absorbido por el canon propio de aquel derecho.

Llegados a este punto, procede resolver el aspecto nuclear del presente recurso. Con carácter previo, hemos de efectuar dos precisiones: en primer término, este Tribunal no desconoce la finalidad tuitiva de la internación urgente por razón de trastorno psíquico, que es netamente distinta de la que inspira la adopción de medidas cautelares en el proceso penal; no obstante ello, para nuestro enjuiciamiento lo verdaderamente relevante de esa medida es la privación de libertad que comporta y, por tanto, a esa perspectiva hemos de sujetarnos. En segundo lugar, advertimos que nuestro pronunciamiento no tiene por objeto dirimir si el plazo para ratificar la internación involuntaria comienza o no tras la entrada del asunto en el órgano judicial, previo reparto por el Decanato, pues ello convertiría a este Tribunal en un mero intérprete de la legalidad ordinaria que, en el contexto de una pretendida tercera instancia, estaría llamado a confirmar o refutar la interpretación realizada por los órganos judiciales. Desde la perspectiva en que se ubica este Tribunal, la respuesta que hemos de ofrecer se proyecta sobre una dimensión distinta, en concreto, sobre si la exégesis realizada en el ámbito jurisdiccional es respetuosa del sistema de garantías que el legislador ha diseñado, mediante la instauración de los plazos máximos contemplados en el art. 763.1 LEC, para acomodar la privación de libertad por razón de trastorno psíquico a las exigencias impuestas por el art. 17.1 CE.

Conforme al hilo argumental seguido por el órgano de apelación, el mencionado art. 763.1 LEC admite la existencia de un intervalo intermedio entre la comunicación de la internación al Decanato por parte de la autoridad médica y la asignación del asunto al órgano judicial que corresponda. Según se indica en el auto del 28 de julio de 2014, ese lapso es compatible con el límite temporal que el art. 17.2 CE establece respecto de las detenciones gubernativas y encuentra acogida favorable en la fundamentación jurídica de la STC 141/2012. En consecuencia, al plazo de 24 horas con que cuenta el centro psiquiátrico para notificar la internación no voluntaria y al de 72 horas del que dispone el juez para ratificar la medida privativa de libertad, se suma un nuevo término cuya duración viene determinada por el tiempo que el Decanato tarde en remitir el asunto al órgano judicial que corresponda por reparto, si bien ese lapso no podrá exceder de 72 horas a contar desde que se produjo la internación involuntaria. Conforme a ese planteamiento, entre la fecha de internación involuntaria y la fecha de la ratificación judicial pueden llegar a transcurrir hasta seis días.

Tal interpretación no merece favorable acogida.

En primer lugar, la doctrina asentada en la STC 141/2012 no auspicia tales conclusiones, pues como en ella se indica, en relación con el plazo de 24 horas de que dispone el responsable del centro para comunicar la internación, lo que afirmamos entonces es que el legislador podría ampliar el mencionado límite temporal hasta las 72 horas, lo cual, como es obvio, no faculta al intérprete judicial de la legalidad a extender el referido plazo sin el oportuno soporte legal habilitante; y ello con independencia de que el art. 17.2 CE establezca un plazo límite de 72 horas para la puesta a disposición judicial del detenido.

En segundo término, en dicha sentencia sostuvimos sin ambages que, desde que tiene lugar la comunicación por el centro hospitalario, la persona ingresada pasa a disposición del órgano judicial. De ahí que los razonamientos consignados tampoco patrocinan la prolongación de la “detención gubernativa”, en los términos señalados por la Audiencia Provincial. Ciertamente es que, de cara a ponderar si en aquel supuesto se había incumplido el plazo legal de 72 horas, tomamos como referencia la fecha de la providencia de apertura del procedimiento y, a partir de ese dato, cogimos que se superó con creces el plazo máximo previsto para la ratificación de la medida privativa de libertad. Sin embargo, de tal dato no cabe extraer ninguna conclusión trasladable al presente caso, habida cuenta de que, en el supuesto de hecho analizado en la STC 141/2012, el tiempo empleado por el órgano judicial para resolver, desde que el asunto estuvo a su disposición, excedió catorce días del plazo previsto en el art. 763.1 LEC, lo cual constituye un claro matiz diferencial con el presente caso.

Como el Fiscal indica, parece que la interpretación efectuada por los órganos judiciales pretende conciliar los plazos estatuidos en el art. 763.1 LEC con los condicionantes impuestos por la infraestructura del reparto de asuntos, principalmente derivados de la ausencia de un servicio de guardia durante los fines de semana. Desde la perspectiva constitucional en que se sitúa este Tribunal, debemos desautorizar esa exégesis, pues no es dable alcanzar tal armonización mediante el reconocimiento de un lapso temporal intermedio, que se ubica entre la comunicación de la internación al Decanato y la operatividad del plazo judicial de 72 horas. Si admitiéramos tal posibilidad, el rigor hermenéutico con que se han de abordar las limitaciones del derecho a la libertad personal quedaría sustancialmente atenuado, con el consiguiente detrimento de las garantías establecidas en el art. 17.1 CE. Por otra parte, la determinación del *dies a quo* del plazo para la ratificación judicial de la internación quedaría a expensas de un factor voluble e indeterminado, lo cual es incompatible con los principios de certidumbre y taxatividad inherentes a cualquier medida privativa de libertad.

En suma, desde la obligada pauta interpretativa que propicia la mayor efectividad del derecho fundamental y la correlativa interpretación restrictiva de sus límites, que hemos proclamado en diferentes resoluciones concernientes al derecho fundamental a la libertad personal, afirmamos que la interpretación constitucionalmente adecuada del segundo párrafo del art. 763.1 LEC no admite solución de continuidad entre la comunicación de la internación involuntaria, por parte de la autoridad médica, y el inicio del plazo de 72 horas estatuido para la ratificación judicial de esa medida, ni permite intercalar plazos implícitos entre esos dos acontecimientos procesales.

Los razonamientos precedentes conducen a la estimación del presente recurso de amparo, puesto que las resoluciones judiciales combatidas vulneran el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) de M.I.F.E.

A los efectos previstos en el art. 55 de la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional, procede declarar la nulidad de las referidas resoluciones con carácter meramente declarativo, pues, como se refleja en los antecedentes de esta

resolución, la persona entonces internada fue dada de alta el día 14 de julio de 2014, de manera que no persiste la privación de libertad ratificada judicialmente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo N° 5924-2014, STC 182/15 del 7-9-2015, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=21360>>.



DERECHO ADMINISTRATIVO. AUTONOMISMO. DIVISIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA TRIBUTARIA. **DERECHO TRIBUTARIO.** IMPUESTO AUTONÓMICO Y ESTATAL SOBRE DEPÓSITOS BANCARIOS. **LEY.** PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. **SEGURIDAD JURÍDICA. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. PRINCIPIO DE LEALTAD INSTITUCIONAL (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el art. 41 de la Ley 3/2012 de Presupuestos Generales del Principado de Asturias para 2013 creó un impuesto autonómico sobre depósitos en entidades de crédito, estableciendo un gravamen de entre el 0,3% y el 0,5%, en función de la base imponible. El Estado central, por su parte, a través del art. 19 de la Ley 16/2012, adoptó diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, y estableció un impuesto sobre depósitos en entidades de crédito con un tipo de gravamen del 0% (gravamen cero, en el contexto de la crisis financiera). Posteriormente, el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014 de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia modificó la tasa del gravamen al 0,03%. El referido Real Decreto-ley posteriormente se transformó en la Ley 18/2014, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia.

El Gobierno de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 124 de la Ley 18/2014, alegando que vulnera el art. 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) al no contemplar medida de compensación alguna para la Comunidad Autónoma de Asturias, pese a establecer un tributo que recaer sobre un hecho imponible previamente gravado por dicha Comunidad Autónoma, dando lugar a una disminución de ingresos para esta, dada además la diferencia de tipos de gravamen. Asimismo, denunció que el precepto impugnado vulnera los principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 de la Constitución española (CE), pues otorga efectos retroactivos a las modificaciones introducidas al ya mencionado art. 19 de la Ley 16/2012.

Finalmente, señaló que el precepto estatal vulnera los principios de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y de lealtad institucional (art. 2.1 g) LOFCA), pues la aprobación a mitad del ejercicio presupuestario del Real Decreto-ley 8/2014 y de la Ley 18/2014, con una importante reducción de las tasas del gravamen respecto a las establecidas por el impuesto autonómico –habida cuenta

de que el Estado central la ha fijado en el 0,03% frente a la escala comprendida entre el 0,3% y el 0,5% que establecía el autonómico–, sin que además se prevea compensación alguna, supone una importante disminución de ingresos para la Comunidad Autónoma, que había realizado sus previsiones presupuestarias en la confianza de la normativa vigente.

2. Sentencia: se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

La aplicación de las medidas de compensación a tributos autonómicos creados con anterioridad a una fecha legalmente fijada no resulta inconstitucional, pues entra dentro del amplio margen de discrecionalidad del legislador estatal. Así lo ha declarado este Tribunal en los precedentes STC 26/2015, STC 59/2015 y STC 73/2015, donde se ha sostenido que el precepto contenido en el art. 6.2 LOFCA “contiene una norma de mandato directo al legislador estatal para que instrumente, bien medidas de compensación, bien de coordinación, siempre y cuando el tributo estatal haya supuesto una merma de ingresos para las Comunidades Autónomas”. El hecho de que las medidas de compensación se circunscribieran a los impuestos autonómicos que habían sido establecidos con anterioridad al 1º de diciembre de 2012 no vulnera el art. 6.2 LOFCA, tal como prevé el art. 19.13 de la Ley 16/2012. Ello, sobre la base de dos razones: la primera, que “[l]a exclusión de esas medidas de coordinación o compensación a aquellos tributos establecidos por las Comunidades Autónomas a partir del 1 de diciembre de 2012, no es más que una concreción de lo establecido en el art. 6.2 LOFCA para su aplicación al tributo creado por el art. 19 de la Ley 16/2012, y se hace, no con la finalidad de interpretar el referido precepto de la LOFCA, sino para aplicarlo en atención al procedimiento legislativo seguido para su aprobación, lo que implica, como es propio de todo proceso aplicativo de una norma, una previa labor de interpretación de su sentido y alcance”; y la segunda, que tal restricción “obedece a la finalidad, que no puede considerarse irrazonable, de evitar que durante el proceso de elaboración de la Ley 16/2012 pudieran algunas Comunidades Autónomas crear tributos equivalentes al impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito estatal, en procedimientos legislativos más rápidos, anticipándose así a la aprobación de aquel tributo, y más que con la finalidad de aprobar una nueva fuente de ingresos tributarios, que es la previsión contemplada en el art. 6.2 LOFCA, con la de situarse en la posición de posibles acreedoras de las medidas de compensación o coordinación que dicho precepto considera”. Por ello, atento a que el impuesto asturiano sobre los depósitos en las entidades de crédito se estableció con posterioridad a aquella fecha, incumplía la condición necesaria para obtener la compensación, únicamente prevista para impuestos autonómicos aprobados antes de la creación de su homónimo estatal, lo que conduce a rechazar la inconstitucionalidad del art. 124 de la Ley 18/2014.

Se descarta la vulneración del principio de seguridad jurídica, pues la sucesiva regulación del impuesto en tres disposiciones con rango de ley y en un período de dos años ha permitido dar a conocer su contenido, finalidad y alcance, así como prever la medida y ajustar el comportamiento de las Administraciones

y sujetos pasivos a la nueva modalidad de tributo. Para así decidir, se concluye que la norma cuestionada no presenta un grado de retroactividad pleno, pues “el nuevo gravamen será de aplicación a deudas impositivas que aún no se hayan devengado y que, además, hayan de satisfacerse por los sujetos pasivos junto con la presentación de la autoliquidación del tributo que deberá tener lugar en el mes de julio del año siguiente, sin perjuicio del ingreso a cuenta”. Si bien es cierto que la seguridad jurídica de los sujetos pasivos del impuesto sobre depósitos ha quedado afectada, no implica que automáticamente deba ser declarada inconstitucional, ya que “la naturaleza periódica del tributo afectado y la configuración de su hecho imponible no impiden, en principio, que el legislador pueda modificar algunos aspectos del mismo por medio de disposiciones legales dictadas precisamente durante el período impositivo en el que deben surtir efectos ... la seguridad jurídica no es un valor absoluto, pues ello daría lugar a la petrificación del ordenamiento jurídico, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos ... al mantenimiento de un determinado régimen fiscal”. Para valorar la afectación a la seguridad jurídica, se analizaron la previsibilidad de la medida y las razones de orden público que aconsejaron su carácter retroactivo. Al respecto, se evaluó que no era imprevisible, pues “ya existían tributos de esta naturaleza en algunas Comunidades Autónomas, por lo que el gravamen de esta fuente de renta no podía ser ya enteramente sorpresivo”, y además que la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 que ha dado continuidad a la regulación de este impuesto ha venido a corroborar la clara intención del legislador estatal de gravar los depósitos bancarios, de manera que al menos tres meses antes de la entrada en vigor del art. 124 de la Ley 18/2014 –que incluye una regulación semejante a la de la anterior norma legal–, las Comunidades, sus contribuyentes y las entidades bancarias han tenido conocimiento y tiempo para adecuar sus previsiones a la precitada normativa. En consecuencia, se concluye que, atendidas las circunstancias concretas del presente caso –el grado de retroactividad de la norma impugnada, su carácter previsible atento a las circunstancias y la finalidad de la misma–, el art. 124 de la Ley 18/2014 no ha vulnerado el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE, por lo que queda desestimado este motivo de inconstitucionalidad.

La incidencia del tributo impugnado en la variación de la previsión de ingresos presupuestarios no resulta contraria a los principios de estabilidad presupuestaria (consagrado en el art. 135 CE) y de lealtad institucional, pues la percepción de la recaudación no implica una disminución de las cuantías a percibir por el fondo de suficiencia. El principio de estabilidad presupuestaria guarda conexión con el sistema de ingresos y gastos públicos y con la propia elaboración de los presupuestos, por lo que tanto la previsión de ingresos como la autorización de gastos previstos en la correspondiente ley deben responder a criterios objetivos. No toda eventual variación en la previsión de los ingresos implica una vulneración del principio de estabilidad presupuestaria, pues los estados de ingresos en el presupuesto tienen la función de mera previsión, y porque la norma estatal impugnada incide sobre una previsión de ingresos

presupuestarios que se realiza a pesar de que esta Comunidad Autónoma había establecido su impuesto con posterioridad al 1º de diciembre de 2012, cuando era esperable que quedara excluida de la compensación en virtud del art. 19.13 de la Ley 16/2012. Por las mismas razones, tampoco puede ser atendida la queja relativa a la lealtad institucional, que la demanda vincula a la infracción del art. 135 CE así como a la del art. 6.2 LOFCA, la que también se ha descartado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, STC 102/15, sentencia del 26-5-2015, en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/24465>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. BIOÉTICA. EMBRIONES HUMANOS. CONCEPTO. EXCLUSIÓN DE SU UTILIZACIÓN CON FINES INDUSTRIALES O COMERCIALES. **BIOTECNOLOGÍA.** PARTENOGÉNESIS. PRODUCCIÓN DE CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS HUMANAS. **PROPIEDAD INTELECTUAL. MARCAS Y PATENTES.** OBJETO PATENTABLE (UNIÓN EUROPEA – REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de julio de 1998, relativa a la Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas, dispone que la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales no es patentable.

En el caso *Brüstle c. Greenpeace eV* (asunto C-34/10, sentencia del 18 de octubre de 2011), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que el concepto de “embrión humano” comprendía los óvulos humanos no fecundados estimulados para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis, puesto que tales óvulos eran aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, al igual que los embriones creados mediante fecundación de un óvulo.

La *High Court of Justice* del Reino Unido conoce de un litigio entre la sociedad *International Stem Cell Corporation* (ISCO) y la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido acerca de la patentabilidad de procedimientos que incluyen la utilización de óvulos humanos activados mediante partenogénesis. Dicho órgano jurisdiccional consultó al Tribunal de Justicia si el concepto de “embrión humano”, tal como fue interpretado en la sentencia *Brüstle*, se limita a los organismos aptos para iniciar el proceso de desarrollo que culmina en un ser humano. A este respecto, el órgano jurisdiccional británico explica que, según los conocimientos científicos actuales, los organismos como los que son objeto de las solicitudes de registro de patente no pueden convertirse en ningún caso en seres humanos.

2. Sentencia: un organismo incapaz de convertirse en un ser humano no constituye un embrión humano en el sentido de la Directiva sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Para poder ser calificado de “embrión humano”, un óvulo humano no fecundado debe tener necesariamente capacidad

intrínseca para convertirse en un ser humano. Por consiguiente, el mero hecho de que un óvulo humano activado mediante partenogénesis inicie un proceso de desarrollo no es suficiente para considerarlo “embrión humano”.

En cambio, en el supuesto de que ese óvulo tuviese capacidad intrínseca para convertirse en un ser humano, debería ser tratado del mismo modo que un óvulo humano fecundado, en todos los estadios de su desarrollo. A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional británico comprobar si, a la luz de los acontecimientos probados y validados por la ciencia médica internacional, los organismos que son objeto de las solicitudes de registro de patentes tienen o no capacidad intrínseca para convertirse en seres humanos.

Notas de la Oficina: 1) la partenogénesis consiste en la activación de un ovocito, sin espermatozoides, mediante una serie de técnicas químicas y eléctricas, y el organismo así creado se denomina “partenote”; 2) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, consulten al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho de la Unión o 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-364/13, International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks, sentencia del 18-12-2014, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59e2a78cbe75744b7aa94f06a76c9baf0.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchuLe0?text=&docid=160936&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=411599>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. CONSUMIDORES. PRODUCTOS DEFECTUOSOS. MARCAPASOS Y DESFIBRILADORES AUTOMÁTICOS IMPLANTABLES. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE. SALUD. RIESGO DE LESIÓN CORPORAL (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: una empresa comercializa en Alemania marcapasos y desfibriladores automáticos implantables. Los controles de calidad efectuados posteriormente por la empresa mostraron que dichos productos podían ser defectuosos y constituir un riesgo para la salud de los pacientes. Ante esta situación, el productor recomendó a los médicos que sustituyeran los marcapasos implantados a los pacientes por otros facilitados gratuitamente y que desactivaran un interruptor en los desfibriladores.

Las aseguradoras de las personas cuyo marcapaso o desfibrilador se sustituyó reclamaron al fabricante el reembolso de los costos derivados de las intervenciones.

El Tribunal Supremo Federal de Alemania, que conoce del litigio entre las aseguradoras y la empresa comercializadora de esos dispositivos médicos, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si los aparatos sustituidos pueden calificarse de defectuosos cuando no se ha detectado en ellos ningún defecto específico, pero los controles de calidad efectuados por el fabricante en algunos del mismo modelo han revelado la existencia de un posible defecto. El órgano jurisdiccional alemán desea saber también si el costo de la sustitución de esos productos constituye un daño que el productor está obligado a reembolsar en virtud de la Directiva 85/374/CE del Consejo, del 25 de julio de 1985, sobre productos defectuosos.

2. Sentencia: los dispositivos médicos referidos se encuentran sujetos a la satisfacción de un requisito de seguridad especialmente rigurosa, habida cuenta de su función y de la vulnerabilidad de los pacientes que los utilizan. La responsabilidad del productor por el posible defecto de seguridad de esos productos reside en la anormal potencialidad del daño que puede causar a la persona. Por otra parte, el hecho de detectar un posible defecto en un aparato médico permite calificar de defectuosos a todos los productos del mismo modelo, sin que sea necesario demostrar en cada caso el defecto del producto.

Los costos derivados de la sustitución de los marcapasos efectuada a raíz de las recomendaciones del propio productor constituyen un daño del que el fabricante es responsable en virtud de la Directiva.

Con relación a los desfibriladores automáticos implantables respecto de los cuales el productor únicamente recomendó la desactivación de un interruptor, corresponde al órgano jurisdiccional alemán comprobar si dicha desactivación es adecuada para eliminar el defecto de los productos o si es necesario para ello proceder a su sustitución.

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, asuntos acumulados C-503/13 y C-504/13, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH c. AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse y otros*, sentencia del 5-3-2015, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162686&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=418789>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. CONSUMIDORES. PUBLICIDAD ENGAÑOSA. ETIQUETADO CUYA INFORMACIÓN NO COINCIDE CON LA COMPOSICIÓN DEL PRODUCTO (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: la sociedad alemana *Teekanne* comercializa una infusión de frutas denominada “Felix aventura frambuesa-vainilla”. El envase contiene en particular imágenes de frambuesas y de flores de vainilla, así como las menciones “infusión de frutas con aromas naturales”, “infusión de frutas con aromas naturales – sabor frambuesa-vainilla” y “solo ingredientes naturales”. En realidad, la infusión de frutas no contiene ingredientes naturales derivados de la vainilla o de la frambuesa, ni aroma obtenido a partir de estas. La lista de ingredientes, que figura en uno de los lados del envase, indica “hibisco, manzana, hojas de mora dulce, cáscara de naranja, escaramujo, aroma natural con sabor a vainilla, cáscara de limón, aroma natural con sabor a frambuesa, mora, fresa, arándano, saúco”.

Una asociación alemana de protección al consumidor reprocha a *Teekanne* el haber inducido a error al consumidor sobre la composición de la infusión mediante los elementos que figuran en el envase. En efecto, el consumidor podría esperar, debido a esos elementos, que la infusión tuviera componentes de vainilla y de frambuesa o, cuando menos, aromas naturales de vainilla y de frambuesa. Por ello, la asociación solicita a *Teekanne* que cese la promoción de la infusión. El Tribunal Supremo Federal de Alemania (*Bundesgerichtshof*), que conoce del asunto en última instancia, solicita entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dilucide si el etiquetado de un producto alimenticio puede inducir a error al consumidor cuando suscita la impresión de que un ingrediente está presente cuando en realidad no es así, pero el consumidor solo puede constatarlo leyendo la lista de ingredientes.

2. Sentencia: el etiquetado de un producto alimenticio no debe inducir a error al consumidor sugiriendo la presencia de un ingrediente cuando en realidad no es así. La lista de ingredientes puede, incluso siendo exacta y exhaustiva, no ser idónea para corregir adecuadamente la impresión errónea o equívoca que resulta de semejante etiquetado.

La Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de marzo del 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 596/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 18 de junio de 2009, exige que el comprador disponga de una información correcta, neutra y objetiva que no le induzca al error y que el etiquetado de un producto alimenticio no debe tener carácter engañoso. Si bien es cierto que se supone que el consumidor lee la lista de ingredientes antes de adquirir un producto, esto no excluye que el etiquetado del producto pueda ser de tal naturaleza que induzca a error al comprador, cuando determinados elementos del etiquetado son engañosos, erróneos, ambiguos, contradictorios o incomprensibles. Sin perjuicio de disposiciones más

específicas de la legislación en materia de alimentos, el etiquetado, la publicidad y la presentación de los productos alimenticios o de los alimentos para animales, incluidos la forma, apariencia o envasado, los materiales de envasado utilizados, la forma en que se disponen los productos y el lugar en que se exponen, así como la información que se ofrece sobre ellos a través de cualquier medio, no deberán inducir a error a los consumidores.

En tal caso, la lista de ingredientes puede, incluso siendo exacta y exhaustiva, no ser idónea para corregir adecuadamente la impresión errónea o equívoca del consumidor que resulta del etiquetado del producto alimenticio. Así, en el supuesto de que el etiquetado del producto alimenticio suscite la impresión de que un ingrediente está presente, cuando en realidad no es así (infririéndose ello únicamente de la lista de ingredientes), semejante etiquetado es de tal naturaleza que induce a error al comprador sobre las características del producto alimenticio en cuestión.

Por lo tanto, el tribunal nacional habrá de verificar, examinando los diferentes elementos que componen el etiquetado de la infusión, si un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede ser inducido a error en cuanto a la presencia de componentes de frambuesa y de flor de vainilla o de aromas obtenidos a partir de estos ingredientes. En el marco de dicho examen, el tribunal nacional deberá tener en cuenta concretamente los términos y las imágenes que se han utilizado, así como la situación, tamaño, color, tipo de letra, lengua, sintaxis y puntuación de los diversos elementos que figuran en el envase de la infusión de frutas.

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-195/14, *Vervraucherzentrale Bundesverband e.V. c/ Teekanne GmbH & Co. KG*, sentencia del 4 de junio de 2015, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164721&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=165313>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A SER OÍDO. ALCANCE. EXTRANJEROS. INMIGRANTES. RETORNO DE EXTRANJEROS RESIDENTES EN SITUACIÓN IRREGULAR. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN. DERECHO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE NO OBLIGATORIEDAD DE ASISTENCIA LETRADA (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: tras residir legalmente en Francia con el fin de cursar estudios, Khaled Boudjlida pasó a estar a fines de 2012 en situación irregular por no haber solicitado la renovación de su último permiso de residencia. Luego de solicitar su alta como autónomo a principios de 2013, Boudjlida fue citado por la policía para prestar declaración sobre su solicitud, las circunstancias de su llegada a Francia, las condiciones de su residencia como estudiante, su situación familiar y su posible salida del territorio francés. Ese mismo día, el Jefe de Policía de los Pirineos Atlánticos adoptó una resolución mediante la cual lo conminó a abandonar el territorio francés y le concedió un plazo voluntario de 30 días para retornar a Argelia.

Boudjlida impugnó esta resolución ante la justicia francesa. Sostuvo que no había gozado del derecho a ser oído debidamente antes de la adopción de la decisión de su retorno; que no había tenido la ocasión de examinar todos los elementos formulados en su contra, puesto que la Administración francesa no se los había transmitido con carácter previo, y que no se le había concedido un plazo de reflexión suficiente antes de la audiencia. Adujo también que la duración de su declaración ante la policía (30 minutos) había sido demasiado corta, habida cuenta de que no había podido contar con la asistencia de un letrado.

Habiéndosele planteado un recurso en este asunto, el Tribunal Administrativo de Pau consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el contenido del derecho a ser oído.

2. Sentencia: la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes de los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva), no precisa si y en qué condiciones debe asegurarse el respeto del derecho de los nacionales de terceros países a ser oídos antes de resolver su retorno. No obstante, este derecho forma parte integrante del respeto del derecho de defensa, principio general del derecho de la Unión.

Cabe recordar el precedente *Mukarubega* (sentencia del 5 de marzo de 2014), donde este Tribunal aceptó excepciones al principio de decisión de retorno luego de haber comprobado la situación irregular de un nacional de un tercer país. El derecho a ser oído permite al interesado expresar su punto de vista sobre la legalidad de su permanencia y la posible aplicación de aquellas excepciones (*vgr.*, si otro Estado lo acoge, si existen motivos caritativos o humanitarios que permitan su permanencia, etc.). Las autoridades nacionales deben tener en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país, y respetar el principio de no devolución (art. 5 de la Directiva), por lo que debe oírse al interesado sobre estos extremos.

Del derecho a ser oído deriva la obligación de las autoridades nacionales competentes de permitir al interesado expresar su punto de vista sobre las modalidades de su retorno, teniendo en cuenta que el plazo de salida voluntario podrá prorrogarse en función de las circunstancias concretas del caso (*vgr.*, duración de la estadía, existencia de niños escolarizados, etc.).

Por otra parte, la autoridad nacional competente no está obligada a notificar al interesado de que se propone adoptar una decisión de retorno en su contra, ni a comunicarle los elementos en los que tiene previsto basar su decisión, ni a concederle un plazo de reflexión antes de recabar sus observaciones. El derecho de la Unión, conforme a la Directiva, no establece tales modalidades procesales contradictorias; basta que se dé al interesado la posibilidad de presentar, de manera adecuada y efectiva, su punto de vista en relación con la irregularidad de su situación y los motivos que puedan justificar una excepción al principio general. Sin embargo, cabe una excepción en el supuesto de que el interesado no pueda razonablemente percibir los elementos en su contra ni contestar a los mismos sin antes obtener elementos justificativos, lo que claramente no había ocurrido en el caso bajo estudio, pues Boudjlida sabía de su situación irregular en Francia, había sido informado explícitamente por la policía de que podía ser objeto de una decisión de retorno y se le había preguntado si estaba dispuesto a abandonar el territorio. En consecuencia, había sido informado de los motivos de su audiencia y conocía el objeto de esta y sus posibles consecuencias. Finalmente, cabe recordar que las decisiones de retorno siempre pueden ser objeto de recurso, garantizándose así la protección y defensa del interesado.

Respecto a la asistencia letrada durante la audiencia, la Directiva solo contempla la asistencia jurídica en el marco de los recursos interpuestos contra las decisiones de retorno. No obstante, un nacional de un tercer país en situación irregular puede recurrir a un letrado para que lo asista, en la medida en que sea a su costa y que con ello no perjudique la buena marcha del procedimiento de retorno ni comprometa la eficaz aplicación de la Directiva; los Estados miembros no tienen obligación de hacerse cargo de dicha asistencia gratuita. En este caso, Boudjlida no la solicitó.

Finalmente, la duración de la audiencia no influye de manera determinante en el derecho a ser oído, siempre que el interesado haya tenido la posibilidad de ser oído suficientemente en relación con la legalidad de su permanencia y su situación personal, tal como aquí ocurrió.

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-249/13, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, sentencia del 11-11-2014, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=160563&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=672138>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO ADMINISTRATIVO. RECONOCIMIENTO RECÍPROCO DE PERMISOS DE CONDUCIR. ESTUPEFACIENTES. CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE ESTUPEFACIENTES. SANCIONES CONTRAVENCIONALES DISPARES ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS (UNIÓN EUROPEA – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: Selva Aykul, ciudadana austríaca, vive en Austria, cerca de la frontera alemana. Durante un control policial de Alemania, un análisis de sangre demostró que había conducido bajo la influencia de *cannabis* y que consumía este estupefaciente al menos de forma ocasional.

Las autoridades alemanas estimaron que Aykul no podía disociar la conducción del uso de estupefacientes y que no era apta para conducir. De este modo, se le denegó el derecho a conducir en Alemania con su permiso de conducir austríaco. Fue informada de que podía recuperar el derecho a conducir en Alemania si presentaba un informe médico-psicológico, supeditado, por regla general, a la prueba de que se había abstenido de todo consumo de estupefacientes durante un año.

Selva Aykul, sin embargo, siguió siendo considerada apta para conducir en Austria, por lo que conservó el permiso correspondiente. En efecto, las autoridades austríacas solo intervienen si existe una declaración médica de incapacidad para conducir debido al consumo de estupefacientes o si existen indicios que hagan sospechar de una dependencia a dichas sustancias. Según el parte médico emitido por el médico alemán que hizo el análisis de sangre, Aykul no presentaba signos notables de estar bajo la influencia de estupefacientes.

Entonces, Selva Aykul recurrió al Tribunal Contencioso-Administrativo de Sigmaringen, Alemania, para impugnar la resolución administrativa alemana que le denegaba el derecho a utilizar su permiso de conducir austríaco en dicho país. En su opinión, las autoridades austríacas eran las únicas competentes para determinar si aún era apta para conducir.

En este contexto, el Tribunal Contencioso-Administrativo consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la obligación de reconocimiento recíproco, que se deriva de la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 20 de diciembre de 2006, relativa a la expedición de permisos de conducir, se opone a la resolución impugnada.

2. Sentencia: un Estado miembro puede denegar al titular de un permiso de conducir no expedido por él el derecho a conducir en su territorio por haberse cometido en él una infracción de tránsito que puede implicar su falta de aptitud para conducir. La Directiva relativa a los permisos de conducir no se opone a que un Estado miembro, en cuyo territorio permanezca temporalmente el titular de un permiso expedido por otro Estado miembro, se niegue a reconocer la validez de dicho permiso debido a una conducta infractora de su titular que tenga lugar en dicho territorio con posterioridad a la expedición del permiso y que, conforme a la legislación nacional del primer Estado miembro, puede implicar la falta de aptitud para conducir. El Estado miembro que se niega a reconocer la validez de un permiso de conducir en una

situación como la examinada es competente para establecer las condiciones a las que debe someterse el titular del permiso para recuperar el derecho a conducir en su territorio.

Corresponderá al Tribunal Contencioso-Administrativo de Sigmaringen examinar si, mediante la aplicación de sus propias normas, Alemania está en realidad denegando indefinidamente el reconocimiento del permiso de conducir austríaco a Selva Aykul. Desde esta perspectiva, le concernirá asimismo comprobar si las condiciones establecidas en la legislación alemana para recuperar el derecho a conducir en Alemania respetan el principio de proporcionalidad y, en particular, no exceden los límites de lo que resulta apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva.

Las disposiciones alemanas no parecen denegar indefinidamente el reconocimiento del permiso de conducir de Selva Aykul. Asimismo, el hecho de que la demandante pueda recuperar su derecho a conducir en Alemania se supedita o bien a la presentación de un informe médico-psicológico (cuya elaboración implica la prueba de que se haya abstenido de todo consumo de estupefacientes durante un año), o bien a que transcurra un período de cinco años, en el cual se cancela la inscripción de falta de aptitud del registro alemán de conductores. Esta limitación permite reducir el riesgo de que se produzcan accidentes de circulación, reforzando la seguridad vial, lo que redundaría en interés de todos los ciudadanos.

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-260/13, *Sevda Aykul c. Land Baden-Württemberg*, sentencia del 23-04-2015, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59cb122de937a412ab43ac532214aaf92.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchuLe0?text=&docid=163879&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=302427>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. FAMILIA. RESPONSABILIDAD PARENTAL. ALIMENTOS. JUEZ COMPETENTE. MENORES. RESIDENCIA HABITUAL. INTERÉS SUPERIOR (UNIÓN EUROPEA – ITALIA – REINO UNIDO).

Antecedentes del caso: A y B, ambos de nacionalidad italiana, están casados y tienen dos hijos menores, también de nacionalidad italiana. Los cuatro miembros de la familia tienen su residencia habitual en Londres (Reino Unido) y los menores conviven con su madre.

A solicitó al Tribunal de Milán (Italia) que declare la separación de su esposa por culpa de esta última y que ordene la custodia compartida de los hijos menores, fijando la residencia de estos en el domicilio de la madre. Asimismo, A ofreció una contribución mensual de € 4.000 para la manutención de los menores.

B presentó una reconvencción ante el mismo órgano jurisdiccional, en la que solicitaba que se declare la separación con culpa exclusiva de A, que se le otorgara a ella la custodia de los menores y que se reconociera una asignación mensual a su favor de € 18.700. Por otro lado, alegó la falta de competencia del órgano jurisdiccional italiano en lo que respecta al régimen de custodia, la determinación del lugar de residencia, los contactos y visitas a los hijos, y la contribución a la manutención de los menores. A su juicio, dado que los cónyuges siempre han vivido en Londres, donde también habían nacido y residieran los hijos menores, el órgano jurisdiccional competente a estos efectos en virtud del Reglamento de la Unión n° 2201/2003 es el órgano jurisdiccional inglés.

Mediante auto del 16 de noviembre de 2012, el Tribunal de Milán declaró que el juez italiano era efectivamente competente para conocer de la demanda de separación judicial, con arreglo al art. 3 del Reglamento de la Unión n° 2201/2003. Por el contrario, reconoció la competencia del juez inglés para las demandas relativas a la responsabilidad parental sobre los dos menores, con arreglo al art. 8 del citado reglamento, ya que Londres es la ciudad en que estos residen habitualmente.

En lo que se refiere más concretamente a la manutención de los cónyuges y de los menores, el Tribunal de Milán se remitió al Reglamento n° 4/2009 y estimó que era competente para resolver la demanda de manutención de los hijos menores, puesto que, a su juicio, no es accesoria a la acción de estado civil, sino a la responsabilidad parental, cuya competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales ingleses.

Frente a la declinación de la competencia del juez italiano, A interpuso un recurso ante la Corte de Casación basado en un motivo único por el que se defendía la competencia del juez italiano en la acción relativa a la manutención de los menores, puesto que esta también puede considerarse accesoria de la acción de separación judicial.

Al albergar dudas sobre la interpretación del citado reglamento, la Corte de Casación decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si se impone la necesidad de agrupar en un mismo órgano jurisdiccional la competencia para conocer tanto de la acción principal de separación como de las acciones accesorias derivadas de esta, fundamentales para el menor. La cuestión radica en determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente, en este caso teniendo también en cuenta el interés superior del menor como principio de análisis. La idea más sencilla e inmediata sería atribuir

la competencia para todas las acciones al órgano jurisdiccional que conoce en la acción de separación de los progenitores.

2. Sentencia: el juez que ha de decidir acerca de la responsabilidad parental también es competente para resolver sobre la cuota alimentaria que uno de los padres ha de abonar a sus hijos menores. Esto es así incluso cuando quien resuelve sobre el divorcio o la separación judicial es un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

El Reglamento de la Unión nº 2201/2003 del Consejo, del 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, establece que los órganos jurisdiccionales competentes en materia de responsabilidad parental son, en principio, los del Estado miembro en el que residen habitualmente los menores. Sin embargo, es posible que el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el divorcio o la separación judicial de los cónyuges sea el de otro Estado miembro (especialmente cuando ambos cónyuges son nacionales de un Estado distinto de aquel en el que residen los hijos).

Asimismo, el Reglamento de la Unión 4/2009 del Consejo, del 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, dispone que el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción relativa al estado de las personas (por ejemplo, divorcio o separación judicial) también es competente para resolver toda demanda relativa a una obligación de alimentos accesoria a una acción relativa a la responsabilidad parental que será resuelta por el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre la acción.

Corresponde comprobar si la demanda relativa a la obligación de alimentos de A respecto de sus hijos está vinculada al estado de las personas (es decir, al procedimiento de separación judicial) o a la responsabilidad parental. En efecto, el derecho de la Unión distingue, en principio, los procedimientos judiciales según que estos versen sobre los derechos y deberes de los cónyuges entre sí o sobre los derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos.

Por su naturaleza, una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de hijos menores se halla intrínsecamente relacionada con la acción relativa a la responsabilidad parental. Por lo tanto, el juez competente para conocer de las acciones relativas a la responsabilidad parental es quien se halla en mejor situación para apreciar detalladamente las consecuencias de una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de un hijo. Por ello, puede fijar: el importe de dicha obligación adaptándolo según la modalidad de custodia establecida, el derecho de visita, la duración de dicho derecho y los demás elementos relativos al ejercicio de la responsabilidad parental. Además, esta solución tiene en cuenta el interés superior del menor, interés que, con arreglo al derecho de la Unión, debe ser una consideración primordial.

De los anterior este Tribunal deduce que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de una acción de divorcio o de separación judicial,

y un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conoce de la cuestión de la responsabilidad parental, la demanda relativa a la obligación de alimentos de uno de los padres a favor de sus hijos menores de edad es accesoria a la acción relativa a la responsabilidad parental y debe por tanto ser examinada por el órgano jurisdiccional competente en esta materia (es decir, en este caso, el órgano jurisdiccional británico).

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-184/14, sentencia del 16-07-2015, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59d52aeb092b4ee7a2b7b3f4ac86e6ae.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchuLe0?text=&docid=165902&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156229>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. SOCIEDADES. INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. PROHIBICIÓN. MERCADO DE CAPITALES. OPERACIONES FINANCIERAS QUE PUEDEN INFLUIR EN LA COTIZACIÓN DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS. DEBER DE TRANSPARENCIA. ACCESO A LA INFORMACIÓN. INFORMACIÓN PÚBLICA (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: entre los años 2006 y 2007, Wendel S.A. –una sociedad francesa especializada en inversiones– suscribió contratos financieros conocidos como “*Total Return Swaps*” o TRS (*swaps* de retorno total) con cuatro bancos cuyo activo subyacente eran las acciones de la sociedad Saint-Gobain, productora de materiales de construcción. A fin de cubrir sus posiciones, los bancos adquirieron un total de 85 millones de títulos de Saint-Gobain. En el año 2007, Wendel tomó la decisión de liquidar progresivamente los TRS, lo cual la llevó a adquirir más de 66 millones de acciones de Saint-Gobain (es decir, un 17,6 % del capital de esta sociedad).

En el marco de una investigación sobre las condiciones del aumento de capital de Wendel en Saint-Gobain, la Autoridad francesa de los Mercados Financieros (*Autorité des marchés financiers, AMF*) determinó que Wendel había tenido desde el principio la intención de adquirir una participación significativa del capital de Saint-Gobain. La AMF reprocha a Wendel no haber puesto en conocimiento del público las principales características de la operación financiera destinada a adquirir dicha participación ni la información privilegiada consistente en la realización de esa operación financiera. A Wendel y al presidente de su

Consejo de Administración (Jean-Bernard Lafonta) se les impuso una multa de € 1,5 millones.

Lafonta alegó judicialmente que la información sobre la mencionada operación financiera no se había hecho pública porque no era de carácter suficientemente preciso como para poder determinar sus posibles efectos, al alza o a la baja, sobre el precio de las acciones de Wendel. La AMF respondió que, para determinar si una información tiene carácter concreto o preciso, es indiferente saber en qué sentido se desarrollará una operación financiera (es decir, al alza o a la baja), ya que toda información financiera, si fuera conocida, podría acarrear una variación en el precio de las acciones. La Corte de Casación, que conoce el asunto en última instancia, solicita al Tribunal de Justicia precisiones sobre la cuestión.

2. Sentencia: con el fin de prevenir todo uso irregular de información privilegiada, cualquier información deberá ser hecha pública aunque quien la conozca no sepa qué influencia precisa podrá tener en el precio de los instrumentos financieros.

La Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 28 de enero de 2003, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, prohíbe las operaciones de estas características y obliga a los emisores de instrumentos financieros a hacer pública cualquier información privilegiada que les afecte directamente, es decir, toda información de carácter concreto que pudiera influir de manera apreciable sobre la cotización de los instrumentos financieros de que se trate. La Directiva 2003/124/CE añade que cualquier información se considera concreta o precisa cuando permite evaluar si la serie de circunstancias o el hecho que conforman su objeto puede tener un efecto sobre los precios de los instrumentos financieros a los que se refiere.

Del tenor literal de las Directivas no se desprende que la información de carácter concreto o preciso sea únicamente aquella información que haga posible determinar el sentido que podría adoptar una variación del precio de los instrumentos financieros correspondientes. Solo puede considerarse imprecisa la información vaga o general que no permita sacar ninguna conclusión sobre sus posibles efectos sobre el precio de los instrumentos financieros correspondientes.

Un inversor razonable puede basar su decisión de inversión en una cierta información que no permita necesariamente anticipar la variación de un sentido determinado del precio de los instrumentos financieros correspondientes. Además, la creciente complejidad de los mercados financieros hace particularmente difícil evaluar de manera exacta el sentido en que pueden variar los precios de los instrumentos financieros. Si solo pudiera considerarse que una determinada información tiene carácter concreto o preciso cuando permita determinar el sentido de la variación de los precios de los instrumentos financieros correspondientes, quien la conoce podría utilizar como pretexto la incertidumbre al respecto para abstenerse de hacer pública determinada información y, de este modo, beneficiarse de ella en detrimento de los demás operadores del mercado.

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-628/13, *Jean-Bernard Lafonta c. Autorité des marchés financiers*, sentencia del 11-03-2015, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162781&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=786947>.



DERECHO DEL TRABAJO. CONVENIOS COLECTIVOS. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. SINDICATOS. DERECHO A LA ASOCIACIÓN SINDICAL. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. DERECHO A LA IGUALDAD. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA AFILIACIÓN SINDICAL. AMPARO. PROCEDENCIA. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ORGANIZACIONES SINDICALES. TEMERIDAD. EFECTO *INTER COMUNIS* (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: miembros de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC) y del Sindicato de Auxiliares de Vuelo (ACAV), quienes trabajan para Aerovías del Continente Americano (AVIANCA S.A.), presentaron diecisiete acciones de tutela –en nombre propio o actuando a través del presidente del sindicato–, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la asociación sindical y a la igualdad, dado que la empresa mencionada les negó el reconocimiento de beneficios que concedió a los trabajadores no sindicalizados. Asimismo, el representante de la ACDAC advirtió que la demandada ha vulnerado el derecho a la negociación colectiva de la organización, puesto que se ha negado a iniciar la etapa de concertación.

Los casos comparten los hechos y los medios de convicción, pero los fallos de primera instancia y las impugnaciones fueron disímiles, dado que algunos jueces concedieron el amparo de derechos y otros lo negaron, por motivos de improcedencia o de fondo. A su vez, los fallos de segunda instancia también fueron diferentes y abrieron el espectro a cuatro grupos de decisorios.

Entonces, los agraviados interpusieron recursos ante la Corte Constitucional de Colombia.

2. Sentencia: 1) se revocan las sentencias de primera y de segunda instancia que negaron el amparo de los derechos de los actores, y en su lugar se concede la tutela de los derechos a la asociación sindical y a la igualdad de los accionantes de los procesos referidos a ACAV y a los trabajadores que renunciaron a dicha organización para acceder a los beneficios que se establecieron en el Plan

Voluntario de Beneficios (PVB), en los procesos T-4.330.192, T-4.363.853, T-4.369.843, T-4.371.787, T-4.397.563, T-4.421.580, T-4.435.249, T-4.536.832; 2) se revocan las sentencias de segunda instancia que negaron el amparo de los derechos fundamentales de los actores en los procesos T-4.316.566, T-4.376.027 y T-4.386.804, y se confirma las sentencias de primera instancia que tutelaron los derechos fundamentales a la asociación sindical y a la igualdad de los demandantes; 3) se confirman las sentencias de segunda instancia que protegieron los derechos fundamentales a la asociación sindical y a la igualdad de los accionantes en los procesos T-4.324.340 y T-4.354.060; 4) se confirman las sentencias de primera y segunda instancia que tutelaron los derechos fundamentales a la asociación sindical y a la igualdad de los accionantes en los procesos T-4.294.297 y T-4.399.693; 5) se ordena a AVIANCA que extienda a los trabajadores sindicalizados a la ACDAC y/o a los empleados que se benefician de la convención colectiva de esa organización los beneficios y los aumentos que se establecieron en el PVB, y que garantice con efectos *inter comunis* la posibilidad de retornar a ACDAC a los trabajadores que renunciaron a dicha organización por disfrutar las prestaciones del PVB. Esa protección comprende el respeto de los beneficios que adquirieron los trabajadores al suscribir el pacto colectivo e implica la garantía de que ellos regirán su relación laboral por la convención colectiva, documento que incluye el clausulado original, así como las prestaciones y aumentos que se extendieron a ese acuerdo y que se encuentran en el PVB; 6) se revoca la sentencia de segunda instancia del 30 de abril de 2014 y, en su lugar, se confirma la providencia de primer grado del 12 de marzo de 2014, en el sentido de conceder el amparo de los derechos a la asociación sindical y a la negociación colectiva. Asimismo, se avala la orden del juez de instancia que dispuso “a la empresa AVIANCA, que en el perentorio e improrrogable término de cuarenta y ocho 48 horas, proceda a iniciar conversaciones de arreglo directo con la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles –ACDAC–, en virtud del pliego de peticiones presentado por esa asociación, el 17 de diciembre de 2013” (proceso T-4.392.801); 7) se revoca la sentencia del 29 de julio de 2014, que confirmó el fallo del 16 de junio de 2014, mediante el cual negó el amparo constitucional solicitado, y en su lugar se concede la tutela de los derechos a la asociación sindical y a la igualdad del señor Guillermo Enrique Robayo Garrido (proceso T-4.547.067); 8) se ordena a AVIANCA que extienda a los trabajadores sindicalizados a la ACAV y/o a los empleados que se benefician de la convención colectiva de esa organización los beneficios que se establecieron en el PVB, y asimismo se ordena a la entidad demandada que garantice con efecto *inter comunis* la posibilidad de retornar a ACAV a los trabajadores que renunciaron a dicha organización por disfrutar las prestaciones del PVB. Esa protección comprende el respeto de los beneficios que adquirieron los trabajadores al suscribir el pacto colectivo e implica la garantía de que ellos regirán su relación laboral por la convención colectiva, documento que incluye el clausulado original, así como las prestaciones y aumentos que se extendieron a ese acuerdo y que se encuentran en el PVB; 9) se previene a AVIANCA para que en adelante, y al celebrar pactos y convenciones colectivas que regulen las condiciones laborales, tanto para los

trabajadores no sindicalizados como para los sindicalizados, se abstenga de fijar condiciones de trabajo en dichos acuerdos que impliquen discriminación contra los trabajadores sindicalizados, y de adoptar políticas tendientes a desestimular el ingreso o permanencia de trabajadores al sindicato.

2.1. *Legitimación activa de las organizaciones sindicales*

Esta Corte ha reiterado de manera clara que las asociaciones de trabajadores tienen legitimidad para presentar la acción de tutela en dos supuestos: (i) cuando ejercen la defensa de sus propios derechos fundamentales, o (ii) cuando buscan la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores sindicalizados.

En la primera situación, el sindicato solicita directamente la protección de sus derechos (*vgr.*, la vulneración del debido proceso). En la segunda, el sindicato actúa para salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos que lo conforman (*vgr.*, los derechos a la igualdad o de asociación sindical). Es decir, el sindicato podrá representar los intereses de sus asociados cuando la vulneración de los derechos fundamentales supere la órbita individual del trabajador y se inscriba en un ámbito colectivo que tenga la finalidad de proteger a la asociación (salvaguarda colectiva); en este supuesto el sindicato a través de su presidente debe demostrar la pertenencia de los trabajadores a aquel –en razón de que se están protegiendo derechos que tienen un mayor impacto en la persona moral que en la natural, sin desconocer que pueden repercutir en esta–. Por ello, los sindicatos a través de su presidente pueden representar los derechos de sus afiliados, siempre que la vulneración de esas garantías implique la conculcación de los derechos de la asociación de trabajadores y no se agote en una pretensión de intereses individuales del empleado –es decir, la organización de trabajadores no podrá representar a los empleados, cuando se persiga solo la satisfacción de beneficios particulares que no involucren al sindicato–.

2.2. *Configuración de la actuación temeraria en la acción de tutela*

La temeridad es un fenómeno que aparece cuando el demandante presenta varias acciones de tutela frente a hechos idénticos, actuación que debe ser dolosa y de mala fe. El juez constitucional es el competente para establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad, evaluando si la conducta resulta amañada, en la medida en que el actor se reserve para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable; deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe, se instaura la acción; o se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia.

Respecto a las acciones interpuestas por sindicatos, no existe temeridad cuando: (i) los miembros del sindicato y la asociación promueven al mismo tiempo la acción de tutela con base en hechos idénticos; (ii) pese a la presencia

de dos demandas que se fundan en hechos idénticos, al igual que de las partes, uno de los libelos no tuvo decisión de fondo; y (iii) aparece un nuevo hecho que habilita la interposición de una nueva demanda de tutela.

Para evaluar la temeridad en relación con los sindicatos, se debe tener en cuenta la legitimación activa, dado que en ciertos eventos la citada figura procesal puede concurrir en el presidente del sindicato y en sus afiliados. Esa hipótesis ocurre cuando existe vulneración indirecta de los derechos fundamentales de la asociación sindical, caso en que se afectan las garantías de la organización a través de sus afiliados. Entonces, se tienen dos interesados (el sindicato y sus miembros), quienes podrán solicitar el amparo de sus derechos de manera conjunta o separada. Por ello, los jueces constitucionales deben tener especial cuidado al analizar las demandas en que coexistan esos interesados, puesto que sería contrario al derecho a la administración de justicia eliminar la posibilidad de que los afiliados puedan presentar demandas de tutela para solicitar la protección de sus derechos y por esa vía de la organización sindical. Al mismo tiempo, la evaluación de la temeridad en materia sindical debe estar mediada por la verificación de un hecho nuevo o del estudio de fondo de los casos por parte de los jueces que decidieron las demandas presentadas sobre los mismos hechos.

La figura de la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva de acciones de tutela. El juez constitucional es el encargado de establecer si ella se presenta a partir del análisis de cada caso concreto y teniendo en cuenta la legitimación activa en las situaciones en que los sindicatos y sus afiliados concurren a los estrados judiciales para solicitar la protección de sus derechos por vía de tutela.

2.3. Procedencia de la acción de tutela para amparar el derecho a la asociación y negociación colectiva

En la procedencia de la acción de tutela, se debe estudiar si la demanda cumple con los requisitos de subsidiariedad y de inmediatez, dado que esa herramienta procesal tiene un carácter residual.

El principio de subsidiariedad

Como regla general, la acción de tutela es procedente siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, en razón de que el amparo no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios. Ello tiene dos excepciones, las cuales comparten como supuesto fáctico la existencia del medio judicial ordinario, que consisten en: (i) la instauración de la acción de tutela de forma transitoria para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (ii) promover el amparo como mecanismo principal, situación que ocurre en el evento de que las acciones ordinarias carezcan de idoneidad o de eficacia para defender los derechos fundamentales del accionante.

La procedencia de la tutela para solicitar la protección de derechos laborales se debe evaluar de forma diferenciada según se trate del derecho

individual o colectivo del trabajo, y es este último al que corresponde referirse en este caso. Los funcionarios judiciales deben evaluar el comportamiento así como las condiciones que existen entre un grupo de empleados y la empresa. La colectividad de trabajadores presupone la existencia del derecho fundamental a la asociación sindical, el cual se encuentra reconocido a todos los trabajadores e intenta minimizar el poder preponderante que ostenta el empleador en la relación laboral. Los arts. 38 y 39 de la Constitución reconocen los derechos a la asociación sindical y a la negociación colectiva.

Las reglas de procedencia de esta acción tienen una aplicación especial en el ámbito sindical, debido a que en ciertos eventos los trabajadores carecen de medios idóneos y eficaces de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad y/o al trabajo, lo que ocurre porque los empleados tienen dos posiciones frente a la empresa: por un lado, de subordinación directa a esta y, por el otro, de indefensión absoluta en relación con su empleador en el caso de trabajadores miembro de una asociación sindical.

Esta Corte ha considerado algunas sub-reglas de procedencia de la acción de amparo en aquellas circunstancias en que dentro de una relación de trabajo en materia colectiva se afecte un derecho fundamental de los trabajadores o de las organizaciones sindicales. En las siguientes hipótesis, la acción de tutela será el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales que se aducen afectados: a) cuando el empleador desconoce el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos o afiliarse a estos, o promueve su desafiliación, o entorpece o impide el cumplimiento de las gestiones propias de los representantes sindicales o de las actividades que competen al sindicato, o adopta medidas represivas contra los trabajadores sindicalizados o que pretendan afiliarse al sindicato. Igualmente, cuando el empleador obstaculiza o desconoce el ejercicio del derecho de huelga, en los casos en que esta es permitida; b) cuando el empleador obstaculiza o impide el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Aun cuando tal derecho no figura entre los derechos fundamentales, puede ser protegido a través de la tutela, porque su desconocimiento puede implicar la violación o amenaza de vulneración del derecho al trabajo, como también del derecho de asociación sindical, si se tiene en cuenta que una de las funciones de los sindicatos es la de presentar pliegos de peticiones, que luego del trámite correspondiente conduce a la celebración de la respectiva convención colectiva de trabajo; c) cuando las autoridades administrativas del trabajo incurren en acciones u omisiones que impiden la organización o el funcionamiento de los tribunales arbitrales para dirimir los conflictos colectivos de trabajo, que no se hubieren podido resolver mediante arreglo directo o conciliación, o el ejercicio del derecho de huelga, o cuando incumplan las funciones que les corresponden durante el desarrollo de la huelga.

Esta Corte ha evaluado las demandas de tutela en las que los actores alegan que el empleador vulneró sus derechos a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad y al trabajo cuando: (i) estableció beneficios en favor de los trabajadores que no se regulan por la convención colectiva, prestaciones que no aplican para los empleados sindicalizados o que se encuentran bajo el

régimen convencional; y (ii) se niega a iniciar proceso de negociación colectiva. De modo que, en ciertos supuestos, la acción de tutela se convierte en el medio adecuado para conjurar la vulneración de los derechos a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad y al trabajo que padecen las organizaciones de trabajadores, porque carecen de herramienta procesal ordinaria de naturaleza judicial que detenga la afectación a esos principios constitucionales. Ello ocurre cuando el empleador ejerce actos de discriminación contra los miembros del sindicato o se niega a negociar con la asociación de los trabajadores.

El principio de inmediatez

Exige que la acción de tutela sea promovida dentro de un plazo razonable a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

Derecho a la asociación sindical

El derecho a la asociación sindical no es absoluto, toda vez que tiene límites en el orden legal y los principios democráticos; pero tales restricciones no pueden eliminar o afectar el núcleo esencial del derecho, al punto que se desnaturalice o impida su ejercicio. Entonces, las injerencias cometidas contra esa garantía deben ser necesarias, mínimas, razonadas y proporcionadas, y solo podrán justificarse en la protección de bienes constitucionalmente relevantes. En este orden de ideas, se establecieron reglas jurisprudenciales en relación con la discriminación contra los trabajadores sindicalizados o los que se rigen por la convención: (i) la creación injustificada de estímulos a los trabajadores no sindicalizados se erige en violación del derecho a la igualdad respecto de los trabajadores sindicalizados. Ello, porque la concesión de beneficios no justificados a los trabajadores que no hacen parte de un sindicato promueve la deserción del sindicato, habida cuenta de que sus miembros se ven discriminados en aspectos de su relación laboral por el solo hecho de pertenecer a este tipo de asociaciones; (ii) el derecho fundamental a la asociación sindical y a la igualdad se vulnera en el evento de que se exija al trabajador la renuncia al sindicato o de los derechos convencionales para acceder a los beneficios de un pacto colectivo; (iii) la identificación de un pacto colectivo depende de los efectos que tiene sobre las relaciones laborales, y no sobre el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias. Entonces prima un criterio material para evaluar los acuerdos entre los empleadores y los empleados, los cuales pretenden resolver los conflictos colectivos; (iv) las cláusulas de los acuerdos pueden vulnerar los derechos a la asociación colectiva y a la igualdad cuando excluyen de forma injustificada a algún trabajador o cuando impiden su afiliación al sindicato o a la suscripción de la convención; y (v) el derecho fundamental a la asociación sindical se vulnera cuando se crean estímulos directos o indirectos para que los trabajadores se retiren del sindicato o con el fin de que los empleados no sindicalizados beneficiarios de la convención renuncien a la aplicación del régimen convencional.

2.4. Esta Corte establecerá si: (i) el presidente del sindicato ACDAC tiene legitimación activa para solicitar la protección de los derechos a la asociación sindical, a la negociación colectiva y a la igualdad de los pilotos que pertenecen a esa organización de trabajadores; (ii) se configuró la temeridad en los procesos T-4.371.787, T-4.376.027 y T-4.536.832; y (iii) las demandas de tutela cumplen con los principios de subsidiariedad e inmediatez.

2.4.1. Sobre lo primero, cabe señalar que la posible afectación de los derechos de los aviadores puede significar la violación a las garantías del sindicato, puesto que los hechos alegados por los peticionarios indican que existe la posibilidad de que se haya configurado un acto de discriminación en razón de que pertenecen a la organización de trabajadores. Al mismo tiempo, se advierte que la discusión se circunscribe en un conflicto colectivo, que incluye una de las funciones de los sindicatos. Los pilotos no se encuentran solicitando la prevalencia de sus intereses individuales, sino la existencia de una supuesta vulneración de derechos que abarca a todos los miembros de la organización y, por tanto, impacta sobre ella. Adicionalmente, una de las demandas alega que existe la vulneración al derecho a la negociación colectiva, porque la sociedad de aviación se ha negado a iniciar la etapa de arreglo directo. Dicho argumento se relaciona directamente con el actuar del sindicato, toda vez que entre sus funciones se encuentra presentar pliegos así como negociarlos. Entonces, puede que se hubiese configurado una conculcación indirecta y directa de los derechos fundamentales de la ACDAC, al quebrantar las garantías de los afiliados de la organización o al desconocer el derecho a la negociación colectiva de esa persona jurídica. Esas situaciones otorgan la facultad al presidente del sindicato para representar a sus compañeros y, por ende, tiene la legitimación activa para representar los derechos de los actores toda vez que protege sus garantías y las de la asociación sindical. Además, demostró dentro del proceso que los actores pertenecen a ACDAC. Las condiciones enunciadas bastan para que el presidente de la citada organización tenga la posibilidad para incoar el amparo de los derechos de sus compañeros.

2.4.2. Sobre lo segundo, esta Sala estima que no se consumó la figura procesal de la institución de la temeridad, dado que la identidad de partes es inexistente. En los procesos T-4.371.787 y T-4.376.027, la legitimación activa se identificó en varios pilotos que fueron representados por el presidente del sindicato. En contraste, en el proceso T-4.369.843, aquel actuó a nombre propio solicitando la protección de sus derechos. Se recuerda que en las demandas de tutela en las que se involucran los sindicatos, debe revisarse con suma atención la legitimación activa, diligencia que no tuvieron los jueces de instancia, puesto que no diferenciaron las distintas figuras procesales en la que intervino el presidente de ACDAC en los citados procedimientos. Asimismo, olvidaron que el caso estudiado implica un análisis sobre la presunta vulneración de los derechos indirectos de una asociación sindical, escenario que advierte la afectación de las garantías esenciales de sus miembros así como de la organización de trabajadores. Tampoco se comparten los argumentos que indicaron que la temeridad se

justificó en que el presidente del sindicato solicitó la protección a los derechos de todos los pilotos en dos demandas, porque ello no elimina la diferencia en la legitimación activa en los dos procesos. Aceptar la argumentación de los jueces de instancia impediría que los miembros del sindicato soliciten la protección a sus derechos fundamentales, premisa que a todas luces quebranta el principio de la administración de justicia.

En el proceso T-4.536.832, el juez de primera instancia consideró que la demanda promovida por el presidente del sindicato incurrió en temeridad, porque este representó los derechos de los pilotos Kocka López, Londoño Garavito y Galeano Jiménez en la causa T-4.376.027. Aquella sentencia fue impugnada, bajo el argumento de que dichos pilotos habían sido excluidos del amparo de primera instancia en el proceso T-4.376.027 debido a que no acreditaron la afiliación al sindicato. Ante esa argumentación, en segunda instancia, en el proceso T-4.536.832, se estimó que la demanda de tutela no era temeraria, dado que el juez de la causa T-4.376.027 excluyó a los trabajadores mencionados de la tutela de derechos, de modo que frente a ellos no se presentó pronunciamiento alguno. También manifestó que el juez de segunda instancia del proceso T-4.376.027 declaró improcedente el amparo. Entonces, no existió una actuación desleal del presidente del sindicato y podía presentarse una nueva tutela en representación de esos pilotos.

Esta Sala concluye que no se configuró la institución de la temeridad en el proceso T-4.536.832 en relación con el proceso T-4.376.027, en la medida en que no existieron dos decisiones de fondo sobre los derechos de los actores Kocka López, Londoño Garavito y Galeano Jiménez. Esa situación facultó a los actores para que presentaran una nueva acción de tutela con el objeto de que la posible vulneración a sus derechos sea estudiada, lo que aconteció en el proceso T-4.536.832. Adicionalmente, no se evidencia un actuar doloso o de mala fe del representante del sindicato, dado que era razonable creer que estaba facultado para promover otra demanda, pues en la primera ocasión los jueces constitucionales no estudiaron el caso de los pilotos citados. Tales consideraciones fueron desatendidas por los funcionarios jurisdiccionales que declararon la temeridad de las demandas. Por consiguiente, en el proceso T-4.536.832 es inexistente la temeridad alegada por el juez de segunda instancia, dado que en el primer proceso no se estudió la situación fáctica o la pretensión de los mencionados.

2.4.3. Las demandas de tutela son procedentes para que el juez constitucional analice la presunta vulneración de derechos que padecen los miembros de ACDAC, debido a que AVIANCA negó la extensión de ciertos beneficios del PVB a los pilotos sindicalizados. Lo anterior, en razón de que los actores carecen de medio idóneo y eficaz de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales. Además, los peticionarios se encuentran en una especial situación de subordinación e indefensión respecto de su empleador. Se recuerda que en este caso, los procesos ordinarios carecen de la amplitud requerida para que el juez tenga como objeto de estudio el derecho a la igualdad. Lo propio sucede con la presunta afectación del derecho a la negociación colectiva, hechos que se sustentan en que AVIANCA se

ha negado a iniciar la etapa de arreglo directo. El derecho a la negociación colectiva tiene un vínculo inherente al derecho a la asociación sindical y en esas hipótesis el ordenamiento jurídico no ofrece medios ordinarios para proteger esas garantías. Aunado a lo anterior, las Salas de Revisión han advertido que la demora en iniciar los diálogos crea las condiciones para que se configure un perjuicio irremediable que repercute en los derechos del sindicato. La negativa de la empresa accionada de iniciar la negociación colectiva impide que ACDAC acuda al esquema de resolución de conflictos colectivos establecidos por el legislador, ya que la omisión en iniciar la etapa de arreglo directo evita que se continúe con el citado procedimiento, *vgr.*, huelga o conformar un tribunal arbitral.

En relación con el principio de inmediatez, se ha establecido que si bien no existe un término legal concreto para la interposición de la acción, esta debe proponerse dentro de un plazo razonable a partir de la vulneración de los derechos fundamentales. Esta Corte encuentra que los actores cumplieron el principio de inmediatez, dado que promovieron las acciones de tutela en un tiempo razonable desde la ocurrencia de los hechos que fundamentaron la demanda.

2.5. Vulneración indirecta a los derechos a la asociación sindical y a la igualdad de ACDAC derivada de la afectación de los derechos de sus afiliados

Los peticionarios adujeron que AVIANCA vulneró sus derechos fundamentales a la asociación sindical y a la igualdad, al establecer un pacto colectivo con mayores beneficios que la convención colectiva de trabajo y destinado a empleados no sindicalizados; que esto deriva en una presión para disminuir el sindicato; finalmente, que el PVB perjudica la convención colectiva de trabajo. AVIANCA sostuvo que no ha cometido ningún acto discriminatorio, pues ofreció el plan a todos los pilotos; que el PVB se creó para beneficiar a los trabajadores y que no se corresponde con un pacto colectivo; que la negativa de otorgar las prestaciones a los peticionarios se sustentó en que ellos deben aceptar el PVB de forma integral, dado que el principio de inescindibilidad salarial impide que un empleado regule su relación laboral con dos normas distintas.

Lo expresado muestra que se trata de una discusión colectiva, que enfrenta la aplicación de dos regímenes jurídicos que regulan las condiciones de trabajo de los pilotos de AVIANCA y los efectos que aquellos tienen. Por ello, es determinante identificar qué naturaleza tiene el PVB y si este es un pacto colectivo, máxime cuando definirá a sus destinatarios, así como las consecuencias de su suscripción. Esas precisiones son necesarias para establecer si existe en el caso concreto vulneración a los derechos a la igualdad y a la asociación sindical.

Esta Sala considera que el PVB es un pacto colectivo, toda vez que tiene los efectos de ese medio de solución de conflictos, el cual es suscripto por empleados no sindicalizados. Ese PVB ofrece ciertas condiciones laborales que la empresa dirige a sus pilotos, régimen que regulará el desarrollo de la relación laboral. Si bien es cierto que se ofreció tanto a los trabajadores no sindicalizados como a los sindicalizados, también lo es que la aceptación del PVB por parte del trabajador implica que él se adhiere de forma integral a la oferta del plan, efecto

jurídico idéntico a un pacto colectivo, pues bajo esas premisas es inaplicable la convención colectiva, por incompatibilidad. Cabe resaltar las múltiples respuestas de AVIANCA a los pilotos sindicalizados que no suscribieron el PVB, documentos que indican que no pueden beneficiarse de dos regímenes. Es más, el argumento del principio de inescindibilidad salarial opera como forma de exclusión entre el PVB y la convención colectiva a manera de la incompatibilidad que existe entre el régimen del pacto colectivo y el convencional. Así, la suscripción del PVB por parte del trabajador individual produce efectos en las obligaciones laborales que regirá su contrato de trabajo, por ejemplo, formas de salario global o prima de alimentación, tal como indica la propuesta de oferta del plan. En el mismo sentido, la aceptación del PVB por varios empleados produce los efectos de un pacto colectivo, al punto que implica la renuncia a la convención.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no impide que la empresa formule un pacto colectivo con el fin de mejorar las condiciones de sus trabajadores. Incluso, reconoce la posibilidad de que en una compañía coexistan la convención y el pacto colectivo. Lo que esta Corte ha proscripto es que se utilicen los acuerdos para discriminar a los trabajadores sindicalizados y debilitar la organización, situación que ocurre cuando el empleador crea mejores condiciones a los empleados que suscriban los pactos colectivos en relación con el estado de las relaciones laborales que tienen los trabajadores sindicalizados. Esa regla también se aplica cuando a partir de la violación al derecho a la igualdad, se pretende excluir del régimen convencional a un trabajador, dada la incompatibilidad entre la convención y el pacto colectivo.

Se advierte que los juicios sobre la existencia de actos de discriminación del empleador contra un sindicato se encaminan a determinar si un conjunto de hechos, valorados según las normas de la experiencia y la sana crítica, que tienen lugar en el marco de relaciones obrero-patronales, evidencian o no la presencia de una línea de conducta de la empresa en contra de la existencia y normal funcionamiento de una organización sindical. Lo anterior implica un análisis del contexto en que se presentan las relaciones laborales. Por ello, se contrasta el PVB con la convención colectiva celebrada entre ACDAC y AVIANCA para identificar si aquel cuenta con mayores beneficios que esta, y se evalúa el contexto del conflicto colectivo entre patrón y trabajadores para identificar si existieron actos de discriminación. A partir de tal estudio comparativo, se concluye que el PVB reconoce mayores beneficios que la convención colectiva de trabajo, ventajas que en algunos casos se representan en los valores de las prestaciones y en otras en su objeto mismo; y se considera que la simple diferenciación entre los beneficios del pacto colectivo y la convención genera discriminación entre los trabajadores que suscribieron el primer régimen y quienes se benefician del segundo, escenario que implica que se vulnere el derecho a la igualdad. Asimismo, esa diferencia va a promover la deserción de esos trabajadores de la convención colectiva y/o del sindicato; y se subraya que a la luz de la Constitución, se proscribe crear mejores condiciones a los empleados que suscriben acuerdos salariales o de beneficios salariales por fuera de la convención colectiva, en relación con el estado de las relaciones laborales con los trabajadores sindicalizados.

La diferencia de estímulos carece de justificación, puesto que la empresa solo esbozó la suscripción del PVB por parte de los trabajadores para que se fundamente reconocer tales beneficios. Tal argumento no presenta razones que adviertan por qué los empleados del PVB recibirán mayores valores en la remuneración mensual o más días de vacaciones pagas que los empleados que se benefician de la convención. Incluso, con el uso del principio de inescindibilidad para negar las prestaciones, se advierte que cierto grupo de trabajadores no recibirá tales beneficios, dado que son regímenes excluyentes. Tal discriminación se presenta por la creación de beneficios injustificados a trabajadores que no se rigen por la convención. Dicha afectación de derechos no se elimina con el hecho de que la compañía ofreció el plan a los pilotos sindicalizados, porque la aceptación del PVB produce la exclusión del régimen convencional, hipótesis que conduce a que el trabajador deje de cancelar la cuota de la organización, dinero que requiere el sindicato para ejercer sus funciones.

La desigualdad en los beneficios del PVB y la convención colectiva ha llevado a la deserción de miembros del sindicato y que trabajadores que se beneficiaban de la convención colectiva renuncien a ese régimen jurídico por acceder a las ventajas de la oferta del plan. Esas dimisiones se agravan cuando los trabajadores que renuncian son las personas que llevan mucho tiempo en la organización de ACDAC, afiliados que tomaron la decisión de desvincularse de la organización para obtener un bono especial, lo cual ha sido constatado en este proceso. Esta Corte advierte la disminución de los trabajadores que se benefician de la convención colectiva; la compañía certificó que 208 pilotos que pertenecían a ACDAC se acogieron al PVB, escenario que indica que esos trabajadores dejaron de registrar sus condiciones laborales por la convención colectiva y no harán parte de la discusión entre los trabajadores y la empresa, conflicto que en este momento se presenta en esta. Tal disminución de adeptos afecta la función principal de los sindicatos y desconoce la necesidad de que exista la asociación entre trabajadores. Asimismo, la organización no recibe las cuotas de dichos trabajadores. Esas actuaciones evidencian el poder disuasivo del PVB, el cual se sustenta en el acceso a sus beneficios y al bono especial único, siempre y cuando se acepte la totalidad del acuerdo, aspecto que se acompaña con la negativa de extender los beneficios de la oferta del plan por el principio de inescindibilidad.

El análisis de afectación de los derechos del sindicato no se debe guiar por un estudio cuantitativo que se reduzca a sumar y restar el número de miembros que salen y entran de una organización sindical. El juez constitucional debe verificar la existencia de actos discriminatorios y la conducencia que estos tienen para persuadir a los afiliados del sindicato para que se retiren de la organización. El operador jurídico desconoce principios constitucionales cuando establece un umbral de salida de trabajadores de la organización, pues omite su deber de impedir las reducciones de los sindicatos y evitar que la organización termine siendo minoritaria a largo plazo. También se advierte que la conculcación de los derechos a la asociación sindical y a la igualdad de las asociaciones de trabajadores y de sus miembros ocurre cuando los empleados renuncian al régimen convencional, hipótesis que los jueces deben evaluar.

Ahora bien, el derecho fundamental a la asociación sindical y a la igualdad se vulnera cuando se exige al trabajador la renuncia al sindicato o de los derechos convencionales para acceder a los beneficios del pacto colectivo. Entonces, AVIANCA ha vulnerado los derechos de los actores y, en consecuencia, los de ACDAC, al condicionar el acceso a los beneficios del plan a la suscripción integral de la oferta, toda vez que ello implica abandonar el régimen convencional.

Los actos mencionados llevan al trabajador a un dilema que tiene dos salidas excluyentes: por un lado, el empleado no firma el PVB y, por ende, queda fuera de sus beneficios y mantiene sus derechos convencionales; o, por otro lado, suscribe el pacto colectivo y adquiere sus prestaciones, pero deja de beneficiarse de la convención. El empleado en las dos soluciones pierde, hecho que redundaría en la violación de sus derechos, debido a que o bien soporta un acto de discriminación, o bien renuncia a sus derechos convencionales y de asociación sindical. Poner al trabajador en esa disyuntiva evidencia una actitud de mala fe por parte del empleador que pretende disminuir el sindicato y perjudicar a los beneficiarios de la convención. Además, AVIANCA viene presionando a los miembros de ACDAC para que modifiquen la convención colectiva de trabajo con el fin de acceder a los beneficios contenidos en el PVB. La negativa de conceder la extensión de esas ventajas se ha convertido en una forma de negociación que pretende obligar a ACDAC a que acepte las condiciones de la empresa.

Los actos de discriminación contra los miembros del sindicato, actos que afectan el régimen convencional, se agravan si se tiene en cuenta que se encuentra latente la discusión sobre la renovación de la convención, proceso en que debe producirse una negociación. En efecto, los actos de la empresa de aviación se enmarcan en una línea de conducta que indica que AVIANCA pretende debilitar al sindicato para obtener prevalencia en el conflicto colectivo, situación que vulnera el derecho a la igualdad. Asimismo, los supuestos fácticos del contexto en discusión son ejemplos ilustrativos de que la empresa intenta imponer su propuesta unilateralmente cuando el sindicato no la aceptó. Así, la compañía envía comunicaciones persuasivas para que los trabajadores adopten sus propuestas con el fin de obtener cuantiosos beneficios, que eliminan la libertad de decisión.

Por lo expuesto, esta Sala considera que AVIANCA vulneró los derechos a la asociación sindical de los actores y de la ACDAC, porque creó un pacto colectivo que tiene mayores beneficios que la convención colectiva, escenario que produjo la desertión de miembros del sindicato y la exclusión de los trabajadores del régimen convencional. Además, la empresa conculcó los derechos de los peticionarios, al condicionar el acceso de los beneficios del PVB a su suscripción integral o a la modificación del clausulado de la convención colectiva. Las vulneraciones señaladas se presentaron en el marco de una línea de conducta que evidencia que la sociedad de aviación accionada pretende presionar al sindicato con el que se encuentra en una discusión colectiva. En consecuencia, como mecanismo de reparación de la infracción constitucional, el empleador debe proceder a igualar los beneficios que se encuentran en el PVB a las prestaciones que se regulan en la convención.

2.6. Vulneración de los derechos a la asociación sindical y a la negociación colectiva de ACDAC

ACDAC considera que AVIANCA vulneró su derecho a la asociación sindical y a la negociación colectiva, por cuanto se ha negado a iniciar el proceso de resolución de conflictos. AVIANCA argumentó que no se encuentra obligada a iniciar el proceso de negociación colectiva, debido a que el sindicato denunció de forma extemporánea la convención colectiva, acto necesario para iniciar la etapa de arreglo directo.

Esta Sala considera que la empresa AVIANCA vulneró los derechos a la asociación sindical y a la negociación colectiva de ACDAC, toda vez que omitió iniciar la etapa de arreglo directo con el sindicato demandante, con fundamento en el errado argumento de que se presentó la denuncia de la convención de forma extemporánea; se negó a comenzar la etapa de arreglo directo, soslayando que el sindicato cumplió con los requisitos legales de la denuncia de la convención y presentación de pliego de peticiones.

2.7. Afiliado al Sindicato de Auxiliares de Vuelo ACAV

Guillermo Enrique Robayo es auxiliar de vuelo de AVIANCA. Recibía las bonificaciones de alimentación y gastos en salud, rubros que la compañía dejó de desembolsar cuando se afilió a ACAV. AVIANCA sostuvo que ACAV se negó a negociar.

Verificación de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

La demanda de tutela es procedente, debido a que AVIANCA negó la extensión de ciertos beneficios del PVB a los trabajadores sindicalizados, entre ellos, el actor. Es más, el peticionario advirtió que la afiliación al sindicato implicó que la empresa accionada dejara de cancelar las prestaciones de alimentación y de salud. Además, carece de medio idóneo y eficaz de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales, y está en una especial situación de subordinación e indefensión respecto de su empleador. En relación con el principio de inmediatez, los nueve años transcurridos parecen desvirtuarla; sin embargo, la presunta vulneración de derechos fundamentales es actual, dado que la empresa continúa sin cancelar las prestaciones de alimentación y de salud correspondientes al peticionario. La discusión constitucional que plantea el peticionario sigue teniendo vigencia, debido a que las circunstancias que la generaron se están presentando actualmente. Por consiguiente, existe el presupuesto que faculta al tutelante para promover la demanda de amparo, a pesar de que haya transcurrido un tiempo prologado desde la inicial afectación de derechos.

Vulneración indirecta a sus derechos a la asociación sindical y a la igualdad

Al igual que en casos anteriores, esta Sala está frente a una discusión colectiva que enfrenta la aplicación de dos regímenes jurídicos que regulan las

condiciones de trabajo de los auxiliares de vuelo que trabajan en AVIANCA. En síntesis, AVIANCA ha vulnerado los derechos de los actores y, en consecuencia, los de ACAV, al condicionar el acceso a los beneficios del plan a la suscripción integral de la oferta, toda vez que ello implica abandonar el régimen convencional. Es evidente la incompatibilidad del pacto con la convención. Además, se advierte que AVIANCA ha sido sancionada por conductas similares a la que se estudia en esta ocasión, de modo que, puesto en contexto, resulta claro que la empresa presiona a las organizaciones sindicales con el fin de debilitarlas. Por consiguiente, AVIANCA vulneró los derechos a la asociación sindical y a la igualdad del tutelante y de la ACAV, porque creó un pacto colectivo que tiene mayores beneficios que la convención colectiva, escenario que implica la exclusión de los trabajadores del régimen convencional. Además, conculcó los derechos del Guillermo Enrique Robayo, al condicionar el acceso de los beneficios del PVB a su suscripción integral y/o a la modificación del clausulado de la convención colectiva. En consecuencia, el empleador debe proceder a igualar los beneficios que se encuentran en el PVB para los trabajadores sindicalizados.

2.8. Los accionantes no son los únicos que fueron discriminados por AVIANCA, al establecer mayores beneficios en el pacto colectivo que en la convención colectiva. En esa misma situación se encuentran todos los trabajadores que se benefician de las convenciones celebradas por AVIANCA con ACDAC y ACAV, pues son ellos quienes debieron soportar las presiones de la empresa. Por consiguiente, es necesario que los efectos de esta sentencia se extiendan a los trabajadores que se encuentran afiliados a los sindicatos citados o que se benefician de la convención colectiva.

Sin perjuicio de que las sentencias de tutela solo surten efectos en el caso concreto, esta Corte opta por extender los efectos de sus sentencias a personas que se encuentran en las mismas condiciones de los tutelantes, pero no acudieron a la acción de tutela en calidad de accionantes. En esos casos, se decidió otorgar un efecto *inter comunis* a los fallos, cuando se evidencia que el amparo de derechos otorgado a los actores existe en detrimento de las garantías de terceras personas que comparten los supuestos fácticos. Dichos efectos pretenden salvaguardar el principio de igualdad entre los sujetos pasivos de una vulneración de derechos fundamentales, puesto que las mismas circunstancias obligan a que el juez emita órdenes uniformes para todos los afectados, y, además, los alcances de las decisiones garantizan la coherencia del sistema de derecho y la seguridad jurídica, al existir decisiones similares frente a casos equivalentes.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Julián Gustavo Pinzón Saavedra y otros c/ Aerovías del Continente Americano – AVIANCA S.A., sentencia T-069/15 del 18-2-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-069-15.htm>>.



DERECHO DEL TRABAJO. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO.
DERECHO A LA IGUALDAD. MUJER. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN
 POR CAUSA DE EMBARAZO (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la Ley contra la Discriminación por Embarazo (*Pregnancy Discrimination Act*) incorporó una nueva redacción a la sección dedicada a las definiciones del Título VII de la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964. La primera cláusula de la Ley contra la Discriminación por Embarazo especifica que la prohibición que establece el Título VII contra la discriminación sexual es aplicable a la discriminación “por causa o con base en el embarazo, parto o ciertos estados clínicos médicos relacionados” (art. 2000e(k) del Título 42 del Código de los Estados Unidos). La cláusula segunda de la ley determina que los empleadores deben tratar a “las mujeres embarazadas [...] a todos los fines laborales de manera igualitaria [...] en relación con otras personas que no se encuentran afectadas por esa causa pero que están en similares condiciones en cuanto a su capacidad o incapacidad para trabajar” (*ibid*). En el caso bajo examen, la Corte debe determinar cómo esta última disposición se aplica en el contexto de la política de un empleador que reubica a muchas de sus trabajadoras, aunque no a todas, que sufren alguna discapacidad no relacionada con la maternidad.

La peticionante Young trabajaba como conductora a tiempo parcial para *United Parcel Service* (UPS) –aquí, demandada–. Cuando ella quedó embarazada, su médico le prescribió que no debía levantar más de 9 kilogramos. Sin embargo, la UPS exigía a los conductores como Young que pudieran levantar hasta 31,700 kilogramos. La UPS le informó a Young que no podría trabajar mientras se encontrara con la restricción de levantar peso. Posteriormente, Young interpuso una demanda federal, argumentando que el accionar de UPS había sido ilegal al negarse a reasignarle nuevas tareas que se compadecieran con su restricción de levantar peso a causa de su embarazo. Ella promovió solo una demanda fundada en el trato desigual por discriminación, que un accionante puede demostrar ya sea mediante una prueba directa de que la política, la práctica o la decisión adoptadas en el ámbito laboral se basan expresamente en una característica protegida, en el marco de la inversión de la carga de la prueba establecido en el precedente *McDonnell Douglas Corp. v. Green* (411 U.S. 792 -1973-) . Conforme a la doctrina sentada en dicho fallo, la actora tiene “la carga inicial” de “demostrar *prima facie*” que hubo discriminación (*id.*, p. 802). Si ella cumple con esa carga, el empleador debe tener una oportunidad “para formular alguna razón legítima no discriminatoria” que justifique la diferencia en el trato (*ibid*). Si el empleador articula esas razones, la parte actora luego tiene “la oportunidad de demostrar por prevalencia de la prueba que tales razones [...] fueron un pretexto para discriminar” (ver *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248, p. 253 -1981-).

Luego del período de prueba inicial, UPS solicitó que la cuestión se resolviera como de puro derecho (*summary judgement*). En su contestación, Young planteó varios hechos a su favor que ella creía que podía probar. En

particular, se refirió a las políticas de UPS de reubicación de trabajadores que habían sufrido accidentes laborales, de aquellos cuyas discapacidades estaban contempladas y protegidas por la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades (*Americans with Disabilities Act*) del año 1990 (*ADA*) o de quienes habían perdido los certificados del Departamento de Transporte (*DOT*). De acuerdo con estas políticas –sostuvo Young–, UPS había reubicado a varias personas cuyas discapacidades habían dado lugar a restricciones laborales similares a las de ella. Young argumentó que estas políticas demostraban que UPS discriminaba a sus empleadas embarazadas, porque la empresa tenía una política de tareas livianas destinada a aquellos trabajadores que habían sufrido lesiones que era aplicable a otro numeroso grupo de “personas”, pero no así a las trabajadoras embarazadas. La UPS respondió que, debido a que Young no estaba comprendida dentro de las categorías de lesiones producidas por accidentes laborales contempladas en la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades o por el Departamento de Transporte, no había discriminado a Young sobre la base de su embarazo, sino que la había tratado del mismo modo que trataba a toda “otra persona” relevante.

El tribunal de primera instancia dictó sentencia de puro derecho a favor de UPS y entendió, *inter alia*, que Young no podía demostrar *prima facie* un caso de discriminación en términos del precedente *McDonnell Douglas*. El tribunal entendió que aquellos trabajadores con los que Young se había comparado – quienes estaban comprendidos en las categorías de trabajadores que habían sufrido accidentes producidos en el lugar de trabajo, contempladas en la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades o por el Departamento de Transporte– se encontraban en una situación muy diferente como para calificarlos en una “situación similar comparable”.

La Cámara Federal de Apelaciones confirmó la decisión del *a quo*.

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

2. Sentencia: el fallo se revoca y se devuelven las actuaciones.

2.1. Una trabajadora embarazada que pretende demostrar un trato desigual a través de pruebas indirectas puede hacerlo a través de la aplicación del precedente *McDonnell Douglas*.

(a) Las interpretaciones que realizaron las partes de la segunda cláusula de la Ley contra la Discriminación por Embarazo (ley) no son convincentes.

(i) Young alega que en la medida en que “un empleador reasigna tareas solo a un subgrupo de trabajadores con discapacidad [...] las trabajadoras embarazadas que se encuentran con una capacidad similar para trabajar [deben] recibir igual trato aun si a otras trabajadoras que no están embarazadas no se las reubica”. Su interpretación va demasiado lejos. Esta Corte duda que el Congreso haya pretendido otorgar a las trabajadoras embarazadas un incondicional estatus de “nación más

favorecida”, de manera tal que los empleadores que reubican a una o dos de sus trabajadoras deben ofrecer lugares similares a *todas* las trabajadoras embarazadas, al margen de cualquier otro criterio. Después de todo, la segunda cláusula de la ley, que se refiere a las mujeres que no están embarazadas pero con discapacidades similares, utiliza la expresión genérica “otras personas”. No dice que el empleador deba tratar a las trabajadoras embarazadas del “mismo modo” que a “cualquier otra persona” que por su capacidad o incapacidad para el trabajo se halle en la misma situación, ni tampoco especifica quiénes son las “otras personas” que el Congreso tuvo presente como referentes apropiados para compararlos con las trabajadoras embarazadas. Por otra parte, la ley sobre trato desigual normalmente permite a un empleador implementar políticas que no tienen el propósito de perjudicar a los miembros de una clase protegida, aun cuando su aplicación ocasionalmente perjudique a aquellos miembros, en la medida en que el empleador tenga una razón legítima, no discriminatoria e inexcusable para hacerlo (ver, por ejemplo, *Burdine*, *supra*, pp. 252/258). No existe razón para pensar que el Congreso haya tenido la intención de que el lenguaje que utilizó en la Ley contra la Discriminación por embarazo se desviara de ese criterio.

(ii) El Procurador General sostiene que la Corte debe dar especial – cuando no, determinante– gravitación a una directiva del año 2014 de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (*Equal Employment Opportunity Commission*) relativa a la aplicación del Título VII y de la *ADA* a las trabajadoras embarazadas. Pero esa directiva no es oportuna, carece de “solidez” y de “minuciosidad” y “rigor” en la “consideración” que resulta necesaria para “darle poder para persuadir” (ver *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 140 -1944-). Esta directiva fue promulgada después de que esta Corte concediera el *certiorari*; adopta una posición sobre la que las directivas EEOC previas guardaban silencio; es inconsistente con las posiciones sostenidas por el Gobierno durante largo tiempo; y la EEOC no explica el fundamento de su última directiva.

(iii) UPS alega que la segunda cláusula de la ley define simplemente la discriminación por motivos de género de forma de incluir la discriminación por causa de embarazo. Pero esto no puede ser así porque la primera cláusula de la ley logra ese objetivo. La interpretación de la segunda cláusula como UPS propone tornaría la primera cláusula superflua. Además, no lograría cumplir con un objetivo clave que tuvo el Congreso al aprobar la ley, dirigida a revocar los fundamentos y el *holding* en la causa *General Elec. Co. v. Gilbert* (429 U.S. 125 -1976-), en la cual esta Corte declaró constitucionalmente válido un plan empresarial que proporcionaba beneficios por enfermedad y por accidentes ajenos al trabajo a todos los empleados, pero no concedía licencias pagas por las ausencias por causa de embaraz, esto impugnado en términos del Título VII.

(b) Una trabajadora embarazada que individualmente busca demostrar un trato desigual puede acreditarlo *prima facie* dentro del marco del precedente

McDonnell Douglas probando que ella pertenece a la clase protegida, que ella buscó ser reubicada, que su empleador no le reasignó tareas y que este reubicó a otros trabajadores que se encontraban en “similares condiciones en cuanto a su capacidad para el trabajo”. Entonces, el empleador puede intentar justificar su negativa a reubicar a la actora, basándose en razones “legítimas y no discriminatorias” para negarse a reasignarle tareas. Tal razón en general no puede consistir simplemente en una afirmación de que es más caro o menos conveniente incorporar a mujeres embarazadas en la categoría de aquellos a quienes el empleador reacomoda. Si el empleador alega una razón “legítima, no discriminatoria”, la accionante puede probar que en realidad se trata de un pretexto. La actora puede llegar ante un jurado por esta cuestión siempre que pruebe de modo suficiente que las políticas del empleador imponen una carga significativa a las trabajadoras embarazadas, y que las razones “legítimas y no discriminatorias” del empleador no son suficientemente sólidas como para justificar dicha carga, sino que, más bien, consideradas junto con la carga impuesta, dan lugar a una inferencia de discriminación intencional. La accionante puede crear una cuestión legítima de hecho relevante a los fines de la decisión en torno a si existe una carga significativa proporcionando pruebas suficientes de que el empleador reasignó tareas a un gran porcentaje de trabajadoras no embarazadas pero que no lo hizo con un gran número de trabajadoras que sí lo estaban. Este criterio está en consonancia con la tradicional regla conforme a la cual la parte actora puede utilizar prueba circunstancial para impugnar las razones aparentemente legítimas y no discriminatorias de un empleador (ver *Burdine, supra*, p. 255, n. 10, y con la intención que tuvo el Congreso de dejar sin efecto el caso *Gilbert*).

2.2. Conforme a esta interpretación de la ley, la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones debe ser revocada. Corresponde dictar sentencia de puro derecho cuando “no existe una controversia legítima respecto a algún hecho relevante” (*Fed. Rule Civ. Proc. 56 (a)*). Las presentes actuaciones demuestran que Young creó una controversia legítima con relación a si UPS brindaba un trato más favorable por lo menos a algunos empleados cuya situación no puede distinguirse razonablemente de las suyas. Se deja a la Cámara Federal la determinación, al recibir las actuaciones por devolución, de si Young creó también una cuestión de hecho relevante legítima en relación con la cuestión de si las razones de UPS para darle un trato menos favorable que a los otros empleados constituían un pretexto.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Young v. United Parcel Service, Inc.*, sentencia del 25-3-15, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/12-1226_k5fl.pdf>.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. TRATADOS. TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN. **JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.** CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE JURISDICCIÓN. CLÁUSULAS DE ARBITRAJE. **ARBITRAJE.** COMPETENCIA SUBSIDIARIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: un tratado de inversión suscripto por el Reino Unido y la República Argentina autoriza a una de las partes a someter una controversia a “la decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”, es decir, a un tribunal local (art. 8(1)); y permite someter la cuestión a arbitraje, en lo que aquí interesa, “cuando, después de que haya transcurrido un plazo de dieciocho meses desde el momento en que la controversia ha sido planteada ante [ese] tribunal... dicho tribunal no ha dictado decisión definitiva” (art. 8(2)(a)(i)).

La empresa británica *BG Group PLC* pertenecía a un consorcio con participación mayoritaria en MetroGAS, entidad argentina a la cual se le había otorgado una licencia exclusiva para distribuir gas natural en Buenos Aires. En el momento de la inversión de *BG Group*, la ley argentina establecía que “las tarifas” de gas se calcularían en dólares estadounidenses y se fijarían a niveles suficientes para asegurar a las empresas distribuidoras de gas un retorno razonable. Sin embargo, posteriormente la Argentina reformó la ley, modificando –entre otros aspectos– la base del cálculo a pesos. Las ganancias de MetroGAS pronto se convirtieron en pérdidas.

El *BG Group* invocó el mencionado art. 8 del tratado y solicitó someter la cuestión a arbitraje, que las partes habían pactado en Washington, D.C., afirmando que las nuevas leyes y prácticas argentinas violaban el tratado, que prohíbe la “expropiación” de las inversiones y requiere que cada nación brinde un “trato justo y equitativo” a los inversores de la otra. La Argentina negó esas pretensiones, pero también alegó que los árbitros carecían de “jurisdicción” para entender en la cuestión, ya que, en lo que aquí resulta relevante, *BG Group* no había cumplido con la exigencia del art. 8 de litigar ante un tribunal local.

El tribunal arbitral se declaró competente y encontró, entre otras cuestiones, que la conducta de la Argentina (con la promulgación de nuevas leyes que dificultaban el acceso a la justicia local de las empresas que estaban en la situación de *BG Group*) había eximido al *BG Group* de satisfacer la exigencia del art. 8.

En cuanto al fondo de la cuestión, el tribunal arbitral consideró que la Argentina no había expropiado la inversión de *BG Group*, pero que le había denegado un trato “justo y equitativo”, y le reconoció una indemnización por daños y perjuicios.

Ambas partes solicitaron la revisión de este laudo ante un tribunal federal de distrito norteamericano: el *BG Group* pretendió la confirmación de lo resuelto en términos de la Convención de Nueva York y de la Ley Federal de Arbitraje (FAA); por su parte, la Argentina solicitó que el laudo arbitral quedara sin efecto, fundándose, en parte, en que los árbitros carecían de jurisdicción en términos de la FAA.

El tribunal federal de distrito confirmó el laudo arbitral.

No obstante, la Cámara Federal de Apelaciones la revocó porque consideró que la interpretación y aplicación de la exigencia del art. 8 eran cuestiones que los tribunales debían decidir *de novo*, es decir, sin remitirse a las opiniones de los árbitros; que las circunstancias no habían eximido a *BG Group* del cumplimiento de dicha exigencia; y que *BG Group* debía promover una demanda ante los tribunales argentinos y esperar 18 meses antes de someter el litigio a arbitraje. Por lo tanto, la cámara resolvió que los árbitros carecían de jurisdicción para resolver la controversia.

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

2. Sentencia: se revoca la sentencia.

2.1. Un tribunal de los Estados Unidos, cuando revisa un laudo arbitral realizado en términos de un tratado, debe interpretar y aplicar las disposiciones que en cierta medida podrían considerarse subsidiarias referidas al arbitraje utilizando el marco elaborado para la interpretación de disposiciones similares en los contratos ordinarios. En ese marco, el requisito de litigar ante los tribunales locales es una cuestión que los árbitros deben interpretar y aplicar.

(a) Si el tratado fuera un contrato común, requeriría que los árbitros principalmente fueran los que interpretaran y aplicaran la disposición relativa al deber de litigar localmente. En un contrato común, las partes determinan si una cuestión específica quedará sometida primero a la decisión de los árbitros o si ha de ser decidida por los tribunales (ver, por ejemplo, *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U.S. 574, p. 582 -1960-). Si el contrato nada dice sobre quién entenderá en una cuestión de esta naturaleza en materia de arbitraje, los tribunales determinan cuál es la intención de las partes por medio de presunciones: esto es, los tribunales presumen que las partes preferirían someter a los tribunales las cuestiones relativas a la “arbitrabilidad” de las causas (por ejemplo, *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U.S. 79, p. 84 -2002-) y que los árbitros decidieran las controversias sobre el alcance y la aplicación de los prerequisites procesales para recurrir al arbitraje (véase *id.*, cit., p. 86) incluyendo, por ejemplo, las pretensiones de “renuncia, retraso o alguna excepción similar contra el sometimiento a arbitraje” (ver *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, p. 25 -1983-) y la satisfacción de, por ejemplo, plazos, notificaciones, actos propios (*Howsam*, cit. *supra*, p. 85). La norma aquí en cuestión es de naturaleza procesal. Tal como su texto y estructura dejan en claro, determina cuándo surge la obligación contractual de someter a arbitraje y no si existe algún deber contractual de someter a arbitraje. Ni su redacción ni la utilizada en el art. 8 favorecen las decisiones que los tribunales locales hicieron en relación con las cuestiones que están en litigio entre las partes. Por lo tanto, la disposición relativa al requisito de litigar ante los tribunales locales es una regla procesal. Es análoga a otras normas procesales en las que se ha resuelto

que los árbitros tienen que ser los primeros en interpretar y aplicar (ver, por ejemplo, *ibid.*), y no hay nada en el art. 8 ni en el tratado que prevalezca sobre esta presunción ordinaria.

(b) La circunstancia de que el instrumento en cuestión sea un tratado no introduce una diferencia crítica en este análisis. Un tratado es un acuerdo entre naciones y su interpretación normalmente consiste en determinar la intención de las partes (ver *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392, p. 399 -1985-). Cuando, como en el caso de autos, se solicita a un tribunal federal que interprete esa intención a través de una solicitud de revocación o confirmación de un laudo dictado en términos de la LAA, normalmente deberían aplicarse las presunciones suministradas por el derecho norteamericano. La existencia de una condición que establezca que debe existir “consentimiento” para el arbitraje en un tratado probablemente no justifique abandonar ni agravar la complejidad del marco con que ordinariamente se determina la intención (ver, por ejemplo, *Housam, supra*, cit. pp. 83/85). Pero como este tratado no establece que el requisito de litigar localmente constituya una condición de la existencia de consentimiento, esta Corte no necesita resolver cuál sería el efecto que tendría una cláusula semejante. Este Tribunal solo debe decidir que, cuando en un tratado no exista un texto que demuestre que las partes pretendían una delegación de autoridad diferente, se aplica el marco interpretativo ordinario.

(c) El tratado no contiene ninguna prueba que demuestre que las partes hayan tenido una intención contraria a las presunciones ordinarias en relación con quién debe decidir cuestiones de esta naturaleza relativas al arbitraje. El texto y la estructura del requisito de litigar ante los tribunales locales previsto en el art. 8 dejan en claro que se trata de una condición procesal previa al arbitraje. Dado que la presunción ordinaria se aplica y no está rebatida, la interpretación y la aplicación de la norma son función primaria de los árbitros, y los tribunales deben revisar su decisión con considerable deferencia.

2.2. Si bien la Argentina tiene derecho a un control judicial (conforme a un estándar deferencial apropiado) del laudo arbitral que excusa el incumplimiento de *BG Group* del requisito de litigar ante los tribunales locales, esa revisión demuestra que las decisiones de los árbitros fueron legítimas. Su afirmación de que el requisito en cuestión no puede interpretarse, en todos los casos, como un impedimento absoluto para el arbitraje cae dentro de su ámbito de interpretación. Sus conclusiones en materia de hecho de que la Argentina sancionó leyes que impiden a empresas similares a *BG Group* recurrir ante el Poder Judicial local no han sido controvertidas por la Argentina y son aceptadas como válidas. Y su interpretación de que las acciones de la Argentina tornaron “absurdo e irrazonable” interpretar que el requisito del art. 8 exige a un inversor en la posición de *BG Group* que promueva su demanda ante un tribunal local antes del arbitraje no se halla prohibida por el Tratado.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *BG Group Plc v. Republic of Argentina*, sentencia del 5-3-2014, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138_97be.pdf>.



DERECHO PENAL. INSTIGADOR. AGENTE PROVOCADOR. PROCESO PENAL. GARANTÍAS PROCESALES. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: tres apelantes cuestionaron su condena a varios años de cárcel por la comisión de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. El Tribunal Regional de Berlín encontró que la comisión del delito había sido “instigada” de una forma que violaba el imperio de la ley, así como el art. 6.1.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

Durante el curso de la investigación, un informante policial, protegido por un agente encubierto, había influido en uno de los apelantes ofreciéndole inmensas recompensas y presionándolo. Esto supuestamente dio lugar a que la policía facilitara la comisión de un crimen que era considerablemente más grave que el que el apelante ya era sospechoso de haber cometido. El Tribunal Regional, al dictar sentencia, tuvo en cuenta esta investigación que violaba el imperio de la ley. Por ello, redujo la condena del primer apelante de 5 años y 7 meses a 4 años y 5 meses de prisión efectiva. Por otra parte, redujo a 3 años y 7 meses de prisión la condena del tercer apelante. En relación con el segundo recurrente, solo tuvo en cuenta un atenuante general sin darle un número específico, ya que en su caso no encontró una violación a la Convención. Por lo tanto, lo condenó a 4 años de prisión. Los recursos interpuestos por los recurrentes por cuestiones de derecho fueron rechazados por el Tribunal Supremo Federal.

Entonces, interpusieron un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

2. Sentencia: las decisiones impugnadas no violan el derecho a un juicio justo que el art. 2.1 de la Convención en conjunción con el art. 20, inc. 3 de la Constitución garantizan a los apelantes. Como regla, incluso cuando la comisión de un crimen ha sido instigada de una forma contraria a la Constitución, sigue siendo posible imponer una condena si el proceso judicial ha tomado en cuenta dicha instigación. Esto es así aun tomando en consideración la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea). Solo en casos excepcionales el imperio de la ley puede dar lugar a la discontinuidad del proceso, puesto que el imperio de la ley también protege el interés público en la persecución de los delitos que sirve a la justicia material.

2.1. La tarea de dar forma al derecho a un juicio justo compete primariamente al legislador y, posteriormente, a los jueces cuando interpretan y aplican las leyes. Se viola el derecho a un juicio justo si una visión general del

derecho procesal –que incluya la forma en que es interpretada y aplicada la ley por los tribunales– revela que no se pudo arribar a conclusiones convincentes en términos del imperio de la ley o que se renunció a elementos procesales exigidos en un Estado de derecho. Esta visión global también debe tener en cuenta las necesidades de un sistema de justicia penal en funcionamiento.

Los tribunales penales, cuando dictaron cada una de las condenas, tuvieron adecuadamente en cuenta la circunstancia de que la comisión del crimen había sido instigada de una forma contraria al Estado de derecho. No estaban obligados a discontinuar los procesos.

La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional Federal ha dejado subsistente el interrogante de si la intervención de un informante en la condena de un criminal puede, acaso, impedir el ejercicio del derecho del Estado a castigar a la persona involucrada. El presente caso tampoco requiere dar respuesta a esta cuestión. Incluso si se quisiera considerar que esa prevención fuera generalmente posible, lo cierto es que solo en casos extremadamente excepcionales derivaría del Estado de derecho, ya que este no solo protege los intereses de los acusados penalmente, sino también el interés público en la persecución penal que sirve a la justicia material.

Sin embargo, este parece ser uno de esos casos excepcionales. La presión ejercida por el informante policial sobre el primer apelante así como el rol de apoyo que jugaron las autoridades estatales durante la preparación del crimen demuestran que la fiscalía –que estaba a cargo de la investigación– ha dejado de ejercer el poder de vigilancia sobre la policía, lo que es de gran relevancia procesal. Teniendo en cuenta la magnitud de la mala conducta, así como la correspondiente presión ilegal ejercida sobre el apelante durante la investigación, hubiera sido irrazonable asumir que se trataba de un caso excepcional.

Sin embargo, el interrogante puede permanecer subsistente con base en las conclusiones de los tribunales ordinarios vinculadas a los detalles de la instigación y el crimen mismo. Los tribunales ordinarios podían, conforme a la Constitución, no considerarlo un caso extremadamente excepcional. Esta Corte no necesita decidir si esto también sería así en el supuesto de que el apelante instigado no hubiera sido previamente un sospechoso. Sin embargo, parece discutible si, en ese caso, podría reconocerse un derecho del Estado a castigar fundado en la justicia material y contra los legítimos intereses del acusado.

El crimen en el presente caso, sin embargo, no fue exclusivamente instigado por las autoridades del Estado. Desde el principio, existieron indicios concretos que justificaban abrir una investigación contra el apelante por violaciones a la Ley de Estupefacientes. Pese a la continua presión ejercida por el informante policial, el apelante permaneció en gran parte libre para tomar sus decisiones. En particular, el informante no amenazó al apelante ni explotó ninguna situación de angustia. Considerando esto, no se puede suponer que el apelante se haya convertido en un mero objeto del accionar del Estado. Esto es tanto más cierto para los otros dos apelantes que solo fueron, cuanto más, indirectamente presionados.

2.2. Incluso a la luz de la jurisprudencia de la Corte Europea no ha habido una violación al derecho a un juicio justo, ya que la violación del art. 6.1.1 de la Convención que se produjo durante la investigación fue compensada adecuadamente por los tribunales ordinarios.

La jurisprudencia de la Corte Europea tiene otro enfoque dogmático con respecto a la apreciación de la conducta instigadora de las autoridades investigadoras: se concentra en la posibilidad de tramitar el juicio así como en la admisibilidad de la prueba. En este contexto, la Corte Europea sostuvo que la prueba obtenida mediante la instigación de la policía no se convierte en admisible por razones de interés público. Esta Corte Constitucional coincide con la Corte Europea en que el Estado no puede instigar a ciudadanos inocentes a cometer delitos: los investigadores están encargados de la persecución de los crímenes, no de causarlos. Sin embargo, de esto no se sigue que el ordenamiento jurídico interno esté obligado a seguir el concepto dogmático del tribunal europeo. En la medida en que se cumplan los presupuestos sustanciales de un juicio justo en términos del art. 6.1.1 de la Convención, la Corte Europea deja que los tribunales nacionales decidan la forma de implementación de estos presupuestos dentro de sus respectivos sistemas nacionales de justicia penal.

Este Corte Constitucional no necesita y de hecho no puede decidir si la solución de modificar la sentencia va a satisfacer los estándares de la Corte Europea en todos los casos individuales. Al menos de la manera en que se aplicó en el caso que nos ocupa, sin embargo, no viola la garantía constitucional de un juicio justo, incluso teniendo en cuenta las exigencias del art. 6.1.1 de la Convención.

Esta conclusión se basa no solo en la comprobación y expreso reconocimiento de que no hubo una violación al art. 6.1.1 de la Convención, y en la reducción considerable y específicamente cuantificada de la condena, sino también en la forma en que el Tribunal Regional valoró las pruebas. Dicho tribunal se fundó principalmente en las confesiones de los tres apelantes, así como también de otros dos imputados. La descripción del crimen contenida en las cinco confesiones – los apelantes respectivos tenían conocimientos de los hechos relevantes– fue prácticamente idéntica en todos los casos. En la medida en que las descripciones no coincidían, el Tribunal Regional solo sostuvo aquellos factores contra el imputado que este había confesado. En particular, no se fundó en la prueba adicional para llegar a conclusiones contra los acusados que iban más allá de sus confesiones. Incluso sin la declaración del informante policial y de los investigadores, el Tribunal Regional encontró que la confesión *per se* y la forma en que coincidían las declaraciones resultaban suficientemente verosímiles. Por lo tanto, la forma en que el Tribunal Regional trató la prueba se acerca a la prueba incriminadora aportada por el informante policial y los investigadores, que era expresamente inadmisibile.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, casos 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, sentencia del 18-12-2014, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/bvg15-008.html;jsessionid=4711E1541E257A3172D8B66CF88736EA.2_cid383>.



DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA. ALCANCE. CONTENIDO. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL. **AMPARO.** PROCEDENCIA. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Inés Edith Osorio Coca compró a la Constructora Alfa 21 Ltda. una vivienda de interés social, con recursos obtenidos de diferentes fuentes, entre ellas, con el subsidio familiar de vivienda otorgado por la Caja de Compensación Familiar del Magdalena (CAJAMAG), cuya vigencia sería de doce (12) meses calendario, a partir del 1° de enero de 2013. El 19 de mayo de 2014, CAJAMAG solicitó a la constructora certificación expedida por Metroagua S.A. donde constara el cumplimiento de los requerimientos y requisitos necesarios para la conexión del servicio público de agua, a fin de hacer el desembolso del subsidio familiar de vivienda otorgado a Osorio Coca. La constructora informó a esta que el 30 de noviembre de 2010 había radicado ante Metroagua la solicitud de disponibilidad del servicio de agua potable y alcantarillado para las viviendas que conforman ese proyecto urbanístico; que al no tener respuesta y atento al tiempo transcurrido, había solicitado a Metroagua que declarara la existencia de un silencio administrativo positivo a su favor. Esta solicitud fue negada, decisión contra la cual se interpuso reposición y apelación, siendo confirmada en reposición y concedida la apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Superservicios) el 28 de noviembre de 2013. Mientras cursaba el trámite antes mencionado, Metroagua manifestó que no era posible conceder la solicitud de la constructora y mucho menos instalar los medidores de agua a todo el proyecto en razón de que una parte del mismo estaba ubicado en una franja de terreno que constituye reserva.

Entonces, Osorio Coca presentó una acción de tutela contra Metroagua S.A. y la Caja de Compensación Familiar del Magdalena, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vivienda y vida digna. Ello, en razón de que la empresa de servicios públicos no le había entregado el certificado exigido por la Caja de Compensación Familiar para el desembolso del subsidio de vivienda, con base en que supuestamente estaba pendiente de resolverse un recurso de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Osorio Coca alegó que la conducta de las entidades accionadas condenaban a ella y a su hijo menor a no tener un techo, pues carecía de otros recursos económicos para pagar su vivienda y se exponía a perder el subsidio reconocido por no aportar el mencionado certificado.

Metroagua S.A. solicitó se declarara la improcedencia de la acción de tutela por no existir vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante. Adujo que no era posible que por esta vía se pretendiera resolver un tema que le competía a la constructora, que debía contar con todas las licencias del caso antes de empezar a vender los inmuebles. Respecto al certificado que se le reclamaba, señaló que no podía expedirlo por mandato legal, toda vez que se trataba de un proyecto urbanístico que se encontraba en un área ambiental y por fuera del perímetro urbano.

El Juzgado Civil de única instancia negó el amparo solicitado. Consideró que la actora cuenta con otros mecanismos de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria para demandar la protección de sus derechos. Manifestó que si bien a la constructora se le habían otorgado licencias por parte de los entes autorizados para ello (Corporación Autónoma Regional del Magdalena –CORPAMAG– y Curaduría Urbana) para su proyecto urbanístico, en dicho acto administrativo no se había incluido la concesión de aguas para el abastecimiento y su suministro, situación que debió haber sido resuelta antes de procederse a la compraventa del bien inmueble, y que, sin embargo, en la escritura pública de compraventa se había anotado en la cláusula cuarta que se encuentra a paz y salvo dicho inmueble con “(...) todo impuesto, al igual que por las facturas recibidas de los servicios públicos con que está dotado el bien”, lo que torna la pretensión de la accionante en un conflicto de orden legal, más aún, cuando no se encuentra demostrado que el terreno donde está construida la urbanización forme parte del Parque Natural Pazverde.

La accionante recurrió entonces ante la Corte Constitucional, por entender vulnerados sus derechos fundamentales a la vivienda y a la vida digna.

2. Sentencia: se concede el amparo del derecho fundamental a la vivienda digna. Asimismo, se ordena a CAJAMAG que suspenda los términos previstos para la legalización del subsidio de vivienda hasta tanto las autoridades intervinientes en el proceso de adquisición de la vivienda de la accionante resuelvan de manera definitiva el problema generado con la expedición de la certificación o constancia de la disponibilidad del servicio público de agua; se ordena a Superservicios que resuelva los trámites promovidos por la Constructora Alfa 21 Ltda. para solucionar el problema de la disponibilidad del servicio de agua potable en la urbanización Villa del Campo, así como el trámite al que dio inicio Superservicios, que se encuentra en apertura de la actuación administrativa; y se ordena a la Secretaría de Planeación de Santa Marta (Magdalena) que tramite y responda las peticiones que fueron presentadas por la Constructora Alfa 21 Ltda. con el fin de solucionar el problema de la disponibilidad del servicio de agua potable en la urbanización Villa del Campo.

Esta Corte debe determinar si las autoridades accionadas (Metroagua y CAJAMAG) amenazan el derecho fundamental a la vivienda de la accionante al obstaculizar la expedición del certificado de disponibilidad del servicio público de agua que exige la Caja de Compensación Familiar para hacer el respectivo desembolso del subsidio otorgado a la accionante y a su hijo menor.

Se considera que el problema entre la constructora y las demás entidades intervinientes en el proceso de adquisición de vivienda de la accionante –en caso de no poder solucionarse entre ellas– debe someterse a estudio de las autoridades judiciales competentes y especializadas en la materia, pues no se trata de que el juez de tutela desplace las competencias que por mandato constitucional y legal les fueron atribuidas a otros operadores jurídicos para conocer de este tipo de asuntos.

Con base en lo anterior, se delimita el objeto del pronunciamiento. No se dirimirá el conflicto causado entre la Administración y la constructora, sino

que se definirá si tales situaciones ajenas a la voluntad de la accionante amenazan el derecho fundamental a la vivienda digna. Ello, por cuanto se avizora la configuración de un perjuicio irremediable consistente en la pérdida del subsidio de vivienda otorgado a la accionante y a su hijo menor, por el vencimiento del término para su legalización.

2.1. El art. 51 de la Constitución Política establece: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”. Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico interno vía bloque de constitucionalidad, ha enriquecido el contenido y alcance del derecho a la vivienda. En particular, se ha señalado que el derecho a la vivienda se debe interpretar en un sentido amplio, entendiéndolo como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Ello, por dos razones: (i) el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto; y (ii) y el concepto de “vivienda adecuada” comprende una serie de factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y también otros aspectos, como por ejemplo, la seguridad jurídica de la tenencia.

En la jurisprudencia constitucional, el derecho a la vivienda digna ha tenido un desarrollo doctrinario constante. En un principio, esta Corte consideraba que el derecho a una vivienda digna no era un *derecho fundamental*, susceptible de ser justiciable mediante la acción de tutela, debido a que su indeterminación impedía la exigencia del cumplimiento de prestaciones u obligaciones concretas.

En desarrollos posteriores, esta Corte acogió la postura de la conexidad con la intención de proteger de manera efectiva aquellas garantías que pudieran resultar conculcadas por causa de la vulneración del derecho a la vivienda digna. Ello significaba que aunque el derecho conlleve una naturaleza prestacional, cuando su desconocimiento ponga en peligro los derechos reconocidos por la Constitución como fundamentales, se torna procedente el amparo por medio de la acción de tutela. En armonía con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional abandonó el criterio de conexidad respecto de *derechos fundamentales* como requisito para amparar por vía de tutela derechos de contenido prestacional, argumentando que tal diferenciación resultaba artificiosa, pues todos los derechos contienen una connotación prestacional evidente.

De este modo, la jurisprudencia ha sido reiterativa en manifestar que los derechos prestacionales por excelencia, es decir, los económicos, sociales y culturales, deben considerarse como derechos subjetivos cuando se creen las condiciones para que la persona exija del Estado el cumplimiento de la obligación que tiene. Este es el caso del derecho a la vivienda, respecto del cual se han venido fijando prestaciones específicas a cargo del Estado y en beneficio de las personas,

vgr. mediante la creación e implementación de planes y programas que promueven la adquisición de vivienda propia, entre otros.

En conclusión, en la reciente producción jurisprudencial de esta Corte, el derecho a la vivienda digna tiene el estatus de un derecho fundamental y, por ende, su protección puede ser invocada, de manera directa, por vía de acción de tutela.

2.2. El Estado tiene el deber constitucional de promover políticas públicas que garanticen la efectividad del derecho a la vivienda de las personas de escasos recursos. Para ello, el régimen general de subsidios de vivienda ha sido implementado como una política que permite a los sectores de la población menos favorecidos acceder a viviendas de interés social a través de un aporte, en especie o en dinero, que es entregado por una sola vez. Una de las maneras de llevar a cabo la implementación de proyectos de subsidios de vivienda es a través de las Cajas de Compensación Familiar, entidades que administran los recursos parafiscales ejerciendo una función administrativa dirigida a la ejecución de políticas públicas con el fin de lograr el acceso de los ciudadanos de escasos recursos a una vivienda digna, lo que genera en los beneficiarios una expectativa legítima de poder materializar este derecho. Por ello, estas Cajas tienen dos finalidades: (i) proteger los recursos dirigidos a la adquisición de vivienda digna por parte de personas de escasos medios económicos; y (ii) salvaguardar el derecho que tiene todo colombiano de contar con un sitio de habitación que le permita desarrollar su proyecto de vida en condiciones dignas. En virtud de la primera, una vez que expire la vigencia de los subsidios asignados y estos no se hayan legalizado, la entidad tiene la obligación de trasladar el dinero a patrimonios autónomos constituidos por el Gobierno Nacional para tal fin; mientras que gracias a la segunda, la entidad debe considerar que, en ciertos casos, la aplicación de la regulación en la materia puede devenir desproporcionado y sus consecuencias, contrarias a lo consagrado en la Constitución.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, a la luz del art. 51 C.P. y en cumplimiento de los objetivos de los planes de subsidio de vivienda familiar, las Cajas de Compensación Familiar, antes de aplicar las disposiciones legales en la materia, deben analizar cada caso concreto, para que no se afecten los derechos fundamentales de los beneficiarios, ocasionándoles efectos desproporcionados.

2.3. Esta Corte estima que los conflictos entre la Administración y la constructora —que giran en torno a la expedición del certificado de disponibilidad del servicio público de agua, necesario para hacer el desembolso del subsidio— causan una perturbación en la tenencia de la accionante, en tanto la no entrega del certificado impide la legalización del subsidio por parte de CAJAMAG y por consiguiente su respectivo desembolso. Tal perturbación en sus derechos se puede concretar en la pérdida del subsidio asignado, debido a que las Cajas de Compensación Familiar pueden retirar el subsidio de vivienda a los beneficiarios si no cumplen con los requisitos legales previstos para la legalización del subsidio antes de que expire la vigencia. Esta Corte estima que tal efecto negativo podría

darse en el caso bajo estudio, en la medida en que el subsidio asignado por la Caja de Compensación a la accionante tiene una vigencia de doce meses calendario a partir del 1° de enero de 2013 y que el mismo solo puede prorrogarse por parte de la entidad otorgante por un plazo no superior a doce meses, prorrogable máximo por doce meses más.

Sobre la base de lo expuesto, esta Corte advierte la urgencia de que las entidades –ante las cuales se están adelantando procesos relacionados con la expedición del certificado de disponibilidad del servicio de agua, exigido por CAJAMAG para hacer efectivo el desembolso– impriman celeridad a sus actuaciones a fin de evitar una afectación mayor a los derechos de la accionante. Ello, por cuanto la pérdida del subsidio familiar de vivienda conllevaría de manera irresistible al incumplimiento de la obligación dineraria contraída con la constructora y dejaría en vilo la materialización del derecho a la vivienda, si se tiene en cuenta que, ante la falta de recursos económicos y el crédito hipotecario adquirido, la accionante no podría asumir el pago de la suma adeudada, lo cual la expone a las acciones judiciales que se podrían iniciar en su contra para el respectivo reclamo.

Esta Sala observa (i) que existen procedimientos relacionados con la entrega del certificado de disponibilidad del servicio de agua que están pendientes de resolver por las autoridades competentes, los cuales, hasta que no concluyan, impiden el desembolso del subsidio de vivienda que requiere la accionante, y (ii) que ello no es atribuible a la accionante, por lo tanto, tampoco lo es el incumplimiento de los requisitos legales (entrega del certificado) para la legalización del subsidio.

En consecuencia, partiendo de que es una finalidad del subsidio de vivienda salvaguardar el derecho que tiene todo colombiano de contar con un sitio de habitación que le permita desarrollar su proyecto de vida en condiciones dignas, esta Corte considera que en el caso concreto la aplicación de manera estricta de los términos y requisitos relacionados con la legalización del subsidio familiar de vivienda puede resultar desproporcionado y traer consigo consecuencias contrarias a lo consagrado en el art. 51 de la Constitución y lo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en lo relativo al derecho fundamental a la vivienda digna de la accionante y de su hijo menor.

Por lo dicho, esta Corte revoca la sentencia de única instancia que negó el amparo de los derechos invocados y, en su lugar, tutela el derecho fundamental a la vivienda digna de Inés Edith Osorio Coca.

Nota de la Oficina: para ampliar el contenido del derecho fundamental a la vivienda, ver el estudio del Dr. Rolando E. Gialdino “El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuadas. Su significación y contenido. Los sistemas de protección”, en *Investigaciones* 3 (2000), pp. 795-912.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-160/15 del 13-04-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-160-15.htm>>.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. **UNIVERSIDADES.** **DEBIDO PROCESO.** DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. ERRORES ADMINISTRATIVOS. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. LÍMITES FRENTE A UNA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. **DERECHO A LA EDUCACIÓN.** CONCEPTO JURISPRUDENCIAL (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Carolina Escandón Bucheli inició sus estudios en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en el año 1999, pero perdió su cupo académico en los años 2004 y 2007. En sesión del 3 de septiembre de 2009, el Consejo Académico condicionó el reingreso de la estudiante al cumplimiento de ciertos requisitos (“ver las asignaturas pendientes del plan de estudios de manera presencial, cursar 9 créditos de actualización y cumplir los requisitos de grado en un plazo de 2 años”). De acuerdo con la entidad accionada, tal plazo se cumplió el 14 de septiembre de 2011. Asimismo, la accionante adujo que solicitó los paz y salvos necesarios para optar al grado en el año 2012, pero la entidad educativa se negó a expedirlos al advertir algunas inconsistencias en dos asignaturas, a saber, “Análisis y sustentación de textos” y “Latín 1”; la primera de ellas, tras un trámite, se certificó como aprobada, en tanto que en relación con la segunda, optativa, la accionante indicó que oportunamente había solicitado su eliminación, pero no obstante ello la accionada le informó que no disponía de registro alguno de retiro oportuno, y por tal razón negó la solicitud. Por otra parte, la accionante solicitó autorización para presentar un examen de suficiencia de una determinada materia, “Cátedra rosarista”; sobre el particular, indicó que ello le fue autorizado, por lo cual pagó el costo facturado y presentó el examen de validación. Por todo lo expuesto, la accionante estima que cumplió los requisitos para graduarse, toda vez que (i) realizó el trabajo de grado exigido por la universidad; (ii) presentó certificado de suficiencia de segundo idioma; (iii) presentó y aprobó todos los preparatorios; (iv) reunió 221 créditos, 3 más de los requeridos en su plan de estudios, y (v) presentó, previa inscripción de la universidad, el examen ICFES Saber PRO o ECAES, el cual aprobó con calificación superior.

La actora solicitó la protección de los derechos fundamentales a la educación, igualdad y trabajo, que considera vulnerados por parte de la Universidad del Rosario. En consecuencia, pidió al juez de tutela que ordene a la accionada el otorgamiento del título de abogada.

El fallo de primera instancia negó el amparo de los derechos solicitados al estimar que la demandante no cumplió con las condiciones dadas por el Comité Académico al momento de autorizarle el segundo reintegro. Ello, pues no se encontró evidencia de que la estudiante haya retirado la electiva de “Latín 1” de acuerdo con el trámite establecido en el reglamento aplicable al momento de inscripción de la materia; y porque no se acreditó el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el art. 97 del Decreto Rectoral 826/2004.

Escandón Bucheli impugnó tal decisión. Estimó que los plazos dispuestos por el Consejo Académico en el año 2009 no solo fueron excedidos por ella, sino por la universidad, pues esta le autorizó –por fuera del término concedido– el

pago de algunos recibos y la presentación de ciertos exámenes. Señaló asimismo que la universidad, al autorizar trámites y evoluciones por fuera del plazo, generó en ella la absoluta confianza de que los mismos eran válidos y conducirían efectivamente a su graduación. Por último, sostuvo que no se le debía cancelar el cupo de manera definitiva en tanto que sus actuaciones se enmarcaron dentro de la buena fe, y la universidad, por su parte, debe asumir la responsabilidad de sus actos.

En segunda instancia, se confirmó la decisión del juez *a quo*, al considerarse que la actora no cumplía con las condiciones acordadas por el Consejo Académico. Igualmente, se sostuvo que el hecho de que la estudiante no acreditara el retiro de la asignatura “Latín” y, en cambio, solicitara al Consejo Académico autorización para volver a cursarla permitía suponer que nunca la retiró en debida forma.

Así las cosas, esta Corte Constitucional seleccionó este expediente para intervenir en el proceso de revisión de los fallos mencionados.

2. Sentencia: se revoca la sentencia de segunda instancia, que confirmaba la de primera instancia, que negaban la tutela solicitada; y, en su lugar, se concede la tutela de los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso de Carolina Escandón Bucheli.

Esta Corte es competente para conocer en los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los arts. 86 y 241.9 de la Constitución Política (CP) y en los arts. 31 a 36 del Decreto 2591/1991. Se debe establecer si la Universidad del Rosario vulneró los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso de Carolina Escandón Bucheli, al (i) negarse a retirar la materia “Latín”, que la estudiante incluyó como electiva en su plan de estudios en el segundo semestre del año 2000, y (ii) anular algunos exámenes preparatorios y el examen de validación de la asignatura “Cátedra rosarista”, y disponer la pérdida definitiva de su cupo académico, por incumplir los requisitos de reingreso, de conformidad con el plazo de dos años otorgado por el Consejo Académico el 3 de septiembre de 2009.

Límites del principio de autonomía universitaria. Regla específica para resolver la tensión en el caso de errores administrativos que afectan los avances en el proceso educativo

El art. 69 de la Constitución Política (CP) garantiza la autonomía universitaria y establece que “[l]as universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley”. A partir de esta disposición, la Corte “ha definido la autonomía universitaria como una garantía institucional de la que gozan los centros de educación superior, que consiste en la posibilidad de autorregularse ideológicamente y de darse su propia organización interna, sin injerencias indebidas del Estado o de los particulares”.

Sin embargo, este principio tiene como límite el respeto por los derechos fundamentales, en particular por el derecho a la educación. La jurisprudencia ha señalado que este derecho es “(i) de vital importancia para las sociedades por su

relación con la erradicación de la pobreza, el desarrollo humano y la construcción de una sociedad democrática; (ii) es además una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del art. 13 superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades; (iii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de sus demás derechos fundamentales; (iv) es un elemento dignificador de las personas; (v) es un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico; (vi) es un instrumento para la construcción de equidad social, y (vii) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad, entre otras características”.

En esta oportunidad, se debe resolver un problema jurídico relacionado con la tensión entre el principio de autonomía universitaria, en su dimensión de libertad de desarrollo del plan de estudio e interpretación del reglamento estudiantil, y el derecho fundamental a la educación, en sus facetas de permanencia en el sistema educativo y realización del plan de vida elegido, así como el derecho al debido proceso administrativo. Para decidir este asunto, esta Corte acudirá a la *“regla específica para resolver la tensión en el caso de errores administrativos que afectan los avances en el proceso educativo”*, formulada en la sentencia T-929/2011, así como a la jurisprudencia plasmada en la sentencia T-1159/2004 sobre el mismo tópico. En aquella sentencia, se debía establecer si la Universidad del Tolima vulneró los derechos a la educación y al debido proceso de una estudiante, al negarse a autorizar su graduación por la ausencia de finalización de las materias del plan de estudios, a pesar de que una de las dependencias de la universidad certificó el cumplimiento pleno de los requisitos de grado de la estudiante durante varios años y de que la institución incurría usualmente en otros errores administrativos para el registro de las calificaciones. Allí se dijo que el juez de tutela debía “examinar la razonabilidad y proporcionalidad de las previsiones contenidas en el reglamento estudiantil y, al mismo tiempo, analizar el cumplimiento de los deberes por parte del estudiante” y “determinar el alcance que debe dársele al error de la universidad”, tomando en consideración los principios de buena fe y primacía de lo sustancial sobre lo formal. A partir de estas premisas, concluyó que “se vulnera el derecho a la educación cuando una institución educativa registra o certifica una actividad del estudiante de manera errada, y esto le trae luego consecuencias negativas a la hora de inscribir materias, matricularse u obtener el grado. No obstante, solo podrá ordenarse a la Universidad que convalide la correspondiente actividad o requisito cuando exista prueba suficiente de que ella ha sido llevada a cabo satisfactoriamente por parte del estudiante. En este sentido, el error o la negligencia de la institución educativa no subsanan la ausencia de los requisitos académicos que debe cumplir el estudiante”. Por aplicación de esas reglas, se encontró acreditada la vulneración de los derechos fundamentales de la peticionaria, por las siguientes razones: “Así las cosas, esta Sala encuentra que la Universidad omitió su propio reglamento estudiantil y permitió que la accionante inscribiera las asignaturas sin tener en cuenta el programa previsto por la Universidad. Esto es problemático al menos por dos razones. La primera de ellas es que, de haberse percatado oportunamente de los múltiples errores cometidos al respecto, podrían haber informado oportunamente de la situación a la estudiante

y tomar los correctivos correspondientes tales como impedir la práctica de la pasantía, el ECAES y el trabajo de grado. Es decir, habrían podido evitar el conflicto que ahora se resuelve en sede de tutela. Y la segunda razón es que el desdén frente a los propios procedimientos por parte de la Universidad, genera un grado de inestabilidad jurídica al interior de la institución educativa que pone en peligro las relaciones pacíficas y ordenadas a su interior y obstaculizan el desarrollo de los procesos educativos. Como consecuencia, se vulnera el derecho al debido proceso administrativo que busca ‘que cualquier actuación administrativa se someta a las normas y a la jurisprudencia que regula la aplicación de los principios constitucionales’, de forma tal que se puedan garantizar los derechos sustanciales”. En consecuencia, esta Corte tuteló el derecho al debido proceso de la accionante y tomó las medidas de protección procedentes. Sin embargo, negó la tutela de los derechos a la educación y a la igualdad, al entender que tampoco pueden las equivocaciones de la Universidad tornarse en ventajas para la accionante, como la de convalidar requisitos y materias que no ha cumplido efectivamente, pues contrariamente a lo que esta sostuvo, de ningún modo las situaciones irregulares generadas por la Universidad podían generar en ella el convencimiento de que ya había cumplido todos los requerimientos reglamentarios para obtener el grado.

Por otra parte, en la sentencia T-1159/2004 esta Corte estudió el caso de un joven que había realizado todo el proceso de inscripción para ingresar a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas de Bogotá, la cual, por cuestiones administrativas, le expidió el recibo de pago de matrícula de forma extemporánea. El actor manifestó que en varias ocasiones la universidad afirmó que tenía su cupo asegurado e incluso empezó a asistir a clases; sin embargo, de forma repentina, le informó que no reunía los requisitos necesarios para hacer parte de su institución. En esa oportunidad, esta Corte señaló que “las universidades están obligadas a cumplir sus propios reglamentos internos, pero que si encuentran que han incurrido en un error, pueden ejercitar las acciones legales pertinentes para revocar las decisiones adoptadas. Así las cosas, si una universidad encuentra que como consecuencia de su error se generó una situación que dio lugar o [sic] a que un estudiante, amparado en la confianza legítima, ejerciera actos particulares en su condición de tal, como asistir a clases, presentar exámenes, trabajos e investigaciones, etc., cualquier decisión que adopte deberá respetar el debido proceso y valorar la conducta del estudiante conforme las circunstancias del caso, es decir, la universidad debe buscar una solución que al tiempo que respete los reglamentos internos, atienda a las peculiaridades del comportamiento del estudiante, valoradas a la luz de la confianza que le generó el actuar de la universidad”. Se tutelaron los derechos fundamentales a la educación, al debido proceso y a la igualdad del accionante, pues encontró acreditado que la universidad se extralimitó en las facultades que le otorga la autonomía universitaria, incurriendo en una vulneración de los derechos fundamentales mencionados al no respetar el principio de confianza legítima que amparaba las expectativas del actor.

A partir de lo expuesto se concluye que, (i) la Constitución garantiza el principio de autonomía universitaria, el cual tiene como límite el respeto por

los derechos fundamentales, en particular, los de educación y debido proceso administrativo; (ii) para solventar los conflictos originados entre la autonomía universitaria y los derechos a la educación y debido proceso, relacionados con errores administrativos de la universidad, el juez constitucional debe (ii.1) examinar la razonabilidad y proporcionalidad de las previsiones contenidas en el reglamento, así como el cumplimiento de los deberes por parte del estudiante; (ii.2) determinar el alcance que debe dársele al error de la universidad, tomando en consideración los principios de buena fe y primacía de lo sustancial sobre lo formal, y (ii.3) proteger las expectativas legítimas del estudiante, en especial si estas se originaron a partir de un comportamiento administrativo errático de la universidad; y (iii) en todo caso, el error o negligencia de la institución educativa no subsana la ausencia de los requisitos académicos que debe cumplir el estudiante.

La Universidad del Rosario no vulneró los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso de Carolina Escandón al negarse a retirar de la historia académica la materia “Latín”

La Universidad del Rosario no vulneró los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso administrativo de la accionante, pues efectivamente la demandante no aportó certificación de cancelación de la materia emitido por la universidad. De este modo, si bien la peticionaria acreditó que la universidad experimentó dificultades en el registro de notas de la materia “Análisis y sustentación de textos”, no probó que lo mismo hubiere sucedido con la electiva “Latín”.

Se negará la tutela de los derechos invocados por la accionante en relación con el cargo constitucional presentado por la negativa de la universidad a retirar de su historial académico la materia “Latín 1”, sin perjuicio de la posibilidad que tendría la accionante de repetir esta materia en aplicación de los arts. 56 y 57 del Reglamento Estudiantil, en el evento de que esta Corte ordene el reingreso académico de la estudiante.

La Universidad del Rosario vulneró los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso de Carolina Escandón al anular los exámenes preparatorios y el examen de validación de la asignatura “Cátedra rosarista”, y disponer la pérdida definitiva de cupo en el año 2012

La Universidad del Rosario excluyó de la historia académica de la accionante la materia “Cátedra rosarista” y los preparatorios presentados con posterioridad al 14 de septiembre de 2011, argumentando que la demandante excedió el plazo de dos años que le otorgó para cumplir en su integridad los requisitos de grado. Como consecuencia de esto, la universidad dispuso la pérdida definitiva de su cupo académico.

Aunque el reintegro académico no es un derecho del alumno, sino una facultad de la universidad, producido, la persona adquiere los derechos derivados

de la condición de estudiante. El 3 de septiembre de 2009, la Universidad del Rosario se comprometió a permitir el reingreso de Carolina Escandón, en tanto esta se obligó a cumplir los requisitos de grado en un plazo de dos años, que vencía el 14 de septiembre de 2011. La universidad contaba con la potestad de exigir el pleno acatamiento del plazo impuesto a la estudiante a la finalización del mismo, y esta, con el derecho a que las condiciones del reintegro se respetaran.

Entonces, aunque en principio resultaba razonable y proporcionado que la universidad no le permitiera a la estudiante cursar materias con posterioridad al 14 de septiembre de 2011 y dispusiera la pérdida definitiva de su cupo ante el incumplimiento de las condiciones fijadas, en el presente caso desconoció su propia determinación al permitirle realizar diferentes actividades académicas con posterioridad al vencimiento del plazo otorgado y disponer solo recién el 6 de septiembre de 2012 la pérdida definitiva del cupo (casi un año después), cuando ya había finalizado el primer semestre académico del 2012 e iniciado el segundo del mismo año. No podía la universidad exigir el estricto acatamiento de las condiciones de reingreso cuando ella misma las había incumplido y creado una nueva situación jurídica y académica que debía resolver con arreglo a la orientación jurisprudencial de esta Corte.

La conducta permisiva de la universidad generó en la estudiante la fundada expectativa de ampliación del plazo establecido inicialmente. En efecto, por fuera del término, la accionante invirtió tiempo y dedicación en satisfacer los requisitos académicos indispensables para obtener su grado a través de (i) la presentación de tres exámenes preparatorios; (ii) la validación de la materia “Cátedra rosarista”, y (iii) la realización de la prueba Saber PRO en condición de estudiante de la accionada. Para el desarrollo de estos exámenes, la universidad exigió el pago de los valores correspondientes, los cuales fueron aportados por la demandante y recibidos por la accionada.

Atendiendo a la nueva situación generada, es decir, la legítima expectativa de ampliación del plazo surgida por los errores de la institución, la universidad debió buscar una solución que “al tiempo que respete los reglamentos internos, atienda a las peculiaridades del comportamiento del estudiante, valoradas a la luz de la confianza que le generó el actuar de la universidad”. En lugar de ello, hasta el 6 de septiembre de 2012 excluyó de la historia académica los exámenes presentados con posterioridad al 14 de septiembre de 2011 y dispuso la pérdida definitiva del cupo académico, sin tomar en cuenta los errores administrativos que cometió y el cercano cumplimiento de la totalidad de requisitos del plan de estudios por parte de la accionante. Con esta conducta, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la educación de Carolina Escandón Bucheli.

En consecuencia, se concederá la tutela de los derechos fundamentales conculcados y dictará las órdenes necesarias para salvaguardar la expectativa de ampliación de plazo que la universidad generó en la demandante en relación con el tiempo que tenía para completar el plan de estudios de la carrera de Jurisprudencia.

Se ordena a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario que dentro de la semana siguiente a la comunicación de esta sentencia: (i) deje sin

valor y efecto las determinaciones adoptadas por el Consejo Académico en sesión del 6 de septiembre de 2012, relacionadas con la anulación de los preparatorios presentados por la accionante con posterioridad al 14 de septiembre de 2011, la anulación del examen de validación de la materia “Cátedra rosarista” y la pérdida definitiva de su cupo académico; (ii) deberá desbloquear la historia académica de la estudiante e ingresar los resultados de las pruebas que el Consejo Académico anuló el 6 de septiembre de 2012; (iii) deberá informar a la demandante los requisitos académicos y administrativos que le restan para obtener el título de abogada; (iv) deberá autorizar su reingreso académico en la carrera de Jurisprudencia para el primer semestre académico que inicie con posterioridad a la comunicación de esta providencia, permitiéndole repetir la materia “Latín 1”; (v) si al finalizar el semestre la estudiante reúne las condiciones académicas y administrativas para obtener el título de abogada, la universidad deberá permitir su graduación, y (vi) en todo caso, podrá exigir el reintegro del dinero que ordenó devolverle el 6 de septiembre de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-365/15 del 16-06-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-365-15.htm>>.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. UNIVERSIDADES. DOCTORADO. REVOCACIÓN DE TÍTULO POR FALTA DE MÉRITO. MALA PRAXIS CIENTÍFICA. LEY. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN NORMATIVA. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. INTERPRETACIÓN. LIBERTAD DE EJERCICIO PROFESIONAL. INJERENCIA ESTATAL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: un estudiante de Física se doctoró en la Universidad de Constanza, en Baden-Württemberg, Alemania. Posteriormente, trabajó en un instituto de investigación en los Estados Unidos. En mayo de 2002, se estableció una comisión destinada a dirimir una acusación en su contra por mala praxis científica evidenciada en ciertas publicaciones especializadas. La comisión llegó a la conclusión de que el investigador no había archivado sistemáticamente los datos ni las muestras de los experimentos descritos. Comprobó que había manipulado y tergiversado la información y, en consecuencia, el comité de doctorado de la universidad revocó su título doctoral. El investigador impugnó esta decisión.

El Tribunal Administrativo desestimó su demanda y argumentó que quien viola gravemente los principios de la buena praxis científica, especialmente si falsea los resultados de las investigaciones, resulta “no merecedor” de ostentar un doctorado en términos de la Ley de Educación Superior de Baden-Württemberg.

El Tribunal Administrativo Federal rechazó la apelación fundado en cuestiones de derecho, ya que el Tribunal Administrativo había fundamentado adecuadamente su decisión.

El investigador, entonces, recurrió la decisión ante el Tribunal Constitucional Federal.

2. Sentencia: se rechaza el recurso de inconstitucionalidad contra las decisiones de los tribunales administrativos e, indirectamente, contra el art. 35.7 (actual 36.7) de la Ley de Educación Superior de Baden-Württemberg.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, la revocación del título de doctor por indignidad no importa una violación al principio constitucional de determinación normativa.

Una norma jurídica satisface este requisito cuando la norma y el objetivo que ella persigue brindan pautas para la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, el concepto de “merecimiento” es confuso, aunque en términos de las normas que regulan la investigación y los grados académicos puede ser definido más precisamente tomando en cuenta la naturaleza y el significado de un título académico. Una interpretación así realizada impone la aplicación de un criterio restrictivo, ya que el “merecimiento” está en relación directa con las calificaciones técnicas y científicas vinculadas a un doctorado. Por lo tanto, el comportamiento incorrecto que causa la “falta de merecimiento” se encuentra operativamente vinculado a la naturaleza y significado del grado académico.

Ha sido acertado el criterio del Tribunal Administrativo Federal al señalar, con razón, que el concepto de falta de merecimiento debe interpretarse exclusivamente en relación con la investigación y los grados académicos; y que, por ende, la revocación de un título académico no puede hacerse por actos ajenos a la ciencia e investigación.

Infringe el principio de determinación normativa fundar una decisión relativa a la falta de merecimiento en criterios que carecen de base jurídica, como la frustración de la significación social que tradicionalmente tiene el doctorado.

Las universidades carecen de la capacidad para expresar y aplicar juicios de valor fuera del área de investigación y de los grados académicos.

La injerencia en la libertad de ejercicio de la profesión (art. 12.1.1 de la Ley Fundamental –LF–) y la libertad científica (art. 5.3.1 LF) del recurrente resultan proporcionadas. Las conclusiones del Tribunal Administrativo Federal son inobjectables.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 3353/13, sentencia del 3-9-2014, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/09/rk20140903_1bvr335313.html>.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. **UNIVERSIDADES.** FUSIÓN. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. **LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.** **LIBERTAD DE ENSEÑANZA.** **LIBERTAD ACADÉMICA.** **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIALES. POLÍTICA LEGISLATIVA. DISCRECIONALIDAD DEL LEGISLADOR. LÍMITES (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: la ley del *Land* para promover el desarrollo de la región de la Universidad de Lausitz del 11 de febrero de 2013 fusionó la Universidad Técnica de Brandenburgo Cottbus con la Escuela Técnica de Lausitz en la Universidad Técnica de Brandenburgo Cottbus-Senftenberg. Entre otros aspectos, la ley regula la administración interina de la universidad hasta la designación de un primer presidente, así como la composición de los nuevos órganos centrales de administración autónomos. La ley entró en vigencia el 1° de julio de 2013, tras lo cual el Ministerio de Educación y Ciencia del *Land* nombró a un miembro fundador para que administrara la recientemente fundada universidad hasta el 15 de julio de 2014, fecha en que se designó al nuevo presidente. La conformación del rectorado académico se constituyó el 20 de noviembre de 2013.

Los recurrentes son departamentos y profesores de la ex Universidad Cottbus. Por orden del 27 de junio de 2013, la Tercera Sala del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán rechazó la solicitud formulada por tales departamentos para que se dictara una medida cautelar que impidiera la entrada en vigencia de la ley que fusionaba ambas universidades.

2. Sentencia: se hace lugar parcialmente a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la fusión de la Universidad Técnica de Cottbus y la Escuela Técnica de Lausitz en la Universidad Técnica de Brandenburgo Cottbus-Senftenberg. La administración provisoria del nuevo establecimiento educativo por un miembro fundador designado por el Ministerio de Educación y Ciencia viola la libertad de investigación y de enseñanza garantizada por el art. 5, inc. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental (LF) en la medida en que la legislatura no determinó *per se* el régimen legal en la materia.

El recurso interpuesto por los departamentos no se halla debidamente fundado, en tanto que aquel interpuesto por los profesores se encuentra parcialmente bien fundado.

2.1. En primer lugar, no se hallan objeciones constitucionales a la ley.

El derecho fundamental a la libertad de investigación científica y de enseñanza, plasmado en el art. 5.3.1 LF, no otorga ningún derecho de participación especial a universidades, departamentos o académicos en el proceso legislativo relativo a la fusión de dos establecimientos educativos de nivel superior. El procedimiento legislativo, que incluye el debate público, permite oír a todas las partes involucradas, especialmente dando participación a la oposición y permitiendo la cobertura de los medios periodísticos. La protección de la libertad de investigación científica y de enseñanza no tiene otras exigencias procesales

en el trámite legislativo. Por otra parte, tanto el público como las universidades han mantenido extensos debates previos a la fusión. Las universidades también participaron en el proceso legislativo, comentaron el anteproyecto de ley e incluso hicieron declaraciones en las audiencias legislativas. En conjunto, no puede afirmarse fundadamente que la ley las haya sorprendido.

La pretensión de que la ley impugnada ha carecido de motivación suficiente para su sanción resulta infundada. Principalmente, no existen exigencias constitucionales vinculadas a los fundamentos por los cuales una ley es aprobada, dado que la Constitución trata en todo caso los resultados de un proceso legislativo.

2.2. La ley impugnada no viola ningún derecho fundamental de los departamentos universitarios. El art. 5.3.1 LF no otorga un derecho a la existencia a instituciones académicas específicas. Para garantizar la libertad de investigación científica y la enseñanza, el Estado solo debe proveer instituciones que funcionen y que permitan realizar trabajo académico libre en las universidades. Por lo tanto, el legislador estaba facultado para decidir fusionar una universidad y una escuela técnica. Goza de discrecionalidad para evaluar y decidir si resultan apropiadas estas nuevas estructuras organizativas. Esta discrecionalidad está determinada y limitada por el derecho a la libertad de investigación científica y de enseñanza garantizada por el art. 5.3.1 LF. Sin embargo, este Tribunal Constitucional Federal no revisa si el legislador, al tomar una decisión relativa a la estructura de la organización universitaria, ha encontrado la solución más conveniente, razonable o equitativa.

2.3. La administración transitoria de la Universidad Cottbus-Senftenberg por parte de un miembro fundador designado por el Ministerio de Educación y Ciencia del *Land* es inconstitucional en términos del art. 5.3.1 LF. En particular, el Ministerio no estaba facultado para dictar un estatuto universitario provisorio que otorgue al comisionado atribuciones académicas relevantes sin imponerle restricciones legales específicas.

La administración de una institución de educación superior instalada y constituida por el Estado es contraria a la idea de auto-responsabilidad académica y al consecuente principio de autonomía universitaria. Por lo tanto, solo en casos excepcionales y bajo estrictas condiciones la discrecionalidad de la legislatura para reglamentar la libertad de investigación y de enseñanza permite la creación de una administración semejante. A diferencia del proceso de fundación de una nueva universidad, la fusión une instituciones académicas ya existentes. En este caso, es posible utilizar los órganos de administración y auto-gestión existentes que han sido constituidos cumpliendo con las exigencias de participación del art. 5.3.1 LF, a fin de tomar las medidas necesarias para implementar las decisiones del legislador relativas a la política de educación superior. En el caso de una fusión, es por lo tanto función del legislador proteger en la medida de sus posibilidades los derechos de participación de los académicos. Puede, por ejemplo, establecer los requisitos para la elección de la nueva administración destinada a dirigir la nueva

organización sin designarla en el *interim*, o puede exigir a los órganos existentes que adopten las medidas necesarias para implementar su decisión dentro de un determinado marco temporal. Incluso los gremios existentes pueden exponer sus requisitos.

Distinto sería el caso si el Estado pudiera demostrar que ello generaría un grave riesgo para el proceso de fusión de las universidades. Si no existe ninguna otra forma de evitar un grave trastorno en la labor de investigación y de enseñanza, y si las herramientas de supervisión estatal fallan, incluso puede estar justificada la designación de un comisionado estatal interino en forma excepcional. Sin embargo, las opiniones desiguales en relación con la política de educación superior e incluso la protesta contra una decisión sobre educación superior no justifican el desvío del principio de la autonomía universitaria.

Cuanto más prolongada sea la intervención de una administración estatal en el proceso de fusión de dos instituciones académicas que continúen por ello funcionando sin un órgano autónomo, menos probable es que se satisfagan las exigencias de la Ley Fundamental, si esta fase no está limitada a lo estrictamente necesario y si sus atribuciones no se limitan a decisiones que son solo revocables en situaciones excepcionales.

En el caso en análisis, los derechos de participación de los titulares de derechos fundamentales fueron completamente suspendidos por un período de cinco meses a partir de julio de 2013, hasta que comenzó a funcionar la nueva administración en noviembre del mismo año. Como resultado de ello, los académicos carecieron completamente de la posibilidad de participar en el nombramiento o en el rechazo de la administración interina, así como de participar institucionalmente en la toma de decisiones. Esto tiene especial importancia cuando se trata de decisiones estratégicas tomadas en una fase constitutiva de la reorganización, amplias y difícilmente reversibles. La libertad académica es más estructuralmente vulnerable si durante esta delicada fase uno de los órganos de gestión es autorizado a actuar sin la participación de quienes tienen libertad académica, lo que le permitiría, por lo tanto, actuar en contra de sus intereses. Incluso durante la transición provocada por una fusión, los académicos deben tener la oportunidad de compartir sus habilidades profesionales estando representados en los órganos de la universidad. Sin embargo, en el período posterior a la fusión, entre noviembre de 2013 hasta julio de 2014, no hubo tal representación en la Universidad de Cottbus-Senftenberg. Aunque la gestión académica inaugural se constituyó en noviembre y gozó de amplios derechos de información, tuvo menos atribuciones para participar en la toma de decisiones por parte del comisionado fundador que las que tuvo el presidente designado posteriormente.

Sin embargo, la determinación de si el nombramiento efectuado por el gobierno del *Land* cumple con los requisitos constitucionales puede quedar sin resolver, puesto que el art. 8.2.2 de la ley impugnada no cumple con los requisitos de la Ley Fundamental en ningún supuesto porque la legislatura no determina *per se* las reglas que resultan esenciales para proteger la libertad académica cuando se designa a un comisionado. Se asignaron atribuciones académicamente relevantes

al comisionado fundador no a través de una ley, sino de una decisión transitoria adoptada a nivel universitario por el ministerio del *Land*.

Sin embargo, la composición de la administración académica inaugural en su versión amplia, en la cual los profesores de la universidad y de la escuela están representados, sí cumple con el art. 5.3.1 LF.

Al igual que sus colegas en la Universidad de Cottbus, los profesores de la Escuela Técnica pueden invocar su derecho a la libertad de investigación y enseñanza. Las diferencias entre ellos y los profesores universitarios, tales como el número de horas de cátedra, no resulta tan relevante como para que sea irrazonable que la legislatura los considere como integrantes de un mismo grupo. El argumento de la tradición tampoco requiere hacer una distinción entre universidades y escuelas técnicas, puesto que la capacidad de decisión de la legislatura no se encuentra vinculada por conceptos tradicionales. En cualquier caso, la legislatura tomó en consideración las diferencias relativas a las calificaciones académicas cuando determinó que los profesores de la universidad tienen una influencia decisiva en las decisiones que afectan directamente la labor investigativa.

Por otra parte, la circunstancia de que los profesores de la Universidad, que constituyen una mayoría numérica, estén representados en los órganos de gobierno central autárquico en igual número que los profesores de la Escuela Técnica no viola el derecho de los recurrentes a la libertad de investigación y de enseñanza. En una elección conjunta, habría sido probable que hubieran resultado electos más profesores universitarios, dado que constituyen la mayoría. Desde el comienzo, esto habría dado lugar a un predominio de la investigación y enseñanza universitarias por sobre la labor de investigación y enseñanza con orientación aplicada de una escuela técnica. Dado que la garantía de la libertad académica del art. 5.3. LF se aplica a ambas, resulta legítimo que la legislatura quiera garantizar que ambas estén igualmente representadas en ambas administraciones.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, casos 1 BvR 1501/13 y 1 BvR 1682/13, sentencia del 12-05-2015, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/bvg15-039.html>>.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. **UNIVERSIDADES.** UNIVERSIDADES PRIVADAS. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. RESTRICCIONES. **LIBERTAD ACADÉMICA. LIBERTAD DE ENSEÑANZA.** LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES. **DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN INVERSA. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA. **DERECHO ADMINISTRATIVO. AUTONOMISMO.** DIVISIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA EDUCATIVA. RESERVA DE LEY ORGÁNICA Y ORDINARIA (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados interpusieron un recurso

de inconstitucionalidad contra los arts. 27.1, 27**bis**.1 a), 34, 35, 37, 56.2 y 62, apartados 3 y 4 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU), en la redacción dada a los mismos por el artículo único de la Ley Orgánica 4/2007, que la modificó parcialmente, por violentar diversas disposiciones de la Constitución española (CE).

2. Sentencia: se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

Impugnación al art. 27.1 LOU, en la redacción dada a este por el artículo único, ap. 26, de la LOU 4/2007

Los recurrentes consideran que esta norma vulnera el derecho fundamental a la libertad de creación de centros docentes del art. 27.6 CE –en manifestación de libertad organizativa o de dirección–, al introducir restricciones en su funcionamiento que solo resultan admisibles para centros privados sostenidos con fondos públicos, por así exigirlo el art. 27.7 CE. Tampoco explica la intervención prevista en el precepto cuestionado el derecho a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE), cuyo ejercicio no exige un modelo de organización gestor o autogestor, como vendría a ser este. Además, propiciar la presencia equilibrada entre hombres y mujeres en los órganos de gobierno de las universidades privadas se advierte como una imposición que puede resultar contraria al principio de mérito y capacidad y, con ello, al derecho a la igualdad del art. 14 CE.

En cuanto a la naturaleza y contenido esencial del derecho a la libertad de creación de centros docentes del art. 27.6 CE, este Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas físicas y jurídicas la libertad de crearlos, dentro del respeto a los principios constitucionales.

En lo que respecta a su naturaleza, ha precisado que el derecho del titular del centro no es absoluto, sino sujeto a límites, quedando siempre a salvo, de acuerdo con el art. 53.1 de la CE, su contenido esencial; también que “[S]i bien caben, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría de dejar a salvo el contenido esencial del mismo ... Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 CE, para el caso de Centros que reciben ayuda de poderes públicos –a través de la financiación total o parcial de la actividad–, al disponer que ‘los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca’ con lo que, a salvo lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros”. Por ello, el derecho fundamental del art. 27.6 CE, que no distingue en función del nivel educativo y, por tanto, ampara la creación de universidades tanto públicas como privadas, no es un derecho absoluto, sino que el legislador puede actuar regulando las condiciones de su ejercicio, siempre y cuando respete su contenido esencial. El propio art. 27 CE contiene dos de esas limitaciones, las de los apartados 7 (al que se refiere la demanda) y 9; pero ambas no agotan las posibilidades de modulación en el funcionamiento del centro docente,

público o privado; sin olvidar, por otra parte, que la libertad de creación referida ha de enmarcarse siempre “dentro del respeto a los principios constitucionales” (art. 27.6 CE). Debe tenerse en cuenta además que todas las universidades públicas y privadas realizan un “servicio público de educación superior” a través de las funciones que les asigna la LOU en su art. 1.2: la “creación, desarrollo, transmisión y crítica” de la ciencia, la técnica y la cultura, así como la preparación para el ejercicio de actividades profesionales; funciones todas que han de prestar siempre “al servicio de la sociedad”. Ello explica también que la ley de reconocimiento de las universidades privadas (exigida por el art. 4.1 LOU) venga precedida por la fijación por el Gobierno estatal de los requisitos básicos necesarios para la creación y reconocimiento de las universidades públicas y privadas ... siendo, en todo caso, necesaria para universidades públicas y privadas la autorización que, para el comienzo de sus actividades, otorgan las Comunidades Autónomas una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos normativamente establecidos (art. 4.4 LOU)”. El control del Estado no se agota únicamente en ese acto inicial de reconocimiento, sino que se proyecta también en su funcionamiento, como sucede con los preceptos de la LOU que ahora se enjuician.

Sobre el contenido esencial del derecho fundamental del art. 27.6 CE, este Tribunal Constitucional ya ha señalado que el mismo resulta predicable también “de los titulares de Centros docentes privados a la dirección de los mismos”; constituye expresión del “derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos Centros” (públicos o privados); y ofrece un carácter dinámico porque “el acto de creación o fundación de un Centro no se agota en sí mismo, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que se traduce en una potestad de dirección del titular”.

No se aprecia que las exigencias incorporadas por el art. 27.1 LOU/2007 entrañen conculcación del derecho a la libertad organizativa de los titulares de universidades privadas: a) la del primer inciso, al disponer que las normas de organización y funcionamiento de cada universidad preverán la representación de los diferentes sectores de la comunidad universitaria en sus órganos de gobierno y representación, aparece como una regla inclusiva que beneficia a todos sin distinción y que, precisamente por ello, tiene por finalidad evitar actos de discriminación o en su caso la imposición de decisiones que puedan afectar a cualquiera de esos colectivos (profesores, alumnos, personal de administración y servicio, etc.), sin contar con su parecer ni permitir expresarse en el proceso de toma de decisiones dentro de tales órganos. Se adopta en este aspecto el mismo modelo que rige para las universidades públicas conforme al art. 13 LOU (en la redacción dada a este último por el art. único, 10, de la Ley Orgánica 4/2007), sin que quepa encontrar motivos que justifiquen su no aplicabilidad a centros de titularidad privada; b) el segundo inciso refiere la necesidad de que dicha participación adecuada de todos los sectores “propicie la presencia equilibrada entre mujeres y hombres”. Con esta medida, el legislador traslada a este ámbito de la educación universitaria el principio que la Ley Orgánica 3/2007, la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y lo incorpora como parámetro de actuación tanto en el sector público, incluyendo el educativo en todos sus niveles [art. 24.2 *d*]);

como en el sector privado [arts. 50.4; 75]. De acuerdo con su disposición adicional primera: “A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”. Este Tribunal Constitucional anteriormente ha declarado que “[e]stas previsiones no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría [...], sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados”. En este caso, lo que se pretende es corregir la situación de desigualdad histórica de la mujer en la toma de decisiones dentro de los órganos de gobierno y representación de las instituciones universitarias, sin que se justifique excluir de esta medida a las universidades privadas. El dispositivo indica que las normas de organización de estas tienen que “propiciar” la composición equilibrada entre mujeres y hombres, lo que presupone lógicamente que dentro del correspondiente colectivo exista un número de mujeres y hombres suficiente como para permitir la efectividad de la medida. Cumplido este presupuesto, queda a criterio de cada universidad, a falta de una indicación concreta en la LOU sobre el concreto porcentaje de equilibrio que debe alcanzarse, decidir si toman como referencia el que contiene la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 antes indicado (porcentaje que, ahí se señala, es vinculante “a los efectos de esta ley”) u otro más cercano a la paridad. El objetivo así trazado no quiebra la igualdad; tampoco los principios de mérito y capacidad que alega la demanda, pues dejando aparte que estos se recogen en el art. 103.3 CE para el acceso –y promoción– en la función pública, lo cierto es que el artículo cuestionado no hace desprecio de esas cualidades, que han de darse por cumplidas en quienes entran a formar parte de los órganos de gobierno y representación; es decir, “operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras”; c) el tercero y cuarto incisos del art. 27.1 LOU según la Ley Orgánica 4/2007 garantizan que el personal docente e investigador tenga una participación efectiva en determinados aspectos del funcionamiento de las universidades privadas, por un lado, porque las decisiones “de naturaleza estrictamente académica” han de adoptarse en órganos donde aquellos tengan una representación mayoritaria; y por otro lado, porque, en todo caso, han de ser “oídos” en el nombramiento del Rector. Este Tribunal Constitucional no percibe la incidencia que tal previsión puede tener con el ejercicio de la libertad de creación y funcionamiento de centros docentes (art. 27.6 CE), bajo la que se ha articulado esta primera queja de inconstitucionalidad del recurso, dado que no se defiende siquiera que deba ser el titular del centro quien adopte las decisiones “estrictamente académicas” o que elija a la máxima autoridad a espaldas de la comunidad universitaria. Quienes están en mejor condición de ponderar las causas y las consecuencias que puede deparar cada una de las medidas que se tomen en el ámbito “estrictamente académico” son quienes imparten clases en

la universidad, así como el personal investigador, aunque no sea docente, por lo que su representación en los órganos de decisión se encuentra plenamente justificada. Esta exigencia sirve al principio de libertad académica que la propia LOU garantiza para las universidades privadas, “manifestada en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio” (art. 6.5), en orden a la mejor prestación del “servicio público de educación superior”. Por último, en cuanto a la regla de que deba ser “oído” el personal docente e investigador en el nombramiento del Rector, solo cabe indicar que se trata de un precepto que en modo alguno condiciona dicho nombramiento al establecerse simplemente la necesidad de una previa audiencia cuyo resultado no tiene carácter vinculante.

Con arreglo a lo expuesto, ha de concluirse que el art. 27.1 LOU, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, no vulnera el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) como tampoco el derecho fundamental a la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE).

Impugnación al art. 27bis.1 a), introducido por el artículo único, apartado 27, de la LOU 4/2007, que reformuló el título IV LOU referido a la “coordinación universitaria”

Los recurrentes sostienen que la creada Conferencia General de Política Universitaria asume competencias resolutorias que exceden aquellas de naturaleza consultiva que le serían propias, sustrayendo competencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas, al tener como función “establecer las líneas generales de política universitaria”.

La Conferencia General de Política Universitaria pertenece al género de las “conferencias sectoriales”, teniendo como precedentes al Consejo de Universidades, regulado en el art. 24 de la Ley 11/1983 de Reforma Universitaria (LORU), y al Consejo de Coordinación Universitaria, cuyas atribuciones preveía el art. 28 de la Ley Orgánica 6/2001 en su redacción original. Este Tribunal Constitucional (en STC 223/2012) ha señalado que se trata de un órgano que realiza funciones de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con las competencias que cada uno tiene en el ámbito de la enseñanza universitaria. Conforme con nuestra doctrina sobre la competencia estatal de coordinación, en el ejercicio de esta, la Conferencia General no puede incurrir en una “sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma” (STC 27/1987 y 194/2004), debiendo servir únicamente de “órgano de encuentro para el examen de problemas comunes y para la discusión de las oportunas líneas de acción” (STC 76/1983 y 137/2013). Con la misma limitación deben entenderse las funciones de cooperación que a aquella le asigna el propio art. 27 bis. 1, LOU/2007; es decir, no resulta posible la invasión de competencias ajenas, siendo su fin exclusivo el de “optimizar el ejercicio de las competencias de las distintas Administraciones con el fin de evitar la dispersión de esfuerzos, pero garantizando los diferentes ámbitos competenciales”.

Ciertamente, una lectura literal del apartado a) del art. 27bis.1 (“establecer ... las líneas generales de política universitaria”) no permite descartar

de plano las objeciones planteadas por la demanda; primero, por la etimología de la palabra “establecer” –que reviste sentido decisorio–; y segundo, porque la génesis parlamentaria de la norma revela que se pretendía dotar a la Conferencia General de una “capacidad de decisión política real”. Pese a ello, las dudas de constitucionalidad se disipan atendiendo a la naturaleza del órgano sobre el que se atribuye la función. Por un lado, una interpretación sistemática del precepto cuestionado, en relación con los restantes apartados del art. 27 *bis.1*, y los demás artículos de la LOU que otorgan funciones consultivas a dicho organismo, permite deducir que la citada Conferencia General de Política Universitaria puede establecer propuestas sobre las líneas generales de la política universitaria, además de “valorar” las que ya existen (competencia esta no discutida), su articulación en el espacio europeo de educación superior y su interrelación con las políticas de investigación científica y tecnológica. Pero siempre la decisión en esas materias corre a cargo del titular de la competencia de que se trate, pues de otro modo no estaríamos entonces ante un órgano de coordinación y cooperación, tal y como está configurado en dicha Ley Orgánica.

En relación con el Espacio Europeo de Educación Superior, el entendimiento de un poder decisorio de la Conferencia General pugnaría con la naturaleza de la regulación que la propia LOU lleva a cabo en el Título XIII (“espacio europeo de enseñanza superior”), arts. 87 a 89 *bis*, en los que se hace cumplida reserva de las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Universidades, y donde a la Conferencia General de Política Universitaria no se le atribuye específicamente función alguna, sin perjuicio de que pueda requerírsele la emisión de informes no vinculantes, conforme a lo previsto en el art. 27 *bis.1 a*).

Ha de concluirse, por tanto, que el art. 27 *bis.1 a*) LOU, introducido por la Ley Orgánica 4/2007, no es inconstitucional por vulneración del marco de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Impugnación a los arts. 34, 35 y 37 LOU, con el contenido que da a los mismos el artículo único, apartados 30, 31 y 33, respectivamente, de la LOU 4/2007

Los recurrentes sostienen que esos tres dispositivos infringen la reserva de ley orgánica (arts. 53.1 y 81.1 CE) en cuanto a los derechos fundamentales a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), creación de centros docentes (art. 27.6 CE), autonomía universitaria (art. 27.10 CE) y libertad de cátedra (art. 20.1 *c*) CE); también, la reserva de ley ordinaria de los arts. 35 y 36 CE, igualmente relevantes en este ámbito. Entienden que tal vulneración se produce por confiar a normas reglamentarias las directrices y condiciones para la obtención de los títulos oficiales (arts. 34 y 35 LOU/2007), así como el contenido de las enseñanzas conducentes a esos títulos (art. 37 LOU/2007), pues en este último caso la ley se limita a prever la existencia de tres ciclos académicos, grado, máster y doctorado, sin ninguna otra especificación. La queja se centra en la escueta mención en la ley a los dos primeros grados, pues la demanda reconoce que el art. 38 LOU, también reformado por la LOU 4/2007, satisface el mínimo de regulación legal respecto del doctorado, por lo que queda fuera de su impugnación.

La demanda ataca una eventual deslegalización en las materias recogidas en los arts. 34, 35 y 37 LOU/2007 (títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional, enseñanzas de los diversos grados), en la medida en que se considera que conciernen a vertientes del derecho fundamental a la libertad de educación del art. 27 CE, especialmente el derecho a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE), puesto en relación con el derecho a la libertad de cátedra del art. 20.1 c) CE.

Este Tribunal Constitucional tiene una doctrina reiterada sobre el derecho a la autonomía universitaria y su interrelación con otros derechos subjetivos del art. 27 CE (STC 26/1987, STC 55/1989, STC 106/1990, STC 156/1994, STC 183/2011, entre otros), afirmando que la autonomía universitaria se reconoce “en los términos que la ley establezca”, lo que significa que es un derecho de estricta configuración legal, que encuentra su razón de ser en la protección de la libertad académica –libertad de enseñanza, estudio e investigación, frente a todo tipo de injerencias externas–, de manera que la libertad de ciencia quede garantizada tanto en su dimensión individual –constituida por la libertad de cátedra– como institucional relativa a cada universidad en particular.

Así, la incidencia de las normas impugnadas en el ejercicio de la autonomía universitaria ofrece una consideración distinta: en primer lugar, sobre la facultad de “elaboración y aprobación de planes de estudio e investigación y de enseñanzas específicas de formación a lo largo de toda la vida” (art. 2.2 d) LOU), al tratarse de la regulación de las directrices generales dictadas por el Estado, sobre cuya base a su vez se elaboran los planes en cada universidad, la afectación del derecho fundamental del art. 27.10 CE ofrece una “menor intensidad”. Tales directrices no fijan “el bagaje de conocimientos que debe contener cada título, sino la arquitectura o armazón de todos los títulos que los hace reconocibles, con independencia de sus concretos contenidos, como títulos oficiales válidos en toda España, directrices sobre aspectos de los planes de estudio no vinculados estrechamente a las libertades académicas ni, por tanto, al derecho a la autonomía universitaria. Por ello, basta con que las directrices gubernativas reconozcan un margen suficiente de opción o autorregulación a cada universidad para excluir toda objeción de inconstitucionalidad.

Cabe apreciar una mayor incidencia de las normas impugnadas en la potestad de las universidades para la “expedición de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional y de sus diplomas y títulos propios” (art. 2.2 g) LOU), especialmente si se considera el término “expedición” como todo el procedimiento previo para su aprobación. En ese sentido, la LOU 4/2007 ha traído consigo una reforma importante del sistema al cambiar el procedimiento.

Por tanto, al existir un grado cierto de implicación de los preceptos impugnados con la autonomía universitaria y los demás derechos fundamentales que la doctrina anuda al ejercicio de esta, resulta pertinente resolver si se ha producido la conculcación del principio de reserva de ley orgánica. Este Tribunal Constitucional ha fijado doctrina acerca de si el principio de reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81.1 en relación con el art. 53.1 CE) puede cumplirse mediante remisiones de la ley orgánica al

reglamento, en concreto por parte de la LOU 2001, contestando a ello de manera afirmativa. No cabe apreciar la deslegalización indebida que se predica.

Siguiendo con el orden de los preceptos atacados, la primera referencia ha de hacerse a los arts. 34 y 35, relativos a los títulos universitarios oficiales con validez en todo el territorio nacional. La Ley Orgánica 4/2007 cambia el modelo de aprobación de los títulos oficiales, competencia que si bien sigue siendo exclusiva del Estado en virtud del art. 149.1.30 CE, se abre a la participación de otras entidades en las fases previas, al pasarse de un catálogo cerrado de enseñanzas y títulos a otro abierto en el que existen tantos títulos como planes de estudios impartidos por cada universidad, y que han superado los controles previstos en los actuales arts. 34 y 35 LOU. La fase última de la expedición del título, no cuestionada en el recurso, corresponde desde la LOU 2001 al rector de cada Universidad, actuando en nombre del Rey.

El art. art. 35 LOU según la LOU 4/2007 contempla las fases y órganos de intervención, que parten de la iniciativa de cada universidad al presentar el respectivo plan de estudios conducente a ese título; la autorización de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca; la verificación por el Consejo de Universidades de que el plan de estudios se adecúa a las directrices generales dictadas por el Gobierno y, de estar todo conforme, la aprobación del título en Consejo de Ministros, ordenando su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos, organismo dependiente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, creado por la disposición adicional vigésima LOU y cuyo funcionamiento regula actualmente el Real Decreto 1509/2008. De acuerdo con este nuevo sistema, cuyo acierto y oportunidad desde la óptica de la política universitaria no nos corresponde aquí enjuiciar, las normas citadas no merecen reproche, pues fijan los requisitos esenciales para el establecimiento de los títulos oficiales y con validez en el territorio nacional, dejando a los diversos entes implicados la competencia para ordenar los aspectos procedimentales de las respectivas fases de tramitación.

Por lo que atañe a su denominación, es cierto que el art. 37 LOU mencionaba al menos las principales clases, en función de los estudios universitarios cursados (distinguía, así, entre diplomado universitario, arquitecto técnico, ingeniero técnico, licenciado, arquitecto, ingeniero y doctor); algo que no hacen ninguno de los tres preceptos aquí impugnados (arts. 34, 35 y 37 LOU/2007). Sin embargo, el art. 37 LOU según la LOU 4/2007 prevé que la superación de los tres ciclos en que se estructuran ahora las enseñanzas universitarias, grado, máster y doctorado, permite obtener los títulos oficiales “correspondientes”. Así, el legislador vincula la denominación de cada título con la del grado universitario cuya superación se acredita, de manera similar a como se preveía antes, aunque no añada tales denominaciones. Ciertamente, cada tipo de título no se completa con la denominación de las enseñanzas que acredita, pero dado el catálogo abierto de estas, no es posible pretender encerrar en una norma un listado de esos títulos que necesariamente tiene vocación de renovación periódica y ampliación permanente, entre otras razones, porque los planes de estudios conducentes a ellos han de someterse a una evaluación

periódica (“renovación de la acreditación”), pasado un tiempo tras implantarse (art. 24 del Real Decreto 1393/2007).

En cuanto a la ordenación de la enseñanza universitaria en el art. 37 LOU según la Ley Orgánica 4/2007, la demanda considera insuficientes las indicaciones contenidas en el precepto, al establecer este que se estructurarán “en tres ciclos: Grado, Máster y Doctorado”. Dicha norma presenta la novedad de que incorpora la denominación de los ciclos, siguiendo en ese punto las directrices de la Declaración de Bolonia para la armonización de los estudios entre los países del Espacio Europeo de Educación Superior, correspondiendo a los de: grado, máster y doctorado; y nada más dice respecto de ellos la norma. Nada impedía al legislador haber introducido alguna definición sobre el contenido del grado y el máster, al modo del art. 38 para el doctorado. Aun así, es forzoso entender que esas definiciones adolecerían siempre de un alto nivel de abstracción y síntesis, porque se trata de categorizar, no de detallar, tales grados de enseñanza. Además, que se prevea que los tres ciclos son sucesivos y que el último de ellos, el doctorado, es sede de la “formación investigadora dentro de un ámbito del conocimiento científico, técnico, humanístico o artístico” (art. 38) permite colegir que los dos anteriores tienen como propósito suministrar al alumno los conocimientos y aptitudes necesarios sobre todo de carácter general, con paulatina especialización en el segundo de ellos, tal como siempre se han conformado los grados y así sigue siendo. A tales efectos, el uso de la vía reglamentaria para ordenar *in extenso* las enseñanzas de cada ciclo no puede concebirse sino como necesaria colaboración con la ley orgánica, en ámbitos que requieren de una regulación de detalle, en paralelo con su flexibilidad y adecuación continua.

Este es el papel que cumple el Real Decreto 1393/2007, por el que se establece la ordenación de la enseñanza universitaria oficial, al establecer aspectos tales como el sistema de medida de los estudios a través del llamado “crédito europeo ECTS” (*European Credit Transfer and Accumulation System*, en inglés), introducido por el Real Decreto 1125/2003 como elemento integrador del Espacio Europeo de Educación Superior y clave para la movilidad de estudiantes y profesionales dentro de dicho espacio; las directrices sobre las ramas de conocimiento dentro del grado; sistemas de evaluación, etc. No existen razones suficientes para sostener que se produce una auténtica deslegalización de la reserva de ley orgánica, conforme a nuestra doctrina. El intento de la demanda por comparar esta normativa con la contenida en la LOU 2/2006 carece de objeto, aunque en esta última se contemple también la enseñanza de educación superior (art. 3.5), pero que no es universitaria.

Finalmente, tampoco cabe deducir que los tres preceptos impugnados (arts. 34, 35 y 37 según la LOU 4/2007) vulneren el principio de reserva de ley predicable de los arts. 35 y 36 CE, este último para el ejercicio de profesiones tituladas. Respecto del primero de ellos, del que hemos precisado que “el derecho constitucionalmente garantizado en el art. 35.1 CE no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión y oficio” (STC 83/1984), no se entiende desde qué perspectiva podría menoscabar el ejercicio de ese derecho de libertad la regulación contenida en el artículo impugnado acerca de los grados

que integran las enseñanzas universitarias y el procedimiento para la aprobación y expedición de los correspondientes títulos; ni en qué afecta al mandato constitucional de que una ley regule el “estatuto de los trabajadores” (art. 35.2). Otro tanto sucede con el art. 36 CE y la reserva de ley para regular el ejercicio de profesiones tituladas. Conviene traer a colación nuestra reciente STC 170/2014, por la que declaramos que el concepto de profesión titulada del art. 36 CE, directamente conectada por cierto con la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.30 CE, no necesariamente exige la acreditación para su ejercicio solamente de estudios universitarios, pudiendo ser necesaria “una formación complementaria que acredite la capacitación para ejercer la profesión para cuyo ejercicio habilita el título”, de manera que tengan cabida “títulos profesionales no académicos”. Los títulos regulados por la LOU, antes y después de la LOU 4/2007, surten efectos académicos, pero solo habilitan para el ejercicio de una profesión en los supuestos en que así lo establezca la ley reguladora de esta. En dicha sentencia, además, hemos recordado el alcance de la reserva de ley enunciada en el mencionado art. 36 CE, reserva que ni siquiera obliga a una ordenación de todas las profesiones, sino que “lo único que está estableciendo es que es el legislador quien debe determinar ‘qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados, la incorporación a un Colegio Profesional, así como la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional’”.

Parece claro, entonces, que el objeto de las tres disposiciones cuestionadas no influye en la actividad del legislador en esta materia, ni interfiere o modula la posibilidad de desarrollo por normas reglamentarias, pues se sitúa en un estadio previo, el de la formación universitaria necesaria para acceder, en su caso, al ejercicio de la profesión así regulada.

Como conclusión, se desestima este motivo del recurso y declaramos que los arts. 34, 35 y 37 LOU, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, no son contrarios al principio de reserva de ley orgánica para regular el ejercicio de derechos fundamentales (arts. 53.1 y 81.1 CE), como tampoco contrarios al derecho a la libertad del trabajo del art. 35 CE, ni conculcan la reserva de ley de los arts. 35 y 36 CE.

Impugnación a los arts. 56.2 y 62, este último en sus apartados 3 y 4, LOU, en la redacción dada a los mismos por el artículo único, apartados 59 y 64, respectivamente, de la LOU 4/2007

Los demandantes alegan que los dos preceptos incurren en motivos similares de inconstitucionalidad, pero invierte su orden para su mejor análisis al entender que el segundo de ellos, el art. 62, reúne con mayor claridad los defectos que se objetan, y que el art. 56 es un ejemplo más de ellos. Afirman que el art. 62 LOU según la LOU 4/2007 desconoce la competencia del Estado para regular el acceso y selección del profesorado universitario, materia en la que, por tratarse de funcionarios del Estado, tiene atribuida no solamente la fijación de las bases, sino también su desarrollo legislativo. Se desconoce que la regulación de dicho

acceso ha de producirse siempre en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y con respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). El artículo cuestionado confía aspectos esenciales del proceso de acceso a las propias universidades, tanto en lo que se refiere a la composición de las comisiones que han de juzgar los correspondientes concursos, como a la naturaleza (concurso de méritos) y el contenido de las pruebas, de las que dicho precepto regula apenas elementos indeterminados. Como consecuencia, también, se infringe la reserva de ley que imponen los arts. 53.1 y 81.1 CE, al afectar derechos fundamentales (libertad de cátedra, art. 20.1 c) CE, y de enseñanza, art. 27.1 CE), así como el art. 103.3 CE respecto de los principios que consagra. Se añade que el mandato incluido en el art. 62.3 LOU según la LOU 4/2007, para que en la integración de las comisiones de selección se procure una composición equilibrada entre mujeres y hombres, puede resultar contrario al derecho de igualdad en el acceso a la función pública, si se entiende esta expresión como exigencia de paridad. Respecto del art. 56, sostienen similar vaciamiento de las competencias legislativas del Estado, aunque no ya en favor de las universidades, sino de las Comunidades Autónomas, esto, además, con vulneración del derecho a la igualdad de los arts. 14 y 23.2, en relación con los principios del art. 103.3 CE.

Este Tribunal Constitucional no considera justificado invertir el orden de análisis de los preceptos; por ello, se analiza en el propio orden que marca la ley.

En lo tocante, entonces, al art. 56.2 LOU, en la redacción dada al mismo por la LOU 4/2007, han de considerarse acertadas las premisas de doctrina constitucional sobre las que el recurso levanta su impugnación, pero no las conclusiones que alcanza al interpretar la letra del precepto. Este Tribunal Constitucional ha declarado, en relación con el art. 149.1.18 CE, que es competencia exclusiva del Estado la fijación de las “bases” del régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, pudiendo asumir las Comunidades Autónomas competencia en el desarrollo legislativo y ejecución de dicho régimen, así como también hemos enunciado un catálogo de aquellos ámbitos a los que, como mínimo, han de referirse tales bases: “a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración”. También hemos indicado que es al Estado al que compete agotar la regulación

de su régimen jurídico, sin que entre en juego la distinción bases-desarrollo, y así hemos declarado que los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios no son funcionarios de la Comunidad Autónoma o de su Administración local; que si bien inicialmente son funcionarios de la universidad para la que son nombrados, ello no impide su traslado a otras universidades mediante los concursos de mérito regulados por la ley, y esta condición de funcionarios interuniversitarios o comunicables entre las diferentes universidades justifica la aplicación al caso de las competencias exclusivas del Estado que se determinan en el art. 149.1.1 y, especialmente, en el art. 149.1.18 CE (STC 26/1987 y 146/1989).

La aplicación de la doctrina de referencia conduce a desestimar la queja de inconstitucionalidad. El fundamento de esta es que los recurrentes consideran que el tenor actual del mencionado art. 56.2 determina que el Estado ha limitado impropiamente su capacidad normativa a la sola fijación de las bases, dejando a las Comunidades Autónomas su desarrollo, lo que contraría la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional.

No puede compartirse esta exégesis del precepto cuestionado. El art. 56 LOU es una disposición general que preside la regulación dedicada a los cuerpos docentes universitarios; tiene un apartado primero, no modificado por la LOU 4/2007, donde se establecen dichos cuerpos: catedráticos de universidad y profesores titulares de universidad; y un apartado segundo –el aquí controvertido–, que informa cuál es el marco regulador del régimen funcional: uno de carácter básico y otro de desarrollo. No consideramos que las modificaciones introducidas por la LOU 4/2007 alteren el sistema competencial, tal como postula la demanda: en primer lugar, porque calificarse la propia LOU en este precepto como una legislación básica (“las bases establecidas en esta Ley”) no es incorrecto y expresa el ejercicio por el Estado del título competencial del art. 149.1.18 CE; en segundo lugar, porque el que el precepto silencie (pues en ningún momento niega) la competencia del propio Estado para dictar “disposiciones de desarrollo” de la LOU, aparte de mostrar una defectuosa técnica legislativa, no produce el efecto jurídico que los recurrentes denuncian, puesto que sigue rigiendo para todos los ámbitos regulados en la citada ley lo establecido en su disposición final tercera, titulada: “habilitación para el desarrollo reglamentario”, donde se establece que: “corresponde al Gobierno y a las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente ley”. En su cumplimiento, el Estado ha dictado diversos reglamentos, entre los cuales se encuentran, en lo que aquí interesa, aquellos que se citan en la presente sentencia relativas al profesorado universitario.

Finalmente, la alusión en el artículo cuestionado a las normas de las Comunidades Autónomas y a los estatutos de las universidades se formula, según textualmente aparece en dicho apartado segundo, “en virtud de sus competencias”, reserva esta que descarta que se esté produciendo una renuncia de las que corresponden al Estado en favor de aquellas otras entidades, dejando a las normas específicas la fijación de las correspondientes atribuciones. Serán eventualmente estas últimas, por tanto, y no el art. 56.2, las que podrían adolecer de inconstitucionalidad por la causa que se alega.

Con arreglo a las consideraciones que anteceden, declaramos que el art. 56.2 LOU, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, no es inconstitucional por vulnerar el art. 149.1.18 CE, en cuanto a la competencia del Estado para regular el régimen del profesorado universitario funcionario.

Respecto del art. 62, apartados 3 y 4 LOU, según la LOU 4/2007, relativos a la celebración de la fase de concurso en las universidades, sostienen los recurrentes que se han desconocido los mandatos constitucionales de uniformidad e igualdad en el acceso a la condición de funcionarios (art. 23.2 CE) y sujeción a los principios de mérito y capacidad (*ex* art. 103.3 CE), vulnerándose asimismo la reserva legal orgánica del art. 81.1 CE y la del citado art. 103.3 CE. Las críticas se proyectan tanto respecto de la composición de las comisiones que han de juzgar dichos concursos como en cuanto a las pruebas exigidas para su superación.

Se recuerda que una de las consecuencias que se derivan de la condición de funcionarios públicos de los cuerpos docentes universitarios es la exigencia de un régimen uniforme de acceso, sin incidencia en la autonomía universitaria, porque si bien inicialmente son funcionarios de la universidad para la que son nombrados, ello no impide su traslado a otras universidades mediante los concursos de mérito regulados por la ley, y esta condición de funcionarios “interuniversitarios” justifica la aplicación al caso de las competencias exclusivas del Estado que se determinan en el art. 149.1.1. y 149.1.18 CE. El acceso a la función pública docente universitaria difiere, a su vez, de la selección del personal docente e investigador contratado, lo cual sí queda comprendido dentro de la autonomía de las universidades. Sentado ello, es preciso determinar la naturaleza de los concursos: si son realmente de acceso o, por el contrario, de mera provisión de plazas entre funcionarios del cuerpo. En función de ello, será exigible o no que la norma básica del Estado, que es precisamente la que ahora se examina, contemple los aspectos esenciales de dichos concursos o estos queden a su libre fijación por las universidades.

Una de las principales innovaciones realizadas por la LOU en el sistema de acceso a los cuerpos docentes universitarios consistió en introducir como requisito previo para optar a un concurso de provisión de plaza de funcionario, siempre que la persona no perteneciera aún a dicho cuerpo, la superación de un control de evaluación de su actividad docente, investigadora y de gestión. Para ello, los interesados debían concurrir a pruebas llamadas de “habilitación” que se resolvían por comisiones especializadas previa convocatoria al efecto, con *numerus clausus* de habilitados en proporción al número de plazas vacantes. La LOU 4/2007 ha mantenido el mismo modelo, si bien suprimiendo las pruebas de habilitación, de modo que en sus arts. 57 a 60 ha venido a confiar esa fase previa de evaluación, que ahora se denomina de “acreditación”, a agencias externas, las que ya actuaban en la evaluación previa para la selección del profesorado contratado, habiendo tenido ocasión este Tribunal de declarar la constitucionalidad de esta concreta faceta de actividad de tales agencias (STC 131/2013 y 107/2014, entre otras). La regulación actual de la “acreditación” sitúa esta fase como un trámite anterior al acceso a los cuerpos docentes, sin que pueda confundirse con dicho acceso. No hay disposición alguna que reconozca al candidato que obtiene la habilitación/

acreditación, por este único hecho, la condición de funcionario del cuerpo para el que ha presentado su solicitud. La normativa de desarrollo del régimen del profesorado universitario tampoco contempla para los evaluados positivamente la adquisición de los derechos y deberes que legalmente se anudan a la posesión de la correspondiente categoría funcional; por el contrario, aquellos mantienen la situación profesional que tenían.

Así las cosas, a los concursos del art. 62 LOU pueden concurrir, según se ordena expresamente, “quienes hayan sido acreditados” (o en su día, habilitados), además de “los funcionarios y funcionarias de los Cuerpos de Profesores Titulares de Universidad y de Catedráticos de Universidad” (art. 62.2). Al garantizarse en todo caso el derecho a participar de los primeros, quienes todavía no forman parte del cuerpo al que pertenece la vacante, dichos concursos han de calificarse como auténticos concursos “de acceso”. Resulta plenamente exigible que dichos concursos se regulen de manera uniforme por el Estado, tanto en lo que atañe a los requisitos esenciales de las comisiones de selección (art. 62.3 impugnado) como al contenido de las pruebas que han de celebrarse (art. 62.4 impugnado), sin que estos aspectos puedan quedar sometidos a la libertad de cada universidad, pues no opera sobre ellos el derecho fundamental del art. 27.10 CE.

Por otra parte, conviene puntualizar el alcance del principio de reserva de ley que los recurrentes consideran vulnerado, desde la doble perspectiva de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, al estar concernido el derecho de igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 CE), y el de reserva de ley del art. 103.3 CE, en cuanto a garantizarse que aquel acceso se produzca con respeto a los principios de mérito y capacidad de los candidatos. Sobre lo primero, nos remitimos a lo dicho acerca de las relaciones entre la ley orgánica y el reglamento en la regulación de los derechos fundamentales, y la actuación, con límites, de esa colaboración reglamentaria. Y respecto a lo segundo, lo que el precepto constitucional consagra es un derecho de configuración legal, de tal modo que compete al legislador establecer las condiciones de acceso a la función pública con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), y también la decisión sobre los distintos requisitos y condiciones para el acceso a la función pública que han de reunir los candidatos. La colaboración del reglamento con la ley no se descarta, pero procurando que no se rebasen los límites hacia una prohibida deslegalización, lo que sucederá cuando “tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador”.

La “composición” de las comisiones que han de juzgar los concursos

La universidad convocante garantizará “la necesaria aptitud científica y docente” de los componentes de cada comisión, así como “los principios de imparcialidad y profesionalidad”; también se exige la pertenencia de todos ellos al cuerpo para el que se convoca la plaza, si la misma fuere de catedrático de universidad, o la presencia de catedráticos y titulares si la plaza es de este

último cuerpo, y que sus currículos se hagan públicos de manera previa. Todas estas exigencias cumplen con la reserva de ley y se amoldan a la doctrina de este Tribunal Constitucional en materia de comisiones de selección para el acceso a la función pública, en cuya virtud: “el derecho fundamental *ex art. 23.2 CE*, puesto en relación sistemática con el inciso segundo de su art. 103.3 ... impone la necesidad de que el acceso a las funciones y cargos públicos se haga de acuerdo con los principios de mérito y capacidad” (STC 75/1983, 193/1987, 67/1989, 353/1993, entre otras) a cuyo efecto, y “en íntima conexión con esta configuración de tal derecho fundamental, hemos afirmado que el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo” (STC 174/1996, 215/1991 y 235/2000, entre otras).

Por otra parte, no puede producir rechazo que el precepto disponga que se procurará alcanzar en dichas comisiones “una composición equilibrada entre mujeres y hombres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas”; cabe tan solo añadir que no resulta desproporcionado exigir la explicación de las razones “fundadas y objetivas” que impiden en el caso concreto cumplir con aquel equilibrio, cuando tal eventualidad suceda.

Respecto al número de miembros que han de componer las comisiones, así como el método a utilizar para su designación, la norma impugnada señala que serán los estatutos de cada universidad los encargados de regular ambos aspectos. Se trata de una opción ejercida por el legislador estatal, quedando limitado el control judicial a determinar si con esta medida se quiebra la exigencia constitucional de uniformidad en el régimen de acceso. La respuesta a este respecto resulta negativa. Ha de atenderse al hecho antes mencionado de que a tales concursos solo pueden concurrir, además de quienes ya son funcionarios del cuerpo correspondiente, aquellos que sin serlo han obtenido previamente la habilitación o en su caso la acreditación.

A diferencia de lo que ocurre con los primeros, para los segundos –habilitados y acreditados–, el concurso sí es de acceso, pero el requisito de la uniformidad ya ha quedado cumplido en la fase previa en la que se evaluó su actividad docente, investigadora y de gestión universitaria. En efecto, con el sistema de habilitaciones la tarea de evaluación recaía sobre comisiones especializadas únicas a nivel nacional, que se integraban por profesores de las áreas de conocimiento de las plazas a cubrir, designándose una comisión por área en cada convocatoria.

Por su parte, con el sistema de acreditados, la evaluación se efectúa por comisiones que actúan en el seno de la agencia de evaluación. Conforme al art. 4.2 del Real Decreto 1312/2007, en estos años ha venido funcionando una única comisión por cada una de las cinco “ramas de conocimiento”, dentro de las que se agrupan “materias básicas” afines que contienen, a su vez, las distintas áreas de conocimiento. Una vez que entren en vigor las modificaciones introducidas a este sistema por el Real Decreto 415/2015, cada comisión seguirá siendo única y se articulará, según el nuevo artículo 4.2, “para cada ámbito académico y científico

resultante de la agrupación de áreas de conocimiento afines, en los términos previstos en el anexo I”, atribuyéndose la revisión de lo resuelto por estas a las comisiones de aquellas ramas del conocimiento.

Por último, en cuanto a la queja de los recurrentes relativa a que el apartado impugnado no asegura que los miembros de las comisiones pertenezcan al “área de conocimiento” de la plaza vacante, la objeción parece centrarse más en si el concepto mismo de “área de conocimiento” sigue utilizándose o no para configurar el perfil de las plazas a concurso y, con ello, determinar la especialidad de los integrantes de las comisiones. La respuesta no la ofrece en realidad el art. 62.3, sino el art. 71 LOU, el cual sigue reconociendo la existencia de las áreas de conocimiento y su incidencia en la denominación de las plazas a concurso. No encontramos fundamento, por tanto, para inferir que haya dejado de exigirse una correspondencia entre las plazas objeto de convocatoria y la especialización de las comisiones que han de designarse para juzgar a los candidatos.

Lo expuesto trae consigo la desestimación de este motivo del recurso, al no resultar contrario el art. 62.3 LOU al derecho fundamental de acceso a la función pública (arts. 23.2 y 103.3 CE) ni a la reserva legal orgánica del art. 81.1 CE.

Contenido de las pruebas que conforman el concurso de acceso (art. 62.4 LOU según la LOU 4/2007)

Tras indicar que los estatutos de cada universidad regularán “el procedimiento” que ha de seguirse para su celebración, el apartado determina que, “en todo caso”, en dichos concursos se deberá valorar “el historial académico, docente e investigador del candidato o candidata, su proyecto docente e investigador, así como contrastar sus capacidades para la exposición y debate en la correspondiente materia o especialidad en sesión pública”. De ahí los tres aspectos fundamentales de esas pruebas, que resultan expresivos de la uniformidad en el acceso: 1) que los apartados objeto de valoración han de serlo en todos los concursos que se realicen en cualquier universidad pública, sin excepción; 2) que en esas pruebas solamente se examinen los ámbitos especificados por la norma y no otros distintos, y 3) que en esas pruebas se evalúen los méritos acumulados en la carrera profesional por los candidatos, pero también sus conocimientos y aptitudes actuales, tanto en la elaboración del proyecto docente e investigador, como en la defensa de este ante la comisión designada, la cual ha de llevarse a cabo en sesión pública, momento en el cual los miembros de la comisión pueden formular preguntas al candidato sobre cualquiera de los temas que integran la materia o especialidad científica de aquel proyecto, en consonancia con el perfil de la plaza vacante.

Estamos, por tanto, sin dificultad para su identificación jurídica, ante un concurso-oposición. Así, la norma impugnada muestra su fidelidad con el sistema general de acceso a la función pública, plasmado hoy en el art. 61.6 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (LEEP), precepto que junto con el art. 55 de la misma ley (principios rectores para el acceso al empleo público), hemos calificado de normas básicas a los efectos del art. 149.1.18 CE

(STC 113/2010 y STC 111/2014). El mencionado art. 61.6 dispone que “los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación”. Queda con ello el concurso de méritos como un sistema excepcional de acceso, aplicable según el propio art. 61.6 LEEP, “sólo en virtud de ley”.

Ciertamente y como reflexionan los recurrentes, la libertad concedida a las universidades para regular el “procedimiento” para la celebración de las pruebas puede traer consigo, y así ocurre en la práctica, una diversidad de situaciones donde los estatutos y en su caso el reglamento interno de concursos que rige en cada universidad optan por programarlas formalmente en uno o en más ejercicios separados, a materializarse en una sesión o en varias. Mas esa diversidad de fórmulas para la ordenación práctica de las exposiciones de los candidatos y de la comisión de turno no trae consigo que se omita ni modifique un ápice el contenido de las pruebas, tal como este ha quedado suficientemente delimitado por la norma legal orgánica que se cuestiona, y tal uniformidad e igualdad en las reglas de acceso a los cuerpos docentes universitarios es la que queda cubierta por la reserva legal que aquí se preserva.

Hemos de concluir, por tanto, que el art. 62.4 LOU, en la redacción dada por la LOU 4/2007, tampoco vulnera los arts. 23.2, 81.1 y 103.3 CE, lo que determina la desestimación de este último motivo y, con él, la de todo el recurso interpuesto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de inconstitucionalidad 6084/2007, STC 176/2015, sentencia del 22-7-2015, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=21340>>.



EUTANASIA. ENFERMOS TERMINALES. SUICIDIO ASISTIDO. PROHIBICIÓN. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL. MUERTE DIGNA (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: T. padecía una enfermedad incurable y progresiva desde 2009, y, por tal motivo, impugnó la constitucionalidad de las normas del Código Penal que prohíben el suicidio asistido y la eutanasia, en particular, los arts. 14 y 241, inc. *b*) de dicho cuerpo legal. Se sumaron a la demanda C. y J., que habían ayudado a la madre de C. a llevar a cabo su deseo de morir dignamente en una clínica especializada en Suiza. También participaron de la demanda un médico que estaba dispuesto a colaborar si se otorgaba el permiso y la Asociación de Libertades Civiles de la Columbia Británica de Canadá.

El tribunal de primera instancia sostuvo que la prohibición de asistir médicamente a un paciente para que tenga una muerte digna viola los derechos garantizados por la Constitución de Canadá en su art. 7.

El tribunal de apelaciones revocó el fallo fundándose en la sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Rodriguez c. Colombie-Britannique* de 1993, en la cual declaró la prohibición general de la ayuda al suicida.

Entonces, los interesados interpusieron un recurso ante la Corte Suprema de Canadá.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto.

Los arts. 14 y 241, inc. *b)* del Código Penal vulneran injustificadamente el art. 7 de la Constitución de Canadá, ya que prohíben la asistencia médica para morir dignamente a una persona en pleno goce de sus facultades mentales, pero con graves e irreparables problemas de salud que le provocan un sufrimiento constante. Por tales motivos, la Procuradora General de la Columbia Británica es responsable y deberá abonar el 10% de los gastos del proceso en concepto de indemnización integral y costas ante el tribunal de apelaciones.

El tribunal de primera instancia estaba habilitado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas de manera diversa al precedente *Rodriguez*, ya que en el caso de autos se estaban dando una nueva cuestión jurídica y un cambio esencial de la situación. El argumento se fundó en un concepto jurídico del art. 7, diferente al que se presentó en la causa *Rodriguez*, y, por otro lado, los elementos de prueba eran diferentes.

Los arts. 14 y 241, inc. *b)* del Código Penal prohíben a un médico brindar asistencia para morir dignamente solicitada por un adulto capaz y, de esta manera, lo privan del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, garantizados en el art. 7 de la Constitución, en la medida en que la libertad comporta el derecho a la protección contra injerencias indebidas del Estado en el ámbito de las decisiones personales relacionadas con la propia salud del individuo; la seguridad importa el ejercicio del dominio sobre la propia integridad corporal, y una prohibición como la impugnada restringe tal esfera de dominio; y la vida de la persona corre peligro, pues la prohibición la forzaría, probablemente, a quitarse la vida antes de lo previsto. La prohibición del Estado a recibir asistencia médica para morir vulnera entonces el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, y es incompatible con los derechos fundamentales. La prohibición tiene por objeto proteger a las personas vulnerables para que no sean instigadas al suicidio, pero no preservar la vida a cualquier costo. En el caso de autos, la prohibición se aplica a personas que no entran en la categoría protegida. Por lo tanto, la restricción a sus derechos no tiene relación con el fin perseguido ni es proporcional.

Por lo tanto, se revoca la prohibición de la asistencia médica al suicidio y se declara la nulidad y la suspensión del cumplimiento de la sentencia del tribunal de apelaciones durante doce meses.

La presente declaración no presionará a los médicos a brindar ayuda médica a morir, a la vez que la nueva norma deberá conciliar los derechos de pacientes y médicos garantizados en la Constitución.

Los apelantes no pagarán las costas, teniendo en cuenta la indemnización a fin de cubrir la totalidad de los gastos del proceso. Esta Corte puede hacer excepciones en materia de costas cuando la causa es una cuestión de interés

público y excepcional, y cuando los apelantes demuestran que habría sido imposible continuar con el juicio con ayuda privada. En el caso de autos, el tribunal de primera instancia fue oportuno al imponer las costas con criterios especiales, dadas las circunstancias realmente excepcionales. Podría también haber condenado a la Procuradora General de la *Colombie-Britannique* a pagar un 10% de las costas por su participación activa en la causa, dado que ella actuó de manera activa, y tuvo participación y responsabilidad en la causa.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, sentencia nº 35591 del 6-2-2015, en <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14637/index.do>>.



EXTRANJEROS. INMIGRANTES. REFUGIADOS. SEGURIDAD SOCIAL. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. SUBSIDIOS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. TRATO DIFERENCIADO ENTRE REFUGIADOS Y EXTRANJEROS CON PERMISO DE RESIDENCIA (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: Mohamed M'Bodj, de nacionalidad mauritana, solicitó un subsidio para personas con discapacidad por razones de salud, que le fue denegado con fundamento en el punto 5 del inc. 1 de la Ley del 27 de febrero de 1987. El Tribunal del Trabajo de Lieja advirtió que existe una diferencia de trato que se brinda a las personas con discapacidad que a la vez son refugiados y a los extranjeros que obtuvieron la residencia, con base en el art. 9 de la Ley del 15 de diciembre de 1983. Ambos gozan de protección comunitaria acordada por la Directiva 2004/83/CE del Consejo del 29 de abril de 2004, pero solamente los refugiados se benefician con los subsidios previstos en esta Directiva.

Ante esta situación, el Tribunal del Trabajo de Lieja planteó a la Corte Constitucional de Bélgica la siguiente cuestión prejudicial: ¿viola el art. 4 de la Ley del 27 de febrero de 1987, relativa a los subsidios otorgados a personas con discapacidad, los arts. 10, 11 y 191 de la Constitución belga, interpretados en conjunción con el art. 28, inc. 2 de la Directiva, que establecen las condiciones que deben cumplir los ciudadanos de terceros países o apátridas como refugiados o personas que, por otras razones, necesitan protección internacional y, en relación con tal protección, en cuanto excluye del beneficio de los subsidios destinados a la personas con discapacidad a los extranjeros que residen legalmente en Bélgica con permiso de residencia obtenida en el marco del art. 9^{ter} de la Ley del 15 de diciembre de 1980, relativa al ingreso al territorio, a la residencia, al establecimiento y deportación de los extranjeros, por el cual gozan de la protección internacional prevista en la Directiva, mientras que otorga dichos subsidios a los refugiados que gozan del mismo beneficio de protección internacional previsto en la Directiva?

La Corte Constitucional dictó entonces un auto interlocutorio planteando ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

¿Deben interpretarse los arts. 2, incs. e) y f), 15, 18, 28 y 29 de la Directiva, que establecen los requisitos que deben cumplir los ciudadanos de terceros países o apátridas como refugiados o personas que, por otras razones, necesitan protección internacional, y las normas mínimas relativas al contenido de estos estatus, en el sentido de que no solo la persona a quien una autoridad independiente del Estado Miembro le otorga protección subsidiaria debe gozar de dicha protección y de cuidados de salud de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 10, 11 y 191 de la Constitución, en conjunción con el art. 28, inc.2 de la Directiva, sino también el extranjero con una autorización administrativa de un Estado Miembro para residir en territorio de ese Estado y que padece de una enfermedad que genera un riesgo real para su vida o su integridad física, o un riesgo real de trato inhumano o degradante cuando ni en su país de origen ni en donde reside existe un tratamiento adecuado?

Si la primera cuestión prejudicial requiere una respuesta que implique que las dos categorías de personas descritas deben poder gozar de la protección social y de los servicios de salud reconocidos, ¿deben interpretarse los arts. 20, párrafo 3, 28, párrafo 2, y 29, párrafo 2 de esta misma Directiva en el sentido de que la obligación de los Estados Miembros de tener en cuenta la situación específica de personas vulnerables como las personas con discapacidad implica que deben otorgarles los subsidios previstos por la Ley del 27 de febrero de 1987, relativa a los subsidios para personas con discapacidad, teniendo en cuenta que se les puede otorgar ayuda social con base en la Ley del 8 de julio de 1976 de los centros públicos de acción social?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó su sentencia en diciembre de 2014 por la que respondió a la primera cuestión prejudicial con relación a los arts. 28 y 29 de la Directiva, interpretados en conjunción con los arts. 2, inc. e), 15 y 18 del mismo instrumento. Allí decidió que dichos artículos se aplican a los refugiados y a los que gozan de protección subsidiaria, y, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18 de la Directiva, a los extranjeros con condiciones para obtener dicha protección. Existen tres tipos de daños graves establecidos por el art. 15 de dicha Directiva que constituyen los requisitos que debe cumplir una persona para gozar de la protección subsidiaria, cuando, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2, inc. e) de la misma Directiva, existen motivos para creer que el solicitante corría un riesgo real de padecerlos si se lo enviaba a su país. El art. 15, inc. b) de dicha normativa determina que existe daño grave cuando un nacional de un tercer país sufre torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes en su país de origen. Por lo tanto, esta norma se aplica solamente cuando se trata de un solicitante que haya sufrido esos daños en su país de origen, todo lo cual el legislador previó al otorgar protección en estos casos y no en otros.

Por otro lado, el considerando 26 de la mencionada Directiva precisa que los riesgos a los que generalmente la población de un país está expuesta no constituyen en sí una amenaza como para calificarlos de daños graves. Se desprende de esto que el riesgo de deterioro de la salud de un nacional de un tercer país gravemente enfermo como resultado de la falta de tratamientos adecuados

en su país de origen, sin que entre en juego una privación de atención sanitaria infligida intencionalmente a ese extranjero, no resulta suficiente para otorgarle la protección subsidiaria.

Los considerandos 5, 6, 9 y 24 de la Directiva reafirman esta interpretación, y si bien se pretende por medio de la protección subsidiaria completar la protección de los refugiados consagrada por la Convención de Ginebra del 18 de julio de 1951, su ámbito de aplicación no alcanza a personas autorizadas a habitar en territorio de los Estados miembros por otras razones, es decir, sobre una base discrecional por compasión o por motivos humanitarios.

A pesar de la obligación de interpretar el art. 15, inc. b) de la Directiva 2004/83 en cumplimiento del art. 19, inc. 2 de la Carta, según el cual nadie puede ser devuelto a un Estado en el que corra el riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, y teniendo en cuenta el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), esta interpretación no debe ser cuestionada.

De acuerdo con las consideraciones mencionadas, se responde a la primera cuestión que los arts. 28 y 29 de la Directiva 2004/83, leídos en conjunción con sus arts. 2, inc. e), 3, 15 y 18, deben interpretarse en el sentido de que un Estado Miembro no está obligado a conceder la protección social y asistencia sanitaria previstas en estos artículos a un nacional de un tercer país enfermo autorizado a residir en ese Estado Miembro, en virtud de la legislación nacional, que es objeto del proceso principal y que autoriza la residencia en dicho Estado Miembro al extranjero aquejado de una enfermedad que genera un riesgo real para su vida o su integridad física, o que sufre un riesgo de trato inhumano o degradante, cuando no existe ningún tratamiento en el país de origen de este extranjero o en el tercer país donde vivía, sin que exista una privación de cuidados denegada intencionalmente a este extranjero en dicho país.

2. Sentencia: se responde a la cuestión prejudicial de manera negativa. Por lo tanto, el art. 4 de la Ley del 27 de febrero de 1987 no viola los arts. 10, 11 y 191 de la Constitución, interpretados en conjunción con el art. 28, inc. 2 de la Directiva 2004/83/CE del Consejo del 29 de abril de 2004.

El Consejo de Ministros menciona en su alegato el alcance de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 18 de diciembre de 2014 (C-542/13) y también se refiere a las conclusiones del Procurador General que preceden a dicha sentencia, según las cuales el legislador europeo quiso excluir las situaciones fundadas en motivos humanitarios del ámbito de aplicación de la Directiva. Y sostiene que estas conclusiones se condicen con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con el tratamiento inhumano prohibido por el art. 3 CEDH.

Considera también que, teniendo en cuenta la respuesta en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la cuestión prejudicial planteada por esta Corte, la norma impugnada resiste el control de constitucionalidad, y se invoca a tal efecto la jurisprudencia establecida en las sentencias 153/2007 del 12 de diciembre de 2007, 108/2012 del 9 de agosto de 2012 y 114/2012 del 4 de octubre de 2012.

Por su parte, el apelante impugna el alcance de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque esta cuestiona el principio (establecido por el juez de la causa y por esta Corte en la sentencia 193/2009 del 26 de noviembre de 2009) según el cual la protección prevista por el art. 9^{ter} de la Ley del 15 de diciembre de 1980 es una forma de protección subsidiaria en términos del art. 15, b) de la Directiva anteriormente citada; según el Tribunal de Justicia, así ocurre con el posible deterioro de salud de un extranjero invocado en el caso de regresar a su país como resultado de una “privación de atención sanitaria infligida intencionalmente a ese nacional de un tercer país” en su país de origen.

El ámbito de aplicación de dicha Directiva no alcanza a personas que, como el solicitante, están autorizadas a residir en territorio belga por razones de salud, salvo que en sus países o donde residan se los haya sometido a una privación de cuidados intencional. La diferencia de trato en esta causa, relativa al otorgamiento, o no, a los refugiados o a las personas autorizadas a residir en territorio belga por razones de salud de los subsidios previstos por la ley cuestionada, debe analizarse teniendo en cuenta la interpretación de las normas de la Directiva dada por Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia, a saber, que estas personas generalmente no se benefician con la protección de dicha Directiva.

El beneficio de las disposiciones de la Ley del 27 de febrero de 1987 se otorga solamente a los belgas y a los extranjeros provenientes de países con los que Bélgica se encuentre vinculada en virtud de un tratado internacional. La diferencia de trato se funda en un criterio objetivo y oportuno.

La diferencia de trato no es desproporcionada, porque los extranjeros autorizados a residir en suelo belga por razones de salud tienen derecho a la ayuda social, y las necesidades específicas de una persona con discapacidad constituyen un aspecto que los centros públicos de acción social deben tener en cuenta cuando se les solicita su intervención.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia nº 59/2015 del 21-5-2015, en <<http://www.const-court.be/public/f/2015/2015-059f.pdf>>.



FAMILIA. ACCIONES DE FILIACIÓN. RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. DENEGACIÓN. **MENORES.** INTERÉS SUPERIOR. PONDERACIÓN JUDICIAL (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: M.V. nació el 9 de agosto de 2006. De acuerdo con su certificado de nacimiento, su madre es O.V., pero no se estableció la filiación paterna.

C.N. declaró ser el padre biológico de M.V., lo que quedó comprobado con las pruebas biológicas que aportó.

El 11 de diciembre de 2012, O.V. fue citada a comparecer ante el tribunal de primera instancia de Amberes para otorgar el consentimiento para reconocer a M.V. N.V.D.M. intervino voluntariamente en el proceso en calidad de tutor de M.V.

O.V. se negó a reconocer la paternidad porque, según ella, obraría en perjuicio del interés superior de M.V.

El tribunal de primera instancia ratificó que, en virtud de lo establecido por el art. 329*bis*, inc. 2 del Código Civil, el juez solo puede ejercer un control marginal del interés superior del niño.

Por tal motivo, formuló la siguiente cuestión prejudicial ante la Corte Constitucional:

“¿Viola el art. 329*bis*, inc. 2, párr. 3 del Código Civil el art. 22*bis*, párr. 4 de la Constitución en cuanto dispone que el tribunal puede denegar el reconocimiento si es manifiestamente contrario al interés superior del niño, si es interpretado en el sentido de que autoriza al tribunal solo a ejercer un control marginal del interés superior del niño?”.

El Consejo de Ministros considera que la cuestión prejudicial merece una respuesta negativa. Alega que, fundándose en el texto del artículo cuestionado, cuando este se aplica, resulta fundamental el interés superior del niño. Además, esta norma no impide al juez ejercer su control. Estima que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, si bien el interés superior del niño es prioritario, no es de carácter absoluto. El Consejo de Ministros cree también que un derecho fundamental puede ser limitado cuando los objetivos perseguidos son legítimos, cuando el límite es oportuno para alcanzar estos objetivos y cuando la restricción es proporcionada a ellos.

En este caso, considera que se cumplen los requisitos.

2. Sentencia: el juez de primera instancia plantea la compatibilidad del art. 329*bis*, inc. 2, párr. 3 del Código Civil con el art. 22*bis*, párr. 4 de la Constitución, en la interpretación según la cual, al examinar la solicitud de reconocimiento de un menor no emancipado, el juez solo puede tener en cuenta de manera marginal el interés superior del niño, debido a las palabras de la disposición “manifiestamente contraria al interés superior del niño”.

En su art. 22*bis*, párr. 4, la Constitución dispone que cuando se tome una decisión en relación con un niño, el interés superior del menor será una consideración primordial, en concordancia con el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por su parte, conforme a lo dispuesto por el art. 22*bis*, inc. 5 de la Constitución, el legislador deberá garantizar que el interés superior del niño sea tomado en consideración de manera primordial.

Según los antecedentes legislativos del art. 329*bis*, el legislador intentó crear un paralelismo en el modo de establecer los diferentes tipos de filiación tanto en las condiciones de reconocimiento y de litigio por la paternidad o maternidad, como en los litigios por maternidad y por paternidad.

El art. 329*bis*, inc. 2 se completó con la palabra “manifiestamente” porque era necesario que el control continuara siendo marginal para “tener en cuenta únicamente el peligro grave para el niño”.

Para no tomar una medida desproporcionada a los objetivos legítimos perseguidos, el legislador, cuando crea el régimen legal, debe permitir a las autoridades competentes en materia de filiación ponderar los intereses de las diferentes personas implicadas.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en su jurisprudencia que cuando están en juego derechos garantizados a los padres y a los niños, tanto las cortes como los tribunales deben hacer primar los derechos del niño.

Aunque el interés superior del niño revista un carácter primordial, no es absoluto. Cuando existen diferentes intereses en juego, el interés superior del niño ocupa un lugar particular porque representa a la parte más débil en la relación familiar, pero esto no impide tener en cuenta los intereses de las otras partes.

Cuando el art. 329*bis*, inc.2, párr. 3 del Código Civil dispone que el tribunal puede denegar el reconocimiento si es manifiestamente contrario al interés superior del niño, solo autoriza al juez a ejercer un control marginal del interés superior del menor, y esto es incompatible con la exigencia del art. 22*bis* de la Constitución –en conjunción con el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño– de asignarle un lugar preponderante al interés superior del niño entre los intereses en juego.

Por lo tanto, la cuestión prejudicial exige una respuesta afirmativa.

En virtud de todo lo expuesto, esta Corte declara que el art. 329*bis*, inc.2, párr. 3 del Código Civil viola el art. 22*bis* de la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BÉLGICA, sentencia nº 102/2015 del 2-7-2015, en <<http://www.const-court.be/public/f/2015/2015-102f.pdf>>.



FAMILIA. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. MENORES.
INTERÉS SUPERIOR. TUTELA. ABUELOS (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: una niña nació en 2001 y fue dejada por su madre al cuidado de su abuela. En 2008 nació una segunda niña y, junto con su madre, se hospedaron también en la casa de la abuela. En agosto de 2011, la madre se mudó con su hija más pequeña a otra casa con un hombre. Dos semanas más tarde, se mudaron a la casa de otro hombre. Ante esta circunstancia, su hija mayor solicitó seguir viviendo con su abuela. El Asesor de Menores pidió que la guarda provisoria de la niña más pequeña estuviera a cargo de una familia sustituta. El juez hizo lugar a esta pretensión. La abuela recibió entonces a la nieta mayor en custodia.

La abuela interpuso un recurso ante el tribunal de apelaciones con el fin de obtener también la tutela de su nieta menor, pero este recurso fue declarado inadmisibile.

Entonces, la abuela interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

2. Sentencia: las decisiones del tribunal de familia y del tribunal de apelaciones no vulneran los derechos fundamentales de la recurrente.

2.1. La abuela goza del derecho a la protección de la familia, consagrado en el art. 6.1 de la Ley Fundamental (LF). Al momento de evaluarse la selección de un tutor para un nieto, los abuelos deben ser considerados prioritariamente.

No obstante, la recurrente no puede fundarse en el art. 6.2 LF para invocar el derecho fundamental de los padres. Solo los padres del niño gozan de la protección de este derecho fundamental. Los derechos fundamentales de los padres así como también los de los niños a la tenencia y a la educación, respectivamente (art. 2.1 en relación con el art. 6.2 LF) conducen a que, en numerosos casos, en la práctica, sean los abuelos quienes se encargan de su cuidado a pedido de los padres y de los nietos. Sin embargo, el derecho de los abuelos a constituir una alternativa para ser designados tutores o curadores de sus nietos es un mero reflejo legal que no merece protección como derecho fundamental propio.

Sin embargo, los vínculos familiares entre los abuelos y sus nietos están amparados por la protección a la familia garantizada por el art. 6.1 LF. Este artículo protege a la familia ante todo como una comunidad de vida y de crianza para los niños. Por otra parte, este derecho fundamental tiene por objeto proteger vínculos familiares específicos como los que pueden existir entre los miembros adultos de grandes familias a lo largo de varias generaciones. Los vínculos familiares son de gran importancia en la concepción que la persona tiene de sí misma y de mucha importancia práctica en la vida cotidiana de los miembros de la familia.

El derecho fundamental a la protección de las relaciones familiares entre parientes cercanos comprende el derecho a ser tomado en consideración al momento de la elección de un tutor o curador de un nieto, en la medida en que efectivamente exista un estrecho vínculo con el niño. La tutela o guarda permite a los familiares llevarse al niño consigo y asumir la responsabilidad de su crianza. De esta manera, pueden mantener el vínculo familiar y cumplir con la responsabilidad parental. Los abuelos y otros familiares cercanos, por lo tanto, tienen prioridad al momento de elegirse un tutor o guardián para el niño, siempre que no existan razones específicas en el caso que conduzcan a la conclusión de que, conforme al interés superior del niño –que resulta decisivo para hacer esta elección–, es mejor optar por una tercera persona.

2.2. La sentencia impugnada satisface las exigencias del art. 6.1 LF, en cuanto prioriza a los parientes cercanos al momento de designar tutor o guardián de un niño.

Este Tribunal Constitucional Federal analiza e interpreta la forma y manera en que los tribunales inferiores aplican la ley en el caso original con base en los principios generales. Su tarea simplemente consiste en examinar si la sentencia impugnada tiene errores de interpretación basados en una lectura errónea del significado del derecho fundamental o del alcance de su ámbito de protección. Este Tribunal aplica un estándar de revisión más riguroso cuando revisa casos de privación de tenencia. Esto se debe a la particular protección que la Constitución brinda a la relación padres-hijos. El grado de intervención en la decisión que estamos revisando tiende a ser menos rigurosa que si el niño fuera a ser separado de sus padres.

La sentencia impugnada no desconoce el alcance de los derechos de la recurrente amparados por el art. 6.1 LF. El tribunal de familia partió de la presunción de que la recurrente ocupaba un rol especial cuando la tenencia fue otorgada y no estableció requisitos excesivos a los efectos. En especial, no asumió que la recurrente solo debía ser elegida si el bienestar de la niña estaría mejor garantizado con ella y no si se la dejaba con la familia sustituta. En cambio, con base en fundamentos fácilmente comprensibles, el tribunal de familia llegó a la conclusión de que el bienestar de la niña estaba mejor garantizado si ella permanecía con esta última familia que si se la trasladaba al cuidado de la recurrente.

2.3. Los derechos fundamentales de la recurrente no se ven lesionados por la circunstancia de que se le denegó la posibilidad de apelar al Tribunal Regional Superior.

La Constitución no obliga a la Legislatura a acordar a los parientes cercanos una vía para recurrir la elección que hace un tribunal de familia de un guardián. La Ley Fundamental garantiza el derecho de acceso a la justicia, pero no el derecho a tener un proceso de varias instancias.

Tampoco viola los derechos fundamentales de la recurrente la interpretación del art. 59.1 de la Ley de Procedimientos en materia de Familia (*FamFG*), conforme al cual ella no está legitimada para recurrir. Según este artículo, tiene derecho a apelar quien ve afectados sus derechos por una decisión. Es cierto que la elección del tutor afecta los derechos fundamentales consagrados en el art. 6.1 LF de la recurrente. Por ello, en general, tiene derecho a ser oída por el tribunal de familia en el proceso de atribución de la tenencia. Sin embargo, el Superior Tribunal Regional siguió la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia, la cual generalmente no concede ningún derecho de apelación a los abuelos en los procesos de asignación de la guarda de sus nietos.

La interpretación del art. 59.1 *FamFG* no es arbitraria. Se sustenta en una interpretación sistemática y toma en consideración el legítimo objetivo de la Legislatura de restringir la cantidad de personas legitimadas para apelar a fin de permitir una rápida conclusión de los procesos judiciales, lo cual es particularmente importante en los trámites de atribución de tenencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 2926/13, sentencia del 24-06-2014, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2014/bvg14-067.html>>.



FEDERALISMO. FUNCIÓN LEGISLATIVA. DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS. FACULTADES CONCURRENTES Y EXCLUSIVAS. **DERECHO DEL TRABAJO.** DERECHO AL DESCANSO. DÍAS SÁBADOS. SALUD Y SEGURIDAD OCUPACIONAL. **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.** PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD** (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: la recurrente es una sociedad propietaria de una cadena de mueblerías con más de 125 empleados. Sus comercios abren los días hábiles, los sábados de 10 a 19 horas y los domingos de 13 a 18 horas. La remuneración de los vendedores está integrada por un sueldo básico y una comisión por ventas. Los sábados se hace la mayor cantidad de transacciones. La recurrente cuestionó la constitucionalidad del art. 12.3 de la Ley de Horarios de Apertura de los Comercios de Turingia, que dispone que los empleados deben tener libres dos sábados al mes, autoriza a la reglamentación a establecer excepciones y dispone que los intereses de los empleados –particularmente, la compatibilidad entre familia y trabajo– deben merecer debida consideración.

El horario de apertura de los comercios así como las normas que protegen al trabajador estaban sujetos a la regulación federal, plasmada en la Ley Federal de Horarios de Apertura de los Comercios, de 1956. En la reforma federal de 2006, la competencia para legislar sobre el horario de apertura de los comercios fue eliminada del art. 74.1.11 de la Constitución (antigua versión) y delegada en los estados provinciales. En ese año, el Parlamento provincial de Turingia promulgó la Ley de Horarios de Apertura de los Comercios, y en 2011 incorporó e insertó el art. 12.3 aquí impugnado.

2. Sentencia: la Ley de Horarios de Apertura de los Comercios según la cual los empleados deben gozar de dos sábados al mes de descanso es constitucional. La competencia legislativa de los estados provinciales se funda en el art. 74.1.12 de la Constitución (LF), puesto que el Estado Federal no ha agotado su competencia legislativa concurrente. La disposición es también sustancialmente consistente con el derecho constitucional sustantivo, en particular porque la injerencia en el derecho de la recurrente a ejercer una ocupación resulta proporcional.

2.1. La norma impugnada fue sancionada legítimamente por el Parlamento de Turingia.

El art. 70.1 LF confiere a los estados provinciales la facultad de sancionar leyes a menos que la Constitución atribuya esa competencia a la Federación: conforme a lo dispuesto por el art. 70.1.11 en conjunción con el art. 74.1.11 LF, los estados provinciales tienen atribuciones legislativas para determinar el horario de apertura de los comercios, mientras que, en virtud de lo dispuesto por el art. 74.1.12 LF, el Derecho del Trabajo, incluyendo las materias atinentes a la salud y seguridad ocupacional, están sujetos a la competencia legislativa concurrente de la Federación.

La disposición impugnada no regula la apertura de los comercios y, por lo tanto, no se encuentra en el área exceptuada por el art. 74.1.11 LF a favor de los estados provinciales.

La Constitución no define detalladamente el término “horario de apertura” en su art. 74.1.11. Según su significado común, la expresión denota el horario en que están abiertos diariamente los comercios minoristas y no comprende condiciones de empleo. Esta es también la génesis del art. 74.1.11 LF. La legislatura que reformó la Constitución simplemente cambió una disposición relativa a la competencia a favor de la Federación, a saber, el art. 74.1.11 LF, pese

a que la por entonces vigente Ley de Horarios de Apertura de los Comercios siempre había estado fundada en dos títulos que regulan la competencia: los arts. 74.1.11 y el 74.1.12 LF. La ley fue asignada a las áreas de salud y seguridad ocupacional, así como también al comercio; estaba destinada, por un lado, a contrarrestar la excesiva competencia que se establecía por la apertura arbitraria de horarios y, por el otro, a garantizar la salud y seguridad ocupacional. No hay motivo para creer que la reforma de la Constitución tuviera por objeto otorgar a las legislaturas de los estados provinciales competencia para dictar todas las disposiciones hasta entonces estipuladas en la Ley de Horarios de Apertura de los Comercios de la Federación. La legislatura que reformó la Constitución se concentró exclusivamente en sus aspectos relacionados con el comercio.

La regulación del horario de trabajo los días sábados que da derecho a los empleados a tener tiempo libre no está tan estrechamente entrelazada con la ley que regula los horarios en que los comercios están abiertos como para estar también sujeta a esta competencia de los estados provinciales. Una competencia legislativa de un estado provincial no resulta de que sus contenidos estén relacionados. Las reglamentaciones sobre los horarios de trabajo afectan muchas partes de la vida laboral y no están específicamente limitadas al horario en que están abiertos los comercios.

El art. 74.1.12 dispone que el estado provincial de Turingia tiene competencia para dictar las normas impugnadas. Sin embargo, el estado provincial tiene facultades legislativas en términos del art. 72.1 LF en la medida en que la Federación no haga uso de su competencia. Esto es lo que sucede en este caso.

La Federación hace uso de su competencia si una ley federal regula una determinada cuestión de manera exhaustiva. La redacción de una ley, su objeto y antecedentes legislativos resultan esenciales para la determinación de su alcance. Resulta decisivo determinar si una ley regula una cuestión determinada en forma comprensiva y exhaustivamente, o si la intención de la legislatura de regular la materia en forma exhaustiva es reconocible en forma objetiva.

En consecuencia, el art. 17.4 de la Ley federal de Horarios de Apertura de los Comercios no impide a los estados provinciales ir más allá del derecho estipulado de tener solo un sábado al mes libre e imponer un sábado adicional libre.

Al momento de su sanción, la regulación federal tenía un efecto exhaustivo *de facto*, en la medida en que los estados provinciales no tenían competencia legislativa en relación con los horarios comerciales. Sin embargo, no hay ningún indicio de que el art. 17.4 de la Ley federal de Horarios de Apertura de los Comercios sea aplicable al trabajo los días sábados de una forma tan categórica luego de que la competencia de fijar los horarios comerciales había sido transferida a los estados provinciales. En aquel momento, la legislatura federal simplemente no tenía que tomar esto en consideración; desde su punto de vista, en ese momento, la disposición no estaba formulada con carácter definitivamente exhaustivo ni tampoco se la interpreta hoy con ese carácter. Si bien la redacción de la ley federal limita el derecho a tener un sábado al mes calendario sin trabajar, lo cierto es que no determina objetivamente que esta sea la regulación obligatoria definitiva

del horario laboral. Esta disposición no indica que el derecho a tiempo libre de trabajo deba estar específicamente limitado a un sábado. En consecuencia, puede ser entendida como una mera garantía mínima. Conforme a la recomendación del Comité de Asuntos Económicos y Laborales del Parlamento alemán, la norma estaba dirigida a incorporar un derecho estatutario que garantizara “al menos” un sábado por mes sin trabajar. Dentro de su competencia constitucional, el legislador federal tiene, sin embargo, la libertad de sancionar disposiciones uniformes o exhaustivas relativas a los horarios de trabajo en relación con los horarios en que están abiertos los comercios. Si se adoptaran esas disposiciones federales, se produciría un efecto de bloqueo en términos del art. 72.1 LF, lo que daría lugar a la nulidad de las leyes de los estados provinciales ya adoptadas.

2.2. El art. 12.3.1 y 2 de la Ley de Horarios de Apertura de los Comercios de Turingia se compadece con la Constitución a la luz de una revisión constitucional sustantiva. Interfiere en la libertad de trabajo del apelante protegida por el art. 12.1 LF en cuanto limita la participación deseada de sus empleados en sus comercios minoristas los sábados. Sin embargo, dicha injerencia se encuentra constitucionalmente justificada.

La ley está destinada a asegurar la salud y seguridad ocupacional, que son intereses públicos que justifican la imposición de restricciones a la libertad de tener una ocupación. Con esta ley, la legislatura tiene el objeto de reaccionar ante el deterioro de las condiciones de trabajo de los empleados del sector minorista que resulta de la ampliación de los horarios en que están abiertos los comercios y que puede tener un efecto negativo en la salud y en la vida familiar.

La reglamentación es proporcionada y, en especial, es razonable. El art. 12.3.1 y 2 de la Ley de Horarios de Apertura de los Comercios de Turingia restringe solo mínimamente la libertad de practicar una ocupación. No impide que los establecimientos comerciales afectados abran sus comercios los sábados, que es el día de mayor venta. Sin embargo, los obliga a reorganizar a su personal. Esto puede generarles costos adicionales y pérdidas de venta si no cuentan con personal experimentado y calificado disponible los sábados muy frecuentados. Sin embargo, los legisladores pueden dar mayor gravitación al interés en la protección del trabajador. Es probable que la norma impugnada no solo produzca los efectos positivos deseados en materia de compatibilidad entre familia y empleo, sino que también tenga efectos negativos, dado que puede desalentar la posibilidad de distribuir las responsabilidades de cuidado dentro de la familia. En este caso, la legislatura, no obstante, no ha excedido su margen de apreciación al aprobar disposiciones restrictivas sobre el trabajo durante los fines de semana en el comercio minorista.

Disidencia del Juez Paulus

La disposición no es compatible con la separación de poderes entre la Federación y los estados provinciales que existe en la Constitución ni en la jurisprudencia anterior de ninguna de las Salas de esta Corte Constitucional.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 72.1 LF, la Federación ha hecho uso exhaustivo de la competencia que le otorga el art. 74.1.12 LF para regular los horarios laborables. En el art. 17.4 de la Ley federal de Horarios de Apertura de los Comercios, ha otorgado a los empleados del sector minorista el derecho a pedir un sábado libre por mes. La redacción de esta reglamentación, que tiene una especial disposición para los sábados como días laborables, es exhaustiva. No hay ningún indicio de que la Federación haya tenido la intención de reservar a los estados provinciales un derecho a regular esta materia. Esta regulación fue adoptada en el año 2003 a propuesta del Comité de Asuntos Económicos y Laborales del Parlamento y estaba dirigida a otorgar a los empleados del sector minorista “al menos” un sábado libre por mes. La expresión “al menos” no fue, sin embargo, incluida para dar discrecionalidad jurídica a los estados provinciales, sino para dejar espacio para los convenios colectivos. En consultas realizadas por el Comité, uno de los por entonces grupos mayoritarios parlamentarios destacó que los estados provinciales carecían de competencia para legislar en esta materia, mientras otro remarcó que la naturaleza de la disposición establecía un balance entre los intereses de los empleadores y los de los empleados.

La enmienda posterior de la Constitución difícilmente pueda retroactivamente convertir un ejercicio exhaustivo de la competencia federal en uno no exhaustivo.

Conforme a las anteriores decisiones de la otra Sala de esta Corte Constitucional, esto requeriría una reforma específica de la ley, insertándole una cláusula de desvío a fin de cumplir con el principio constitucional de claridad jurídica en materia de competencias.

Además, al reemplazar el derecho subjetivo de un sábado libre por mes por una absoluta prohibición de trabajar dos sábados, la ley se aparta de la regulación federal sin tener una competencia explícita para hacerlo *a contrario*, exigida por el art. 72.3 LF. En consecuencia, la legislación de los estados provinciales no se puede desviar de la legislación federal si no está expresamente autorizada para hacerlo por una atribución constitucional de competencias. El art. 72.3 LF no hace esa renuncia de competencia para cuestiones laborales.

En vista de la violación de la competencia legislativa en términos de la Constitución, al final puede quedar subsistente la cuestión de si la disposición paternalista del estado provincial constituye una violación sustantiva a los derechos fundamentales. El balance de los derechos fundamentales es, sin embargo, incompleto porque, en relación con la libertad para practicar una ocupación garantizada por el art. 12.1 LF, no refleja el cambio del derecho individual reconocido en la legislación federal y la prohibición absoluta de trabajar dos sábados por mes incluida en la ley impugnada. Esta prohibición disminuye considerablemente la gravitación que la legislatura puede acordar a los derechos laborales para contrabalancear la restricción a la libertad de ejercer una ocupación del apelante. Por ejemplo, no es necesario, en el mejor interés de un gran número de empleados, que no se les permita trabajar dos sábados por mes. Muchas familias no tienen una opción externa para el cuidado de los niños y entonces los padres tienen que coordinar cuál de ellos los cuida si dependen

de un doble ingreso. Otros pueden preferir tener un lunes libre en lugar de un sábado libre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 931/12, sentencia del 14-01-2015, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/bvg15-013.html>>.



INMUNIDADES E INDEMNIDADES. PODER LEGISLATIVO. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. EXCEPCIONES. **PROCESO PENAL.** ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. MATERIAL DE CONTENIDO PORNOGRÁFICO INFANTIL. **DERECHO A LA INTIMIDAD.** INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: Sebastian Edathy, diputado por el partido *SPD* del Parlamento alemán (*Bundestag*), está bajo sospecha de poseer publicaciones de pornografía infantil. En el marco de esa investigación penal, la cual se desarrolla en Hannover, se allanaron sus departamentos y oficinas del *Bundestag*, y se procedió al registro y obtención de copias de las imágenes y videos que existían en su computadora personal, así como también de sus cuentas de correo electrónico laborales y privadas.

Entonces, él interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal alegando la violación de la inmunidad de que goza como miembro del Parlamento Federal.

2. Sentencia: el recurso de inconstitucionalidad es inadmisibile en cuanto el recurrente invoca inmunidad parlamentaria (art. 46.2 de la Ley Fundamental –LF–).

2.1. La garantía de la inmunidad parlamentaria protege principalmente la capacidad funcional del Parlamento. Sin embargo, el art. 46.2 de la Constitución permite investigar penalmente a los legisladores con autorización del *Bundestag*.

2.2. La orden de allanamiento y su correspondiente resolución del tribunal de primera instancia violan el art. 46.2 LF.

De acuerdo con la Ley Electoral Federal, el legislador deja de ser miembro del Parlamento Federal, entre otros motivos, por su renuncia formal prevista en su art. 47.3.1, que dispone que, en esa circunstancia, el legislador, con la anuencia del Presidente del Parlamento, cesa en su cargo. Sin embargo, en la fecha que aquí resulta relevante, el diputado aún era legislador. Según el texto de la mencionada ley, un legislador recién deja de serlo con la entrada en vigencia de la resolución que dispone la cesación en su cargo. La circunstancia de que el recurrente y su abogado defensor hayan difundido en los medios de comunicación como fecha de renuncia al cargo de diputado una anterior a la real y de que el Presidente del Parlamento haya tomado la fecha publicada como la de finalización de su

mandato no modifica la realidad de los hechos. Es de suma importancia la transparencia en cuanto a la composición del Parlamento y a la legitimación de sus miembros, debiendo saberse con exactitud desde cuándo y hasta cuándo los legisladores ocupan sus bancas.

Antes de dictar una orden de allanamiento contra un imputado, especialmente si este goza de inmunidad por ser legislador federal, los tribunales están obligados a tomar las precauciones del caso.

2.3. La admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad se contrapone al principio de subsidiaridad material. Un recurrente debe ejercer todas las opciones que tiene para evitar que se violen sus derechos fundamentales. El recurrente no ha hecho esto, y claramente los valores fundamentales y los aspectos esenciales de sus derechos se han visto afectados. No ha hecho valer la inmunidad de sus fueros ante los tribunales inferiores ni ante los de alzada, según lo exige el art. 46.2 LF.

2.4. El recurso resulta infundado en la medida en que el recurrente impugna la orden de allanamiento y de incautación dictada de acuerdo con la resolución emanada del tribunal de primera instancia, lesiva de su derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 13.1 LF). Este planteo tiene una gran importancia constitucional: ¿qué grado de sospecha se necesita, en un proceso penal, para poder invadir un área de tanta privacidad de una persona como lo son su domicilio o sus bienes?

2.5. Para justificar la violación del domicilio, es necesario que exista una sospecha de suficiente peso de que se ha cometido un delito. Esta sospecha inicial debe fundarse en hechos concretos; las pruebas vagas y simples conjeturas no resultan suficientes. La falta de satisfacción de esta exigencia obsta a la existencia de razones plausibles para que un allanamiento sea válido. Por otro lado, la jurisprudencia sostiene que la mera sospecha inicial de que una persona ha cometido un delito no es suficiente para fundar una medida como la aquí atacada (allanamiento, secuestro, incautación), sino que esta debe basarse en otra prueba confirmatoria.

2.6. El tribunal de primera instancia fundó su decisión en que la sospecha inicial era penalmente relevante. Se debe distinguir con claridad el material penalmente relevante del irrelevante. El recurrente sostiene que su comportamiento fue legítimo y que no existe sospecha inicial suficientemente relevante que pueda servir de fundamento al allanamiento y al secuestro o incautación de sus bienes. Por otro lado, alega que el tribunal de primera instancia sospechó de la naturaleza de la posesión del material gráfico por parte del recurrente haciéndose una “aparente representación” que resultaba penalmente más grave de lo que era en realidad, y sin que existiera otra prueba confirmatoria. El material pornográfico en cuestión muestra niños en situaciones cotidianas, con imágenes focalizadas en sus órganos sexuales. El tribunal tiene la sospecha de que no es el único material pornográfico que el recurrente tiene en su poder y que es de suponer que compró

este tipo de material en diversos lugares, además de un sitio proveedor canadiense. La adquisición es a título oneroso. En este contexto, el tribunal de primera instancia consideró que las imágenes tenían alto contenido pornográfico, no solo por la edad de los menores, sino por otras características, tales como la secuencia de imágenes y las posiciones naturales o artificiales adoptadas por los niños. Sin embargo, esto constituye tema de análisis, ya que la policía especializada clasificó la posesión de este material como no punible. Teniendo en cuenta el alcance de la garantía constitucional plasmada en el art. 13 LF y los precedentes penales del tribunal actuante, se podrá limitar el delito de posesión de pornografía infantil en medios tales como Internet.

2.7. Por otra parte, con base en lo dispuesto en el art. 10.1 LF, que garantiza la inviolabilidad de la correspondencia, el recurrente denuncia que se ha violado este derecho fundamental con el registro y la obtención del material obrante en el archivo de su computadora, tanto de sus e-mails como del tráfico de datos que realizara por Internet. Otro material probatorio que hubiera resultado menos invasivo que la interceptación de e-mails no habría constituido prueba suficiente –como, por ejemplo, el conocimiento del emisor y receptor del mensaje *online* (proveedor de pornografía y comprador), o determinadas palabras en los buscadores, de las cuales algunas son muy explícitas y otras, no–. Resulta evidente que se trata de hechos constitucionalmente inobjektos.

2.8. Por último, no resulta evidente y clara la imputación y acusación que se le hace al legislador. El tribunal de primera instancia lesionó el derecho de defensa del recurrente en términos del art. 103.1 LF al haberle corrido traslado a la fiscalía sin haber notificado al imputado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvR 969/14, sentencia del 15-8-2014, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-074.html>>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA. DERECHO AL HONOR. CALUMNIAS E INJURIAS. PUBLICACIÓN DIFAMATORIA. PERSONALIDADES PÚBLICAS HISTÓRICAS. TOLERANCIA AL ESCRUTINIO PÚBLICO. INTERÉS PÚBLICO. **DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – RUSIA).

1. Antecedentes del caso: Yevgeniy Yakovlevich Dzhugashvili es un ciudadano ruso que nació en 1936 y vive en Moscú. Es nieto del líder soviético Joseph Stalin.

El 22 de abril de 2009, el *Novaya Gazeta*, periódico opositor, publicó un artículo titulado “Beria fue declarado culpable” referente a las ejecuciones de prisioneros polacos que tuvieron lugar en 1940 en Katyn, escrito por el Sr.

Ya., ex investigador de la Fiscalía Militar Rusa que había tenido a su cargo el resarcimiento de las víctimas de persecución política.

El artículo acusaba a los líderes del *Politburo* Soviético, incluyendo a Joseph Stalin, de estar “ligados a mucha sangre” por ordenar la ejecución de prisioneros políticos polacos de guerra en Katyn en 1940 y describía al abuelo del demandante como un “caníbal sediento de sangre”. Asimismo, alegaba que esos líderes habían “eludido responsabilidad moral por la comisión de crímenes extremadamente graves”. El peticionante consideró que el artículo era difamatorio con relación a su abuelo, y demandó a su autor y al *Novaya Gazeta* por daño moral por un total de 9,5 millones de rublos (el equivalente a 211.488 euros, aproximadamente).

El 13 de octubre de 2009, el Tribunal del Distrito de Basmanniy de Moscú desestimó el reclamo, porque consideró que la publicación contribuyó a un debate de hechos sobre una profunda discusión histórica y que el rol del antepasado del recurrente, una figura histórica mundial, exigía un grado mayor de tolerancia frente al escrutinio y la crítica pública. El 10 de diciembre de 2009, el fallo quedó firme cuando fue confirmado por el Tribunal Municipal de la ciudad de Moscú.

El debate se continuó en otro artículo que se publicó en el *Novaya Gazeta* después de la sentencia de primera instancia. El artículo fue titulado “Juicio histórico” y sirvió como antecedente para los procesos de difamación. El peticionante nuevamente promovió una acción de difamación. El 25 de diciembre de 2009, el Tribunal de Distrito rechazó el reclamo con base en que el artículo constituía la expresión del punto de vista del autor sobre los primeros procesos por difamación. La decisión fue confirmada por el Tribunal Municipal de Moscú el 16 de marzo de 2010.

Dzhugashvili presentó entonces un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, invocando una violación a los arts. 6 (derecho a un juicio justo), 10 (libertad de expresión) y 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). El recurrente estimó que los tribunales intervinientes no habían protegido adecuadamente la memoria de su conocido abuelo contra los ataques a su reputación.

2. Sentencia: la petición resulta inadmisibile. Esta decisión se adopta por unanimidad. Los tribunales rusos tenían fundamento para desestimar una demanda promovida por el nieto de Joseph Stalin contra el periódico *Novaya Gazeta*.

El Tribunal, como órgano que ha de calificar jurídicamente los hechos de cualquier causa, consideró que no se hallaba sujeto a la calificación legal que hubiera hecho el recurrente de los hechos en cuestión, razón por la cual decidió analizar el presente caso a la luz del art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) de la Convención.

Esta Corte reafirmó el principio de que las publicaciones concernientes a la reputación de una persona fallecida podrían afectar la vida privada y la identidad de un miembro de su familia y, por lo tanto, estar dentro del ámbito

de aplicación del art. 8 (ver *Putistin v. Ukraine*, nº 16882/03, 21 de noviembre de 2013) .

No obstante, esta Corte ha distinguido entre la difamación de un particular (como en el caso *Putistin, supra*, cuya reputación como parte integrante de la reputación de su familia permanece dentro del ámbito de aplicación del art. 8) y la legítima crítica de personalidades públicas que por ello se exponen al escrutinio público. En el caso del peticionante, la publicación del primer artículo del *Novaya Gazeta* contribuyó a un debate histórico de importancia pública relativo a Joseph Stalin y al supuesto rol que jugó en los fusilamientos de Katyn. El segundo artículo se refiere a la interpretación del autor de las decisiones de los tribunales inferiores y puede, por lo tanto, ser visto como una continuación de la misma discusión. Más aún, la tragedia de Katyn y los roles y responsabilidades atribuidos a esas figuras históricas inevitablemente permanecen abiertos al escrutinio y a la crítica públicos.

De conformidad con los principios establecidos en la jurisprudencia de esta Corte, los tribunales nacionales han considerado que los artículos contribuyeron a un debate fáctico de los sucesos de interés público de excepcional importancia; han encontrado que el rol histórico del antepasado del demandante exige un alto grado de tolerancia al escrutinio público y a la crítica de su personalidad y sus acciones, y han tomado en consideración la presentación tan emocional de las opiniones expresadas en el artículo, decidiendo que se encuentran dentro de los límites de una crítica aceptable.

Esta Corte, por lo tanto, sostiene que los tribunales nacionales han realizado un balance justo entre el derecho a la privacidad del peticionante y la libertad de expresión periodística. La demanda fue desestimada por manifiestamente infundada y el caso declarado inadmisibles.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso nº 41123/10, *Dzbugashvili v. Russia*, sentencia del 15-1-2015, en <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150568#{"it emid":\["001-150568"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150568#{)>.



LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. LIBERTAD IDEOLÓGICA. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** RESTRICCIONES EN ARAS DEL ORDEN PÚBLICO. INCITACIÓN AL ODIIO. **CALUMNIAS E INJURIAS.** INJURIAS A LA CORONA. **DERECHO AL HONOR** (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional del Rey de España a la ciudad de Gerona, Jaume Roura Capellera y Enric Stern Taulats quemaron una fotografía de los Reyes en una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía “300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española”. Los nombrados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar boca abajo esa

fotografía en el centro de la plaza, Stern la roció con un líquido inflamable y Roura le prendió fuego con una antorcha, procediendo a su quema.

El Juzgado Central de la Audiencia Nacional consideró que los hechos mencionados eran constitutivos del delito de injurias a la Corona previsto en el art. 490.3 del Código Penal (CP) y los condenó a quince meses de prisión, pena que posteriormente fue sustituida por una multa de € 2.700. Dicha sentencia se fundó en la naturaleza injuriosa de los hechos que protagonizaron, resaltando la evidente intención de menospreciar las figuras de los Reyes y afirmando que “para manifestar el rechazo a la Monarquía no es necesario menospreciar y vilipendiar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente boca abajo”. Declaró asimismo que “[e]n un Estado democrático, en el que los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran plenamente garantizados, nadie necesita cubrirse la cara para ejercer los derechos que considera legítimos”. Todo ello confirma el carácter ilegítimo del acto realizado que no puede encontrar amparo en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de participación política de los ciudadanos.

Capellera y Stern Taulats apelaron dicha sentencia, denunciando la vulneración de la libertad de expresión [art. 20.1 a), Constitución Española (CE)], en relación con la libertad ideológica (art. 16.1 CE). El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional desestimó el recurso por considerar que los hechos enjuiciados exceden del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Ello, por cuanto debe ponderarse cuál de los derechos fundamentales prevalece en el caso concreto –honor o libertad de expresión–. Estimó que para ello es determinante comprobar si en la exteriorización de la idea u opinión –por medio de la palabra o acción– se han añadido expresiones injuriosas innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar, o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas. En el caso bajo análisis, había pancartas desplegadas contra la visita, con alusiones al Rey como representante de una dinastía impuesta al pueblo catalán, al tiempo que los concentrados coreaban proclamas y eslóganes en la misma línea de pensamiento; tales actos y expresiones están plenamente amparados por la libertad de expresión, que no excluye la posibilidad de exteriorizar ningún punto de vista a través de medios necesarios e idóneos y, por lo tanto, no lesivos para otros derechos y valores constitucionales.

Sin embargo, Capellera y Stern Taulats, con la cara tapada, se dirigieron al centro de la concentración con una fotografía de los Reyes, la pusieron boca abajo y le prendieron fuego, para seguidamente retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes. Esta conducta de los recurrentes –consideró la Audiencia– es innecesaria para defender la opinión de los concentrados y formalmente injuriosa, sobrepasa los límites amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión y lesiona el derecho al honor de una institución constitucional democrática, la Corona. Esa acción es formalmente injuriosa por el contexto en que se produce, pues los asistentes al acto de protesta estaban ejerciendo su derecho con total libertad, y sus proclamas e ideas estaban siendo difundidas sin cortapisa alguna; sin embargo, escenifican un “aquejarre” o “juicio inquisitorial” en el que, colocando la representación gráfica del Rey en posición claudicante,

boca abajo, lo embadurnan con una sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la institución, pues el fuego, en el contexto en el que se usa, tiene una carga negativa evidente. Los nombrados tenían plena conciencia de lo que hacían y del exceso que ello representaba. Esto se extrae sin forzamiento alguno tanto del uso de la imagen fotográfica cuanto de que ocultan su rostro para impedir ser identificados, lo que solo tiene sentido por la conciencia de la antijuricidad de la acción que tienen los propios sujetos activos del delito. De lo anterior se extrae la concurrencia del dolo exigido por el tipo penal.

Roura Capellera y Stern Taulats interpusieron un recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional contra la sentencia antes señalada. Denunciaron que las sentencias impugnadas vulneraron sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. Respecto del primero, subrayan que la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE no tiene más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Sobre lo segundo, recuerdan que dicha libertad ocupa una posición preferente, como elemento esencial para la formación de una opinión pública libre, y que en tal condición es objeto de especial protección constitucional y tiene reconocido un amplio espacio exento de coacción, que solo excluye aquellas expresiones que sean intrínseca y absolutamente vejatorias que resulten impertinentes e innecesarias para la exposición de la idea que se pretende expresar. Estiman que tales adjetivos no cuadran con su conducta, que no implica menosprecio intrínsecamente vejatorio contra los Reyes; menos aún si se tiene en cuenta el contexto de reivindicación o contestación política en contra de la Monarquía en el que se produjo y la condición político-pública de la institución monárquica, que resulta más permeable a la crítica.

2. Sentencia: se desestima el recurso de amparo interpuesto por Jaume Roura Capellera y Enric Sten Tailats.

Corresponde dilucidar si el hecho de quemar, en las circunstancias descritas, una fotografía de los Reyes es una conducta penalmente no reprochable por constituir un legítimo ejercicio de la libertad de expresión que garantiza la Constitución [art. 20.1 a) CE] o si, por el contrario, como declararon las sentencias judiciales recurridas y, a su vez, ha opinado también en el presente proceso constitucional el Ministerio Fiscal, dicha conducta tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborda los límites constitucionales de la libertad de expresión.

Para ello, será preciso analizar la concreta acción ejecutada por los recurrentes, atendiendo particularmente a los siguientes criterios.

En primer lugar, conviene subrayar la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, en tanto institución del Estado, para defender el propio Estado constitucional, pues así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el Título XI del Código Penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el Título XXI, dedicado a los delitos contra la Constitución. Por consiguiente, el art. 490.3 CP tipifica un

delito de naturaleza pública, por el que se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siempre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca en ocasión de dicho ejercicio. Pero la protección penal que ofrece dicha norma no implica que el Rey quede excluido de la crítica, especialmente por parte de aquellos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico.

En segundo lugar, debe destacarse que la destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico. Aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales que son también manifestaciones de la libertad de expresión (lenguaje simbólico u otras conductas expresivas). El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.

Por último, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar, no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación. De ahí, la importancia de calibrar el significado de la conducta llevada a cabo por los demandantes, a fin de determinar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y los Reyes, que merece la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta.

Teniendo en cuenta estos criterios, este Tribunal Constitucional debe enjuiciar la constitucionalidad de la condena penal de los recurrentes por un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP, a la luz de los hechos declarados probados en la vía judicial. Es decir, debe determinar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia, incompatibles con el sistema de valores de la democracia. Cuando una idea u opinión se manifiesta mediante la destrucción de elementos con un valor simbólico, la conducta ha de ser examinada con arreglo a un canon de enjuiciamiento particularmente atento a las concretas circunstancias del caso. Un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, ser susceptible de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. Como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas

que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio. El uso de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre. La escenificación ocurrida da idea de que los monarcas merecen ser ajusticiados, acto que provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE). Los actos probados comportan una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.

Por otra parte, se valora que los recurrentes actuaron al término de la manifestación previa –cuya legitimidad no se cuestiona– y lo hicieron de manera premeditada, lo que denota que aprovecharon aquella celebración para, una vez concluida, realizar la actuación descripta. La ausencia de espontaneidad es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes, sino que tal acto fue fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona. Los hechos así expuestos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio, pues no existe dato alguno que sustente la tesis que los demandantes esgrimen en pro del legítimo ejercicio del derecho de crítica hacia la institución monárquica, atento a que no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas.

Este Tribunal Constitucional entiende que las penas impuestas a los demandantes no vulneran el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), pues sin perjuicio del trasfondo antimonárquico de su comportamiento, de todo punto evidente, el reproche penal que realizan las sentencias impugnadas no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica. La condena penal carece del proscripto efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un determinado credo político en torno a la institución monárquica o, más concretamente, respecto de la figura del Rey, ya que tal condena se anuda, exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes. Debe advertirse sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y al odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan y, si bien no consta que hayan existido incidentes de orden público, es innegable que tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones

democráticas, o bien avivar un sentimiento de desprecio u odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a los Reyes a un posible riesgo de violencia.

Respecto de la sanción impuesta –prisión luego sustituida por multa–, se la estima proporcionada a la entidad del hecho, pues aunque la multa no elimina la inscripción de la condena penal en el Registro de Antecedentes Penales, sí mitiga notablemente sus efectos.

Al margen de tal dato, no puede olvidarse que la cuantía de la pena resultante no deriva exclusivamente de la subsunción en el tipo penal de los hechos, sino también de la apreciación de la circunstancia agravante de ejecutar el hecho mediante disfraz (art. 22.2 CP), que obliga a imponer una pena superior por razones diversas a la calificación de la quema de la fotografía de los Reyes como un delito de injurias, en concreto, en tanto es una circunstancia que favorece la ejecución del delito y la impunidad de sus autores.

En conclusión, por las razones ya expuestas, debemos proclamar que la conducta que determinó la condena de los demandantes no está amparada constitucionalmente por los derechos invocados en la demanda a la libertad de expresión o de creencias, por lo que no merece la protección dimanante de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, STC 177/15, sentencia del 22-7-2015, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=21339>>.



LIBERTAD RELIGIOSA. EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS CATÓLICOS. IMPOSICIÓN MINISTERIAL DE ENSEÑANZA DE ÉTICA Y CULTURA RELIGIOSA DESDE UNA PERSPECTIVA LAICA. **SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA.** ESTADO LAICO. **DERECHO ADMINISTRATIVO.** ACTO ADMINISTRATIVO. ACTOS DISCRECIONALES. CONTROL JUDICIAL. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD** (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: en septiembre de 2008, el Ministerio de Educación, Tiempo Libre y Deporte de Canadá introdujo el programa Ética y Cultura Religiosa (ECR) como materia obligatoria en las escuelas de Québec. El propósito de dicho programa es exponer los credos y la ética de las diferentes religiones desde un punto de vista neutro y objetivo. Asimismo, tiene como fin el reconocimiento del otro y el bien común. Para lograr estos objetivos, el programa ECR consta de tres partes que se complementan y se refuerzan una a la otra: las religiones del mundo y el fenómeno religioso, la ética, y el diálogo. Ofrece una óptica laica y cultural, y exige que las enseñanzas sean prueba de objetividad e imparcialidad. Constituye un marco pedagógico que deben seguir los educadores para acompañar a los alumnos en la incorporación de conocimientos, pero es flexible en cuanto a la preparación de las lecciones.

La parte del programa que se refiere a la religión aspira a que los alumnos comprendan los elementos de la religión por medio de la exploración de contextos socioculturales en los que las religiones están arraigadas y se desarrollan. La parte ética fomenta en los alumnos una mirada crítica de su conducta ética y de la del otro, así como de los valores y las normas adoptadas por distintos grupos religiosos para guiar su conducta. La parte relativa al diálogo pretende que los alumnos adquieran habilidades para interactuar de manera respetuosa con personas con convicciones diferentes.

De acuerdo con el art. 22 del Reglamento de aplicación de la Ley de Enseñanza Privada, el Ministro puede exceptuar a un colegio del programa ECR siempre que sea reemplazado por otro “equivalente”.

La escuela secundaria católica y privada de lengua inglesa Loyola se negó a utilizar dicho programa. Para lograr ser exceptuado del mismo, propuso uno equivalente cumpliendo con el reglamento mencionado. Pero la Ministra no lo aceptó como equivalente porque consideró que ofrecía una determinada perspectiva religiosa y rechazó la solicitud. Entonces, la escuela Loyola solicitó la revisión judicial de la decisión de la Ministra.

El Tribunal Superior resolvió que la negativa del Ministerio a otorgar la excepción menoscababa la libertad de religión de la institución, anuló la decisión de la Ministra y ordenó que se otorgara la excepción.

El Ministerio interpuso entonces un recurso ante el Tribunal de Apelaciones de Québec, el cual consideró que la decisión de la Ministra había sido razonable y que no había menoscabado el derecho a la libertad de religión. La escuela secundaria Loyola modificó su solicitud ante el Tribunal y propuso enseñar el programa desde una perspectiva católica. Sin embargo, la Ministra continuó sosteniendo que ningún aspecto del programa podría transmitirse de esa manera.

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

2. Sentencia: se admite el recurso interpuesto por la escuela secundaria Loyola. La decisión de la Ministra según la cual todos los aspectos del programa propuesto por la escuela Loyola deben enseñarse desde un punto de vista neutral, incluido el Catolicismo, restringe la libertad de religión, más aún si se tiene en cuenta el objetivo de la ley. Por lo tanto, dicha decisión debe ser anulada. Se reenvían los autos a la Ministra para su revisión.

2.1. Votos de los jueces LeBel, Abella, Cromwell y Karakatsanis

En los autos “*Doré c/ Barreau du Québec*” (2012), esta Corte estableció el marco de análisis aplicable para el control judicial de las decisiones administrativas de naturaleza discrecional que se refieren a la protección garantizada por la *Carta*. Quien ejerce facultades discrecionales, debe establecer un balance adecuado entre las garantías de la *Carta* a fin de que no sean restringidas más de lo necesario teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la ley. En los presentes autos, para establecer si la decisión de la Ministra fue razonable, se debe determinar si fue fruto de un balance proporcionado entre los objetivos que fomentan la

tolerancia y el respeto a las diferencias, por un lado, y la libertad de religión de la comunidad educativa de la escuela Loyola, por el otro.

La libertad religiosa significa que nadie debe ser obligado a adherir o a abstenerse de adherir a cierto conjunto de creencias. Esto se refiere tanto a los aspectos colectivos como individuales de las comunidades religiosas.

Para aplicar la *Carta* con relación a la libertad de religión, se debe tener en cuenta que las convicciones religiosas están muy arraigadas en la sociedad y que existen lazos sólidos entre los creyentes y su manifestación por medio de las instituciones y de las tradiciones colectivas.

El caso de autos se vincula con la regulación por parte del Estado de las escuelas confesionales y plantea la cuestión de saber cómo equilibrar la protección de los valores en los que se basa la libertad de religión y los valores de un Estado laico. El interés del Estado en una democracia multicultural se funda en asegurar que los alumnos de cualquier escuela, al llegar a la adultez, respeten las diferencias culturales y religiosas y sean abiertos y reflexivos. Un Estado laico no debe apoyar o preferir las prácticas de un grupo con respecto a otro. Un Estado laico respeta las diferencias religiosas y su intención no es eliminarlas.

La escuela Loyola es una institución católica privada y su argumento se funda en la manifestación de la transmisión de la fe católica. La decisión de la Ministra la obliga a enseñar el Catolicismo desde un punto de vista neutro. Si bien el fin del Estado es laico, esta exigencia de enseñar el Catolicismo según su perspectiva y no la del colegio menoscaba la libertad de religión y no cubre las expectativas del programa ECR, que garantiza el respeto de las diferentes creencias religiosas. En una sociedad multicultural, obligar a estudiar la doctrina y la ética de otras religiones de manera neutral y respetuosa no constituye una violación de la libertad de religión, y en el caso de una escuela religiosa donde los alumnos adquieren conocimientos de preceptos de una religión particular, es posible sostener que resulta todavía más importante que conozcan de manera objetiva otras creencias y sus fundamentos.

La decisión de la Ministra debe ser proporcionada y razonable con relación a las garantías otorgadas por la Carta y los objetivos de la ley. Cuando impide a la escuela Loyola enseñar el Catolicismo, atenta contra los valores subyacentes de la libertad de religión.

2.2. Votos de la Presidenta de la Corte Suprema McLachlin, y de los jueces Moldaver y Rothstein

Para proteger la libertad de religión individual, se debe proteger la libertad de religión de las organizaciones religiosas a las que pertenecen las escuelas de enseñanza religiosa como el establecimiento Loyola. En principio, se debe determinar si la decisión de la Ministra menoscaba la libertad de religión de la escuela Loyola, y luego preguntarse si esta decisión menoscaba esta libertad más de lo razonablemente necesario para lograr los objetivos del programa. Asimismo, es necesario verificar si dicha decisión restringe proporcionalmente el derecho a la libertad religiosa de la escuela Loyola.

El programa que propone el establecimiento Loyola se presenta de la siguiente manera: 1) se enseñaría el Catolicismo desde un punto de vista católico, pero las otras religiones, de manera objetiva y respetuosamente; 2) en cuanto a la ética, se enseñaría desde un punto de vista católico garantizando que sobre un tema determinado se presenten todos los puntos de vista éticos, y 3) se alentaría a los alumnos a pensar de manera crítica y a intercambiar ideas con sus educadores y entre ellos sobre los temas del programa. Esta propuesta se aleja de la estricta neutralidad exigida por el programa ECR en la enseñanza tanto del Catolicismo como de la ética.

La libertad de religión garantizada por la Carta en su art. 2 abarca, además de las convicciones religiosas, el culto y la práctica de costumbres religiosas, los actos para transmitir la fe y la práctica religiosa.

Dado que esta Corte ha decidido que la escuela Loyola, con su plan religioso de enseñar el Catolicismo y la ética según una perspectiva católica, es consecuente con sus actividades, el rechazo de la Ministra de exceptuar a esta institución del programa ECR menoscaba la libertad religiosa.

El Poder Ejecutivo debe probar que la postura de la Ministra, en cuanto a la necesidad de que el programa ECR sea exclusivamente laico sin otorgar excepciones, no menoscaba el derecho a la libertad de religión de la escuela Loyola. El objetivo del Poder Ejecutivo es permitir a las escuelas confesionales enseñar el programa ECR sin sacrificar sus propios conceptos religiosos. Un programa de enseñanza confesional concebido para inculcar a los alumnos preceptos religiosos no lograría los objetivos del programa ECR. Sin embargo, un grupo de materias que se enseña desde un punto de vista religioso pero que respeta el de los demás podría equivaler al programa ECR. Si la propuesta de la escuela Loyola satisfacía estos criterios, no tendría que haber sido desestimada.

La Ministra debe examinar caso por caso los programas propuestos para confirmar el cumplimiento de los objetivos del programa ECR. Sin embargo, en el caso de autos, la definición de equivalencia que aceptó la Ministra era muy restringida y dio lugar a que se dejara fuera de los límites del régimen legislativo y reglamentario un método válido.

El régimen legislativo y reglamentario debe ser flexible para permitir que se exima a las escuelas privadas del programa ECR con la condición de respetar los objetivos.

Para determinar si un programa propuesto es equivalente al ECR, debe hacerse un análisis basado en los hechos. Los educadores de la escuela Loyola estarán autorizados a exponer y explicar creencias y doctrinas éticas de otras religiones de manera objetiva y respetuosa. De la misma manera, se impondrá respeto durante los debates en clase, pero cuando el contexto lo exija, se podrán manifestar las convicciones católicas, los motivos por los cuales se adhiere o cuándo otras propuestas éticas o doctrinales son incompatibles con las suyas.

El art. 24, inc. 1 de la Carta habilita a esta Corte a establecer la reparación teniendo en cuenta las circunstancias. Esta Corte no considera necesario reenviar los autos a la Ministra para su revisión porque esto postergaría aún más la reparación que la escuela Loyola solicita desde hace casi siete años. La única

respuesta a la solicitud de excepción presentada por la escuela Loyola conforme a la Constitución es otorgarle un curso favorable.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, sentencia n° 35201 del 19-03-2015, en <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14703/index.do>>.



LIBERTAD RELIGIOSA. LIBERTAD DE CULTO. DERECHO A LA IGUALDAD. SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA. ESTADO LAICO. IGUALDAD RELIGIOSA. PLANIFICACIÓN URBANA DE LOS LUGARES DE CULTO. REQUISITOS DIFERENCIALES PARA CONFESIONES QUE NO HAYAN FIRMADO UN ACUERDO QUE REGULE SUS RELACIONES CON EL ESTADO. **ORDEN PÚBLICO. DERECHO ADMINISTRATIVO. REGIONALISMO.** DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el Presidente del Consejo de Ministros planteó la inconstitucionalidad de los arts. 70, incs. 2, *2-bis*, *2-ter* y *2-quater*, y 72, incs. 4, 5 y 7, letras *e*) y *g*) de la ley n° 12/2005 de la Región de Lombardía (Ley de gobierno del territorio) –modificados por el art. 1.1, letras *b*) y *c*) de la ley n° 2/2015 de la misma región (Modificaciones a la ley regional del 11 de marzo de 2005, n° 12 –Principios para la planificación de las instalaciones para los servicios religiosos)–, por considerarlos violatorios de los arts. 3, 8, 19 y 117 de la Constitución italiana.

El recurrente aduce una violación de la igualdad religiosa entre todas las confesiones –que los principios constitucionales y el derecho internacional y supranacional garantizan–, así como un exceso en el ejercicio de las atribuciones legislativas por parte de la Región de Lombardía.

2. Sentencia: 1) se declara la inconstitucionalidad del art. 70, inc. *2-bis* solo en la parte que reza “que presentan los siguientes requisitos:” y letras *a*) y *b*), y *2-quater* de la ley n° 12/2005, introducidos por el art. 1.1, letra *b*) de la ley regional n° 2/2015; 2) se declara la inconstitucionalidad del art. 72.4/7, letra *e*) de la ley regional n° 12/2005, introducidos por el art. 1.1, letra *c*) de la ley regional n° 2/2015; 3) se declara infundado el planteo de constitucionalidad del art. 70.2-*ter*, último párrafo, de la ley regional n° 12/2005, introducido por el art. 1.1, letra *b*) de la ley regional n° 2/2015; 4) se declara inadmisibile el planteo de constitucionalidad del art. 70, incs. *2-bis*, *2-ter* y *2-quater* de la ley regional n° 12/2005, introducidos por el art. 1.1, letra *b*) de la ley regional n° 2/2015, promovido con referencia al art. 117.1/2, letra *a*) de la Constitución, en relación con los arts. 10, 17 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con los arts. 10, 21 y 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5) se declara inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad del art. 72.4, último párrafo, de la ley regional n° 12/2005, introducido por el art. 1.1, letra *c*) de la ley regional n° 2/2015; 6) se declara infundado el planteo de inconstitucionalidad del art. 72.7, letra *g*) de la ley regional n° 12/2005, introducido por el art. 1.1,

letra c) de la ley regional n° 2/2015; y 7) se declara manifiestamente inadmisibles el planteo de inconstitucionalidad del art. 72.5 de la ley regional n° 12/2005, introducido por el art. 1.1, letra c) de la ley regional n° 2/2015.

Conviene, en primer lugar, hacer algunas consideraciones en relación con los principios constitucionales en materia de libertad religiosa y de *status* de las confesiones religiosas.

El ordenamiento republicano se caracteriza por el principio de laicidad, entendido como salvaguarda de la libertad religiosa en un régimen de pluralismo confesional y cultural, y no como una actitud de indiferencia ante la experiencia religiosa. El deber de la República es garantizar las condiciones que favorezcan la expansión de la libertad, inclusive en el ámbito de la libertad religiosa, que es un aspecto de la dignidad de la persona humana reconocido y declarado inviolable por el art. 2 de la Constitución.

El libre ejercicio del culto es un aspecto esencial de la libertad religiosa (art. 19 de la Constitución). Por ello, es reconocido igualitariamente para todos y para todas las confesiones religiosas (art. 8.1/2 de la Constitución), independientemente del establecimiento previo de un entendimiento con el Estado.

Tal como esta Corte ha reiterado recientemente, la libertad religiosa que a todos se garantiza sin distinción difiere del régimen de los tratados (arts. 7 y 8.3 de la Constitución) que se basa en la unión de las voluntades del Gobierno y de las confesiones religiosas para regular aspectos específicos de la relación de estas con el ordenamiento jurídico estatal (sentencia n° 52/2016). Además, habida cuenta de la amplia discrecionalidad política que tiene el Gobierno en la materia, el acuerdo o el entendimiento no pueden constituir condición *sine qua non* para el ejercicio de la libertad religiosa.

Justamente en materia de libertad religiosa, la jurisprudencia de esta Corte es constante en reiterar que el legislador no tiene facultades para discriminar entre las confesiones religiosas con base en la mera circunstancia de que las mismas hayan regulado o no sus relaciones con el Estado a través de acuerdos o entendimientos. En consecuencia, cuando dicha libertad y su ejercicio se ponen de relieve, la tutela jurídica debe abarcar equitativamente a la experiencia religiosa de todos, en su dimensión individual y comunitaria, independientemente de los distintos contenidos del credo. Además, las consideraciones respecto de la difusión de las distintas confesiones carecerían de valor, toda vez que la condición minoritaria de algunas de ellas no justifica un nivel menor de protección de su libertad religiosa con respecto al de las confesiones más difundidas.

La apertura de lugares de culto, en tanto condición esencial para el público ejercicio del mismo, está garantizada por el art. 19 de la Constitución, el cual reconoce el derecho de todos a profesar la propia fe religiosa en forma individual o colectiva, a hacer proselitismo y a ejercer el culto en el ámbito privado o público con la única exclusión de los ritos contrarios a las buenas costumbres. Por ello, el ejercicio del culto no puede estar condicionado a una regulación previa.

Por otra parte, no a todas las confesiones debe garantizarse una misma cantidad de contribuciones o espacios disponibles. Como es natural, cuando se distribuyen utilidades limitadas como las subvenciones públicas o la facultad de

utilizar el suelo, deben evaluarse todos los intereses públicos pertinentes y debe darse relevancia a la presencia en el territorio de una o de otra confesión, a su respectiva consistencia e incidencia social, y a las exigencias de culto presentes en la población.

En vista de estos principios, constantes en la jurisprudencia de esta Corte, es fundado el planteo de inconstitucionalidad del art. 70, incs. 2, 2-*bis*, letras *a*) y *b*), y 2-*quater* de la ley regional nº 12/2005, modificado por el art. 1.1, letra *b*) de la ley regional nº 2/2015, por resultar violatorio de los arts. 3, 8, 19 y 117 de la Constitución.

En virtud de las modificaciones introducidas por la ley regional nº 2/2015, la ley nº 12/2005, en el capítulo dedicado al establecimiento de edificios de culto y de instalaciones destinadas a los servicios religiosos (arts. 70-73), distingue tres órdenes de destinatarios: las entidades de la Iglesia Católica (art. 70.1); las entidades de otras confesiones religiosas con las cuales el Estado haya aprobado un entendimiento mediante una ley (art. 70.2), y las entidades de todas las demás confesiones religiosas (art. 70.2 *bis*). Además, la tercera categoría de entidades, vinculadas a las confesiones “sin entendimiento”, es aplicable a los mencionados arts. 70-73 solo si subsisten los siguientes requisitos: a) una presencia difusa, organizada y consistente a nivel territorial, y un nivel significativo de penetración en el ámbito de la municipalidad en la cual se realizan las intervenciones reguladas en el capítulo referido, y b) que los estatutos correspondientes manifiesten el carácter religioso de sus objetivos institucionales y el respeto de los principios y valores de la Constitución italiana.

Al regular la planificación urbana de los lugares de culto, la normativa regional *sub examine* se vincula con el gobierno del territorio y, por ende, desde el punto de vista material y según lo establecido en el art. 117.3 de la Constitución, se encuadra dentro de las competencias regionales. Sin embargo, el respeto del reparto de competencias entre el Estado y las regiones, además del objeto de la normativa impugnada, también exige tomar en cuenta su *ratio* y la identificación correcta y completa tanto de los intereses tutelados como de los objetivos perseguidos. En consecuencia, en el ejercicio de sus competencias, el legislador regional no está facultado para perseguir objetivos que excedan a las obligaciones de la región, ni lo está para introducir normas en una ley sobre la administración del territorio que obstaculicen o comprometan la libertad religiosa, previendo, por ejemplo, condiciones diferenciales para el acceso al reparto de los lugares de culto. Toda vez que la disponibilidad de lugares es una condición esencial para el ejercicio efectivo de la libertad de culto, una intervención normativa de esa índole excedería las competencias regionales interfiriendo con el goce de la libertad religiosa garantizada por los arts. 8.1 y 19 de la Constitución y condicionando su ejercicio efectivo. Si el gobierno de la región, con el fin de aplicar dichas normas, exige requisitos diferenciales y más restrictivos únicamente a las confesiones que no hayan establecido un acuerdo con el Estado mediante una ley en términos del art. 8.3 de la Constitución, entonces entra en un ámbito en el cual subsisten exigencias de igualdad fuertes y calificadas. Por todas estas razones, resulta inconstitucional el art. 70.2-*bis*, letras *a*) y *b*), en la parte en

que reza: “*que presentan los siguientes requisitos:*”, y 2-*quater* de la ley regional n° 12/2005.

La cuestión planteada con respecto al art. 72, incs. 4, primer párrafo, y 7, letra *c*) resulta fundada. En efecto, en el curso del procedimiento para la realización de los planos de las instalaciones religiosas, el art. 72.4, primer párrafo prevé la consideración de observaciones aportadas por organizaciones, comités de ciudadanos, exponentes y representantes de las fuerzas de seguridad, así como de las oficinas provinciales de la *Questura* (Jefatura de la Policía provincial) y de la *Prefettura* (órgano periférico del Ministerio del Interior que ejerce en cada provincia las funciones de la administración general del Estado) con el fin de evaluar posibles cuestiones de seguridad pública.

Por otra parte, el art. 72.7, letra *c*) exige que dichos planos prevean la instalación, a cargo de los solicitantes, de un sistema de videovigilancia en el exterior de cada edificio de culto para monitorear todas las entradas, conectado con las oficinas de la policía local o las fuerzas de seguridad.

Ahora bien, estas normas de orden público y seguridad son de competencia legislativa exclusiva del Estado, incluso en relación con las posibles formas de coordinación con las regiones (arts. 117.2, letra *h*) y 118.3 de la Constitución).

En la Constitución italiana, todos los derechos fundamentales, incluso la libertad religiosa, están sujetos a límites. En consecuencia, las prácticas de culto contrarias a las buenas costumbres no gozan de la garantía constitucional establecida en el art. 19 de la Constitución. De la misma forma, si la organización de una confesión es incompatible con el ordenamiento jurídico italiano, no puede ser protegida por el art. 8 de la Constitución.

Entre los intereses constitucionales a tomar en consideración en relación con la tutela de la libertad de culto, figuran los relativos a la seguridad, al orden público y a la convivencia pacífica. Sin embargo, el art. 117.2, letra *h*) de la Constitución asigna la persecución de esos intereses exclusivamente al Estado, mientras que las regiones solo pueden hacer aportes mediante la adopción de medidas contempladas en sus propias atribuciones. En el caso *sub examine*, las normas impugnadas, consideradas en su *ratio* y en su contenido esencial, persiguen evidentes finalidades de orden público y seguridad. Por consiguiente, resultan inconstitucionales porque exceden los límites de las competencias atribuidas a la región.

El planteo de inconstitucionalidad del art. 72.4, segundo párrafo, es inadmisibile. En efecto, en relación con los planos de las instalaciones religiosas, dicho artículo prevé la facultad de las municipalidades de llamar a referéndum, respetando las previsiones estatutarias y el ordenamiento estatal. El recurrente aduce la violación del art. 19 de la Constitución, toda vez que reafirmando la facultad de las municipalidades de llamar a referéndum, la posibilidad de destinar determinadas áreas a la edificación de instalaciones destinadas al ejercicio del culto estaría subordinada a decisiones que son expresión de mayorías políticas, culturales o de otro origen.

El tenor literal de la norma pone en evidencia que no existe modificación alguna del procedimiento de aprobación de los planos ni incidencia en la

normativa sobre los referéndums municipales. Solo hay una referencia a lo que la normativa relevante local y nacional prevé. La norma, por ende, carece de fuerza autónoma preceptiva o, si se prefiere, del carácter innovador propio de los actos normativos.

El art. 72.7, letra g) de la ley n° 12/2005 prevé que los planos de las instalaciones religiosas garanticen una congruencia arquitectónica y dimensional de los edificios de culto con las características generales y peculiares del paisaje lombardo, tal como las enuncia el Plano Territorial Regional (PTR). El recurrente aduce una violación de los arts. 3, 8 y 19 de la Constitución, toda vez que al hacer referencia a las características del paisaje lombardo mediante una fórmula ambigua, otorga una discrecionalidad demasiado amplia a la administración, la cual podría propiciar aplicaciones discriminatorias.

Contrariamente a lo manifestado por el recurrente, en general la norma impugnada no prevé que los edificios de culto se ajusten a las características del “paisaje lombardo”. La norma especifica que las características a las que deben ajustarse dichos edificios son aquellas identificadas por el PTR, según lo establecido en los arts. 19 y sgts. de la ley n° 12/2005. En efecto, leída globalmente, la norma prevé que en la evaluación del ajuste de los edificios de culto al paisaje, no es preciso tomar en cuenta consideraciones estéticas subjetivas, ocasionales y extemporáneas y, como tales, susceptibles de aplicaciones arbitrarias y discriminatorias, sino indicaciones predeterminadas por las previsiones pertinentes del PTR. De esta forma, es posible confirmar que este, incluso en relación con el ámbito específico que aquí se considera, resulta orientativo para toda la programación y planificación territorial local de Lombardía, y a la vez es un marco de referencia para las evaluaciones sobre la compatibilidad de los actos de gobierno del territorio, inclusive de los municipales. Así entendida, la norma impugnada no es más que una especificación de lo previsto por los arts. 19 y 20 de la ley regional n° 12/2005.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 63 del 23-2-2016, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=63>>.



MINORÍAS. MINORÍAS LINGÜÍSTICAS. EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA LENGUA MINORITARIA. DERECHO A LA IGUALDAD (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: *Rose-des-vents* (RDV) es la única escuela primaria de idioma francés financiada con fondos públicos que presta servicios a los niños que habitan al oeste de la calle Main de Vancouver. La escuela está superpoblada y las inscripciones aumentan. RDV es pequeña y sus aulas son de dimensiones mucho menores que las de otras escuelas. Algunas no tienen ventanas y solamente tres tienen la superficie recomendada. La biblioteca es muy pequeña, los baños no son aptos y no hay ninguna sala para usos múltiples en

el colegio. Cerca del 85% de sus alumnos llegan en micro y más de dos tercios de ellos hacen viajes de más de 30 minutos. En cambio, las escuelas de idioma inglés de la misma zona son más grandes, cuentan con aulas y patios más amplios y en mejores condiciones, y sus bibliotecas son más espaciosas. La mayoría de los alumnos de las escuelas de idioma inglés de la zona viven a menos de un kilómetro de su escuela.

En 2010, los padres de alumnos de RDV solicitaron al consejo escolar y al gobierno provincial el dictado de una sentencia declarativa de que los servicios educativos con que contaban sus hijos no eran equivalentes a los de las escuelas de idioma inglés de la zona y que se habían violado los derechos a la educación en el idioma minoritario garantizados por el art. 23 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta). Solicitaron la división del proceso en etapas para poder obtener una sentencia declarativa mientras dejaban la cuestión de la responsabilidad por las supuestas deficiencias para una etapa posterior, si fuese necesario. Tenían la esperanza de que la obtención de la sentencia declarativa fuera suficiente para conseguir una respuesta favorable del Gobierno.

El juez accedió a la división del proceso en etapas y decidió resolver solamente en primer lugar si los niños de los titulares de derechos gozaban de una educación y de instalaciones equivalentes a las de las escuelas de la lengua mayoritaria, como garantiza el art. 23 de la Carta. Antes de analizar esta primera etapa, suprimió ciertas partes de las presentaciones de la Provincia porque consideró que no eran relevantes en este estadio del proceso. Cuando este concluyó, el juez dictó una sentencia declarativa estableciendo que a los padres no se les estaban proveyendo las instalaciones educativas de lengua minoritaria que les garantiza el art. 23 de la Carta. No se imputó responsabilidad alguna por este incumplimiento de satisfacer el estándar constitucional.

El Tribunal de Apelaciones anuló la sentencia declarativa y la resolución que excluía las presentaciones de la Provincia.

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

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto y se restituye la validez de la sentencia declarativa del juez de primera instancia. También se restablece la condena en las costas especiales impuestas por el juez. Se reenvían los autos a la Suprema Corte de la Columbia Británica para la tramitación de la ulterior etapa del proceso si se lo estima necesario. Se imponen costas especiales a los apelantes por el proceso de apelación.

El art. 23 de la Carta garantiza una escala móvil de derechos a la educación en la lengua minoritaria. En el límite superior de dicha escala, los titulares de derechos tienen derecho a acceder a establecimientos de enseñanza diferentes y equivalentes a los que tienen el grupo de la mayoría lingüística. Para hacer efectivos estos derechos garantizados por el art. 23, se debe hacer hincapié en la equivalencia sustantiva y no en los costos por persona y otros indicadores de equivalencia formal. Es fundamental que la experiencia educativa de los niños de los titulares de los derechos garantizados por el art. 23 en el límite superior de la

escala variable sea de una calidad similar a la experiencia educativa de los alumnos de la mayoría lingüística.

Para evaluar la equivalencia sustantiva, el método teleológico exige que el tribunal tenga en cuenta las opciones disponibles en materia de educación desde el punto de vista de los titulares de los derechos garantizados en el art. 23. El grupo de referencia apropiado para hacer esta comparación generalmente son las escuelas vecinas de la mayoría lingüística que representan una alternativa posible para los titulares de derechos. La cuestión a analizar es si los padres razonables que gozan de esos derechos se verían disuadidos de enviar a sus hijos a una escuela de minoría lingüística por la circunstancia de que es sustancialmente inferior a una escuela de mayoría lingüística donde pueden inscribirlos. En caso afirmativo, se vería amenazado el fin perseguido por el art. 23. Si la experiencia educativa, considerada en forma global, es suficientemente superior en las escuelas de la mayoría lingüística, esa circunstancia podría desalentar el deseo de los padres de educar a sus hijos en la lengua minoritaria y, por lo tanto, podría dar lugar a la asimilación.

En el ejercicio comparativo, hay que tener presentes los diversos factores que los padres razonables tienen en cuenta para evaluar la equivalencia. El ejercicio es contextual y holístico, e implica considerar no solo las instalaciones materiales, sino también otros factores como la calidad en la educación, los resultados escolares, las actividades extracurriculares y el tiempo empleado en los traslados, etc. Este criterio es similar a la forma en que los padres toman las decisiones relativas a la educación de sus hijos. La medida en la que un determinado factor dado representará una cuestión a considerar en la evaluación de la equivalencia dependerá de las circunstancias del caso. Se examinan los factores relevantes en conjunto para decidir si, en forma global, la experiencia educativa es inferior a tal punto que puede disuadir a los titulares de derechos de inscribir a sus hijos en una escuela de la minoría lingüística. Si, al hacer el balance, la experiencia es equivalente, las exigencias del art. 23 están satisfechas.

Para establecer el nivel de servicios educativos al que tiene derecho un grupo de titulares de derechos, según una escala variable, se tienen en cuenta costos y consideraciones prácticas. Podría debilitar ese análisis si se examinaran nuevamente los costos y las consideraciones prácticas luego de que se haya determinado el nivel apropiado de servicios educativos. Por lo tanto, no es conveniente que los gobiernos provinciales o territoriales invoquen este tipo de cuestiones en el marco de la determinación de la equivalencia. Los costos y las consideraciones prácticas pueden, sin embargo, resultar relevantes cuando se trate de justificar una violación al art. 23 o de elaborar una reparación adecuada y justa luego de una violación.

En este caso, el juez ante quien se presentó la demanda evaluó con buen criterio la equivalencia. Valoró los factores pertinentes de manera exhaustiva y amplia, y comparó la RDV con las escuelas de lengua inglesa del sector relevante de Vancouver. Para determinar la equivalencia real global, estableció que los programas ofrecidos en RDV no eran suficientes como para compensar sus inadecuadas instalaciones, su superpoblación y los largos traslados. En su opinión,

la disparidad entre las escuelas de la minoría y la mayoría lingüísticas era tal que limitaba la inscripción y contribuía a la asimilación. No hay ningún error de principio en el análisis del juez.

La sentencia declarativa del juez equivale a una declaración de una violación *prima facie* del art. 23, sin perjuicio de la futura determinación de la responsabilidad, de una justificación de la violación (si procede) y de una reparación concreta. Si los hijos de los titulares de los derechos garantizados por el art. 23 tienen derecho a una experiencia educativa equivalente a la de los hijos de la mayoría, no existe ninguna diferencia entre una conclusión de ausencia de equivalencia y una conclusión de que los titulares de derechos no han recibido los servicios a los cuales tienen derecho en términos del art. 23. Sin embargo, como hasta el momento no se responsabilizó a nadie por esta violación –y dejando abierta la posibilidad de que el o los responsables traten de justificarla–, no puede afirmarse que la sentencia declarativa del juez constituya una declaración completa de una violación de la Carta.

Cuando un proceso fue dividido en etapas para separar la cuestión de la equivalencia sustantiva de otros elementos del análisis fundado en el art. 23, la prueba que no resulta pertinente para responder esta cuestión normalmente se reputa no relevante. Desde esta perspectiva, el juez podía dividir las presentaciones de la Provincia en cuanto no resultaban relevantes a los fines de determinar la equivalencia sustantiva.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, sentencia n° 35619 del 24-4-2015, en <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/15305/index.do>>.



PRESOS. CÁRCELES. HACINAMIENTO CARCELARIO. ESTÁNDARES MÍNIMOS DE SALUBRIDAD. SALUD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DIGNIDAD HUMANA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: dos salas de Selección de la Corte Constitucional de Colombia decidieron seleccionar para revisión los expedientes de tutela Nros. T-3.866.955 y T-4.278.449. Si bien los asuntos bajo estudio fueron presentados en escritos separados y provienen de personas diferentes, estos coinciden en el derecho objeto de amparo, razón por la cual, por presentar unidad en la materia, se decidió su acumulación para que fueran resueltos en una misma providencia. Los demandantes pretenden obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, los cuales –afirman– han sido desconocidos por la Nación, el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), al tener establecimientos de reclusión que no garantizan una permanencia segura y digna, acorde con sus prerrogativas constitucionales.

a) *Expediente T-3.866.955*: Carlos Alberto Taborda Lanos, quien dijo accionar en representación de todos los internos del patio 8° de la Cárcel Nacional de Bellavista de Bello, Antioquia, refirió que han ocurrido graves acontecimientos de salubridad en el establecimiento en el que se encuentran reclusos. Advirtió que en el patio al que pertenece se han originado, aproximadamente, 25 muertes por indebida prestación médica y por no contar con los utensilios médicos necesarios para auxiliar a los internos; que las condiciones de habitabilidad son precarias, pues tienen dormitorios improvisados por hacinamiento en los patios, se presentan pérdidas frecuentes de objetos personales y conviven con los internos que padecen enfermedades mentales, quienes, por mandato legal, deberían estar aislados de los demás reclusos, y, actualmente, se encuentran durmiendo apretujados en los baños del patio; que la alimentación que se les suministra dentro del penal carece de todo tipo de preparación previa y a veces se encuentra en estado de descomposición; que las familias de los internos consignan dinero en las cuentas registradas del Banco Popular para que los reclusos puedan comprar algunos artículos de primera necesidad; sin embargo, los dragoneantes les informan que el Director aún no autoriza las erogaciones, por lo que no pueden hacer uso del dinero depositado. Con respecto a su situación personal, Taborda Lanos ha solicitado al INPEC tratamiento de ortodoncia, pues requiere la recuperación de toda su dentadura y la incrustación de unas coronas; no obstante, el mencionado instituto y Caprecom EPS –entidad encargada de dicha prestación– le han negado los servicios, por no estar incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS). Sostiene que ha presentado sendas peticiones ante las autoridades penitenciarias sin que a la fecha el Director le haya otorgado respuesta alguna. Asimismo, solicitó que le sean amparados los derechos fundamentales propios y los de los demás reclusos que integran el patio 8° del mencionado establecimiento penitenciario a la salud, a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas, a quienes solicita se les ordene solucionar el problema de hacinamiento y remitir el mayor número de reclusos posibles a otros patios y/o penitenciarías, para que se les permita gozar de una permanencia digna. Pidió también la reubicación de los pacientes psiquiátricos a sitios especiales dentro del mismo centro penitenciario; el suministro de artículos de primera necesidad; salubridad en los procesos alimenticios, y la adecuada prestación de los servicios de salud.

Mediante auto del 19 de febrero de 2013, el Tribunal Superior de Medellín se declaró incompetente y remitió la acción de tutela a la Oficina de Apoyo Judicial para que fuera asumida por los jueces penales del Circuito. El expediente recayó en el Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, el cual, mediante sentencia del 7 de marzo de 2016, declaró improcedente el mecanismo de amparo impetrado, pues si bien reconoció que la superpoblación carcelaria hace indigna la permanencia de los reclusos en los establecimientos penitenciarios, manifestó que el hacinamiento en el patio 8° al cual pertenece el accionante se había originado con ocasión de una medida de seguridad adoptada por el establecimiento en razón de una serie de disturbios ocurridos en otros patios, por lo cual el traslado de algunas personas a ese lugar estuvo fundamentado en la necesidad de recobrar el orden

y el control a nivel interno. En relación con las condiciones de salubridad en los alimentos, indicó que los derechos fundamentales no se encontraban vulnerados, toda vez que se pudo constatar que la presentación o los procedimientos de cocción de los mismos se encontraban supervisados por nutricionistas, quienes sometían a control de calidad la condición y características de las comidas, por lo que la inconformidad de los reclusos al respecto no constituye, *per se*, una vulneración de sus derechos. En torno al derecho a la salud, estimó que no se había demostrado que el actor hubiere acudido al servicio de salud del establecimiento para solicitar la prestación del servicio, por lo que previamente le correspondía gestionar la valoración médica para poder exigir el suministro de los tratamientos requeridos en sede de tutela.

b) Expediente T-4.278.449: la Defensoría del Pueblo de Armenia – en representación de los detenidos en los calabozos de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de la Fiscalía, los del calabozo de la SIJIN del Comando de Departamento de Policía de Quindío y los del CAI de Santander– presentó una acción de tutela contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y el INPEC por la presunta vulneración de los derechos de quienes se encuentran detenidos sin que se les hubiera iniciado trámite para la reclusión o designación de penitenciaría. Advirtió que a las personas en situación de prisión preventiva no se les había autorizado el traslado al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Armenia, pues mediante orden judicial, a dicha entidad se le había ordenado no recibir más reclusos hasta tanto no se superara la situación interna de hacinamiento. Sostuvo que ni la URI ni los calabozos de Armenia cuentan con instalaciones adecuadas que permitan el confinamiento permanente de internos. Solicitó, como medida preventiva, que se ordenara al INPEC efectuar el traslado de quienes se encontraban reclusos en la URI y calabozos, en aras de garantizarles una privación de la libertad en condiciones dignas. Por ello, solicitó amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana de las personas detenidas preventivamente en la URI y en los distintos calabozos de Armenia y, como consecuencia de ello, ordenar a las entidades accionadas asignar un establecimiento penitenciario que contara con las instalaciones necesarias para el confinamiento de internos mientras se resolviera de manera definitiva su situación jurídica.

Mediante auto del 9 de diciembre de 2013, el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Armenia, en el marco de la acción de tutela, no otorgó la medida provisional solicitada; en la misma providencia, decretó una inspección judicial de los calabozos de la SIJIN, CAI Santander y URI, así como una declaración judicial del Mayor Edwin Velandia Núñez, Comandante de la Seccional de Investigación Criminal SIJIN DEQUI, para brindar su versión sobre los hechos. El 19 de diciembre de 2013, ordenó a la Alcaldía Municipal de Armenia y a la Gobernación de Quindío que se pronunciaran sobre los hechos esbozados en la acción de amparo.

Mediante sentencia del 23 de diciembre de 2013, declaró el hecho superado por carencia actual de objeto, atento a que en la inspección judicial se

había podido constatar que las personas vinculadas al amparo ya no se encontraban recluidas en la URI ni en los calabozos de la SIJIN y del CAI Santander, sino que algunas habían sido internadas en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Calarcá y otras ya habían sido trasladadas a otras penitenciarías. Sin embargo, realizó un pronunciamiento de fondo sobre la situación de hacinamiento denunciada y, al respecto, ordenó a las entidades demandadas que, en aras de evitar la vulneración de los derechos de quienes puedan estar privados de la libertad por un tiempo superior al permitido en dichos establecimientos, adoptaran las medidas tendientes a garantizar que las personas sobre las cuales recaiga una medida de aseguramiento sean remitidas, dentro de las 48 horas siguientes a su captura, a una penitenciaria que cumpla con las condiciones mínimas que les garantice una reclusión en condiciones dignas. Desvinculó a la Gobernación del Quindío y a la Alcaldía de Armenia, por considerar que no se les puede endilgar responsabilidad por los hechos controvertidos en la medida en que no están facultadas para disponer el traslado o custodia de los capturados que ingresan a la URI, CAI Santander o SIJIN, quienes, en su condición de imputados, están a cargo del INPEC.

En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, mediante sentencia del 29 de enero de 2014, confirmó el fallo de primera instancia, en todas sus partes, y por los mismos argumentos.

2. Sentencia: se levanta la suspensión de términos en este proceso, ordenada en el auto del 22 de agosto de 2013.

Se revoca la sentencia del 7 de marzo de 2013 del Juzgado 14 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín que declaró, dentro del proceso de tutela T-3.866.955, improcedente el amparo solicitado por Carlos Alberto Tarborda Lanos y, en su lugar, se ordena al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Bellavista –Antioquia– que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, en aras de hacer frente a los problemas generales de hacinamiento, adopte medidas pertinentes para evitar que el patio 8° de ese establecimiento no supere la capacidad máxima de los cupos permitidos. A tal efecto, no se podrán trasladar personas a dicho patio por encontrarse en condiciones de hacinamiento. A partir del momento de notificación, se deberá aplicar la regla de equilibrio, para impedir que el patio 8° del establecimiento supere su capacidad permitida.

Se advierte a la Directiva del Establecimiento Penitenciario y Carcelario Bellavista –Antioquia– que debe abstenerse de realizar cualquier acto u omisión que dificulte la obtención de la atención médica de los internos. De tal manera, se deben programar las visitas que sean necesarias para que los reclusos puedan ser atendidos por la EPS-S, de conformidad con la normativa que regule la materia, so pena de incurrir en una violación del derecho fundamental a la salud.

Se advierte a la EPS-S Caprecom que deberá prestar, en debida forma, el servicio de salud a nivel interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bellavista –Antioquia–, de conformidad con lo establecido en la ley y en la Constitución.

Se da alcance a la sentencia T-388/2013, M.P. María Victoria Calle Correa, al INPEC y al Establecimiento Penitenciario de Bellavista –Antioquia– para que se adopten las medidas allí dispuestas, tales como las brigadas jurídicas, con el objeto de mitigar el hacinamiento carcelario y cumplir con las garantías de las personas privadas de la libertad.

Se ordena al INPEC y a Caprecom EPS-S que remitan a evaluación odontológica a Taborda Lanos, quien se encuentra recluso en la cárcel de Alta y Mediana Seguridad Carcelaria de Palmira, Valle, para que sea el odontólogo quien determine qué clase de prótesis requiere el actor, la cual deberá entregársele en un plazo máximo de 15 días, contados desde la notificación de esta providencia, salvo que las adecuaciones para su implante requieran un lapso mayor, lo que deberá justificarse plenamente, por el INPEC o Caprecom EPS-S, según corresponda, sin oponerle ningún obstáculo a tal efecto.

Se confirma la sentencia proferida el 29 de enero de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, que confirmó la dictada el 23 de diciembre de 2013 por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela T-4.278.449, que declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

Se insta a la Gobernación de Quindío y a la Alcaldía de Armenia a que inicien las gestiones pertinentes para dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 17 de la Ley 65/1993, con el fin de solucionar la crisis de hacinamiento del departamento de Caldas.

Se ordena a la Defensoría del Pueblo que haga un acompañamiento a las órdenes dadas en la presente providencia dentro de las acciones de tutela T-3.866.955 y T-4.278.449, con el fin de dar cumplimiento a las mismas.

Procedibilidad de la acción de tutela. Legitimación activa. Legitimación pasiva

El art. 86 de la Constitución Política (CP) establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, en los casos específicamente previstos por el legislador.

La tutela T-3.866.955 fue presentada por Taborda Lanos, titular del derecho presuntamente vulnerado, respecto de la situación personal que describe, razón por la cual se encuentra legitimado. Sin embargo, adicionalmente, afirmó estar actuando también en representación de todos los reclusos del patio 8º de la Penitenciaría de Bellavista, Antioquia, en lo que concierne al amparo basado en el hacinamiento que presenta el sitio en el que está recluso y en la indebida presencia de pacientes psiquiátricos en dicho lugar, situación que afecta al demandante y, por igual, a todos los allí confinados. Al respecto, si bien el art. 10 del Decreto 2591/1991 permite que quien ejerza la acción de tutela también pueda agenciar derechos de terceros, lo cierto es que dicha modalidad de representación solo

es permitida cuando de los supuestos del mecanismo de amparo se evidencie que el agenciado no está en condiciones de promover su propia defensa. En este caso, la situación de los agenciados privados de la libertad hace presumir esa imposibilidad, además de que la situación de vulneración de sus derechos es común a la que ha sido planteada por el demandante. En consecuencia, Taborda Lanos se encuentra legitimado para agenciar los derechos de los reclusos del patio 8º, no solo en virtud de la limitación advertida, sino en razón de que la causa de la vulneración advertida por el demandante les es común a todos.

Por otra parte, el INPEC, el Ministerio de Justicia y Derecho, y el Ministerio de Hacienda se encuentran legitimados como parte pasiva en los procesos, conforme con lo dispuesto en el art. 13 del Decreto 2591/1991, en la medida en que se trata de autoridades públicas a las que se les atribuye la vulneración de derechos fundamentales.

Problema jurídico

Esta Sala de Revisión debe determinar si el INPEC, la Penitenciaría de Bellavista, Antioquia, y la URI, el calabozo de la SIJIN y el calabozo del CAI de Santander vulneraron derechos fundamentales al privar de las mínimas condiciones de dignidad a las personas reclusas, no suministrar en debida forma la prestación del servicio de salud y no contestar en término las peticiones presentadas por los internos.

Respecto de Taborda Lanos, corresponde definir si las entidades demandadas en del expediente T-3.866.955 vulneraron sus derechos fundamentales al no prestarle los servicios de ortodoncia y odontología para restablecer su dentadura, por no estar estos incluidos dentro del POS.

Teniendo en cuenta que en el expediente T-4.278.449, las partes accionadas –con fundamento en una tutela presentada con anterioridad por la Defensoría del Pueblo en representación de aquellos que por tener una medida de aseguramiento se encontraban reclusos en condiciones indignas– alegaron la carencia actual de objeto, esta Sala debe analizar si hubo temeridad y abordar lo concerniente al hecho superado. Seguidamente, la Sala se referirá: (i) al hacinamiento e integridad personal de las personas privadas de la libertad; (ii) al derecho de petición de las personas privadas de la libertad; (iii) a la obligación del Estado de satisfacer el derecho a la salud de la población carcelaria, para, finalmente, proceder a (iv) resolver los casos concretos.

Inexistencia de actuación temeraria por parte de uno de los accionantes

La temeridad es un fenómeno jurídico que tiene lugar cuando “*sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela es presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales*”. Su efecto da lugar al rechazo y a la resolución desfavorable de todas las solicitudes, sin perjuicio de las sanciones que establezca la ley. Las actuaciones temerarias en ejercicio de la acción de tutela deben presentar tres elementos concurrentes para verificar su existencia:

(i) identidad en el objeto, es decir, que “*las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental*”; (ii) identidad de causa *petendi*, que hace referencia a “*que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa*”; y (iii) identidad de partes. Al analizar la temeridad, si el juez observa la concurrencia de esos tres elementos, tiene la obligación de descartar que dentro de la segunda acción de tutela no se encuentre una razón válida que justifique su interposición, para que sea posible el rechazo de esta o la denegación de la solicitud que ella contenga. La existencia de la temeridad debe analizarse a partir de la premisa de la buena fe de los particulares en sus actuaciones ante la administración de justicia. No obstante, este Tribunal ha dicho que pueden existir eventos en los cuales, si bien se encuentra la concurrencia de los tres elementos que configuran la temeridad, esta no se constituye. Estas circunstancias se configuran cuando “(i) *el juez vislumbra la presencia de nuevos elementos fácticos o jurídicos; (ii) o al resolver la primera acción no se pronunció con respecto a la verdadera pretensión del accionante y se observe que la violación de los derechos del accionante se mantenga o se agrave*”; en estos casos, el juez deberá entrar a decidir el fondo del problema planteado.

Expuestas tales consideraciones generales, la Sala debe determinar si existe temeridad en el presente caso. Se observa que si bien la Defensora del Pueblo de la Regional Quindío presentó una acción de tutela en nombre de algunas personas que se encontraban reclusas en la URI y en los calabozos de la SIJIN y CAI Santander, se pudo constatar que existe entre ambos mecanismos de amparo identidad de accionados e identidad de pretensiones, pero las personas detenidas relacionadas en la primera acción son diferentes a las referenciadas en esta nueva acción de tutela objeto de revisión. Así las cosas, como no concurren los elementos que configuran la temeridad, esta Sala entrará a desarrollar la línea jurisprudencial ya anunciada.

Existencia de hecho superado

Si la situación fáctica que motiva la presentación de la acción de amparo se modifica porque cesa la acción u omisión que, en principio, generó la vulneración de los derechos fundamentales, pierde eficacia la petición, toda vez que desaparece el objeto jurídico sobre el que recaería una eventual decisión del juez de tutela. Ante ese escenario, lo procedente es que el juez de tutela declare la carencia actual de objeto por configuración de un hecho superado.

La Defensora del Pueblo Regional Quindío presentó una acción de tutela con el fin de que fueran protegidos los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad que, en razón de las medidas de aseguramiento, se encontraban reclusas en la URI, el calabozo de la SIJIN y el CAI de Santander y que habían permanecido en los mencionados establecimientos en condiciones de hacinamiento, por mayor tiempo al establecido en la ley. Se acreditó que las personas relacionadas en el amparo ya no se encuentran reclusas en la URI y en los calabozos de la SIJIN y del CAI Santander, pues fueron trasladadas hacia el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Calarcá e incluso muchos de ellos

ya se encuentran en otras penitenciarias. Se observa que dichos establecimientos, previo mandato judicial proferido en otro proceso de tutela y en cumplimiento de los presupuestos legales, actualmente solo mantienen a los reclusos durante el tiempo que la medida de aseguramiento lo permite, evitando así situaciones de hacinamiento. Por ello, esta Sala infiere que en el asunto *sub examine* se encuentra satisfecha la pretensión formulada en sede de tutela por la Defensora del Pueblo de la Regional de Quindío, toda vez que los reclusos relacionados en el memorial respectivo ya fueron remitidos a establecimientos carcelarios que cuentan con mejor infraestructura, lo cual les garantiza, durante su permanencia, la protección de sus derechos. En consecuencia, constatada la carencia actual de objeto por hecho superado, se procederá a declararla en el expediente T-4.278.449. No obstante, esta Sala insta a la Gobernación de Quindío y a la Alcaldía de Armenia a que tomen las medidas necesarias con el fin de dar cumplimiento al art. 17 de la Ley 65/1993, con el fin de superar la crisis de hacinamiento del penitenciario del departamento de Caldas.

Respecto de la situación actual del interno Taborda Lanos, la entidad accionada señaló que actualmente el actor se encuentra cumpliendo su pena en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Palmira, Valle. Sin embargo, no puede predicarse la carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que si bien el recluso se encuentra en otra penitenciaría, lo cierto es que del expediente no se infiere que las condiciones actuales de los internos de Bellavista, Antioquia, a diferencia de lo que sucede en el otro proceso, hubieren mejorado, por lo que, respecto de este caso en concreto, procede este Tribunal a efectuar un pronunciamiento de fondo. Asimismo, la Sala deberá pronunciarse sobre los requerimientos de salud oral hechos por el demandante, en la medida en que nada indica que esa situación se haya superado.

Hacinamiento e integridad personal de las personas privadas de la libertad

Esta Corte oportunamente ha expresado que la situación en condiciones de hacinamiento en establecimientos penitenciarios configura un estado de cosas inconstitucional debido a la situación de indignidad que conlleva para las personas privadas de libertad. Dicha declaración estaba dirigida a buscar una solución al sistema carcelario y penitenciario colombiano; allí se adujo que si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos quedaban suspendidos o restringidos desde el momento en que estos son privados de su libertad, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados por las autoridades públicas que se encuentran a cargo, más si se tiene en cuenta que la población reclusa permanece en una “relación de especial sujeción con el Estado”.

Las limitaciones constitucionales a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad deben ser las estrictamente necesarias para lograr la conservación de la seguridad, el orden y la disciplina dentro del penal y uno de los fines de la pena, como lo es la resocialización de los internos; las limitaciones deben desarrollarse en condiciones dignas, lo que se traduce en la necesidad de garantizar una reclusión libre de hacinamiento, con una infraestructura adecuada

con acceso a servicios básicos, alimentación adecuada, ambiente salubre e higiénico, y acceso a los servicios de salud que se requieran, entre otras prerrogativas. El hacinamiento carcelario también impide y degenera el desarrollo habitual de otro tipo de derechos: al trabajo, a la educación, a la alimentación adecuada, a la salud, a la familia, a la intimidad, a las visitas, a la sexualidad y a la recreación, los cuales generalmente resultan lesionados en razón del amontonamiento desproporcionado. Además, crea un ambiente propicio para que se propaguen enfermedades, por lo cual la sobrepoblación sumada a condiciones de salubridad, sanitarias y de higiene deficientes constituyen factores que amenazan el derecho fundamental a la salud y a la integridad de las personas privadas de la libertad.

Así las cosas, el hacinamiento *per se* constituye una vulneración a la integridad personal de quienes se hallan privados de la libertad. La ocupación de establecimientos carcelarios por encima del número de plazas disponibles trae inmerso un sinnúmero de factores que propician la violación de varios derechos fundamentales, como la dignidad humana, la salud y la integridad personal, y, por ello, dicha sobrepoblación reclusa merece ser amparada por el juez constitucional, quien, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debe intentar establecer mecanismos para remediar, de manera inmediata, la amenaza o vulneración de estos derechos, con el fin de que el sistema penitenciario y carcelario no desborde el número de plazas disponibles.

Derecho de petición de las personas privadas de la libertad

Las personas privadas de la libertad son sujetos de especial vulnerabilidad en virtud de la relación de sujeción que existe entre el recluso y el Estado, lo que significa que este puede exigirle a aquel el sometimiento a un conjunto de condiciones que comportan la suspensión y restricción de distintos derechos fundamentales, condiciones que deben ajustarse a las prescripciones del examen de proporcionalidad. Quien se encuentre privado de su libertad tiene una serie de derechos que no pueden ser objeto de restricción jurídica durante la reclusión: a la vida e integridad personal, a la dignidad, a la igualdad, a la libertad religiosa, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y al derecho de petición, los cuales mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que está sometido su titular. Así las cosas, respecto de ese conjunto de derechos se estableció en cabeza del Estado el deber positivo de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan su goce efectivo, así como la adecuada resocialización de los reclusos.

Respecto del derecho de petición, esta Corte ha dicho que el ejercicio de dicha prerrogativa no está limitado por la privación de la libertad. En ese sentido, se sostuvo que “el derecho de petición es uno de aquellos derechos fundamentales que los reclusos ostentan en forma plena, vale decir, que no está sometido a ningún tipo de limitación o restricción en razón de la situación de privación de la libertad a que se encuentran sometidas estas personas. Lo anterior se deriva de la naturaleza misma de la relación de especial sujeción que vincula al interno a la administración carcelaria. La única razón que justificaría una eventual limitación

del derecho fundamental de petición de un recluso consistiría en que el titular del mencionado derecho abusara de éste en detrimento de los derechos fundamentales de otras personas. El derecho de petición de los reclusos no comporta la obligación de las autoridades carcelarias de dar respuesta positiva a las solicitudes que aquellos eleven, ni de realizar las gestiones que se les soliciten. Los deberes de estas autoridades, en punto al derecho fundamental de petición, consisten en adoptar todas aquellas medidas necesarias para que los internos reciban una respuesta completa y oportuna a sus peticiones. Las autoridades penitenciarias están en la obligación de motivar, en forma razonable, las decisiones que adoptan frente a las peticiones que un recluso ha elevado. No basta con que se ofrezca una respuesta a la petición del interno sino que, además, es necesario que se expongan las razones que la autoridad contempló para decidir en el sentido que efectivamente lo hizo, de manera que el recluso pueda conocerlas y, eventualmente, controvertirlas”.

En conclusión, los reclusos mantienen plena facultad sobre el ejercicio del derecho de petición, de tal manera que cuando formulen solicitudes dirigidas a funcionarios del sistema penitenciario o a la autoridad carcelaria del INPEC, deben obtener respuesta de fondo, clara y oportuna a su requerimiento sin que el goce efectivo del mencionado derecho se vea afectado por los trámites administrativos de las penitenciarias.

El derecho a la salud de la población reclusa

La especial relación de sujeción que existe entre el recluso y el Estado redunda en obligaciones que el Estado debe asumir para materializar el efectivo ejercicio de algunos derechos de quienes se encuentran privados de su libertad. Ello así, pues quien es sancionado con reclusión en un centro penitenciario se expone a la suspensión de derechos específico –como la libertad física y de locomoción–, pero también a la restricción necesaria de garantías como la libertad de expresión, el desarrollo de la personalidad, la intimidad personal, la libertad de asociación, de reunión, entre otros. No obstante, existen garantías en cabeza de los internos que no pueden ser restringidas y mucho menos suspendidas, como es el caso del derecho a la vida en condiciones dignas, la integridad personal, la salud, la igualdad, la libertad religiosa, el debido proceso y petición, los cuales deben permanecer ilesos a pesar de la sanción y cuya materialización recae en el Estado, específicamente las autoridades carcelarias. Bajo ese entendido, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la efectividad de los mencionados derechos en atención a la mencionada relación de especial sujeción en la que se encuentra el recluso respecto del primero. Así lo han reconocido instrumentos internacionales que tratan el tema, *vgr.*, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, documento que contiene directrices que establecen requisitos mínimos para la prestación del servicio de salud a la población interna: determina que todo establecimiento penitenciario debe contar con al menos un médico calificado para la realización de diagnósticos; se debe hacer un examen médico al recluso tan pronto ingrese al penal y posteriormente las veces que sea necesario para reconocer posibles

enfermedades y proceder al tratamiento adecuado; en caso de que un interno requiera de servicios especiales, se debe disponer su traslado a establecimientos penitenciarios especiales o a hospitales; el galeno deberá visitar diariamente a todos los internos enfermos y aquellos que manifiesten sentirse mermados en su salud, así como a los que le generen sospecha de presentar alguna enfermedad, y, de igual forma, debe asesorar al director del establecimiento en temas de alimentación, higiene, condiciones sanitarias y educación física, entre otros.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas en 2008, instrumento que señala, en relación con el derecho a la salud, que “las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas”. El instrumento determina, a su vez, que el servicio de salud que deben recibir los internos debe ajustarse a ciertos principios como confidencialidad, respeto por la propia salud y consentimiento informado; debe funcionar en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, bajo las mismas políticas y prácticas, aunado a que en el caso de mujeres y niñas privadas de la libertad, deben contar con todas las condiciones propicias para atender sus necesidades.

La Ley 65/1993 determina la manera en que debe prestarse el servicio público de salud a los reclusos y, en el mismo sentido, la Ley 1122/2007 y el Decreto 1141/2009 incorporan internamente lo establecido en materia de salud por parte de los instrumentos internacionales. Bajo esa línea, esta Corte ha señalado que el derecho a la salud de los reclusos debe protegerse con la misma efectividad con la que se protege el derecho a la salud de quienes no forman parte de esa población, en la medida en que tal derecho en ningún momento pierde su calidad de fundamental. La obligación de garantía por parte del Estado se refuerza aún más sobre la base de la relación de sujeción entre ambas partes. El Estado adquiere la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para una efectiva garantía del derecho a la salud de los internos, lo que implica una prestación del servicio de manera oportuna, apropiada e ininterrumpida en pro de la dignidad de la población reclusa; deber que merece una especial atención, en la medida en que el interno no puede defender este derecho espontáneamente.

Tratándose de servicios de carácter odontológico, en el precedente T-615/2008 –en el que se examinó el caso de una persona reclusa que solicitaba

una prótesis dental, negada por el INPEC y por el entidad prestadora de salud—, se dispuso que “existen diversos elementos médicos y científicos que demuestran que el hecho de que una persona haya perdido un número importante de piezas dentales, puede afectar gravemente diversas funciones orgánicas en las que ellas intervienen. Así, en primer lugar y en relación con la función masticatoria, distintas investigaciones que se han adelantado en relación con este tema han concluido que para su adecuado desarrollo es necesaria la participación armónica de lo que se denomina ‘sistema masticatorio’ [...] De acuerdo con los mencionados estudios, una falla en la relación de las piezas dentales altera de manera importante la posibilidad de que el organismo cumpla con dicha función, la cual es indispensable para el desarrollo de otros procesos orgánicos tales como la deglución y digestión de los alimentos”.

En consecuencia, aunque la pérdida de piezas dentales no pone en riesgo la vida de una persona, sí puede comprometer aspectos funcionales de su aparato masticatorio y digestivo, además de otra función importante, como es la de permitir o facilitar la comunicación, razón por la cual el hecho de no prestar estos servicios puede comprometer el derecho fundamental a la dignidad humana, y tratándose de personas privadas de la libertad, quienes no cuentan con los medios para proporcionarse sus propias piezas dentales, corresponde al Estado garantizar dicho servicio con el objetivo de hacer efectivos sus derechos.

Caso concreto

Teniendo en cuenta que respecto del expediente T-4.278.449 la Sala confirmó el advenimiento de un hecho superado por haberse subsanado la situación de los reclusos internos en condiciones de hacinamiento dentro de la URI, el calabozo de la SIJIN y el calabozo CAI Santander, esta Corte se pronuncia sobre el fondo de los hechos suscitados en el otro mecanismo de amparo, sujeto a consideración. Se debe determinar si la Penitenciaría de Bellavista, Antioquia, vulneró los derechos fundamentales de Tabora Lanos al mantenerlo recluido en el patio 8º bajo condiciones de hacinamiento, sin la debida prestación de los servicios de salud y seguridad interna.

Respecto a las condiciones de reclusión, evidencia la Sala que el Establecimiento Penitenciario de Bellavista presenta problemas de hacinamiento y de salubridad y que esa realidad no le es ajena. No obstante, la institución advierte que no cuenta con los recursos económicos para otorgar soluciones inmediatas a la problemática, toda vez que depende de la asignación presupuestaria que para ello designe el Ministerio de Hacienda.

Si bien actualmente Tabora Lanos se encuentra recluido en otra penitenciaría —fue trasladado al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Palmira, Valle—, lo cierto es que, una vez acreditadas las condiciones internas de la cárcel de Bellavista, procede la Sala a pronunciarse sobre la situación conocida mediante el mecanismo de amparo respecto de los demás reclamantes allí confinados. Al respecto, las condiciones de reclusión alegadas en la acción de tutela reflejan una clara violación a los derechos

fundamentales de las personas que se encuentran privadas de la libertad en dicho establecimiento como quiera que, actualmente, no cuentan con las condiciones aptas para permanecer internos durante el tiempo que duren sus condenas, pues carecen de una adecuada infraestructura para el número de reclusos existentes de ventilación, de iluminación y de servicios sanitarios idóneos.

Teniendo en cuenta que esta Corte (T-388/2013) ha declarado que el sistema penitenciario y carcelario se encuentra nuevamente en un estado de cosas inconstitucional, esta Sala ordena que en la cárcel de Bellavista se apliquen las mismas directrices que dispuso entonces: “En aquellos casos en los que se esté enfrentando una situación de hacinamiento grave y evidente, y hasta tanto no se disponga una medida que asegure una protección igual o superior, se deberá aplicar una regla de equilibrio decreciente, según la cual se permita el ingreso de personas al establecimiento siempre y cuando no se aumente el nivel de ocupación y se haya estado cumpliendo el deber de disminuir constantemente el nivel de hacinamiento. Es decir, la regla de equilibrio decreciente, consiste en que sólo se podrá autorizar el ingreso de personas al centro de reclusión si y sólo sí (i) el número de personas que ingresan es igual o menor al número de personas que salgan del establecimiento de reclusión, durante la semana anterior, por la razón que sea [...], y (ii) el número de personas del establecimiento ha ido disminuyendo constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones esperadas. La aplicación de esta regla permite asegurar, por una parte, la realización progresiva, efectiva y sostenible de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sin imponer el obstáculo que conlleva impedir por completo, y sin excepciones, que personas sindicadas o condenadas puedan ser remitidas a importantes centros de reclusión, hasta tanto no se solucione completamente el problema de hacinamiento”.

Si bien sobre el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bellavista –Antioquia– se verificó una situación real de hacinamiento, lo cierto es que los acontecimientos narrados en el mecanismo de amparo versan, única y exclusivamente, sobre el patio 8º del centro de reclusión, de tal manera que esta Corte no puede ordenar el cierre total de la penitenciaría, en tanto nada se advirtió sobre las condiciones de los demás patios que la integran, por lo que las autoridades deberán adoptar medidas tendientes a mejorar las condiciones actuales del sector de la penitenciaría sujeto a discusión en la presente acción. También se advierte que el hacinamiento en el mencionado patio fue producto de una medida de seguridad interna que debieron adoptar los dragoneantes como consecuencia de una riña entre los internos. No obstante, la situación se prolongó en el tiempo, y por ello esta Sala ordenará al INPEC, específicamente a la cárcel de Bellavista, Antioquia, que adopte las medidas pertinentes para implementar los principios de equilibrio decreciente en el patio 8º, en aras de reestablecer la calidad de reclusión de sus internos.

En relación con el derecho de petición invocado en el amparo, dicha pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que no hay prueba alguna de que las peticiones fueron elevadas.

Respecto de la prestación del servicio de odontología, Caprecom EPS-S afirmó que no existe soporte clínico que respalde la necesidad de la prótesis

dental y que, de comprobarse la urgencia de la misma, dicha entidad no es la encargada de proporcionarla, debido al alto costo del tratamiento, que no está incluido en el POS, por lo que debe ser suministrado por el INPEC con cargo a la póliza adquirida con la aseguradora QBE. A su vez, esta manifestó que no es la responsable de proporcionar el servicio requerido y que no ha recibido ninguna solicitud que permita estudiar el posible respaldo económico de la prestación. Y el INPEC señaló que el responsable de proporcionar la prótesis dental es Caprecom EPS-S, pues el implante que solicita se encuentra incluido dentro del POS. La Resolución 5521/2013 por medio de la cual se define, aclara y actualiza integralmente el POS dispone, en el art. 38, que dentro de las coberturas del plan, se encuentran “las prótesis dentales mucosoportadas totales”. No obstante, dentro del mismo acto administrativo, se excluyeron, específicamente, los “tratamientos de periodoncia, ortodoncia, implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica”, diferentes a los descriptos en el presente acto administrativo.

El Estado está obligado a adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para una efectiva garantía del derecho a la salud de los internos, lo que implica una prestación del servicio de manera oportuna, apropiada e ininterrumpida en pro de la dignidad de la población reclusa; deber que merece una especial observación y materialización, en la medida en que el interno no puede defender este derecho espontáneamente, quedando sujeto a las acciones que las autoridades ejerzan sobre la materia. Teniendo en cuenta que dentro del expediente de tutela no se encuentran la historia clínica de Taborda Lanos ni la prescripción del médico tratante que ordena la prótesis solicitada, no es posible para esta Sala saber a qué clase de prótesis dental hace referencia el actor en su escrito de amparo; no obstante, se considera que el servicio odontológico debe prestársele de manera prioritaria con el fin de garantizar sus derechos. En ese orden de ideas, esta Sala ordenará al INPEC y a Caprecom EPS-S que remitan a valoración por odontología a Taborda Lanos, para que el médico tratante determine qué clase de prótesis requiere, la cual deberá ser entregada en el término de 15 días, si aún no lo ha sido, salvo que las adecuaciones para su implante requieran de un lapso mayor, lo que deberá justificarse plenamente por el INPEC o por Caprecom EPS-S, según corresponda, de acuerdo con lo dispuesto por el POS, sin oponer obstáculo alguno.

Nota de la Oficina: sobre hacinamiento carcelario, v. también sentencia de este mismo tribunal T-077/13 del 14-2-2013, cuyo resumen está disponible en *Investigaciones 1* [2015], p. 215.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-409/15 del 1-7-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-409-15.htm>>.



PROCESO CIVIL. LEGITIMACIÓN ACTIVA. INTERÉS LEGÍTIMO (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: dos iglesias protestantes y siete instituciones de beneficencia pertenecientes a la Iglesia Protestante solicitaron judicialmente el dictado de una medida cautelar que obligara a un sindicato a abstenerse de hacer huelgas o de convocar a huelgas en dichas instituciones. En particular, afirmaron que las huelgas sindicales vinculadas a las negociaciones colectivas interferían ilícitamente con el derecho a la autodeterminación de las iglesias y que, cuando no tienen como objetivo una negociación colectiva, son, en general, ilícitas.

El tribunal laboral interviniente hizo lugar a casi todas las pretensiones de los accionantes, pero el Tribunal Superior del Trabajo revocó esta decisión y desestimó el caso. La apelación que los actores interpusieron fundada en cuestiones de derecho resultó infructuosa.

El sindicato interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal alegando que si bien la parte resolutive de la sentencia no le ocasionaba ningún gravamen, no sucedía lo mismo con sus fundamentos.

2. Sentencia: resulta inadmisibles este planteo constitucional que cuestiona la validez de las decisiones de los tribunales laborales relativas a la “tercera opción” (*Dritter Weg*) como modalidad de contrato de trabajo vigente en el derecho laboral eclesiástico. El sindicato carece de la legitimación activa necesaria para hacer esta impugnación constitucional, puesto que no se ha visto perjudicado por la parte dispositiva de la sentencia ni –como excepción– surge del razonamiento del Tribunal Federal Laboral que se encuentre actual y directamente afectado.

Conforme a la modalidad de la “tercera opción”, las condiciones de los contratos de trabajo no son establecidas directamente por los empleadores eclesiásticos (“primera opción”) ni surgen de un convenio colectivo (“segunda opción”), sino de una Comisión de Derecho Laboral. Esta comisión es un organismo de derecho eclesiástico en el cual empleadores y empleados están representados en partes iguales y que tiene a su cargo la creación de las normas que regulan la celebración, el contenido y la extinción de los contratos de trabajo individuales. Si en la Comisión no se puede llegar a ninguna conclusión, la cuestión se somete a la consideración de un Comité de Conciliación, cuyos miembros también representan por igual a empleadores y empleados, y cuyas decisiones son irrecurribles. Las huelgas y los cierres patronales están prohibidos.

2.1. La admisibilidad de un planteo de inconstitucionalidad presupone que el recurrente denuncia una violación de sus derechos fundamentales o de derechos equivalentes a estos por parte de una autoridad pública (*cf.* art. 93.1, no. 41 de la Ley Fundamental (LF) y art. 90.1 de la Ley de este Tribunal Constitucional Federal).

Si un planteo de inconstitucionalidad impugna una decisión judicial, el recurrente usualmente puede haberse visto afectado adversamente por la parte dispositiva de la decisión; solo esta parte determina con fuerza legal qué efectos legales se atribuyen a los hechos que se han acreditado. Es necesario haber sido

afectado *de iure*; no basta con haber sido meramente afectado *de facto*. Las observaciones jurídicas o aquellas que son consideradas desventajosas y que están incluidas en el razonamiento hecho por el tribunal no tienen por efecto, *per se*, una afectación *de iure*.

Hasta ahora, este Tribunal Constitucional solo ha admitido estrictamente en casos excepcionales planteos de inconstitucionalidad dirigidos contra el razonamiento de una decisión judicial. Dichas excepciones no existen en este caso.

Para tener legitimación activa para promover un planteo constitucional, el recurrente debe estar en condiciones de denunciar que uno de sus derechos fundamentales o un derecho equivalente a estos ha sido violado individual, actual y directamente; este es habitualmente el caso cuando un planteo de inconstitucionalidad impugna la validez de una decisión judicial. Por lo tanto, en general, no se lo revisa en forma muy pormenorizada. Sin embargo, el control de si el recurrente realmente ha sido individual, actual y directamente afectado resulta necesario en circunstancias especiales, como por ejemplo –como en este caso– si alega haber sido negativamente afectado por algo distinto a la parte dispositiva de la decisión, favorable a sus intereses.

El criterio de hallarse actualmente afectado se utiliza para distinguir el efecto adverso presente del futuro. El momento de la interposición del planteo constitucional es el decisivo en este contexto. Una persona se halla actualmente afectada en este sentido si una norma jurídica impugnada afecta su situación jurídica actual y no solo potencialmente, y si, en razón de su futuro efecto, la obliga a tomar decisiones irreversibles, o si ello y la forma en que la disposición jurídica la afectará en el futuro resulta obvia.

La persona en cuestión se halla directamente afectada si ningún acto ulterior resulta necesario para que su posición jurídica quede afectada. Este requisito también sirve para informar a este Tribunal Constitucional Federal la evaluación del caso hecha por los tribunales ordinarios. Por lo tanto, también se vincula con la cuestión de si razonablemente se puede tener la expectativa de que el recurrente, antes de presentarse ante este Tribunal, inicie acciones ante los tribunales ordinarios en el curso de las cuales se puede revisar la constitucionalidad de una norma jurídica.

Los principios relativos al efecto negativo actual y directo que ha elaborado este Tribunal con base en acciones de inconstitucionalidad contra las normas jurídicas también se aplican a los recursos promovidos contra las decisiones judiciales.

2.2. Conforme a estos estándares, el recurrente carece de legitimación activa para promover una acción de inconstitucionalidad.

2.2.1. Conforme al principio de que en general es solo la parte dispositiva de una decisión judicial la que afecta adversamente al recurrente, el aquí accionante no se halla agraviado. La acción promovida en su contra ha sido totalmente desestimada.

2.2.2. El recurrente no se ha visto actual ni directamente afectado en forma excepcional por el razonamiento de la decisión del Tribunal Federal Laboral que impugna.

Contrariamente a sus aserciones, el recurrente no se halla actualmente afectado por la mera circunstancia de que el Tribunal Federal Laboral, en lugar de aplicar el derecho escrito, haya elaborado nuevas reglas para la resolución de conflictos laborales que han sido moldeadas por la jurisprudencia. Al hacerlo, dicho tribunal no creó nuevas normas que tengan un efecto vinculante para los recurrentes en el futuro. Los tribunales ordinarios no quedan limitados por la elaboración judicial de normas en la misma forma en que quedan vinculados por las leyes. En el derecho alemán, en general, no existen precedentes que tengan efectos jurídicamente vinculantes.

El recurrente tampoco se halla actualmente afectado por la circunstancia de que las instituciones eclesíásticas puedan demandarlo judicialmente por el pago de los daños o para que se abstenga de hacer huelgas o de convocar a huelgas. El recurrente alega que no puede planificar de modo confiable la política sindical, pero no trata la cuestión de qué decisiones irreversibles se ve obligado a tomar. Cada ley y cada regla judicial que brinda posibilidades a una de las partes puede generar un estado de inseguridad a las otras. Sin embargo, esto no autoriza a la promoción de impugnaciones constitucionales aun antes de que los tribunales ordinarios hayan decidido si los derechos han sido ejercidos adecuadamente.

Finalmente, las condiciones que el Tribunal Federal Laboral elaboró para el ejercicio de la modalidad de la “tercera opción” no permiten arribar a una clara conclusión de si el recurrente se verá afectado en el futuro y de qué forma. Resulta imposible precedir detalladamente la forma en que las reglas de dicho tribunal deben o serán implementadas para aplicar la “tercera opción” son imposibles de hacer. Particularmente en relación con la participación de los sindicatos, no existen reglas específicas para las iglesias.

Tampoco se halla el recurrente directamente afectado por las decisiones judiciales que impugna ni por las condiciones elaboradas por el Tribunal Federal Laboral. La prohibición potencial de hacer huelgas, antes bien, depende de las disposiciones del derecho eclesíástico o de reglamentos y, por lo tanto, requiere la adopción de medidas ulteriores por parte de las iglesias y de las instituciones eclesíásticas. Se puede esperar razonablemente que el recurrente primero promueva acciones ante los tribunales ordinarios de forma de permitir a este Tribunal conocer la evaluación que estos hacen de las disposiciones del derecho eclesíástico que han sido modificadas desde entonces.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 2 BvR 2292/13, sentencia del 2-9-2015, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2015/bvg15-064.html>>.



PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*. ANULACIÓN DE UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA Y RETROACCIÓN DE LAS ACTUACIONES FRENTE A LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN PERJUICIO DE LA ACUSACIÓN. JUICIO POR JURADOS. RECONDUCCIÓN DEL JUEZ DE LOS TÉRMINOS DE UN VEREDICTO (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: desde enero de 2006, Lluís Corominas Padullés fue Director de Seguridad y, sin ejercer oficialmente actividad profesional de seguridad privada, actuó a modo de coordinador de seguridad privada de la familia Tous. En la fecha de los hechos pertinentes a esta causa, Corominas Padullés era socio y administrador único de la sociedad “CES 21 S.L.”, desarrollando la mencionada actividad en relación de dependencia. Alrededor de las 19 horas del día 9 de diciembre de 2006, Corominas Padullés recibió una llamada telefónica del servicio de videovigilancia de las viviendas de la familia Tous, sitas en una urbanización con la que se comunicaba a través de cámaras de seguridad, por la que se le informó que se había observado la presencia de intrusos dentro de la finca del matrimonio Tous, suegros de Corominas Padullés, y que ya se había avisado a los *Mossos d’Esquadra*. En esos momentos, no se encontraba en el domicilio de los Tous ninguno de sus moradores. Pasados unos minutos del mencionado aviso, Corominas Padullés se dirigió hacia dicha urbanización y detuvo su vehículo delante de la puerta principal del domicilio de sus suegros, portando consigo una pistola semiautomática cargada con una munición prohibida. Hallándose fuera del vehículo, advirtió la presencia de un vehículo estacionado que consideró que podía estar relacionado con los intrusos y se percató de que en su interior había dos personas en el asiento delantero. Los ocupantes de dicho automóvil, Sinani Gazmend y Dulji Kosum, formaban parte de un grupo de personas que estaban intentando cometer un robo en la mencionada finca. En el momento en que Corominas Padullés se acercó, el conductor inició su marcha. Utilizando la pistola semiautomática que portaba, Corominas Padullés efectuó dos disparos al vehículo, alojándose uno de ellos en la parte interior de la puerta delantera derecha del vehículo. El otro alcanzó el cráneo y causó la muerte inmediata de Sinani Gazmend. Inmediatamente después de efectuar los disparos, Corominas Padullés mantuvo encañonado al copiloto, Dulji Kosum, mientras esperaba la llegada de los *Mossos d’Esquadra*. En el momento en que Corominas Padullés se acercó al otro vehículo, los ocupantes Sinani Gazmend y Dulji Kosum hicieron un movimiento brusco, que le hizo creer que iban a dispararle; entonces, Corominas Padullés disparó su arma para defenderse del ataque del que creyó erróneamente que estaba siendo objeto. Inmediatamente antes de dirigirse hacia dicho vehículo, el vigilante de seguridad le había informado que los dos asaltantes que estaban en la casa bajaban hacia la puerta de salida donde Corominas Padullés se encontraba, advirtiéndole que parecían ir armados, y que los *Mossos d’Esquadra* aún no habían llegado; información que, unida al conocimiento del asalto de días previos, le provocó un temor a sufrir algún mal sobre su persona. El miedo que sintió procedía de una amenaza real, seria e inminente para su persona. Por ello

disparó con su arma, determinado por el miedo que sentía. Después de efectuar los disparos, realizó una llamada a los *Mossos d'Esquadra*, reclamando el envío de una ambulancia, y permaneció en el lugar de los hechos. El día 15 de diciembre de 2006, Corominas Padullés pagó a través del Juzgado la cantidad de € 150.000, en concepto de indemnización por la muerte de Sinani Gazmend, quien estaba casado con Huseni Burbeque y tenía un hijo común menor de edad. El vehículo de los maleantes Renault Megane era de la empresa “Julio Sánchez 4 por 4, SL” y resultó con daños, cuya cuantía asciende a € 617.

Los jurados apreciaron que Corominas Padullés había actuado bajo la eximente completa de miedo insuperable, inserto en la legítima defensa putativa, movido por un error invencible, al haber deducido equivocadamente que los ocupantes del vehículo sobre el que disparó –provocando con ello la muerte del conductor– estaban relacionados con el asalto que, en esos momentos, se estaba cometiendo en el domicilio de la familia Tous e iban a acabar con su vida, lo que condujo a que su instinto lo llevara a defenderse. La apreciación de estas eximentes condujo al dictado de un veredicto absolutorio en primera instancia.

La sentencia del juez de primera instancia llegó entonces a una decisión absolutoria, estimando que el miedo a sufrir algún mal sobre su persona había sido el factor desencadenante de la conducta que le había hecho creer, erróneamente, que era víctima de un ataque frente al cual no tenía más opción defensiva que disparar el arma que portaba; pero lo consideró civilmente responsable directo, y a la empresa “CES 21, SL”, responsable subsidiaria, con los intereses especificados en el fallo.

Contra la anterior resolución apelaron el Ministerio Fiscal, la acusación particular, Lluís Corominas Padullés y la responsable civil subsidiaria “CES 21 S.L.”.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJ), con fecha 19 de marzo de 2012, dictó sentencia en la que anuló el veredicto del jurado así como la sentencia de primera instancia, al tiempo que ordenó la devolución de la causa a la oficina del jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona a fin de que procediera a la celebración de un juicio oral ante un nuevo jurado y un nuevo juez.

Además, examinó con carácter preferente la denuncia relacionada con la infracción de los arts. 9.3, 24.1, 117.1 y 120.3 de la Constitución española (CE), en relación con el art. 61.1 *d)* de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ), por manifiesta arbitrariedad e insuficiencia motivacional en los juicios de inferencia en los que se había basado la apreciación de las dos eximentes completas. La sentencia de apelación destacó cómo el consenso del jurado había encallado en la valoración del *animus necandi* con el que habría actuado el acusado, descartando que fuera consciente del riesgo para la vida de los ocupantes del vehículo sobre el que había disparado y de las altas probabilidades de causar su muerte, para ponerse únicamente de acuerdo en atribuirle, de manera alternativa a la proposición formulada por la magistrada con el consenso de las partes, una simple acción mecánica, consistente en efectuar dos disparos con su arma en dirección al vehículo ocupado por la víctima y su acompañante.

Entonces, Lluís Corominas Padullés interpuso un recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS), invocando la violación a derechos y garantías del proceso (derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la interdicción de la arbitrariedad, *conf.* arts. 24.1 y 2, y 9.3 CE), y un último motivo por infracción de ley, relacionado con los arts. 138 y 70 del Código Penal. Respecto de todos ellos, el 28 de noviembre de 2012 la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó sentencia íntegramente desestimatoria del recurso, confirmando así el pronunciamiento emitido por el TSJ.

Entonces, Corominas Padullés interpuso un recurso ante el Tribunal Constitucional de España.

2. Sentencia: se desestima el recurso de amparo presentado por Lluís Corominas Padullés contra las sentencias dictadas en el procedimiento abierto contra él; en ellas no se han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a la presunción de inocencia.

El objeto de nuestro enjuiciamiento se ciñe a determinar si las resoluciones impugnadas han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y con interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que el fiscal reconduce hacia el proceso con todas las garantías, así como del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, en relación con el principio *non bis in idem*, cabe destacar que la doctrina constitucional admite la posibilidad de anular una resolución judicial penal absolutoria y ordenar la retroacción de las actuaciones cuando se produce la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación. Es decir, existe la posibilidad de anular una sentencia absolutoria y ordenar la repetición de un juicio sin vulnerar el principio *non bis in idem*, cuando aquélla se ha dictado en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes.

En segundo lugar, se recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones deducidas por las partes. Es cierto que esto cobra mayor relevancia cuando se trata de una sentencia condenatoria, mas las sentencias absolutorias no están eximidas de ello. En este caso en particular, ha intervenido un jurado, a quien se le exige brindar en el acta del veredicto una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados; no hacerlo afecta la garantía de tutela judicial efectiva. Dado que el jurado no está integrado por profesionales del derecho, no se le exige un exhaustivo análisis probatorio ni jurídico, pero sí el deber de coherencia y racionalidad en su decisión. En tanto, sí es exigible al magistrado del tribunal. En consecuencia, el control constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva se limita a verificar que el veredicto del jurado y la sentencia que lo recoge se muestren manifiestamente infundados, arbitrarios, irrazonables o irrazonados, o fruto de un error evidente.

Por otra parte, resulta indispensable examinar si las resoluciones del TSJ y del TS vulneraron el derecho a tutela judicial efectiva. En ellas se ordenó la

repetición del juicio como consecuencia de que la sentencia dictada por la magistrada presidente del jurado apreciara la eximente completa de legítima defensa cuando, por el contrario, el jurado había rechazado incluir en el acta del veredicto calificación alguna sobre cuál fue la intencionalidad del acusado al efectuar los disparos. Es decir, la magistrada presidente completó “los términos del veredicto”, los recondujo “hacia una reformulación de la intencionalidad del acusado” que no era coherente con los hechos declarados probados por el jurado; mientras que lo que debería haber hecho, tal y como establece la ley, era devolver el acta al jurado para que este completara su veredicto. Por todo ello, al ordenar la retroacción de las actuaciones y la repetición del juicio con un nuevo jurado, la sentencia del TSJ de Cataluña ha reparado “el derecho a la tutela judicial efectiva que también asiste a la acusación”, sin que pueda entenderse que ha vulnerado el derecho de defensa del demandante de amparo. Tal reparación ha consistido en ordenar que un nuevo jurado subsanara el error del acta que la magistrada había rectificado “invadiendo competencias reservadas al jurado con exclusividad, por expresa voluntad del legislador”.

Asimismo, se rechaza que se haya producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que este derecho se configura, en su perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, por lo que, para desplegar sus efectos, requiere un pronunciamiento de condena, inexistente en este caso. Ni en apelación ni en casación los tribunales intervinientes se pronunciaron sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado; tampoco alteraron los hechos en su perjuicio. Las sentencias del TSJ y del TS limitaron su función revisora a un control externo de lo decidido en la instancia inmediatamente anterior, llegando a una conclusión de ausencia de racionalidad sin abordar cuestiones de fondo en términos de condena.

Por último, se rechaza que la sentencia del TSJ haya sido arbitraria por introducir, como sostiene el demandante, hechos probados nuevos que no estaban en el veredicto. La sentencia dictada en apelación por el TSJ no contiene un relato propio de hechos probados, por lo que difícilmente puede afirmarse que introduzca hechos nuevos y diferentes. Lo que hizo el TSJ de Cataluña fue verificar el error en que había incurrido la sentencia dictada en primera instancia y reparar un daño efectivo en el derecho a la tutela judicial de la acusación recurrente, lo cual no implica arbitrariedad. Lo que este Tribunal Constitucional ha declarado contrario a un proceso con todas las garantías es que, en vía de recurso, un órgano judicial “condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales” sin la intermediación de una vista pública. Pero este presupuesto no se ha dado en este caso, pues el TSJ se limitó a reenviar la causa a la instancia de origen “sin prejuzgar en modo alguno el resultado del nuevo enjuiciamiento, para el que el nuevo Tribunal dispondrá de plena soberanía y libertad de juicio”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia T-057/15 del 8-6-2015, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_046/2013-01281STC.pdf>.



PROCESO PENAL. GARANTÍAS PROCESALES. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: el conductor de una camioneta fue detenido porque manejaba en estado de ebriedad y, al perder el control, se lesionaron tres de sus pasajeros. Cuando lo arrestaron, le informaron los derechos que le garantiza la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta) y, principalmente, su derecho a ser asistido por un abogado, y ante la pregunta de si quería hacer una llamada, dijo que deseaba comunicarse con su padre y con su abogado. Trasladaron al imputado al hospital para examinarlo y en ningún momento los policías le dieron la posibilidad de hacer sus llamadas. En el hospital se le extrajeron cinco muestras de sangre y a pedido de los policías, más tarde, se le extrajeron otras dos muestras.

El juez sostuvo que las primeras extracciones no habían violado el art. 10, inc. *b*) de la Carta, pero consideró que la segunda serie de muestras sí había sido violatoria de sus derechos. La primera serie fue admitida como prueba, pues el juez dedujo que en el momento en que el acusado recibía atención médica, no había habido posibilidades de facilitarle el acceso a un teléfono. Sobre estos elementos de prueba, el acusado fue declarado culpable por conducir ebrio y provocar lesiones.

El tribunal de apelaciones decidió que el juez de primera instancia había cometido un error al considerar que no había habido posibilidades de facilitarle el acceso a la asistencia de un abogado antes de la extracción de las primeras muestras de sangre. Consideró entonces que la prueba era inadmisibile, declaró la nulidad de la culpabilidad y absolvió al imputado.

El Estado interpuso entonces un recurso contra esa sentencia ante la Corte Suprema de Canadá.

2. Sentencia: se rechaza el recurso interpuesto.

Conforme a lo dispuesto por el art. 10, inc. *b*) de la Carta, un detenido tiene derecho a contar con la inmediata asistencia de un abogado y a ser informado de ese derecho. El fin perseguido por esta norma es permitir a la persona detenida estar informada acerca de sus derechos y obligaciones, y recibir asesoramiento sobre la manera de ejercerlos. El personal policial tienen la obligación de facilitar a la persona detenida el acceso a un teléfono para reducir el riesgo de una autoincriminación. El Ministerio Público debe demostrar que el plazo en que la policía cumple con estas obligaciones es razonable de acuerdo con las circunstancias. En el caso de autos, uno de los policías admitió haber cometido un error al olvidarse de permitir al acusado realizar sus llamadas en el hospital.

Este caso se refiere a la denegación total a tener acceso a un abogado más que al tiempo insumido en facilitarle el ejercicio de este derecho, y esta omisión no puede considerarse razonable. El ejercicio de los derechos constitucionales no puede negarse con base en invocaciones de impedimentos materiales. Los obstáculos para el acceso al ejercicio de un derecho deben probarse, y deben

tomarse medidas proactivas para que el derecho a un abogado se transforme en acceso a un abogado. Los derechos del acusado fueron manifiestamente violados, y la gravedad de la violación de la Carta y la conducta de los policías justifican la exclusión de la prueba.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *R. c. Taylor*, sentencia nº 35609 del 18-7-2014, en <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/14276/index.do>>.



PROCESO PENAL. INCAPACES. INCAPACIDAD PROCESAL. ALTERACIONES MENTALES. TRATAMIENTO INVOLUNTARIO DISPUESTO JUDICIALMENTE. CONSENTIMIENTO MÉDICO Y/U HOSPITALARIO. OPORTUNIDAD. **DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL (CANADÁ).**

1. Antecedentes del caso: C. fue acusado de agresión sexual. Cuando tuvo que comparecer en juicio se encontraba en crisis psicótica, por lo que fue declarado incapaz de afrontar el proceso. La abogada del Ministerio Público recomendó que se ordenara un tratamiento y señaló que, a esos fines, habría lugar en un hospital seis días después de celebrada la audiencia. La jueza de primera instancia dictó una resolución que indicaba un tratamiento inmediato en un segundo hospital o en otro alternativo. C fue llevado al primer hospital y lo dejaron en un pasillo. Los hospitales interpusieron un recurso de apelación ante dicha decisión.

El tribunal de apelaciones consideró que la sentencia del *a quo* adolecía de error judicial al haber actuado la jueza de primera instancia sobre la base de que estaban satisfechos todos los presupuestos del consentimiento a un tratamiento médico exigidos por el Código Penal. Sostuvo también que los arts. 672.58 y 672.62 (1) de dicho Código ponen en juego el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona garantizados por el art. 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta), pero que no violan los principios de justicia fundamental.

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

2. Sentencia: se rechaza el recurso interpuesto.

2.1. Votos de los jueces LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell y Gascon

El consentimiento constituye un requisito de la orden de disposición *per se* y no solo de su parte relativa al tratamiento. Un tribunal no puede ordenar que un tratamiento comience inmediatamente si el hospital o el médico tratante no consienten esa disposición, a menos que se trate de un caso en el cual una postergación del tratamiento violaría los derechos que al acusado otorga la Carta, y una orden de tratamiento inmediato constituyera un remedio justo y apropiado para esa violación.

El hospital o la persona encargada del tratamiento debe consentir todos los términos de la disposición que ordena el tratamiento; en caso contrario, la orden

no se puede dictar. El punto de partida es el texto de las normas interpretado en su sentido gramatical y ordinario, conforme al principio moderno de interpretación de las leyes. El Código Penal dispone que ningún tribunal dictará ninguna “disposición” fundada en el art. 672.58 sin el consentimiento del hospital o de la persona a cargo del tratamiento. “Disposición” es una palabra técnica utilizada en la parte XX.1 del Código. Si bien una disposición que ordena un tratamiento puede ser llamada una “orden de tratamiento” en forma coloquial, lo cierto es que el dictado de estas órdenes no está previsto en el Código Penal. Resulta claro que una “disposición” dictada en términos del art. 672.58 necesariamente tiene un aspecto temporal tanto en cuanto a su comienzo como en cuanto a su conclusión y puede incluir otras condiciones que el tribunal considere apropiadas imponer. Por lo tanto, el consentimiento es necesario a los fines de la concreción de las disposiciones que el tribunal dicta con base en el art. 672.58, y no simplemente para ciertos aspectos de las mismas, como lo confirma el sentido mismo de la palabra y el contexto en el que se utiliza en las disposiciones de las presentes actuaciones. Cuando el legislador quiere hacer una distinción entre el consentimiento al tratamiento y el consentimiento a la disposición, lo hace expresamente.

Una orden dictada con base en el art. 672.58 resulta extraordinaria, por cuanto ordena que un acusado sea sometido a un tratamiento en contra de su voluntad, y, por necesaria implicancia, autoriza al personal médico a llevar a cabo un tratamiento en contra del deseo del acusado. La norma reconoce la importancia del juicio clínico del proveedor del tratamiento no solo en relación con el tratamiento específico, sino también con el lugar en donde se lo va a llevar a cabo. Esta interpretación amplia del alcance del consentimiento requerido se ve reforzada por la realidad práctica de brindar tratamientos involuntarios a personas potencialmente peligrosas. La oportunidad en que se dicta una orden de tratamiento para un acusado que ha sido declarado incapaz para estar en juicio debe constituir un elemento del consentimiento del hospital porque, desde la perspectiva de este, la oportunidad en que se va a brindar el tratamiento está intrínsecamente vinculada a la capacidad del hospital de hacerlo en condiciones de seguridad y efectividad. La posibilidad que tiene el hospital de brindar el tratamiento adecuado está intrínsecamente relacionada con la circunstancia de que tenga las instalaciones y el personal adecuado para hacerlo. La oportunidad del tratamiento es, por lo tanto, un elemento esencial de la idoneidad y no algo distinto de ella. El consentimiento en términos del art. 672.62 (1) del Código debe, por lo tanto, incluir la referencia a la oportunidad.

La exigencia del consentimiento no priva al acusado de un proceso equitativo, y esta disposición no es inconstitucionalmente vaga ni arbitraria. Cualquier eventual violación a los derechos garantizados por el art. 7 resultaría del ejercicio del hospital de su discrecionalidad para no dar su consentimiento en un caso determinado y no es inherente *per se* a esta disposición. No hubo en este caso una violación semejante. Dicho esto, un juez que se propone dictar este tipo de disposiciones está facultado para, en un caso apropiado, determinar si una negativa del consentimiento vulneraría el derecho a la vida, a la libertad y a la

seguridad del acusado violando los principios de justicia fundamental. En caso de estar convencido, el juez podría considerar si ordenar la admisión inmediata del acusado constituiría una reparación adecuada y justa para esa violación.

2.2. Votos de la Presidenta de la Corte Suprema McLachlin, y de los jueces Moldaver, Karakatsanis y Wagner

El régimen establecido en la parte XX.I del Código Penal con relación a las disposiciones y tratamientos tiene como objetivo lograr que el acusado con problemas mentales recupere sus capacidades cognitivas que se requieren para afrontar un juicio. El poder discrecional que, según el art. 672.58, habilita a un tribunal a ordenar un tratamiento para que una persona pueda estar en condiciones de afrontar su proceso está sujeto a garantías y plazos rigurosos. Dada la posibilidad de que se ordene un tratamiento médico involuntario, una de esas garantías es el consentimiento del hospital previsto en el párrafo 672.62 (1). Sin embargo, cuando la exigencia del consentimiento se interpreta dentro del marco regulatorio adecuado, resulta claro que no tiene que consentir todos los términos y condiciones de la orden de tratamiento. El consentimiento del hospital es obligatorio solo con relación al tratamiento *per se*. La falta de lugar y las listas de espera no lo autorizan a negar o postergar su consentimiento. Solo lo pueden denegar por motivos de orden médico. Ningún hospital puede negar su consentimiento so pretexto de la gestión eficaz o ineficaz de los recursos hospitalarios.

El objetivo de las órdenes de tratamiento es lograr que el acusado afronte su juicio a fin de proteger sus derechos a un juicio oportuno y equitativo, así como también proteger el interés público, asegurando que los acusados sean juzgados. Además le garantizan al acusado reducir al mínimo la violación de su libertad. Aunque estén en juego los intereses médicos y jurídicos del acusado, el objetivo último de la orden de tratamiento es proteger los intereses jurídicos de este último.

La interpretación de estas disposiciones a la luz de: 1) los objetivos de la parte XX.1, el régimen establecido con relación a las órdenes de tratamiento y el requisito del consentimiento; 2) el régimen de estricto control y de supervisión judicial, sujeto a plazos rigurosos, y 3) las normas de apelación y de suspensión automática, pone de manifiesto que el consentimiento obligatorio representa solo el consentimiento del hospital para administrar el tratamiento particular. Como el consentimiento del hospital a una disposición que prevea un tratamiento es obligatorio, los hospitales tendrían derecho a oponerse a una orden de tratamiento sin relación con los intereses jurídicos del acusado. Si los hospitales tuvieran el poder de negar su consentimiento o indicar el momento del tratamiento previsto en la orden, invocando la eficiencia de la administración del hospital y las listas de espera, ese poder sería una excepción al régimen de parámetros judiciales y plazos específicos establecidos en la parte XX.I. Solamente un juez puede evaluar los riesgos que le provocaría a un acusado, incapaz de afrontar su juicio, la suspensión del tratamiento, por los peligros a los que estaría expuesto no tanto por la urgencia

médica, sino por estar en prisión. Además la suspensión automática de una orden de tratamiento luego de un recurso de apelación interpuesto por el hospital no tendría sentido si la orden no pudiese cumplirse sin el consentimiento del hospital en relación con todos los requisitos. El sistema prevé la suspensión de la orden y un recurso de apelación por parte del hospital porque ciertas cláusulas de las órdenes sobre el momento del tratamiento las fija el tribunal.

Así las cosas, la jueza tiene en cuenta la negación del consentimiento del hospital al ejercer su poder discrecional cuando fija la fecha de entrada en vigencia de la orden de tratamiento. El hospital, preocupado por la falta de lugar o por su capacidad de suministrar inmediatamente el tratamiento, puede plantear la cuestión ante el juez. Para fijar la fecha del inicio del tratamiento, la jueza tiene en cuenta la falta de lugar pero también los intereses del acusado con relación a la libertad, seguridad y equidad procesal, así como las consecuencias de la postergación de su juicio mientras él está en prisión.

El tribunal de apelaciones consideró apropiadamente que en el caso de autos no debería haberse aplicado inmediatamente la orden. Por otro lado, aunque la jueza tenía competencia para dictar la orden de tratamiento, su decisión en cuanto al momento del tratamiento previsto en la orden no fue razonable.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, sentencia n° 34930 del 3-10-2014, en <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/14376/1/document.do>>.



PROCESO PENAL. PRISIÓN PREVENTIVA. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. PLAZO RAZONABLE. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: Rhalid Alouache, ciudadano francés nacido en 1980, fue detenido en la prisión de Luynes en febrero de 2007, momento en que se abrió una investigación judicial en su contra por asociación ilícita y tráfico de estupefacientes.

El 2 de julio de 2010, uno de sus abogados manifestó que su cliente quería apelar la orden que ordenaba su prisión preventiva. Luego de confirmar su intención por carta remitida a la secretaría por medio de su abogado, Alouache se dirigió a la secretaría de la prisión para realizar el trámite. El 8 de julio de 2010, remitió a su abogado su ejemplar del escrito de apelación. Este no mencionaba nada acerca de una demanda para comparecer personalmente. Por otra parte, estaba marcado el casillero reservado al pedido de apelación en el formulario pertinente.

El 12 de julio de 2010, al consultar el expediente en la secretaría de la sala de instrucción, el abogado constató que la transcripción del escrito de apelación no mencionaba ningún pedido de libertad solicitado por Alouache, mientras que sí figuraba una solicitud para comparecer. Este manifestó que la copia del escrito

de apelación que estaba en poder de la secretaría de la prisión difería de la copia de Alouache, ya que no mencionaba el pedido de libertad y estaba marcado el casillero donde figuraba la solicitud de comparecer ante la sala de instrucción. Ante estas irregularidades en el expediente, su abogado solicitó la remisión de la causa y la presentación del escrito de apelación original.

En el original, que se encontraba en poder de la secretaría de la prisión, el casillero del pedido de libertad estaba tapado con corrector blanco, dejando ver una cruz anteriormente colocada y, en la solicitud de comparecencia, las marcas habían sido trazadas con un color diferente del utilizado en el resto del formulario.

El 12 de julio de 2010, el procurador general solicitó un informe al director de la prisión relativo a las condiciones en las que había sido redactada y eventualmente rectificada la apelación. Desde la secretaría respondieron que no recordaban las circunstancias. El director manifestó que marcó los casilleros a pedido del detenido, porque él no había especificado la opción, como es habitual. Declaró que él mismo envió el recurso de apelación por fax, sin recordar si el casillero relativo al pedido de libertad estaba marcado o no. Asimismo, se manifestó que el formulario de apelación, en vista de su tecnicidad, era completado por un funcionario de la secretaría de conformidad con la declaración del detenido requirente. Consideró que era posible que alguno de los funcionarios hubiera corregido la parte relativa a la solicitud de libertad en la medida en que ni el correo del detenido ni sus declaraciones o de su abogado hacían referencia a este recurso.

El 15 de julio de 2010, Alouache solicitó que se decretara su libertad de oficio teniendo en cuenta que había pasado el plazo de tres días previsto para dictaminar la libertad y el de diez días para fallar sobre la apelación. El sala de instrucción del Tribunal de Apelaciones de Aix-en-Provence confirmó la orden de prisión preventiva.

La Corte de Casación denegó el recurso.

El 26 de noviembre de 2010, Alouache presentó una queja con constitución de parte civil del delito de falsedad y falsificación de escritura pública cometidos por una autoridad pública en ejercicio de sus funciones. El juez de instrucción la denegó y Alouache se presentó ante la Corte de Casación, quien rechazó su recurso.

El 7 de julio de 2011, el juzgado correccional condenó a Alouache a nueve años de prisión y al pago de una multa de € 30.000.

Entonces, Alouache presentó un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, invocando el art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la libertad y a la seguridad, y derecho al dictado de una sentencia a corto plazo sobre la legalidad de su detención). El recurrente estimó que la resolución de la sala de instrucción había violado las disposiciones de este artículo al rechazar su pedido de libertad. Invocó asimismo el art. 6, párr. 1 (derecho a un juicio justo dentro de un plazo razonable), alegando la violación de su derecho derivado de la resolución de la sala de instrucción que se fundó en la transcripción recibida por la secretaría de la cárcel, que él consideraba falsa, del recurso de apelación hecho por el secretario de instrucción.

2. Sentencia:

Derecho a la libertad y a la seguridad

La sala de instrucción consideró que debía ocuparse del asunto, aplicando el derecho interno, y constató diferencias entre el ejemplar de la apelación expedido por la secretaría de la prisión y el remitido por Alouache. Se llevó a cabo una investigación interna en la administración penitenciaria para saber en qué condiciones la apelación se había hecho y eventualmente rectificado. También la sala de instrucción inquirió acerca de la voluntad de Alouache en el momento de la apelación.

La sala de instrucción no podía cerciorarse de que Alouache había expresado su oposición al escrito de apelación transmitido por el secretario, teniendo en cuenta especialmente la ausencia de solicitud de libertad en el correo remitido por el interesado o en la comunicación oral entre la secretaría y él o su abogado. La sala de instrucción no podía comprobar que el interesado había solicitado no comparecer.

Esta Corte comprueba que la sala de instrucción consideró que los plazos para dictar sentencia se debían establecer sobre el escrito de apelación transmitido y transcrito a la secretaría de la instrucción. Por lo tanto, se negó a considerar que el derecho interno imponía de oficio la liberación del interesado.

Esta Corte recuerda que las autoridades nacionales son responsables por la interpretación y aplicación del derecho interno. Del expediente no surge con exactitud quién completó el formulario de apelación (el recurrente mismo o un funcionario de la secretaría) ni en qué condiciones se realizaron las modificaciones que justifican las diferencias que notaron los jueces entre el escrito de la secretaría de la prisión y el entregado al recurrente. Por más que sean lamentables estas diferencias, no son suficientes para concluir que hay irregularidades en la detención desde punto de vista del derecho nacional.

La valoración de los hechos realizada por las jurisdicciones internas es razonable. Efectivamente, la sala de instrucción tuvo en cuenta la ausencia de una solicitud de libertad en el manuscrito remitido el 2 de julio de 2010, por medio del abogado del recurrente, a la secretaría de la prisión. Este documento no implica una solicitud de libertad. Alouache y su abogado no hicieron observaciones escritas ni desarrollaron un argumento verbal durante la audiencia. Esta Corte señala que, sin un pedido de libertad, aumenta la duda acerca de la voluntad de Alouache de ejercer ese derecho. En cuanto a la solicitud de comparecer, según la investigación, se puede establecer que el casillero fue marcado por la secretaría de la prisión, de acuerdo con una práctica usual y justificada según las autoridades, cuando el detenido no determina su deseo. Por lo tanto, es posible aceptar que ante la ausencia de una elección expresada por el detenido, las autoridades lo benefician con comparecer ante la jurisdicción y fallando acerca de su recurso.

Finalmente, la consecuencia práctica de la modificación fue limitada: la audiencia se fijó 24 horas antes de la expiración del plazo previsto cuando el

detenido no solicitó comparecer. La demora observada no implica, por ende, una privación arbitraria de la libertad.

Por lo tanto, no hubo violación del art. 5, inc.1 de la Convención.

Derecho a resolver a corto plazo sobre la legalidad de su detención

El recurso de apelación fue interpuesto el 2 de julio de 2010. La sala de instrucción sesionó el 13 de julio, fecha en la que Alouache solicitó la remisión de la causa y, el 16 de julio del mismo año, la sala de instrucción confirmó el auto de prisión preventiva. Se considera que el plazo de catorce días que transcurrió entre la apelación y la sentencia de la sala de instrucción no es excesivo.

Por lo tanto, no hubo violación del art. 5, inc. 4 de la Convención.

Derecho a un juicio justo

No se analizarán los agravios de Alouache con relación al art. 6. Teniendo en cuenta que se examinaron el art. 5, incs. 1 y 4, y el carácter valorativo de los fundamentos de la Corte de Casación, no hubo violación de los derechos y libertades garantizados por la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Alouache c. France*, sentencia del 6-10-2015, en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%5C%22001-157525%5C%22%5D%7D%7E%3E%3E>>.



PROCESO PENAL. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. DEBIDO PROCESO. ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. REGISTRO DE INFORMACIÓN CONTENIDA EN TELÉFONOS CELULARES. DERECHO A LA INTIMIDAD (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en la causa n° 13-132, David Riley fue detenido mientras conducía por la vía pública por una infracción contravencional que posteriormente condujo a su detención por tenencia de armas. En el momento de su detención, un policía registró a Riley y le incautó un teléfono celular del bolsillo de su pantalón. Así, accedió a la información que Riley tenía en el teléfono y observó la utilización repetida de un término asociado con una banda callejera. Dos horas más tarde, en la comisaría un detective especializado en bandas examinó nuevamente el contenido digital del teléfono. Con base, en parte, en las fotografías y videos hallados por el detective, el Estado acusó a Riley de haber participado en un tiroteo ocurrido unas semanas antes y pidió un aumento de la pena por ser miembro de una banda. Riley impugnó la admisibilidad de todas las pruebas que la policía había obtenido de su teléfono celular.

El tribunal federal de primera instancia denegó su petición y Riley fue condenado. La Cámara Federal de Apelaciones de California confirmó esta decisión.

En otra causa, n° 13-212, Brima Wurie fue arrestado cuando la policía observó su participación en una evidente venta de drogas. En la comisaría, los

agentes le incautaron un teléfono celular que llevaba encima y notaron que había estado recibiendo varias llamadas de una fuente identificada como “mi casa”. Los policías abrieron el teléfono y accedieron a su registro de llamadas, y así determinaron que el número estaba asociado al rótulo “mi casa” y lo rastrearon hasta el lugar que sospechaban era el departamento de Wurie. Con una orden de allanamiento, la policía encontró allí drogas, un arma de fuego y municiones y, en una búsqueda posterior, dinero en efectivo. Cuando Wurie fue acusado de cometer delitos relacionados con estupefacientes y armas de fuego, solicitó que se declararan inadmisibles las pruebas obtenidas en el allanamiento realizado en la vivienda.

El tribunal federal de primera instancia rechazó el pedido y Wurie fue condenado. La Cámara Federal de Apelaciones revocó la denegación del pedido de inadmisibilidad de la prueba y dejó sin efecto la condena.

En ambos casos se interpusieron *writs of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, que esta resolvió en forma conjunta.

2. Sentencia: se revoca la sentencia recurrida en la causa n° 13-132 y se devuelven las actuaciones, y se confirma la sentencia apelada en la causa n° 13-212.

En general, la policía no puede, sin una orden judicial, buscar información digitalizada en un teléfono celular incautado a una persona arrestada.

(a) Un registro sin orden judicial solo es razonable cuando está contemplado como una excepción específica a la exigencia que establece la XIV Enmienda de contar con una orden judicial (ver *Kentucky v. King* -2011-). Existen tres precedentes relacionados que determinan el alcance con que los policías pueden efectuar un registro personal de una persona arrestada. El caso *Chimel v. California* (395 U.S. 752 -1969-) exige que un registro incidental a un arresto se limite al área en que el arrestado tiene control inmediato cuando se justifique en términos de la seguridad de los policías y para impedir la destrucción de pruebas. En *United States v. Robinson* (414 U.S. 218 -1973-), esta Corte aplicó el análisis de *Chimel* al registro de un paquete de cigarrillos que llevaba el detenido. Allí, sostuvo que los riesgos identificados en *Chimel* están presentes en todas las detenciones preventivas (*cit. supra*, p. 235), incluso cuando no existe ninguna preocupación específica sobre la pérdida de pruebas o la amenaza a los policías en un caso particular (*id. supra*, p. 236). La trilogía concluye con *Arizona v. Gant* (556 U.S. 332 -2009-), que permite registrar un automóvil cuando el arrestado no está esposado y tiene a su alcance la butaca del acompañante o cuando sea razonable creer que la prueba del delito que justifica el arresto pueda encontrarse en el vehículo (*id. supra*, p. 343).

(b) Este Tribunal se niega a extender la regla categórica adoptada en *Robinson* aplicable a los registros de información almacenada en teléfonos celulares. Ante la inexistencia de pautas más precisas de los tiempos fundacionales, esta Corte generalmente determina si exime a un cierto tipo de registro del requisito

de contar con una orden judicial evaluando, por un lado, el grado de injerencia en la privacidad de la persona y, por el otro, el grado en que resulta necesario para la protección de los intereses legítimos del Gobierno (ver *Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295, p. 300 -1999-). Este balance de intereses justificó la excepción que en el caso *Robinson* esta Corte estableció para los registros en ocasión de un arresto. Pero un registro de información digital en un teléfono celular no protege los intereses del Gobierno identificados en *Chimel* y afecta derechos sustancialmente mayores en términos de privacidad individual que un breve registro físico.

(1) La información digital almacenada en los teléfonos celulares no presenta ninguno de los riesgos contemplados en *Chimel*.

(i) La información digital almacenada en un teléfono celular no puede *per se* ser utilizada como un arma para lesionar al agente que está haciendo el arresto ni para lograr la fuga del detenido. Los policías pueden examinar los aspectos físicos del teléfono para asegurarse de que no va a ser utilizado como arma, pero los datos en él almacenados no pueden poner en peligro a nadie. En la medida en que el registro de la información contenida en un teléfono celular pueda advertir a los policías de un peligro inminente –por ejemplo, que los cómplices del detenido se dirigen a la escena del crimen–, tal cuestión se aborda mejor a través de la consideración de excepciones en casos específicos al requisito de contar con una orden judicial, tal como en el caso de circunstancias apremiantes (ver, por ejemplo, *Warden, Md. Penitentiary v. Hayden*, 387 U.S. 294, pp. 298/299 -1967-).

(ii) Los Estados Unidos y el estado de California plantean sus inquietudes acerca de la destrucción de pruebas, y alegan que si bien los teléfonos celulares son físicamente seguros, la información en ellos almacenada sigue siendo vulnerable a una eliminación remota y a una codificación de sus datos. Como primera cuestión, tales preocupaciones de carácter amplio resultan diferentes de la mirada que *Chimel* pone en un acusado que responde a un arresto intentando ocultar o destruir las pruebas que están a su alcance. La presentación judicial, por otra parte, no indica necesariamente que alguno de estos problemas prevalezca por sobre otro ni que la oportunidad de realizar un registro en forma incidental a un arresto constituya una solución efectiva. Y, al menos en cuanto a una eliminación remota de información, los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes actualmente cuentan con ciertas tecnologías propias para combatir la pérdida de pruebas. Finalmente, las preocupaciones subsistentes relacionadas con la aplicación de las leyes en un caso concreto podrían ser resueltas por medio de respuestas específicas a las amenazas urgentes de eliminación remota de información (ver, *Missouri v. McNeely* -2013-) o mediante la adopción de medidas para desactivar el mecanismo de bloqueo del celular a fin de asegurar la escena del crimen (ver *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326, pp. 331/333 -2001-).

(2) La conclusión de que la inspección del contenido de los bolsillos de un detenido no constituye una intromisión sustancial adicional a la privacidad

que va más allá del arresto en sí puede tener sentido si se aplica a los elementos físicos, pero cuando se trata de datos digitales, existen cuestiones de privacidad más sustanciales en juego.

(i) Los teléfonos celulares difieren tanto en sentido cuantitativo como cualitativo de otros objetos que puede llevar la persona del detenido. En particular, los teléfonos celulares modernos tienen una inmensa capacidad de almacenamiento. Antes de la existencia de los teléfonos celulares, el registro de una persona se limitaba a su físico y en general constituía solo una intromisión acotada a su privacidad. Sin embargo, los teléfonos celulares pueden almacenar millones de páginas de texto, miles de fotos o cientos de videos. Esto trae aparejadas varias consecuencias que se interrelacionan con la privacidad. Primero, un teléfono celular acumula en un solo lugar distintos tipos de información que, combinados, revelan mucho más que cualquier otro registro en forma aislada. Segundo, la capacidad de un teléfono permite –aun cuando se trate de un solo tipo de información– llevar muchos más datos que lo que era posible anteriormente. Tercero, la antigüedad de los datos del teléfono puede remontarse a muchos años atrás. Además, un elemento de omnipresencia caracteriza a los teléfonos celulares y no así a los registros físicos. En la década pasada, los agentes podían eventualmente encontrarse con un objeto muy personal como un diario íntimo, pero hoy en día muchos de los más del 90% de los adultos estadounidenses que son dueños de teléfonos celulares llevan sobre su persona un historial digital de casi todos los aspectos de sus vidas.

(ii) El ámbito de las cuestiones fundadas en el derecho a la intimidad que están en juego aquí es aún más complicado por la circunstancia de que la información vista en muchos celulares modernos puede, de hecho, estar almacenada en un servidor remoto. Por lo tanto, un registro bien puede extenderse más allá de los documentos y efectos que están físicamente cerca de un detenido, una preocupación que los Estados Unidos reconocen pero que no pueden excluir definitivamente.

(c) Las opciones alternativas ofrecidas por los Estados Unidos y el estado de California son erróneas y contrarias a la preferencia general de este Tribunal de brindar una guía clara a los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes a través de reglas categóricas (ver *Michigan v. Summers*, 452 U.S. 692, p. 705, n. 19 -1981-). Una posible regla consistiría en importar el estándar establecido en *Gant* del contexto de registro de vehículos y permitir un registro sin orden judicial del teléfono celular de un detenido siempre que sea razonable creer que el teléfono contiene pruebas del delito que da lugar a la detención. Esa propuesta no resulta apropiada en este contexto, y demostraría carecer de todo límite práctico cuando se trata de registros de teléfonos celulares. Otra regla posible sería limitar el alcance del registro de un teléfono celular a la información relevante para el crimen, a la identidad del detenido o a la seguridad de los policías. Esa propuesta impondría –nuevamente– pocas limitaciones significativas a los policías. Finalmente, el estado de California sugiere una regla

análoga en virtud de la cual los funcionarios podrían registrar el teléfono celular si hubieran podido obtener la misma información de un teléfono antes de la era digital. Esa propuesta permitiría a los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes registrar una amplia gama de datos que contiene un teléfono, a pesar de que es improbable que la gente lleve tal variedad de información en forma física, y colocaría a los tribunales en la difícil tarea de determinar qué archivos digitales son comparables con los archivos físicos.

(d) Es verdad que esta decisión tendrá cierto impacto en la capacidad de los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes para combatir el crimen. Sin embargo, la decisión de esta Corte no afirma que la información que contiene un teléfono celular sea inmune a los registros; sino que, en general, se requiere una orden judicial antes de efectuar un registro. El requisito de contar con una orden judicial es un elemento importante de la jurisprudencia de esta Corte relativa a la IV Enmienda y la obtención de tales órdenes se puede lograr con una eficiencia cada vez mayor. Además, si bien la excepción del registro incidental a un arresto no es aplicable a los teléfonos celulares, el recurso permanente a la excepción de circunstancias apremiantes puede dar a los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes suficiente justificación para realizar un registro sin orden judicial en casos específicos.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Riley v. California*, sentencia del 25-6-2014, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf>.



PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. AUTORIZACIÓN DEL ARTISTA-INTÉRPRETE PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE SU OBRA. SUJETOS EXCEPTUADOS (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: MM. Z y X.-Y., herederos de un baterista de jazz fallecido el 26 de enero de 1985, acusan al Instituto Nacional Audiovisual de Francia (INA) de transmitir en su sitio de Internet videos y un audio donde se ejecutan las actuaciones del baterista, sin haber solicitado previamente la autorización de los derechohabientes.

Por tal motivo, estos demandan al INA a fin de obtener una reparación del daño ocasionado a los derechos del artista intérprete de los cuales son titulares, invocando el art. L. 212-3 del Código de Propiedad Intelectual, que exige tener una autorización escrita del artista-intérprete para la fijación de la interpretación, reproducción y transmisión al público de su obra, así como cualquier uso por separado del sonido y de la imagen de tal interpretación cuando estos se hubieran fijado simultáneamente.

El Tribunal de Apelaciones de París admite el recurso. Dicho tribunal manifiesta que el INA ejerce los derechos de comercialización de los archivos audiovisuales respetando los derechos de los artistas intérpretes, y señala que la

excepción contemplada en el art. 44 de la Ley del 1º de agosto de 2006, en el sentido de que el INA no estaría sujeto al requisito de autorización por escrito del artista-intérprete, solo se aplica en la medida en que el artista-intérprete haya autorizado la fijación y el primer destino de su interpretación. Por lo tanto, el INA puede eximirse de solicitar su consentimiento o el de sus derechohabientes ante uno nuevo uso de la obra.

Sus derechohabientes interpusieron entonces un recurso ante la Corte de Casación.

2. Sentencia: se revoca y anula la sentencia de alzada del 11 de junio de 2014, pero solo en cuanto condena al INA a pagar a los recurrentes la suma de € 5.000 en concepto de reparación del daño sufrido por la comercialización no autorizada de veintisiete videos y un audio contemplados en los documentos, sobre la base de que la sentencia impugnada subordina la aplicabilidad del régimen de excepción a favor del INA a la prueba de la autorización del artista-intérprete de la primera comercialización de su interpretación y, de esta manera, viola el texto de la ley.

En virtud de lo establecido por el art. 44 de la Ley del 1º de agosto de 2006, el INA ejerce los derechos de comercialización de los archivos audiovisuales respetando los derechos morales y patrimoniales de los titulares de los derechos de autor o de los derechos conexos y de sus derechohabientes. Por otro lado, no obstante lo dispuesto por los artículos L. 212-3 y L. 212-4 del Código de Propiedad Intelectual, las condiciones de comercialización y de los aranceles de las prestaciones de los artistas intérpretes de dichos archivos se rigen por contratos firmados entre los artistas intérpretes mismos o entre las organizaciones que los representan y el INA, y estos contratos son los que deben determinar los aranceles y las formas de pago.

Vuelvan las actuaciones al estado en el que se encontraban antes del pronunciamiento de dicha sentencia. Se reenvían las actuaciones al Tribunal de Apelaciones de Versailles.

CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, sentencia nº 1092 del 14-10-2015, en <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1092_14_32757.html>.



PROPIEDAD INTELECTUAL. MARCAS Y PATENTES. OBJETO PATENTABLE. ADN COMPLEMENTARIO. **BIOTECNOLOGÍA.** PRODUCTOS DE LA NATURALEZA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: cada gen humano está codificado como ácido desoxirribonucleico (ADN), que toma la forma de una “doble hélice”. Cada “línea” en esa hélice consta de dos nucleótidos unidos químicamente. Las secuencias de nucleótidos del ADN contienen la información necesaria para crear las cadenas de aminoácidos utilizadas para producir proteínas en el

cuerpo. Los nucleótidos que codifican los aminoácidos son los “exones”, y los que no lo hacen se llaman “intrones”. Los científicos pueden extraer ADN de las células para aislar segmentos específicos para estudiarlos. También pueden crear sintéticamente hebras de nucleótidos formadas solo por exones conocidas como ADN complementario (ADNc). El ADNc contiene solo los exones que existen en el ADN, omitiendo la existencia de intrones.

La sociedad Myriad Genetics, Inc. (en adelante, Myriad) obtuvo varias patentes luego de descubrir la ubicación exacta y la secuencia de los genes BRCA1 y BRCA2, cuyas mutaciones pueden aumentar considerablemente el riesgo de cáncer de mama y de ovario. Este conocimiento le permitió determinar la secuencia de nucleótidos típica de los genes, la que, a su vez, le permitió desarrollar pruebas médicas útiles para la detección de mutaciones en estos genes en un determinado paciente para evaluar el riesgo de cáncer que este tenía. Si son válidas, las patentes otorgarían a Myriad un derecho exclusivo a aislar los genes BRCA1 y BRCA2 de una persona y un derecho exclusivo a crear sintéticamente ADNc del gen BRCA.

La *Association for Molecular Pathology* y otros promovieron una demanda con el objeto de que se declararan inválidas las patentes de Myriad en términos del art. 101 del Título 35 del Código de los Estados Unidos.

En lo que aquí interesa, el Tribunal Federal de Distrito resolvió la cuestión como de puro derecho a favor de la parte actora, porque entendió que las pretensiones de Myriad eran inválidas, ya que tenían por objeto productos de la naturaleza.

La Cámara Federal de Apelaciones inicialmente revocó la decisión del *a quo*, pero cuando volvió a revisar el caso a la luz del caso *Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, Inc.* (2012), consideró que tanto el ADN separado como el ADNc podían ser objeto de un derecho de patentes.

Entonces, la *Association for Molecular Pathology* interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se confirma en parte y se revoca en parte la sentencia objeto de recurso.

Un segmento de ADN creado naturalmente es un producto de la naturaleza que no puede patentarse con base en que se lo ha aislado, pero el ADNc puede ser patentado, ya que no se ha producido naturalmente.

(a) La Ley de Patentes permite el otorgamiento de patentes a “quien invente o descubra alguna composición nueva y útil... de la materia” (art. 101), pero las “leyes de la naturaleza, los fenómenos naturales y las ideas abstractas” son las herramientas básicas del trabajo científico y tecnológico que se encuentran más allá del dominio de protección de las patentes (*Mayo*, cit., *supra*). No obstante, la norma contraria al otorgamiento de patentes de cosas que se producen naturalmente tiene límites. La protección de la patente hace un delicado balance entre la creación de “incentivos que conducen a la creación, la invención y el descubrimiento” y el “impedimento del flujo de información que pueda permitir –de hecho incentivar– la invención” (*id.*). Este estándar

se utiliza para determinar si las patentes que Myriad invoca recaen sobre una “composición nueva y útil... de la materia” (art. 101) o sobre fenómenos producidos naturalmente.

(b) La pretensión de Myriad en relación con el ADN cae dentro de la excepción de la ley de la naturaleza. La principal contribución de Myriad fue el descubrimiento de la localización precisa de la secuencia genética de los genes BRCA1 y BRCA2. En *Diamond v. Chakrabarty* (447 U.S 303-1980-), esta Corte estableció un criterio que resulta esencial para evaluar si dicha acción fue nueva “con características sustancialmente diferentes a cualquier otra que se encuentre en la naturaleza” (*id.*, p. 310). Myriad no creó ni alteró la información genética codificada en los genes BCRA1 y BCRA2, ni la estructura genética del ADN. Encontró un gen importante y útil, pero los descubrimientos revolucionarios, innovadores o incluso brillantes no satisfacen *per se* la evaluación en términos del art. §101 (ver *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.*, 333 U.S. 127 -1948-). Encontrar la ubicación de los genes BRCA1 y BRCA2 no torna patentables a los genes como una “nueva... composición de la materia” (art. 101). Las descripciones de la patente de Myriad dejan en claro el problema que plantea su pretensión: ellas detallan el extenso proceso de investigación; empero, un gran esfuerzo por sí solo resulta insuficiente para satisfacer las exigencias del art. 101. Las pretensiones de Myriad no quedan a salvo por la circunstancia de que el aislamiento del ADN del genoma humano corta los vínculos químicos que mantienen unidas a las moléculas de genes. Las pretensiones no están expresadas en términos de composición química, ni tampoco se fundan en los cambios químicos resultantes de la separación de un determinado segmento de ADN. Antes bien, se centran en la información genética codificada en los genes BRCA1 y BRCA2. Por último, Myriad alega que la práctica anterior de la Oficina de Marcas y Patentes que consistía en otorgar patentes de genes merece ser tenida en cuenta, y cita el precedente *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred Intl, Inc.* (534 U.S. 124 -2001-), un caso en que el Congreso había aprobado una práctica de la Oficina de Marcas y Patentes en la legislación posterior. En el caso de autos, no hubo tal aprobación, y los Estados Unidos alegaron ante la Cámara Federal de Apelaciones y ante esta Corte que el ADN separado no es susceptible de patentamiento en términos del art. 101.

(c) El ADNc no es un “producto de la naturaleza”, por lo que es posible de patentamiento en términos del art. 101. El ADNc no presenta los mismos óbices a la patentabilidad que los segmentos de ADN aislados producidos naturalmente. Su creación resulta en una única molécula de exones, que no es producida naturalmente. Su orden de exones puede ser dictado por la naturaleza, pero el técnico del laboratorio, sin dudas, crea algo nuevo cuando los intrones son removidos de la secuencia de ADN para hacer el ADNc.

(d) El presente caso –es importante resaltar– no incluye pretensiones de patentamiento de los métodos utilizados, de nuevas aplicaciones del

conocimiento sobre los genes BRCA1 y BRCA2, ni del ADN en el cual el orden de los nucleótidos producidos naturalmente ha sido alterado.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Association for Molecular Pathology, et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.*, sentencia del 13-6-2013, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-398_1b7d.pdf>.



PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA. HÁBEAS DATA (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Asunción Zamora Chavesta había solicitado a la Oficina de Normalización Previsional (ONP) acceder a la información de los períodos de aportes al Sistema Nacional de Pensiones durante la relación laboral que mantuvo con sus empleadores, que dicha entidad custodia; y que, como consecuencia de ello, se extractara el período trabajado desde enero de 1934 hasta diciembre de 1992. Dicho organismo se limitó a brindar información sin hacer uso de la logística con la que cuenta; y señaló que la información solicitada obra bajo custodia de la Oficina de Registro y Cuenta Individual Nacional de Empleadores y Asegurados (ORCINEA) y que debe ser solicitada ante dicha entidad. Entonces Zamora Chavesta interpuso una demanda de hábeas data contra la ONP, al entender que se ha lesionado su derecho de acceso a la información pública al negarse la ONP a responder verazmente su pedido. La entidad manifestó que no se encuentra obligada a crear o producir información con la que no cuenta o no tenga al momento en que se haga el pedido, y que toda solicitud ingresada es atendida mediante una resolución, razón por la cual no se encuentra facultada a exhibir o entregar documentos sin que previamente exista una disposición administrativa. También explicó que es un organismo descentralizado del Ministerio de Economía y Finanzas encargado de administrar los fondos del Seguro Nacional de Pensiones, antes administrados por el Instituto Peruano del Seguro Social, entidad que le derivó el acervo documentario relacionado con la acreditación y pago de aportes efectuados por los asegurados inscriptos en el Sistema Nacional de Pensiones de manera incompleta, razón por la cual no cuentan con información anterior a mayo de 1995.

En primera instancia, se declaró fundada la demanda, por considerar que la ONP debió responder la solicitud de información presentada por el demandante en lo relacionado a sus aportes registrados en los archivos de ORCINEA desde enero de 1934 hasta diciembre de 1992.

En segunda instancia, se revocó dicha sentencia y se declaró improcedente la demanda, por considerar que el demandante no ha acreditado la relación laboral que mantuvo con sus ex-empleadores en el período reclamado.

Entonces, Zamora Chavesta interpuso un recurso de agravio constitucional contra este último decisorio.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho de autodeterminación informativa de Asunción Zamora Chavesta. Se dispone la entrega del expediente administrativo en versión digital que obra como acompañado en autos y se condena a la Oficina de Normalización Previsional al pago de costas.

Del petitorio de la demanda, se aprecia que el actor pretende acceder a información que la emplazada custodiaría respecto de su vida laboral entre enero de 1934 a diciembre de 1992, situación que evidencia que el derecho que el recurrente viene ejerciendo es el de autodeterminación informativa y no el de acceso a la información pública, como erróneamente lo invoca.

La protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información, así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados o con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información personal o familiar que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro, e incluso tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.

Respecto del acceso a la información materia de tratamiento de datos, el art. 19° de la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 29.733) dispone: “El titular de datos personales tiene derecho a obtener la información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos de administración pública o privada, la forma en que sus datos fueron recopilados, las razones que motivaron su recopilación y a solicitud de quién se realizó la recopilación, así como las transferencias realizadas o que se prevén hacer de ellos”.

La ONP aportó la versión digital (un CD) del expediente administrativo perteneciente al demandante. Teniendo presente los argumentos de defensa de la emplazada y la posterior presentación del expediente administrativo del actor, se evidencia que aquella omitió efectuar la búsqueda de la información requerida por el actor para darle a conocer si mantenía o no en sus bases de datos la información o datos referentes a su pedido, situación que para este Tribunal acredita de modo claro la lesión de su derecho, pues del requerimiento del demandante no se evidencia pretensión alguna de reconocimiento de aportes, sino que se le dé a conocer los datos que, sobre sus aportes de enero de 1934 a diciembre de 1992, la ONP custodia. Esto, en ejercicio de su derecho de autodeterminación informativa y no de su derecho de acceso a una pensión.

Además se verifica que en el pedido oportunamente efectuado por el actor se define de modo claro su identidad, su domicilio real y legal, cuáles son

los datos que requiere y el compromiso de asumir los gastos en que se incurra para la reproducción de los mismos, solicitud que en modo alguno evidencia algún requerimiento de acceso a datos sensibles de terceros o que se vinculen a información materia de excepción del art. 4 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales (Decreto Supremo 003- 2013-JUS), razón por la cual no se puede identificar un supuesto legítimo para validar alguna restricción de acceso a la información requerida. Cabe precisar que si bien los supuestos de excepción que regula el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales no se encontraban vigentes a la fecha en la que el actor requirió el acceso a sus datos, dichos supuestos sí se encontraban regulados en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y que, en todo caso, pudieron haber sido invocados por la ONP para justificar la negativa de entrega de los datos requeridos, y no los argumentos expuestos, carentes de sustento fáctico y jurídico.

En consecuencia, dado que, a través del proceso de hábeas data de cognición o de acceso a datos, todo ciudadano tiene la posibilidad de solicitar el control de la renuencia de las entidades públicas y privadas de proporcionar los datos que resguarden, y que en el presente caso se advierte que la negativa de la ONP respecto de la petición del actor no encuentra justificación alguna, pues, de acuerdo con la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 29733), como entidad pública, tiene la obligación de brindar el acceso a los datos personales que resguarde en sus bancos de datos físicos o virtuales, siempre y cuando no se produzca alguna situación razonable de restricción de dichos datos, este Tribunal considera que se ha lesionado el referido derecho.

Por lo tanto, corresponde estimar la demanda y procederse, en el presente caso, a entregar el expediente administrativo (versión digital), que fue adjuntado a los autos.

Evidenciada la lesión del derecho invocado, corresponde ordenar que la ONP asuma el pago los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional. Dichos pagos deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

Finalmente, cabe precisar que en la ejecución de la presente sentencia no se puede exigir ni obligar a la ONP a generar mayor información del período que el demandante ha requerido, pues el alcance del proceso de hábeas data de cognición o acceso a los datos personales únicamente se manifiesta respecto de la información que la entidad emplazada mantiene en custodia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, expediente N° 00696-2014-PHD/TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por Asunción Zamora Chavesta, sentencia del 6-5-2015, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00696-2014-HD.pdf>>.



PUEBLOS ORIGINARIOS. COMUNIDADES INDÍGENAS. AUTONOMÍA. JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA. **DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHO A LA IDENTIDAD.** PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL. **DIGNIDAD HUMANA. DERECHO DE PROPIEDAD.** TIERRAS COLECTIVAS. **PENAS.** DESTIERRO Y CONFISCACIÓN. PROHIBICIÓN. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. AMPARO.** PROCEDENCIA. MAYOR FLEXIBILIDAD EN LA VALORACIÓN ANTE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: José Ramiro Rojas González, indígena miembro del Resguardo Indígena Tamas Páez La Gabriela, promovió acción de tutela contra la Asamblea General del mencionado Resguardo, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la vida digna, al trabajo, al debido proceso y al mandato constitucional que prohíbe las penas de destierro y confiscación.

Previamente, las autoridades del Resguardo Indígena habían iniciado un proceso contra Rojas González por la comisión de diversas faltas contra el reglamento interno de la comunidad, tales como inasistencia a las asambleas, falta de participación en actividades comunitarias de carácter obligatorio, su carácter conflictivo, las indebidas injerencias en las decisiones que corresponden a las autoridades del Cabildo –incluso acudiendo al empleo de la fuerza física– y su comportamiento general, dirigido a obtener solo beneficios personales. Tras analizar el caso, la Asamblea General del Resguardo concluyó que las faltas imputadas tenían el carácter de graves y le impuso como sanción definitiva la máxima pena que existe en su jurisdicción, esto es, el destierro.

Contra esa decisión, Rojas González interpuso una acción de tutela, la cual fue concedida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Neiva, pero revocada y negada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad, al conocer de la impugnación.

Reiniciado el procedimiento, el 23 de febrero de 2009 la Asamblea General del Resguardo decidió nuevamente calificar las faltas como graves e insistir en la sanción de destierro definitivo. Las autoridades indígenas le otorgaron un plazo a Rojas González para que diera cumplimiento a la decisión adoptada; pero al no cumplir con tal manda, el 10 de abril de 2009 dichas autoridades adelantaron la diligencia de desalojo, ordenaron la quema del inmueble en el que vivía el indígena sancionado y llevaron los enseres que allí se encontraban a las afueras de su territorio. Este procedimiento se hizo constar en el libro de anotaciones de la Policía Nacional, destacándose que: se llevó a cabo por el personal de la guardia indígena y el gobernador indígena de la comunidad, que en ningún momento se hizo uso de la fuerza, que Rojas González fue acompañado hasta la salida de los predios del Resguardo, que el nombrado fue el único expulsado y se le recaló al gobernador de la comunidad el buen trato con la familia del sancionado, respetando la dignidad humana que establece la Constitución Política de Colombia (CP). Al término de la diligencia, Rojas González entregó un escrito destacando la seguridad de su familia así como sus bienes, y se dejó constancia de que el procedimiento de acompañamiento fue realizado por el personal de la

Estación Caguán al mando del Comandante de Estación y los funcionarios de la Oficina de Derechos Humanos.

El 21 de abril de 2009, la Personería Delegada para Derechos Humanos de Neiva, junto con un delegado de la Defensoría del Pueblo y un intendente de la Policía Nacional, visitó el Resguardo a fin de verificar las condiciones en las que se había realizado el desalojo, y adujo que desde ese momento Rojas González había promovido distintas acciones a fin de que se le permitiera regresar a la comunidad. Sin embargo, todas ellas habían sido infructuosas.

El 22 de julio de 2014, el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Neiva, Huila, decidió negar por improcedente el amparo tutelar solicitado por Rojas González. Sostuvo que el actor debió haber manifestado sus inconformidades dentro del proceso que siguieron las autoridades del Resguardo, lo cual no había hecho. Adicionalmente, no se había cumplido con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela –ya que el actor contaba con otro medio de defensa judicial, ante la jurisdicción ordinaria, a efectos de dirimir el conflicto que mantiene con la comunidad indígena–, sin que se hubiera demostrado que se estaba frente a la inminente configuración de un perjuicio de carácter irremediable. Tampoco se había advertido que se hubiera cumplido con el requisito de inmediatez, puesto que habían transcurrido más de cinco años desde el momento en que habían ocurrido los hechos. Dicho decisorio fue impugnado por Rojas González y el Personero Municipal de Neiva.

El 27 de agosto de 2014, el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Neiva, Huila, confirmó la decisión impugnada, pero por argumentos distintos a los desarrollados en la instancia anterior. Dijo que el caso de autos no planteaba un problema de inmediatez, ya que la violación de los derechos se había mantenido en el tiempo; y sobre el fondo, que la pena de destierro aplicada en este caso no tenía el alcance de la figura prevista en el art. 34 CP, ya que no implicaba su expulsión del territorio nacional, sino únicamente del lugar que habita en el Resguardo, de manera que no podía entenderse como contraria a los mandatos constitucionales. Por otro lado, consideró que no se había precisado en qué había consistido supuestamente la vulneración del derecho al debido proceso del afectado, y que a Rojas González no le había sido impuesta la pena de confiscación, toda vez que sus muebles y enseres habían sido retirados del Resguardo, pero no apropiados. En cuanto a la situación de la familia, se dijo que el Personero no había manifestado obrar en su nombre ni había individualizado a sus integrantes, y que si estos habían abandonado el Resguardo, no había sido como consecuencia de la sanción impuesta por la comunidad, sino por propia voluntad.

El Personero Municipal de Neiva, actuando en nombre de Rojas González, interpuso acción de tutela contra la Asamblea General del Resguardo Indígena Tamas Páez La Gabriela, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la vida digna, al trabajo, al debido proceso y al mandato constitucional que prohíbe las penas de destierro y confiscación. Adujo que esa vulneración devino del hecho de que la Asamblea le había impuesto a Rojas González como sanción por haber incurrido en faltas contra el reglamento

interno de la comunidad la pena de expulsión del resguardo, la quema de su lugar de habitación y la puesta de sus enseres en las afueras del territorio que compartía con la comunidad, con lo cual se había violado el art. 34 CP, el cual prevé la prohibición de las penas de destierro y de confiscación. Adicionalmente, afirmó que se había vulnerado su derecho al debido proceso, toda vez que no se le había permitido defenderse, no se habían recabado las pruebas que demostraran la comisión de las faltas endilgadas, se había impuesto una sanción desproporcionada –con el agravante de que se había hecho de manera violenta– y se había terminado incluyendo dentro de la misma a su familia.

2. Sentencia: se confirma la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Neiva, Huila, del 27 de agosto de 2014, mediante la cual se denegó la acción de tutela formulada por el Personero Municipal de Neiva en nombre de José Ramiro Rojas González contra la Asamblea General del Resguardo Indígena Tamas Paez La Gabriela. Se advierte a las autoridades del Resguardo Indígena Tamas Paez La Gabriela que no pueden impedir o negar a la familia de José Ramiro Rojas González su entrada o permanencia en el territorio de la comunidad; a fin de apoyar el proceso de retorno de los miembros de ese núcleo familiar, la comunidad deberá asignarles nuevamente una parcela para que fijen su lugar de vivienda y desarrollen actividades productivas, de manera que puedan retomar la vida que llevaban antes de que tuviera lugar el proceso sancionatorio en contra de Rojas González.

2.1. Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos proferidos en el trámite de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los arts. 86 y 241, inc. 9, CP, arts. 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

Corresponde determinar si la Asamblea General del Resguardo Tamas Páez La Gabriela, al adoptar la decisión de expulsión del indígena Rojas González, excedió los límites constitucionales previstos para el ejercicio de la autonomía de las comunidades indígenas.

Con tal propósito, se reitera la jurisprudencia constitucional en torno al principio constitucional de diversidad étnica y cultural; a la jurisdicción especial indígena, y a las penas de destierro y confiscación aplicadas en el marco de procesos de esta naturaleza, para luego, finalmente, efectuar el análisis del caso concreto.

2.2. El principio constitucional de diversidad étnica y cultural

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, que se identifica por su condición democrática, participativa y pluralista, y que se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que lo integran. El art. 7 CP establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Y el art. 70 establece que la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y que el Estado debe reconocer con igual dignidad a todas las

culturas que conviven en el país. En tales preceptos se sustenta el principio de diversidad étnica y cultural.

En el caso de los pueblos indígenas, dicho principio implica el otorgamiento de un tratamiento especial, consecuente con sus valores culturales y con las particularidades propias de su condición. Como parte de ese tratamiento especial, se encuentran ciertas disposiciones constitucionales, como aquellas que establecen el derecho de propiedad de resguardos y tierras colectivas, así como su condición de inalienables, imprescriptibles e inembargables (arts. 63 y 329), la referida a la existencia de una jurisdicción especial para los pueblos indígenas (art. 246), la relacionada con el derecho de estos últimos de gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres (art. 330), y las que consagran un régimen especial de representación en el Congreso de la República para las comunidades indígenas y los grupos étnicos (arts. 171 y 176).

Una de las manifestaciones del citado principio es la facultad que tienen estas comunidades y grupos de autodeterminarse: esta comprende el derecho a establecer sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y a adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines.

El respeto por la autonomía de las comunidades indígenas, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte Constitucional, comprende, al menos, tres ámbitos de protección: a) la posibilidad de que estas comunidades participen en las decisiones que las afectan, y en tal sentido tienen el derecho a ser consultados previamente sobre ellas en los términos que determine la Constitución y la ley; b) la garantía de que las comunidades indígenas tengan participación y representación política en el Congreso de la República, y c) la posibilidad de decidir sus propias formas de gobierno y las reglas jurídicas que regirán las relaciones en el interior de los pueblos indígenas, lo cual resulta ser un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, al ejercer sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva.

2.3. La jurisdicción especial indígena

El art. 246 CP prevé la existencia de la jurisdicción especial indígena en los siguientes términos: “[l]as autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Al analizar el alcance de la citada disposición, esta Corte Constitucional ha dicho que su contenido normativo comprende los siguientes elementos: “[i] la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, [ii] la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, [iii] la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la

ley, [iv] y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional”. Los dos primeros conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los dos últimos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. De esta manera, por expreso mandato constitucional, las comunidades indígenas que cuenten con autoridades judiciales y procedimientos propios tienen autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

Aun cuando el constituyente previó la necesidad de que el legislador expidiera una ley en la que se establecieran las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, en la práctica esta tarea ha resultado difícil, ya que ella supone un acuerdo sobre cómo decidir las controversias acerca de si se presentan o no los elementos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena; y esos mecanismos deben ser apropiados para todas esas comunidades y aceptables desde su forma de ver el Derecho. Ello podría explicar por qué dicha norma no ha sido aún expedida. No obstante, esta Corte Constitucional ha señalado que la existencia de esa ley no puede ser una condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades tradicionales, sobre todo al existir un reconocimiento constitucional de su autonomía en esta materia.

El funcionamiento de este tipo de jurisdicción ha generado tensiones y conflictos por la necesidad de garantizar, por un lado, la autonomía de estas comunidades y, por el otro, principios de rango constitucional. Para dar solución a esta problemática, esta Corte ha fijado criterios relevantes para la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas y la solución de las controversias que pudieren surgir entre estos y los derechos individuales de sus miembros. Dichos criterios son: a) principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos: el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes, pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión; b) principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, que fue formulado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994.

La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres –los que deben ser, en principio, respetados– y aquellos que no los conservan, los que deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del Derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones. En la sentencia T-514 de 2009, se aclaró su alcance, a raíz de la experiencia acumulada en el estudio de casos concretos y de la constatación de que una interpretación inadecuada de ese principio podría llevar a concebirlo como una autorización para desconocer la autonomía de las comunidades con bajo nivel de conservación cultural, lo

que resultaría incompatible con los mandatos de igualdad entre culturas y no discriminación (arts. 70 y 13 CP).

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha fijado dos límites básicos para el ejercicio de la autonomía de la jurisdicción indígena: por un lado, la prohibición de generar situaciones que resulten verdaderamente intolerables por atentar contra los bienes más preciados del hombre y, por el otro, el respeto por el núcleo duro de los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas.

2.4. Las penas de destierro y confiscación y las comunidades indígenas

2.4.1. El art. 34 CP establece: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”.

Esta Corte Constitucional ha analizado casos en los que comunidades indígenas, en ejercicio de su autonomía y dando aplicación a las reglas que rigen su convivencia, adelantan procesos sancionatorios que terminan con la imposición de las penas de expulsión del territorio del Resguardo y pérdida de derechos sobre los bienes colectivos, las cuales podrían llegar a ser asimilables al destierro y a la confiscación (sentencias T-254 de 1994 y T-523 de 1997).

Los fallos mencionados muestran que, en principio, la pena de expulsión del Resguardo que imponen las autoridades indígenas dentro de su autonomía jurisdiccional no puede encuadrarse dentro de la prohibición constitucional prevista en el art. 34 CP, en particular porque en esos casos no se trata de que se disponga la expulsión del indígena del territorio nacional, sino únicamente del lugar que habita en la comunidad.

Sin embargo, esta sanción tiene una relevancia especial al implicar, por un lado, la separación del individuo del entorno que le es connatural, con el que comparte una misma visión y cultura, y, desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de uno de sus miembros. Ahora, en tanto el fundamento de la protección de la autonomía de los pueblos indígenas se encuentra precisamente en el reconocimiento de la existencia de una cosmovisión distinta, la expulsión de un integrante de una de esas comunidades adquiere una connotación mucho más sensible cuando se trata de etnias que mantienen en mayor medida usos y costumbres propios. En efecto, en pueblos que conservan en más alto grado su cultura, la pena de destierro puede tener repercusiones mucho más graves, puesto que significa un verdadero desarraigo del afectado del mundo que le es propio y el confinamiento a un espacio que le resulta por completo extraño. De manera que, a mayor grado de conservación de las costumbres, mayormente gravosa resultaría la sanción de destierro señalada.

Por esa razón, esta Sala estima que, aun cuando es cierto que la expulsión de un indígena solo tiene efectos en el territorio de su jurisdicción, es posible que ella adquiera la connotación y efectos de un verdadero destierro por comportar una exclusión definitiva del contexto que constituye el espacio vital de un individuo o

de su familia, especialmente en aquellos casos en los que se trata de comunidades indígenas que conservan en mayor grado usos y costumbres propios. En estos eventos, la decisión sancionatoria bien podría estar comprendida dentro de lo que resulta realmente intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano, de manera que la acción de tutela resultaría procedente como mecanismo de protección inmediata de los derechos del afectado. Esta regla de decisión permite acompañar, por un lado, el respeto por la autonomía reconocida en favor de las comunidades indígenas y, por el otro, la necesidad de asegurar la vigencia de las garantías mínimas fundamentales de todos los habitantes del territorio nacional, incluidos los miembros de estos pueblos.

2.4.2. Finalmente, y en cuanto a la pena de confiscación (a partir de lo previsto en la Sentencia T-254 de 1994) es posible concluir que, desde una perspectiva constitucional, en el ámbito de la comunidades indígenas y teniendo en cuenta el carácter colectivo de la propiedad, ella implica la prohibición de que se despoje al afectado de todos los derechos que tiene sobre los bienes que le han sido asignados, específicamente, de aquellos que surgen en razón de las mejoras que el afectado hubiere podido hacerles a los mismos, con lo cual se busca evitar que se vea abocado, tanto él como su familia, a una situación de “indigencia y de absoluto despojo”. En ese sentido, en tanto, generalmente, en estos pueblos la propiedad es un bien colectivo y no tiene carácter individual, sin duda es la comunidad la primera llamada a disponer sobre la suerte de sus bienes, incluso cuando ellos han sido asignados a determinado indígena para ser trabajados. Sin embargo, ello no puede ser usado de forma tal que, de manera abrupta e intempestiva, un miembro de la comunidad pueda verse expuesto a un despojo absoluto de sus pertenencias.

En todo caso, y de acuerdo con la sentencia en cuestión, por regla general la acción de tutela no será procedente para obtener el pago de las mejoras o el reconocimiento de derechos sobre los bienes despojados, por lo que el afectado deberá acudir a los procedimientos previstos por la propia comunidad indígena para tales efectos.

2.5. El juez de primera instancia denegó el amparo solicitado con fundamento en la supuesta falta de cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez en la interposición de la acción de tutela, por lo que esta Sala considera necesario referirse, en primer lugar, a dichas cuestiones.

2.5.1. Respecto del supuesto incumplimiento del requisito de inmediatez, debe señalarse que, en los términos previstos en el art. 86 CP, “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, [...] la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales [...]”. Así, la acción de tutela puede ser impetrada en cualquier tiempo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha precisado también que, atendiendo a su naturaleza especial, la acción de tutela debe ser formulada en un plazo razonable a partir del cual sea posible inferir que realmente se está frente a una situación

que exija de la intervención inmediata y urgente del juez constitucional a fin de proteger los derechos fundamentales que están siendo amenazados o vulnerados, correspondiendo al juez la valoración sobre si el plazo transcurrido entre el momento en que ocurrió el hecho vulnerador y la fecha en la que se interpuso la acción de tutela es razonable, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se presentan en cada caso, y a la verificación de si existen o no motivos que justifiquen la aparente inactividad del afectado.

Aplicadas esas reglas al presente caso, se encuentra que en este asunto se ven involucrados los derechos de un miembro de una comunidad indígena, por lo cual es sujeto de especial protección constitucional (art. 13, incs. 2 y 3 CP); y esta circunstancia lleva a que el análisis del cumplimiento del requisito de inmediatez deba efectuarse a partir de una valoración más flexible. Adicionalmente, de llegarse a establecer que con la decisión sancionatoria se vulneraron los derechos fundamentales de Rojas González, se estaría frente a un evento de daño continuado en el tiempo, ya que la sanción sigue aplicándose y produciendo efectos. Por último, si bien es cierto que entre el momento en que sucedieron los hechos y aquel en el que se interpuso la acción de tutela ha transcurrido un tiempo considerable, en el expediente se muestra que el indígena ha adelantado distintos trámites y gestiones a fin de lograr la protección de los derechos que estima vulnerados. Así, el accionante ha acudido a entidades como la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio del Interior, con el objetivo de que alguna de ellas, en el ejercicio de sus competencias, actuara en pro de sus intereses. Lo anterior demuestra que la actitud de Rojas Gonzalez no ha sido negligente, sino que, por el contrario, desde que le fueron impuestas las sanciones por su comunidad, ha intentado agotar distintas instancias antes de acudir a la acción de tutela.

En consecuencia, a pesar del tiempo transcurrido entre el hecho que se alega como vulnerador y el momento en que se interpuso la presente acción de tutela, esta Sala estima que en este caso sí se cumple con el requisito de inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, como presupuesto de procedencia de la misma, en atención a que: (i) se ven involucrados sujetos de especial protección constitucional; (ii) se trata de un evento en el que, de establecerse que se produjo una vulneración de los derechos fundamentales del indígena José Ramiro Rojas González, esta se mantiene en el tiempo, y (iii) el afectado ha ejercido distintas acciones tendientes a garantizar el respeto de sus intereses.

2.5.2. En relación con el supuesto incumplimiento del requisito de subsidiariedad, de acuerdo con el art. 86 CP, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo principal es “la protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, o por la de los particulares en los casos que determine la ley. En esos términos, “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En ese sentido, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual, de manera que ella solo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, o cuando, existiendo ese otro medio, la acción se ejerce como mecanismo transitorio ante la existencia o inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, que debe ser inminente, grave, urgente e impostergable. Por lo tanto, se debe acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela también será procedente cuando quiera que los recursos judiciales de defensa resulten ineficaces para el caso concreto, de manera que no permitan brindar una protección inmediata frente a la vulneración de los derechos involucrados. En este caso, la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía. Por ello, ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la verificación de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela debe ser evaluada en cada caso, para lo cual el accionante tiene la carga de demostrar y de sustentar las circunstancias que justifican que se está frente a la inminente configuración de un perjuicio irremediable o que el otro mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico para resolver el conflicto de que se trate no resulta eficaz.

Pues bien, en este caso, además de que el examen de procedencia de la acción debe efectuarse bajo una óptica flexible en atención a la condición de sujeto de especial protección del afectado, la Sala encuentra que no es clara cuál es la razón por la cual el *a quo* consideró que el afectado contaba con otro medio de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria para solicitar la protección de sus derechos, ya que en la sentencia no se hizo ninguna referencia o alusión a la acción o proceso al cual podía acudir Rojas González en procura de sus intereses. Por el contrario, es evidente que el debate planteado alrededor de la situación de Rojas González es, sin duda, de contenido constitucional, sin que se encuentre que en el ordenamiento jurídico existan medios de defensa distintos a la acción de tutela para dar solución al mismo.

Por tal razón, debe concluirse que, en contra de lo dicho por la autoridad judicial de primera instancia, este requisito sí se encuentra debidamente acreditado.

2.6. Esta Sala estima importante efectuar una aproximación general al ámbito cultural en el que se presentó el presente conflicto, a fin de entender el escenario en el que se desenvuelve el Resguardo Indígena Tamas Paez La Gabriela, como parte del pueblo Nasa, Páez o Paez. En el precedente del Tribunal T-537 de 1997, se ha efectuado una caracterización de la etnia Páez, que resulta útil para la presente causa, y en la cual, entre otras consideraciones, se ha dicho que:

“[...] la cultura páez debe ser estudiada como parte de un ‘tejido históricamente configurado’. No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión, evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural. En especial, cabe destacar el papel de los

mayores que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y la aceptación de su palabra por parte de las nuevas generaciones, que superaron la prohibición del uso de su lengua y la imposición de una educación típica de la tradición de los blancos.

”Ese proceso fue posible entonces, porque los paeces, además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven a sí mismos como parte de una comunidad diferente que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas. Un ejemplo de ello es su ordenamiento jurídico, claramente impregnado por simbologías y procedimientos propios que, para el caso que ocupa a la Corte, merecen ser estudiados.

”En efecto, para los paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el “yacska te’ c’indate tengo’a mecue o ‘rastros que dejan los mayores’, pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisión investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y ‘encontrar la mentira en la palabra de los acusados.

”Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos.

”Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la comisión investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y si es el caso, imponer las sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, pues sus decisiones están basadas en el ‘us yacni’ (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro, no está contemplada la segunda instancia. Es claro que estos sucesos oscuros no sólo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía.

”La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir.

”Los castigos más usuales entre los paeces son: el fueite, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. El fueite y el destierro, que son los castigos que interesan en este caso, son ampliamente utilizados en el cabildo de Jambaló. El primero, que consiste en la flagelación corporal con un ‘perrero de arriar ganado’, aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte, es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

”Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación se explica porque, en la tradición páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros.”

Si bien hay diferencias en los procedimientos y sanciones que utiliza cada cabildo del pueblo Nasa o Paez, y no existe constancia de que este sea exactamente el procedimiento al que acude el Resguardo Tamas Paez La Gabriela, esta descripción general permite concluir que se trata de una visión muy particular de las formas de administrar justicia y de aplicar los correctivos o sanciones a que haya lugar, las cuales responden precisamente a su cosmovisión sobre el mundo que habitan.

2.7. En este caso, lo primero que debe indicarse es que la decisión sancionatoria adoptada por la Asamblea General del Resguardo Indígena Tamas Paez La Gabriela, el 23 de febrero de 2009, se enmarca dentro del proceso de juzgamiento de la conducta de Rojas González, por transgredir parámetros de lo que socialmente resulta aceptable para esa comunidad y por atentar contra los intereses de la misma. Por tanto, se trata de una decisión que reviste las características de una verdadera decisión judicial, dictada al amparo de la autonomía jurisdiccional reconocida por la CP para estos pueblos; autonomía que tiene dos límites: la prohibición de generar situaciones que atenten contra los bienes más preciados del hombre, y el aseguramiento del núcleo duro de los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas. Específicamente para el caso de la pena de destierro, resultaría intolerable que, tratándose de comunidades con tradiciones y usos muy arraigados, el indígena afectado se viera abocado a una vida en un mundo que le resulta por completo extraño.

2.8. Esta Sala no encuentra que esa sea la situación de Rojas González, ya que si bien él fue expulsado de la comunidad a la que pertenecía –como consecuencia de la comisión de reiteradas faltas, consideradas como graves en el reglamento interno–, distintos elementos llevan a concluir que el afectado tiene cercanía con el mundo que existe fuera del Resguardo, de manera que la expulsión no implica su desarraigo. Y así consta en la resolución mediante la cual se dispuso

la expulsión del indígena; esa fue precisamente una de las razones por las que las autoridades indígenas decidieron sancionarlo:

“[...] es conocido por todos que usted es un experto ‘tinterillo’, que se la pasa en Neiva casi todos los días ejerciendo actividades particulares [*sic*], dedicando todas sus energías a actividades de lucro personal, pero ni una sola acción en favor de nuestra comunidad y por el contrario sí disociando sobre nuestra organización [...].

”El (*sic*) es una persona que no ha sido admitida legalmente con el lleno de todos los requisitos legales, y especiales en nuestra cosmovisión y tradición, es decir no ha plenificado sus derechos como indígena, por otro lado es una persona que ha vivido siempre por fuera de la comunidad indígena, ha adquirido una pensión por parte de la Policía Nacional fuera de ello tiene posesiones propias por fuera del Resguardo, es una persona que tiene formas de pervivencia autónoma, sus necesidades no las satisface en la comunidad [...]”.

En ese sentido, las autoridades indígenas consideraron que Rojas González tenía más cercanía con el entorno que se desarrolla fuera del Resguardo que con el que ellos viven como comunidad, razón que fue considerada al momento de ordenar su expulsión del territorio. Y en la argumentación de la acción de tutela, nada se dijo sobre el hecho de que el afectado hubiere sufrido dificultades concretas en el acoplamiento con la cultura mayoritaria. Por ello, la expulsión del nombrado, si bien lo separó del entorno en el que desarrollaba su vida, no lo confinó a la convivencia en un entorno completamente extraño o con el que no comparta ningún rasgo común. Por tal razón, la pena de expulsión impuesta no desconoce la prohibición establecida en el art. 34 CP ni trasgrede los límites previstos para el ejercicio de la autonomía indígena.

2.9. En cuanto a la supuesta pena de confiscación que también le habría sido impuesta, esta Sala encuentra que la comunidad reivindicó la propiedad del inmueble en el que habitaba el indígena infractor, lo cual se encuentra dentro de su autonomía y resultaba previsible. En relación con los enseres, estos no fueron retenidos por las autoridades indígenas, sino que, como consecuencia del destierro, le fueron entregados al afectado, aunque fuera del territorio del Resguardo, situación que tampoco se corresponde con las características de la pena a la que se refiere el art. 34 CP.

2.10. El Personero sostuvo que estas sanciones se extendieron a la familia de Rojas González, con lo cual se vulneró el principio de derecho penal según el cual la pena es personal y solo debe afectar al delincuente. De acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, la sanción de destierro solo le fue aplicada a Rojas González; así consta en la resolución de expulsión y en los documentos que dan cuenta de los procedimientos que siguió la comunidad con posterioridad a ese hecho.

De manera general, si bien la expulsión implica una separación natural del núcleo familiar, esto se enmarca dentro de la afectación que, de ordinario, tiene la imposición de una pena, sin que se vea afectada su validez. Sin embargo, esta Sala

encuentra que uno de los procedimientos tendientes a efectivizar la sanción de destierro vulneró los derechos de su familia: la decisión de quemar el inmueble en el que convivía Rojas González junto con su esposa y su hija. Lo cierto es que al haber quemado el lugar en el que residía no solamente él sino su núcleo familiar, se terminó afectando, de manera grave, la situación de todos los miembros de la familia, quienes se han visto desprovistos tanto de su vivienda como de la tierra de la cual derivaban su sustento. La fuerza de esta circunstancia los ha llevado a tener que buscar refugio fuera del territorio del Resguardo, a pesar de que ellos no han sido objeto de juicio alguno en el interior de la comunidad y, en consecuencia, no podrían ser sujetos de sanciones por parte de ella. De esta manera, si bien formalmente la sanción de expulsión solo le fue impuesta a Rojas González, en la práctica, ella ha desplegado sus efectos, con la misma contundencia, a todos los miembros de su núcleo familiar.

Por tal razón, esta Sala advierte a la comunidad indígena y a las autoridades del Resguardo que no podrán obstaculizar el derecho que tiene la familia del infractor de vivir y permanecer en el territorio del pueblo al que pertenecen. A fin de apoyar el proceso de retorno de los miembros de ese núcleo familiar, la comunidad deberá asignarles nuevamente una parcela para que fijen su lugar de vivienda y desarrollen actividades productivas, de manera que puedan retomar la vida que llevaban antes de que tuviera lugar el proceso sancionatorio en contra de Rojas González.

2.11. En cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso de Rojas Gonzalez, debe indicarse, en primer lugar, que, en el caso de comunidades indígenas, este implica el cumplimiento de las reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. En ese sentido, no se trata de que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hace la cultura mayoritaria, sino de que se cumplan las actuaciones que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

En este caso, la argumentación está dirigida a afirmar que a Rojas González no se le permitió defenderse y que la decisión se adoptó sin que existieran pruebas de la comisión de las conductas. Sin embargo, nada de eso se demostró en el proceso, con el agravante de que, según se desprende de la acción de tutela, el Personero Municipal parece juzgar esta circunstancia a la luz de las normas nacionales previstas sobre el efecto, y no en correspondencia con las costumbres propias del Resguardo indígena involucrado.

Importa resaltar que los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas no tienen que ser necesariamente aquellos contemplados por las normas nacionales o por los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. De hecho, resulta reprochable pretender imponer una determinada forma de hacer justicia, con lo que se contraría el principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes cosmovisiones, no es deseable privilegiar las prácticas de una sola de ellas, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores que lo caracterizan.

En consecuencia, ante la ausencia absoluta de prueba, no es posible afirmar que existió una vulneración del derecho al debido proceso del actor.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-300/15 del 21-5-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-300-15.htm>>.



PUEBLOS ORIGINARIOS. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. JUICIO POR JURADOS. REPRESENTATIVIDAD. ALCANCE (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: un aborígen que vivía en una reserva fue acusado y condenado por homicidio culposo en un juicio por jurados. Antes del pronunciamiento de la sentencia, el abogado supo que podría haber problemas para la inclusión de aborígenes residentes en la reserva en la lista de potenciales miembros del jurado en el Distrito de Kenora, y esto planteaba cuestiones con relación a la representatividad del jurado para intervenir en el caso del acusado. El juez de primera instancia se negó a aplazar el juicio para resolver un pedido de nulidad del proceso, dado que se consideraba *functus officio*.

La cuestión de la representatividad se planteó, entonces, por primera vez en la apelación, cuando se presentaron nuevos elementos de prueba relacionados con las medidas que la provincia había tomado para preparar las listas de potenciales miembros de jurados del Distrito. El tribunal de apelaciones resolvió que el acusado había tenido un juicio equitativo y que su jurado no había estado afectado por una aprehensión razonable de parcialidad. Sin embargo, la mayoría de los jueces resolvió que los derechos garantizados al acusado en los incs. 11 *d*) y 11 *f*) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta) habían sido violados y ordenó un nuevo juicio. Los tres jueces rechazaron las pretensiones del acusado fundadas en el art. 15 de la Carta.

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

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto. Se anula la sentencia que ordena la tramitación de un nuevo proceso y se restablece la declaración de culpabilidad.

2.1. Voto de los jueces Rothstein, Moldaver, Wagner y Gascon

La representatividad es una característica importante de nuestro sistema de juicio por jurados, pero su significado está circunscripto. La muestra debe ser representativa de la comunidad, tomada con honestidad y ecuanimidad. En cuanto a la lista de los potenciales miembros del jurado, la representatividad se centra en el procedimiento que se utiliza para elaborarla y no en su composición final.

Para determinar si el Estado cumplió con su obligación de satisfacer el requisito de que el jurado tenga representatividad, es necesario saber si brindó a un amplio espectro de los miembros de la sociedad la posibilidad real de participar en el proceso de selección de los miembros del jurado. Tal posibilidad real se brinda cuando el Estado realiza esfuerzos razonables para: 1) elaborar una lista de potenciales jurados haciendo una selección al azar de listas extraídas de sectores muy amplios de la sociedad, y 2) enviar notificaciones de la selección de los miembros a las personas elegidas aleatoriamente. Cuando se ha seguido este procedimiento, la lista de candidatos al jurado es representativa y respeta el derecho del acusado, garantizado en la Carta, a ser juzgado por un jurado representativo. Este procedimiento tiene por objeto asegurar que personas con distintos puntos de vista sean parte de un jurado e impide la exclusión sistémica de ciertos segmentos de la población.

La representatividad del jurado se encuentra plasmada en los incs. 11 *d*) y 11 *f*) de la Carta, pero juega un rol diferente en estas dos garantías.

El rol que la representatividad juega en términos del inc. 11 *d*) se limita a su incidencia en la independencia y la imparcialidad. Un problema relacionado con la representatividad que no menoscabe estos conceptos no constituirá una violación del inc. 11 *d*).

En el caso de autos, las partes se enfocaron en el elemento “imparcialidad” del inc. 11 *d*). Aun cuando el pequeño jurado no pareciese tendencioso, hay violación del inc. 11 *d*) cuando el procedimiento utilizado para elaborar la lista de potenciales miembros del jurado genera una apariencia de parcialidad a nivel sistémico. Esto puede ocurrir de dos maneras: si un grupo en particular es excluido deliberadamente o si los esfuerzos realizados para elaborar la lista de los potenciales miembros del jurado son tan deficientes que crean una apariencia de parcialidad. Sin embargo, cuando el Estado no actúa de ninguna de estas dos maneras, ningún problema relacionado con la representatividad viola el inc. 11 *d*).

La definición restringida que la representatividad tiene en la jurisprudencia canadiense significa que la imparcialidad está garantizada a través del proceso seguido para elaborar la lista de potenciales miembros del jurado, y no por la composición definitiva de esa lista o del pequeño jurado *per se*. Una lista de jurados que incluya pocas personas de la misma raza o religión que el acusado no implica un indicio de parcialidad.

La representatividad juega un rol más amplio en la aplicación del inc. 11 *f*): no solo favorece la imparcialidad, sino que también legitima el rol del jurado como “conciencia de la comunidad” y promueve la confianza del público en el sistema de justicia penal. Este rol amplio constituye una diferencia importante: si bien un problema de representatividad no necesariamente constituye una violación del inc. 11 *d*), lo cierto es que la ausencia de representatividad menoscaba automáticamente el derecho, reconocido por el inc. 11 *f*), a un juicio por jurados.

Si el Estado excluye deliberadamente a un subgrupo de la población apto para integrar un jurado, viola el derecho de un acusado a un jurado representativo, sin perjuicio de cuál sea el tamaño del grupo afectado. Sin embargo, si se trata

de una exclusión involuntaria, es la calidad de los esfuerzos realizados por el Estado para elaborar la lista de los miembros del jurado lo que determina si se ha respetado el derecho del acusado a un jurado representativo. Si el Estado realiza esfuerzos razonables, pero una parte de la población es excluida porque se niega a participar, el Estado cumple, pese a ello, con su obligación constitucional. En cambio, si el Estado no los realiza, el tamaño de la población que ha sido excluida involuntariamente pasa a ser relevante. Sin embargo, cuando solo se ve afectado un pequeño segmento de la población, un amplio espectro de la comunidad tiene, de todos modos, la posibilidad de participar.

La representatividad no consiste en elegir grupos específicos para que sus miembros queden incluidos en la lista de los miembros potenciales del jurado. La provincia, por lo tanto, no estaba obligada a resolver los problemas sistémicos que contribuyen a la reticencia de los aborígenes que viven en las reservas a participar en los procesos de selección de los miembros de los jurados. Los esfuerzos realizados para reparar los perjuicios históricos y sistémicos causados a estos pueblos –aunque meritorios en términos sociales– constituyen, por definición, un intento de incluir a un grupo particular en la lista de jurados. El derecho del acusado a la representatividad no constituye el mecanismo apropiado para reparar la relación dañada entre ciertos grupos de la comunidad y nuestro sistema judicial penal en general.

No existe ningún derecho a una lista de jurados que tenga una determinada composición, ni a una que represente proporcionalmente todos los diferentes grupos de la sociedad canadiense. Exigir que una lista de jurados represente proporcionalmente las diferentes religiones, razas, culturas u otras características individuales de las personas aptas para ser jurado generaría graves problemas. Existen infinitas características que podrían considerarse que tienen que estar representadas y, aunque se utilizara una lista perfecta, sería imposible crear una lista de potenciales candidatos que las represente totalmente. La exigencia de una representación proporcional obligaría al abandono de todos los principios bien arraigados, como el derecho a la vida privada de los jurados y la selección aleatoria. Estos principios serían reemplazados por un análisis de los antecedentes de los candidatos a integrar el jurado y por la obligación del Estado de centrarse en grupos particulares para inscribirlos en la lista de posibles miembros de jurados. La aplicación de este criterio no sería factible y se daría lugar a la desaparición de nuestro sistema de jurados.

En este caso, la provincia cumplió con su obligación de que el jurado satisfaga el principio de representatividad. El tribunal de apelaciones planteó la existencia de problemas potenciales con tres partes del proceso: las listas, el envío de las notificaciones y el pobre porcentaje de respuestas. Los esfuerzos realizados por la provincia para hacer participar en el proceso de selección de jurados a los aborígenes residentes en las reservas, evaluados a la luz de lo que se conocía en esa época y aplicando el estándar apropiado, fueron razonables. Por consiguiente, no hubo violación de los incs. 11 *d*) ni 11 *f*) de la Carta. Pese a que el problema de la sub-representación de los nativos residentes en las reservas en el sistema de jurados constituye una seria preocupación como cuestión de principio que

merece atención, lo cierto es que los derechos garantizados al acusado en los incs. 11 *d*) y 11 *f*) de la Carta no constituyen el medio apropiado para dar respuesta a esta preocupación.

Es necesario también rechazar las pretensiones del acusado fundadas en el art. 15 de la Carta, pretensión que no expone claramente el perjuicio sufrido. Con respecto a su pretensión de que se le reconozca legitimación activa para actuar en nombre del interés público para hacer valer un reclamo fundado en el art. 15 en nombre de los nativos residentes de una reserva y candidatos a ser miembros de un jurado, no puede acogerse porque el acusado podría tener intereses diferentes o incluso contradictorios a los de los potenciales jurados.

2.2. *Voto de la jueza Karakatsanis*

El derecho a un juicio justo reconocido por el art. 11 de la Carta permite al acusado ser juzgado por un jurado independiente e imparcial, extraído de una lista de miembros de jurado confeccionada mediante un procedimiento justo e imparcial de selección aleatoria, a partir de listas que contienen amplias muestras, sin exclusiones deliberadas o importantes. En el caso de autos, dicho criterio ha sido respetado.

La representatividad no requiere una lista de jurados que refleje cómo sería una muestra aleatoria de la comunidad. La adopción de semejante criterio basado en la identidad constituiría un importante desvío de la jurisprudencia y la experiencia canadienses. La representatividad del jurado tiene como objeto permitir al jurado ejercer sus importantes funciones de juez de los hechos y de vínculo entre el proceso judicial y el resto de la comunidad. Este derecho tiene un sentido limitado en el derecho canadiense. No quiere decir que el jurado deba reflejar una muestra transversal de la comunidad o de sus diferentes puntos de vista o características, sino que describe el funcionamiento del jurado como institución en la cual se pide a los legos que contribuyan en el proceso judicial penal y provean el vínculo esencial entre ese sistema y el conjunto de la comunidad. El jurado actúa en nombre de la comunidad y, de esta manera, la representa. No obtiene su legitimidad de la circunstancia de que sus miembros reflejen características demográficas de esa comunidad.

La función representativa que incumbe al jurado está garantizada por la selección equitativa y aleatoria, basada en listas originarias ampliamente inclusivas, y que no excluye deliberadamente o de manera importante un segmento de la sociedad. La representatividad necesita la realización de esfuerzos razonables previos para usar dicho procedimiento. Es la naturaleza adecuada del procedimiento empleado y no la calidad de los esfuerzos del Estado la que determina si los derechos que la Carta garantiza al acusado han sido violados.

Es esencial garantizar que las listas originarias sean confeccionadas a partir de un amplio abanico de integrantes de la comunidad, pero no es necesaria la perfección. Las provincias deben gozar de discrecionalidad para utilizar un proceso de selección práctico, dada la naturaleza de las listas originarias disponibles. El Estado debe también garantizar que el mecanismo utilizado para

notificar a los candidatos seleccionados para ser miembros del jurado no altere el carácter general y aleatorio de la lista.

La exclusión involuntaria de la lista de jurados de ciertos segmentos de la comunidad no constituye un vicio constitucional. Incluso las listas originarias mejor confeccionadas excluirían a ciertas personas, y esta exclusión involuntaria podría afectar a algunos grupos de manera desproporcionada. Esto no es suficiente *per se* para constituir una violación al art. 11 de la Carta. Dado que no existen listas originarias perfectas, el Estado debe gozar de un cierto margen de maniobra para la selección de la lista originaria. Este margen de maniobra tiene también en cuenta el importante margen de discrecionalidad que se debe dar a los gobiernos para definir los límites de los distritos judiciales, establecidos a los fines administrativos y prácticos, y no para asegurar la representación de una colectividad o de un grupo en particular.

En cambio, el Estado puede, en circunstancias excepcionales, violar los derechos que la Carta garantiza al acusado, excluyendo de manera involuntaria pero significativa a un sector de la población. Puede ocurrir que la importancia de esta exclusión sea tal que impida al jurado ejercer su función representativa, privándolo con ello de su legitimidad a los ojos de la comunidad y socavando su independencia e imparcialidad. En caso de que la lista de jurados sea tan deficiente como para que la sociedad ya no admita que un jurado extraído de ella pueda actuar legítimamente en su nombre, los derechos del acusado garantizados en los incs. 11 *d)* y *f)* de la Carta serán violados.

La exclusión deliberada de ciertos segmentos de la población de la lista de jurados la tornan inconstitucional. Una lista de jurados viciada por una exclusión deliberada no puede considerarse como extraída equitativa y aleatoriamente de la comunidad en general, ni puede considerarse tampoco independiente e imparcial. En consecuencia, un acusado podría válidamente impugnar la exclusión deliberada que limita la representación de ciertos grupos durante el proceso de selección de jurados.

Aunque el acusado tenga derecho a un juicio justo, el Estado no está obligado a incentivar a quienes no quieren participar en la selección de jurados. El art. 11 de la Carta no impone al Estado ninguna obligación de fomentar la participación o de reparar las relaciones debilitadas que puedan inducir a que algunos se desentiendan del sistema judicial. El art. 11 no fuerza al Estado a enfrentar las causas de esta indiferencia para hacer respetar el derecho del acusado a un jurado imparcial, independiente y representativo.

En este caso, el acusado no demostró que la lista de jurados, de la cual se había extraído su jurado, hubiera sido creada en violación a sus derechos garantizados por el art. 11 de la Carta. Con relación a las denuncias fundadas en el art. 15 de la Carta, no corresponde en este caso decidir si está en juego el derecho a la igualdad de los pueblos originarios como consecuencia de su alienación del sistema de justicia y de su falta de representación en las listas de jurados.

2.3. *Disidencia de la Presidenta de la Corte McLachlin y del juez Cromwell*

En la selección de un jurado apropiadamente constituido se asienta la base para un juicio equitativo y la confianza del público en la administración de justicia. Nuestro concepto de un jurado adecuadamente seleccionado se funda especialmente en que sea elegido a partir de una muestra aleatoria de personas del distrito aptas para cubrir las funciones como jurado que, en virtud de esta selección aleatoria, representan a su población. En Canadá, la Carta no garantiza un derecho autónomo a un jurado representativo. No obstante, la representatividad –en el sentido de que la lista de jurados resulta de un sorteo realizado a partir de un grupo de candidatos– constituye un elemento del derecho a un juicio por jurados, a la vez que un derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial garantizado en los incs. 11 *f*) y 11 *d*) de la Carta. El inc. 11 *f*) consagra a nuestra institución del jurado como un componente fundamental del sistema judicial penal canadiense. La representatividad es parte integral de este componente y constituye una de las características fundamentales de un jurado apropiadamente constituido. La representatividad, como la imparcialidad, resulta esencial para que la institución del jurado desempeñe su rol de conciencia de la colectividad y para que el inc. 11 *f*) produzca un verdadero resultado. La representatividad es también uno de los elementos que hacen del jurado un tribunal independiente e imparcial en los términos del inc. 11 *d*) de la Carta. Por tal motivo, los vicios en la formación del jurado que afecten su carácter representativo se toman en cuenta para saber si hubo violación del inc. 11 *d*). De acuerdo con la protección que le otorgan los incs. 11 *d*) y 11 *f*), el derecho a la representatividad de la lista de jurados es un derecho conferido al acusado, y no a grupos determinados o a la comunidad en general. No existe en estas disposiciones el correspondiente derecho que permita a la comunidad en general o a un grupo en particular ser incluidos en una lista de jurados o de un pequeño jurado.

La esencia de la representatividad aquí reside en la cuestión de saber si la lista de jurados, de la cual los jurados serán eventualmente seleccionados, es tan representativa de la comunidad como un grupo de personas elegidas aleatoriamente en el seno de esa misma comunidad. De esta manera, la selección aleatoria es el instrumento de la representatividad. Una lista representativa de jurados se asemeja a un grupo de personas luego de un proceso de selección aleatorio efectuado entre todas las personas aptas para cumplir con las funciones de jurado en una comunidad dada. Sin embargo, la selección aleatoria es solo un buen instrumento de la representatividad cuando las personas a las que se aplica al momento de elaborar una lista de jurados han sido seleccionadas de una amplia muestra de la comunidad.

Para conseguir una lista de jurados representativa, deben cumplirse dos condiciones: en primer lugar, las listas originarias deben ser, a partir de una selección aleatoria, representativas del distrito. La lista de jurados solamente será representativa de la comunidad del distrito si la lista originaria de las personas a quienes les serán enviadas las notificaciones es tan completa y exacta como sea posible y se asemeja a una muestra tomada aleatoriamente entre todas las personas aptas para ser jurado en el distrito; en segundo lugar, el grupo de

personas potencialmente elegibles para jurado debe ser sustancialmente similar a la muestra aleatoria de la lista. El Estado debe, por lo tanto, analizar ciertos elementos, como por ejemplo la proporción de notificaciones y cuestionarios realmente recibidos y los factores susceptibles de influir en la tasa de respuesta. Si el grupo formado por personas que realmente recibe el cuestionario no es similar a una muestra de personas elegidas aleatoriamente de la lista originaria, el principio de representatividad corre peligro porque el carácter aleatorio ya no es el instrumento de la representatividad.

Razones de orden práctico y de principio demuestran que la selección aleatoria es un instrumento de la representatividad. Si en este contexto la definición de representatividad se ampliase, se originarían largos debates para saber a quién debe representar el jurado y sobre la base de cuáles características. Definir todos los aspectos posibles de la representatividad de un jurado –y, además, confeccionar una lista que los refleje– presentaría dificultades insalvables de orden práctico y causaría una injerencia indebida en la vida privada de los candidatos a integrar un jurado. Ante estas consideraciones de principio y de orden práctico, no se debería ampliar el alcance de los deberes de información del Ministerio Público o exponer la intimidad de los candidatos a integrar un jurado. Cuando la privacidad de un jurado está protegida, un acusado no tendrá posibilidades de demostrar una sub-representación de un grupo dado, salvo que pruebe que la lista es deficiente o que altera el principio de la selección aleatoria.

Una selección aleatoria es deficiente cuando se manifiestan vicios durante el proceso, por ejemplo, cuando se excluye de la lista a una cantidad importante de personas aptas para ser miembro de un jurado. También existen otros medios para señalar los defectos de una selección aleatoria en relación con una realizada en forma adecuada. Que el análisis se focalice en la selección aleatoria no quiere decir que los resultados del proceso no se tengan en cuenta cuando se trata de determinar si este último es admisible. No se pueden ignorar los resultados cuando muestran claramente una diferencia importante con relación a un proceso adecuado de selección aleatoria.

La Carta brinda protección contra las injerencias indebidas del Estado en los derechos que ella garantiza. Para demostrar que ha sido violada, se debe probar no solamente que los derechos por ella garantizados han sido restringidos, sino principalmente que ello es consecuencia de una acción del Estado. Cabe preguntar si existe un vínculo suficiente entre los actos del Estado y la restricción del derecho en cuestión para afirmar que esa restricción ha sido impuesta por el Estado. Aunque el nexo causal suficiente haya sido utilizado principalmente en el contexto del art. 7, también se ha aplicado un criterio similar en otras disposiciones de la Carta y de leyes provinciales en materia de derechos humanos, criterio que es posible aplicar a este caso. El análisis no debe partir de los esfuerzos realizados por el Estado, sino centrarse en determinar si la lista de los potenciales miembros del jurado es representativa. En caso negativo, se debe comprobar si la irregularidad se debe a una acción del Estado, es decir, si existe un vínculo suficiente entre la restricción del derecho y la acción –u omisión– del Estado. Para determinar si el Estado respetó sus obligaciones impuestas por la Carta, es necesario evaluar su

conducta a través de los actos que contribuyeron al perjuicio y su capacidad para resolverlo. Cuando existe una restricción de un derecho en una cuestión que le compete totalmente o en gran parte al Estado, existe un verdadero vínculo entre la acción u omisión del Estado y dicha restricción. En estos casos, el criterio fundado en los “esfuerzos razonables” no refleja la naturaleza de la obligación del Estado: el respeto de los derechos constitucionales no es optativo ni (bajo reserva de los límites justificados) depende de los esfuerzos realizados. En cambio, el Estado no será responsable cuando el acto inconstitucional se origine en una cuestión que no sea de su competencia. Para los casos que se encuentren en una situación intermedia, el que exista un vínculo suficiente entre la restricción del derecho en cuestión y la acción del Estado dependerá de su capacidad y esfuerzos razonables realizados para solucionar el perjuicio de la restricción.

En el caso de autos, la lista de potenciales miembros del jurado no es representativa porque es muy diferente de la que se hubiera obtenido por medio de una selección aleatoria entre las personas del distrito aptas para ser jurado y porque los aborígenes que residen en las reservas están sub-representados. Entre los cuatro factores que contribuyeron a la no representatividad de la lista de candidatos al jurado, dos –las listas originarias y el envío de notificaciones de selección– incumbían al Estado, y este debía hacerlos cumplir. Los otros dos factores –la escasa respuesta a las notificaciones y la marginalización de los aborígenes en el seno del sistema judicial penal– constituían problemas que, en parte, el Estado podía resolver, pero no realizó los esfuerzos razonables para lograrlo. En consecuencia, existe un vínculo suficiente entre la acción y omisión del Estado, por un lado, y la no representatividad de la lista de posibles miembros del jurado, por el otro, y se puede concluir por ende que el Estado vulneró el derecho del acusado a contar con una lista representativa garantizada por los incs. 11 *d)* y *f)* de la Carta.

Cuando el Estado no suministra una lista de candidatos a ser miembros de un jurado que sea representativa, a fin de determinar cuál es la reparación justa, se deben analizar todas las circunstancias, especialmente la naturaleza del perjuicio en los derechos del acusado y el efecto sobre la confianza del público en la administración de justicia. La etapa en la cual se resuelve el problema es también oportuna. Si, como en este caso, la cuestión se resuelve por primera vez luego de la pronunciación del veredicto, el dictado de una sentencia declaratoria que manifieste la violación de los derechos del acusado puede ser una reparación conveniente siempre que este no crea que, a la luz de las circunstancias, solo un nuevo juicio sería el único medio de restablecer la confianza del público en la administración de justicia. El tribunal de apelaciones no cometió ningún error cuando, en virtud de su poder discrecional, ordenó un nuevo juicio. La omisión de proporcionar una lista de posibles miembros del jurado representativa debilitó la confianza del público en la administración de justicia.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *R. v. Kokopenace*, sentencia n° 35475 del 21-5-2015, en <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/15373/index.do>>.



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS PERPETRADAS POR AGENTES ESTATALES. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. **DAÑO MORAL.** REPARACIÓN. CONCEPTO. ALCANCES. BENEFICIOS PECUNIARIOS DE CARÁCTER ASISTENCIAL A LAS VÍCTIMAS (CHILE).

1. Antecedentes del caso: Paulina Aguirre Tobar falleció el 29 de marzo de 1985. En su muerte participaron agentes del Centro Nacional de Informaciones (CNI), por lo que fue establecida como una violación a los derechos humanos. A raíz de lo sucedido, el padre de Paulina presentó una querrela en la causa 2182-98 en que se dictó sentencia por homicidio calificado. De estos hechos surge, de manera inconcusa, que el actor ha padecido dolor, sufrimiento y angustia por la pérdida de su hija y por la forma en que se produjo, lo que por sí solo constituye un daño moral que debe compensarse, en cuanto se dirige contra el Fisco de Chile. El Fisco alegó la preterición legal del demandante, fundándose en que la madre de la víctima había recibido distintos beneficios de la Ley n° 19.123 (Ley), y que por ello debía excluirse al actor de la reparación pretendida, según prescribe el art. 20 de la citada ley. El juez acogió la excepción de prescripción de la acción deducida.

Entonces, el padre de Paulina interpuso un recurso ante la Corte Suprema de Chile.

2. Sentencia: se revoca la sentencia en cuanto acoge la excepción de prescripción de la acción deducida y, en su lugar, se declara que aquella queda rechazada. Se desestiman las excepciones de preterición e improcedencia de la indemnización opuestas por el Fisco. Se acoge la demanda deducida por Luis Aguirre Smith contra el Fisco y, en consecuencia, se condena al Fisco al pago de la suma de \$100.000.000 en concepto de daño moral. La cantidad que se ordena pagar se reajustará conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor y devengará intereses, respectivamente, desde que la presente sentencia quede ejecutada. No se condena en costas al Fisco por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Para pronunciarse sobre la defensa del Fisco consistente en la preterición del demandante, es necesario determinar previamente el margen de aplicación de la Ley en el conflicto materia de estos antecedentes, atendiendo para ello a la naturaleza jurídica de las prestaciones que consagra, y desde ahí resolver su injerencia en la pretensión patrimonial de autos.

La Ley acordó una serie de beneficios a las víctimas de violaciones de derechos humanos y creó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. En este contexto, cabe recordar la exposición del senador Máximo Pacheco durante la tramitación parlamentaria de la Ley, quien, refiriéndose a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, señaló que esta “entendió por reparación un conjunto de actos que expresen el reconocimiento y la responsabilidad que le cabe al Estado en los hechos y circunstancias que son materia del informe. La reparación ha de convocar a toda la sociedad chilena; ha de ser un proceso orientado al reconocimiento de los hechos conforme a la verdad, a

la dignificación moral de las víctimas y a la consecución de una mejor calidad de vida para las familias más directamente afectadas. El proceso de reparación supone el coraje de enfrentar la verdad y la realización de justicia; requiere de generosidad para reconocer las faltas y de actitudes de perdón para llegar al reencuentro de los chilenos. Es verdad que la desaparición o la muerte de un ser querido constituyen pérdidas irreparables; por lo que no es posible establecer una correlación entre el dolor, la impotencia y las esperanzas de las víctimas, con las medidas que se proponen. No obstante ello, la reparación moral como material, parece ser una tarea absolutamente necesaria para el afianzamiento de una democracia plena”.

También resulta esclarecedor recordar las expresiones del Ministro de Estado, en esa época Secretario General de Gobierno, quien manifestó: “El informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, concordante con el mandato del Presidente de la República, presentó al país el cuadro de una situación desgarradora (...) y ha informado (...) del dolor de todos, sin mirar el color de los que murieron por violaciones a los derechos humanos y de quienes murieron por violencia política”, y agregó que: “El reconocimiento de responsabilidades, la administración de justicia por tribunales competentes –de acuerdo a la ley vigente– y la reparación parcial del daño, son las obligaciones que han debido asumir –y deben seguir haciéndolo– los Poderes Públicos y las dirigencias políticas, sociales, religiosas y humanitarias. El proyecto de ley que hoy se somete a la consideración de la Sala se inscribe en ese propósito. Por un lado establece compensaciones y pensiones para los familiares directos de las víctimas y, por otro, encarga a una corporación de alto nivel, designada por el Presidente de la República y con acuerdo del Senado, el cumplimiento, por un tiempo fijo, de las labores de asistencia y apoyo a aquéllos, así como de la ejecución de las recomendaciones de la propia Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en orden a complementar antecedentes en los casos en los que ella no se formó convicción”.

La Ley establece una pensión mensual de reparación en beneficio de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política (art. 17), cuyo monto y beneficiarios están establecidos por ley, y que, por lo demás, son desagregados en virtud de la vinculación que tengan con la víctima y su edad, instituyendo beneficios médicos (art. 28) y educacionales (arts. 29, 30 y 31), entre otros.

Consecuencia de lo reseñado es que los beneficios pecuniarios que contempla tienen naturaleza asistencial y, por ende, no privan a las víctimas de instar por la reparación efectiva de todo daño sufrido.

Las reflexiones anteriores, consistentes con la constante jurisprudencia de esta Corte en la materia, llevan a desechar la alegación de preterición legal del demandante, puesto que, como se ha dicho, la Ley contempla beneficios de naturaleza asistencial distintos de la pretensión de estos antecedentes, que busca el resarcimiento de un daño extrapatrimonial sufrido por el actor a causa de un hecho delictivo cometido por agentes estatales y que acarrearán responsabilidad del Estado. En consecuencia, sus disposiciones resultan inaplicables al litigio de

estos autos, incluidos los órdenes de preferencia que consagra, puesto que ellas solo rigen el otorgamiento de los beneficios pecuniarios asistenciales que dicha compilación considera.

Las mismas razones sirven para desechar el alegato del Fisco en orden a que el demandante ha obtenido reparaciones no pecuniarias: en primer lugar, porque las medidas contempladas por la Ley, adoptadas por las autoridades estatales, como la construcción del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, tienen una naturaleza notoriamente distinta de la pretensión de autos; pero, en segundo término, porque la normativa invocada no contempla en su texto incompatibilidad alguna con la indemnización que en este proceso civil se persigue, y no es procedente suponer que se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata, como se dejó asentando en los párrafos precedentes, de formas distintas de reparación, y la circunstancia de que el Estado las asuma voluntariamente no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia por los medios que autoriza la ley, pues de otra manera sería aceptar que sea el responsable del daño quien fije la cuantía de la indemnización a pagar.

CORTE SUPREMA DE CHILE, *Aguirre Smith Luis Jesús c. Fisco de Chile*, sentencia del 20-5-2015, en <<http://app.vlex.com/#vid/570650542>>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. PLAZO RAZONABLE. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. PROCESO PENAL. PRUEBA. PRUEBA CONFESIONAL. CONFESIÓN OBTENIDA BAJO TORTURA (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – CHILE).

1. Antecedentes del caso: once miembros de la Fuerza Aérea de Chile (FACH) y un empleado civil fueron arrestados, sometidos a enjuiciamiento y procesados ante los Consejos de Guerra en la causa ROL 1-73, la cual se inició el 14 de septiembre de 1973. Los días 30 de junio de 1974 y 27 de enero de 1975 se dictaron dos sentencias de condena, las cuales fueron confirmadas los días 26 de septiembre de 1974 y 10 de abril de 1975. Las víctimas permanecieron privadas de libertad por períodos de tiempo que llegaron a ser de hasta cinco años y ulteriormente se les conmutó la pena por extrañamiento o exilio. Algunos habían ocupado cargos públicos en el gobierno del Presidente Allende; otros habían sido procesados por haber declarado su adhesión al Presidente; otros, por haberse opuesto al golpe de Estado o por haberse relacionado con personas calificadas como enemigos por la Junta Militar. Con respecto a las circunstancias de la detención de cada una de ellas, ha sido demostrado que sufrieron malos tratos y torturas con la finalidad de obligarlos a confesar.

Los hechos del caso tuvieron lugar con posterioridad a la instauración de un régimen militar que derrocó al gobierno del Presidente Salvador Allende, mediante el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, y que se prolongó hasta el restablecimiento de la democracia, el 11 de marzo de 1990. En ese contexto, una junta de gobierno militar asumió el Poder Ejecutivo y posteriormente el Poder Constituyente y Legislativo. Durante esos años, la represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba opositoras operó como política de Estado. Esa represión se aplicó en casi todas las regiones del país y estuvo caracterizada por una práctica masiva y sistemática de fusilamientos y ejecuciones sumarias, torturas, privaciones arbitrarias de la libertad, desapariciones forzadas y demás violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado, asistidos a veces por civiles. La tortura fue una práctica recurrente durante la dictadura militar. Los métodos empleados se caracterizaron por su brutalidad y por dejar secuelas evidentes. Algunos detenidos fueron enjuiciados en Consejos de Guerra, mientras que otros nunca fueron procesados pero fueron recluidos por tiempos variables en estadios, campos de detenidos, regimientos, comisarías o cárceles. Los Consejos de Guerra se encargaron de juzgar los delitos de la jurisdicción militar mediante procedimientos breves y sumarios de instancia única, y se caracterizaron por numerosas irregularidades y violaciones al debido proceso.

El 10 de septiembre de 2001, se interpuso un recurso ante la Corte Suprema de Chile solicitando la revisión de las sentencias emitidas, por considerar que las personas condenadas fueron objeto de crueles apremios, torturas y vejaciones en el trámite de la referida causa. Dicha Corte resolvió que el recurso de revisión con nulidad y casación en subsidio era inadmisibile por carecer de competencia sobre las resoluciones de los Consejos de Guerra. Contra esa resolución, las víctimas promovieron un recurso de reposición, el cual también fue rechazado por el mismo tribunal.

En el año 2005, mediante la Ley N° 20.050, se realizó una reforma constitucional, la cual otorgó competencia a la Corte Suprema para entender en los asuntos ventilados ante los Consejos de Guerra. En el año 2011, personas distintas a las víctimas –quienes también habían sido juzgadas y condenadas por Consejos de Guerra en esa causa– interpusieron un recurso de revisión que fue rechazado por la Corte Suprema.

Hubo dos investigaciones penales que fueron iniciadas en relación con los hechos de tortura sufridos por las víctimas: a) la que corresponde a la causa ROL 1058-2001, iniciada en abril de 2001, y b) la que corresponde a la causa ROL 179-2013, iniciada el 28 de agosto de 2013.

La primera investigación culminó el 30 de abril de 2007 con la sentencia de condena en perjuicio de dos personas por el delito de tormentos o rigor innecesario causando lesiones graves en perjuicio de, entre otras personas, Belarmino Constanzo Merino, Manuel Osvaldo López Oyanedel, y Gustavo Raúl Lastra Saavedra. La sentencia fue apelada y revisada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual confirmó el fallo de primera instancia. Los condenados en dicho asunto interpusieron un recurso de casación, el cual fue desestimado.

Con respecto a la causa ROL 179-2013, se ordenaron varias diligencias de investigación por parte de las autoridades estatales. Dicha causa se encuentra aún abierta.

2. Sentencia: se declara internacionalmente responsable al Estado de Chile por la violación al derecho de protección judicial en perjuicio de Omar Humberto Maldonado Vargas, Álvaro Yáñez del Villar, Mario Antonio Cornejo Barahona, Belarmino Constanzo Merino, Manuel Osvaldo López Oyanedel, Ernesto Augusto Galaz Guzmán, Mario González Rifo, Jaime Donoso Parra, Alberto Salustio Bustamante Rojas, Gustavo Raúl Lastra Saavedra, Víctor Hugo Adriazola Meza e Ivar Onoldo Rojas Ravanal al no habérseles ofrecido un recurso efectivo para dejar sin efecto un proceso penal que tomó en cuenta pruebas y confesiones obtenidas bajo tortura y mediante el cual fueron condenados durante la dictadura militar en Chile. Asimismo, el Estado es responsable por la excesiva demora en iniciar una investigación respecto a las torturas que sufrieron Ivar Onoldo Rojas Ravanal, Alberto Salustio Bustamante Rojas, Álvaro Yáñez del Villar y Omar Humberto Maldonado Vargas.

Fondo

El Estado es responsable por la demora en iniciar la investigación por los hechos de tortura sufridos por Ivar Onoldo Rojas Ravanal, Alberto Salustio Bustamante Rojas, Álvaro Yáñez del Villar y Omar Humberto Maldonado Vargas, dado que la causa ROL 179-2013 fue iniciada el 28 de agosto de 2013, aproximadamente doce años después de que el Estado tuviera noticia de los hechos por medio de la interposición de un recurso ante la Corte Suprema en el que se solicitó la revisión de las sentencias dictadas en el marco del proceso ROL 1-73, presentado el 10 de septiembre de 2001. En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 de la misma, y los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de las mencionadas víctimas.

En lo que concierne a la causa ROL 1058-2001 iniciada en abril de 2001, esta Corte constata que ella se refirió a los hechos de tortura sufridos por Belarmino Constanzo Merino, Manuel Osvaldo López Oyanedel, Gustavo Raúl Lastra Saavedra, Víctor Hugo Adriazola Meza, Jaime Arturo Donoso Parra, Mario Antonio Cornejo Barahona, Mario González Rifo y Ernesto Augusto Galaz Guzmán. Se concluye que el Estado no es responsable por una demora excesiva en iniciar una investigación con respecto a los hechos de tortura sufridos por esas ocho personas.

Con respecto a la debida diligencia en el desarrollo de las investigaciones, esta Corte considera que el Estado no es responsable por la violación a los derechos contenidos en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, y los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de las doce presuntas víctimas del presente caso.

Por otra parte, en relación con el derecho a la protección judicial y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por la alegada falta de un recurso de revisión adecuado y efectivo, esta Corte considera que los hechos del caso plantean una situación que puede ser distinguida en dos momentos diferentes en el tiempo: a) antes del año 2005 y de la reforma constitucional que le otorgó competencia a la Corte Suprema para conocer de sentencias relacionadas con decisiones de los Consejos de Guerra, y b) después del año 2005 y de la referida reforma constitucional.

Con respecto al primer período, las presuntas víctimas no contaron con la posibilidad de que se revisaran las condenas emitidas contra ellos, por lo que el Estado es responsable por haber violado el derecho a la protección judicial contenido en el art. 25.1 de la Convención y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en el art. 2 de la Convención, en relación con la obligación de respeto y garantía contenida en el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de las doce víctimas del caso, por la inexistencia del recurso de revisión en la normatividad interna chilena anterior al año 2005.

En cuanto al segundo período, las personas condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura siguen sin contar con un recurso adecuado y efectivo que les permita revisar las sentencias condenatorias, por lo que el Estado es responsable por la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno contenido en el art. 2 de la Convención, en relación con el art. 25 del mismo instrumento, por la falta de un recurso que sea adecuado y efectivo para revisar las sentencias de condenas emitidas por los Consejos de Guerra, en perjuicio de las doce víctimas del caso.

Por último, esta Corte considera que el Estado no violó el derecho a la protección de la honra y de la dignidad contenido en el art. 11 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de las víctimas del caso y sus familiares, por la emisión de las sentencias de condena en la causa 1-73 y la falta de anulación posterior de las mismas.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, se ordena al Estado: *i*) publicar esta sentencia y su resumen; *ii*) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; *iii*) develar una placa con la inscripción de los nombres de las víctimas; *iv*) poner a disposición de las víctimas del presente caso, dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la presente sentencia, un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en la referida causa en su perjuicio. Ese mecanismo debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena; *v*) continuar y concluir, en un plazo razonable, la investigación de los hechos del presente caso; *vi*) pagar la cantidad fijada en la sentencia en concepto de daño inmaterial y por reintegro de costas y gastos. Asimismo, se dispone que el Estado debe reintegrar al Fondo

de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte las cantidades erogadas durante la tramitación del presente caso.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, sentencia del 2-9-2015, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_300_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PLAZO RAZONABLE. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. JURISDICCIÓN MILITAR. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CONFLICTOS ARMADOS. COMBATIENTES *HORS DE COMBAT* (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el presente caso no se refiere a la inocencia o culpabilidad de los integrantes del comando “Chavín de Huántar” o de las fuerzas de seguridad que participaron en la operación de rescate de rehenes, ni tampoco de los miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), sino que versa sobre la conformidad o no de los actos estatales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), en cuanto a si existió o no ejecución extrajudicial en el marco de la operación de rescate de rehenes en dos momentos temporales diversos y en distintos ámbitos físicos: por un lado, respecto de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez y, por el otro, respecto de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.

La responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier Poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia.

Desde comienzos de la década de los ochenta hasta finales del año 2000, se vivió en el Perú un conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y militares. Entre los grupos armados del conflicto, se encontraba el Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA).

En la noche del 17 de diciembre de 1996, se conmemoró el aniversario del natalicio del Emperador japonés Akihito con una recepción en la residencia del embajador de Japón en el Perú, situada en el distrito limeño de San Isidro, a la que asistieron aproximadamente seiscientas personas. Mientras transcurría

la reunión, catorce miembros del MRTA con los distintivos “Alerta Médica” descendieron de una ambulancia estacionada frente a un inmueble lindero, ingresaron al mismo y, a través de un hueco que abrieron en la pared mediante cargas explosivas, entraron en la residencia, redujeron al personal de seguridad y tomaron como rehenes a todos los invitados.

Entre el 17 de diciembre de 1996 y el mes de enero de 1997, los emerretistas liberaron a la mayoría de los rehenes, quedando en la residencia 72 personas. Durante el período comprendido entre la última fecha hasta la ejecución de la operación de rescate el 22 de abril de 1997, hubo diversas negociaciones entre el gobierno y los emerretistas.

Paralelamente al proceso de negociaciones, el Presidente Fujimori ordenó la elaboración de un plan de rescate de los rehenes juntamente con las Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional. El Plan de Operaciones, redactado en enero de 1997, recibió el nombre de “Nipón 96”, operación de rescate que sería conocida más tarde como “Chavín de Huántar”. El objetivo de ese plan era dominar el inmueble para “capturar o eliminar a los terroristas del MRTA y rescatar a los rehenes, a fin de establecer el estado de derecho y contribuir a la consolidación de la pacificación nacional”. Para ello, según el plan, se debían disponer “medidas y acciones destinadas a prevenir o neutralizar acciones terroristas [...] y no deber[ía] cometerse ningún tipo de excesos, manteniendo un irrestricto respeto a los [derechos humanos], sin que esto signific[ara] dejar de actuar con energía”.

El 22 de abril de 1997, el Presidente Fujimori ordenó comenzar la operación de rescate, que se inició con varias explosiones subterráneas, tras las cuales alrededor de 80 comandos de diferentes grupos de asalto ingresaron a la residencia del embajador por los accesos previstos en las puertas y paredes. La técnica utilizada por los comandos fue la de dominación de inmuebles y rescate de rehenes consistente en el ingreso por parejas en un recinto cerrado y registro progresivo de los ambientes hasta obtener el control del mismo, utilizando el “tiro instintivo selectivo”.

La operación de rescate logró la liberación de los rehenes. Perdió la vida el rehén y entonces magistrado Carlos Ernesto Giusti Acuña. También perdieron la vida los comandos Teniente EP Raúl Gustavo Jiménez Chávez y Teniente Coronel EP Juan Alfonso Valer Sandoval, así como también los catorce miembros del MRTA. Además, hubo varios heridos entre rehenes y funcionarios estatales.

Concluida la operación de rescate, se hizo presente en el lugar el Presidente Fujimori. Asimismo, las autoridades militares, los miembros del Servicio de Inteligencia Nacional y los funcionarios nombrados por el Consejo Supremo de Justicia Militar se encargaron de efectuar las acciones subsiguientes al operativo.

Según el informe que confeccionó el Comandante General de la Primera División de las Fuerzas Especiales luego de finalizado el operativo, los catorce emerretistas habrían muerto durante el enfrentamiento con los efectivos militares. Sin embargo, a partir de ciertas declaraciones a la prensa en diciembre de 2000 y una carta remitida posteriormente al Poder Judicial en el año 2001 por el ex rehén

Hidetaka Ogura, quien al momento de la toma de la residencia del embajador de Japón por el MRTA era Primer Secretario de la embajada de Japón en el Perú, se presentaron dudas sobre las circunstancias en que murieron los emerretistas Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza, y si estos habían sido objeto de ejecuciones extrajudiciales.

En relación con los hechos del presente caso: (1) se abrió en el año 2001 una investigación, a raíz de las denuncias presentadas, que derivó en la apertura de un proceso penal ante el fuero común; (2) se trabó una contienda de competencia que fue dirimida por la Corte Suprema de Justicia de la República a favor del fuero militar respecto de los comandos imputados; (3) el fuero militar resolvió sobreseer la causa en el año 2003, la cual fue posteriormente archivada definitivamente; (4) el fuero común continuó con el conocimiento de la causa respecto a las autoridades implicadas, la cual fue acumulada luego con un proceso por encubrimiento real; (5) al momento en que el caso fue sometido a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), no existía sentencia definitiva en el proceso llevado a cabo ante el fuero común; (6) como hecho superviniente, la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó sentencia el 15 de octubre de 2012, mediante la cual se absolvió a todos los acusados, con excepción de un procesado contumaz; (7) el 24 de julio de 2013, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró no haber nulidad de la sentencia dictada; (8) en el año 2007, se inició un proceso penal contra el ex Presidente Fujimori y otra persona, y (9) actualmente se encuentra pendiente una nueva investigación por los hechos relacionados con Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

En el transcurso del procedimiento del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Estado presentó en su informe del 6 de diciembre de 2011 los avances alcanzados respecto a las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo emitido por dicha Comisión el 31 de marzo de 2011. Allí, el Estado sostuvo bajo el título “Reconocimiento de responsabilidad por exceso del plazo en tramitación de proceso penal” lo siguiente: “[...] tal como ha señalado el Estado peruano en Informes anteriores, la legislación procesal penal peruana no contempla un plazo para la tramitación del juicio oral, sin embargo, los principios de proporcionalidad y razonabilidad son de aplicación a todo el ordenamiento jurídico peruano. En tal sentido, el Estado peruano reconoce demora en el procesamiento judicial de los hechos. Mas consideramos importante que la [...] Comisión tenga en cuenta que este exceso en la tramitación del juicio oral no se debe a un ánimo de denegación de justicia en lo absoluto, sino, lamentablemente, a situaciones de organización del Poder Judicial y actuación del Consejo Nacional de la Magistratura, entre otros factores [...]”.

2. Sentencia: se declara responsable internacionalmente a la República del Perú por la violación del derecho a la vida, reconocido en el art. 4.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez. Asimismo, se lo declara responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial,

reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza, así como por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Edgar Odón Cruz Acuña, hermano de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez. Por otro lado, se decide que no existen elementos suficientes para determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la vida, reconocido en el art. 4.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.

2.1. Perú presentó seis excepciones preliminares, las que se desestiman.

En relación con la excepción de control de legalidad del Informe de Admisibilidad N° 13/04 respecto a la Petición N° 136/03 en relación con la falta de agotamiento de recursos de jurisdicción interna, no se ha alegado fundadamente la ocurrencia de un error grave que vulnere el derecho de defensa de las partes.

En cuanto a la excepción de falta de agotamiento de recursos de jurisdicción interna, los argumentos esgrimidos configuran un cambio en la posición previamente asumida, en tanto el Estado había reconocido su responsabilidad por la vulneración del plazo razonable en el proceso judicial llevado a cabo en el fuero penal, lo que no es admisible en virtud del principio de *estoppel*.

En lo que hace a la excepción relativa al control de legalidad del Informe de Fondo N° 66/11 respecto a la determinación de presuntas víctimas y derechos humanos no considerados en el Informe de Admisibilidad N° 13/04, esta Corte entiende que la actuación de la Comisión no generó un perjuicio al Estado en su derecho de defensa, en tanto aquella identificó a los familiares como presuntas víctimas, y el Estado contó con oportunidades procesales para ejercitar su derecho de defensa durante el trámite ante la Comisión respecto a los alegatos incorporados por los peticionarios sobre la supuesta violación del art. 5 de la Convención Americana.

Pasando a examinar la excepción de inadmisibilidad de incorporación de nuevos hechos por los representantes de las presuntas víctimas al proceso ante esta Corte relativos a la violación del derecho de defensa del Estado peruano por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la relativa a la sustracción de la materia, en la medida en que la Comisión dio cumplimiento al art. 30 de su Reglamento y transmitió las partes pertinentes de la petición para que el Estado presentara su respuesta, no existen motivos para considerar que se haya podido provocar una violación al derecho de defensa del Estado. Esta Corte considera que los argumentos presentados por el Estado relativos a la eventual subsanación de las deficiencias en las investigaciones iniciales, tales como el trabajo realizado de acuerdo con lo que denominó como “los actuales estándares internacionales”, pertenecen al análisis del fondo del caso y que, por lo tanto, no corresponde pronunciarse sobre ellos como excepción preliminar. Además, atendiendo a la naturaleza diversa de los argumentos formulados por el

Estado bajo la denominación de excepciones preliminares, esta Corte considera que la excepción antes aludida debe ser analizada en el capítulo relativo a las consideraciones previas al referirse más propiamente al marco fáctico del caso. Al respecto, cabe destacar que los alegatos del Estado pretenden excluir determinados hechos presentados por los representantes, los cuales apuntan a probar la supuesta violación al derecho a la integridad personal de los familiares de las presuntas víctimas, y estimar que los mismos constituyen hechos explicativos o aclaratorios de los hechos contenidos en el marco fáctico fijado por el Informe de Fondo N° 66/11. Por lo tanto, se desestiman los argumentos del Estado como asuntos preliminares.

2.2. Además, esta Corte realiza las determinaciones correspondientes respecto a la calidad de presunta víctima de Lucinda Rojas Landa. Al respecto, considera que asiste razón al Estado en que no se encuentra acreditado el vínculo familiar al momento de los hechos de Lucinda Rojas Landa con Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, por lo que no es considerada presunta víctima en el presente caso.

2.3. Se admite y otorga plenos efectos al reconocimiento de responsabilidad realizado ante la Comisión, reconocimiento que es parcial pues se refirió únicamente a la vulneración del plazo razonable en el proceso judicial llevado a cabo en el fuero penal.

Esta Corte ha sostenido que la evaluación del uso de la fuerza debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias y el contexto de los hechos. En el caso bajo examen, advierte tres particularidades relevantes para definir los criterios aplicables al análisis de las obligaciones del Estado respecto al uso de la fuerza letal en la operación Chavín de Huántar, a la luz del art. 4 de la Convención Americana: 1) la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional; 2) el contexto en el cual se dio el uso de la fuerza contra los miembros del MRTA, esto es, en el marco de una operación de rescate de rehenes, y 3) que las presuntas víctimas en este caso no eran civiles sino integrantes del MRTA, quienes participaron en forma activa en las hostilidades.

Las acciones del MRTA correspondían a una toma de rehenes, al hacer un uso indebido de una ambulancia para esquivar el control policial, lograr el ingreso a la residencia del embajador de Japón y retener a los invitados, algunos de los cuales permanecieron secuestrados durante un período de cuatro meses a cambio de la exigencia de unas contrapartidas por parte del Estado. Al respecto, cabe recordar que tales actos se encuentran prohibidos “en cualquier tiempo y lugar”.

Esta Corte coincide con las partes y la Comisión, y considera que, dado que la toma de rehenes se produjo con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado interno, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, resulta útil y apropiado –habida cuenta de su especificidad en la materia– tener en cuenta el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el derecho internacional humanitario consuetudinario. En consecuencia, y a los efectos del presente caso, esta Corte destaca que el derecho internacional humanitario no desplaza la aplicabilidad del art. 4 de la Convención Americana, sino que nutre la

interpretación de la cláusula convencional que prohíbe la privación arbitraria de la vida, en razón de que los hechos sucedieron en el marco de un conflicto armado y con ocasión del mismo. Por lo tanto, dado que la Convención Americana no define en forma expresa el alcance que debe otorgarle esta Corte al concepto de arbitrariedad que califica una privación de la vida como contraria a dicho Tratado en situaciones de conflicto armado, resulta pertinente recurrir al *corpus iuris* de derecho internacional humanitario a fin de determinar el alcance de las obligaciones estatales en lo que concierne al respeto y garantía del derecho a la vida en esas situaciones. El análisis de la posible violación del art. 4 de la Convención Americana debe, por ende, considerar, entre otros, el principio de distinción, el principio de proporcionalidad y el principio de precaución.

En esta línea, el recurso a la fuerza por parte del Estado se produjo en el marco de una operación de las fuerzas de seguridad con un objetivo preciso: lograr la liberación de los rehenes que habían permanecido retenidos por los miembros del MRTA en la residencia del embajador de Japón en el Perú desde el 17 de diciembre de 1996. Por ende, resultaba legítimo para el Estado recurrir al uso de la fuerza en las circunstancias del caso concreto y, en efecto, ni la Comisión Interamericana ni los representantes disputaron en el presente caso la legitimidad del operativo, en tanto respondía a la necesidad de liberar a los rehenes con vida. Por consiguiente, correspondía al Estado adoptar todas las medidas adecuadas para aliviar la situación de los rehenes y, en particular, para asegurar su liberación, siempre que se respetasen las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

Las presuntas víctimas del presente caso no fueron civiles sino integrantes del MRTA, quienes participaron en forma activa en las hostilidades. No obstante, podían potencialmente ser beneficiarios de las garantías contenidas en el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, siempre y cuando hubieran dejado de participar en las hostilidades y pudieran identificarse como personas “*hors de combat*” [fuera de combate]. Según esa norma, el Estado debía brindar a las personas que no participaren directamente en las hostilidades o que hubieren quedado fuera de combate por cualquier razón un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el derecho internacional humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y a la integridad personal de las personas mencionadas anteriormente.

Esta Corte considera significativo subrayar a efectos del análisis del caso que, aun bajo circunstancias apremiantes, el Estado: (i) diseñó una operación de rescate, (ii) escogió a personal calificado para llevarla a cabo, (iii) procedió a construir una réplica del lugar donde se desarrollaba la toma de rehenes, (iv) los agentes seleccionados realizaron un entrenamiento intensivo con miras a la eficaz ejecución de la operación, y (v) el “Plan de Operaciones Nipón 96” se planificó sobre la base de la información disponible sobre las circunstancias en que se desarrollaba “la vida diaria” dentro de la residencia del embajador. Se advirtió que el objetivo primario de la operación era proteger la vida de los rehenes y que, al menos a nivel operacional, existió una planificación que contemplaba la captura de los emerretistas.

Por lo tanto, la controversia no gira en torno a la necesidad, proporcionalidad y precaución en el uso de la fuerza, sino que se centra en determinar si Cruz Sánchez, Meléndez Cueva y Peceros Pedraza habían dejado de tomar parte en las hostilidades al momento de darles muerte y eran, por ende, acreedores de la protección que asegura el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. A tal fin, esta Corte ha examinado los hechos relevantes respecto de cada presunta víctima y ha determinado, en cada circunstancia particular, si la persona se encontraba involucrada activamente en las hostilidades o no al momento de los hechos. Además, ha analizado la verosimilitud de todas las hipótesis presentadas a la luz de las pruebas obrantes en el expediente, teniendo presente la diferente función que le incumbe al no ser un tribunal penal ni tener un estándar probatorio similar al del proceso penal.

Se ha determinado que Cruz Sánchez fue hallado muerto sobre una plataforma de concreto en el pasadizo exterior de la residencia del embajador japonés; que el cadáver presentaba una lesión ocasionada por un proyectil de arma de fuego con orificio de entrada en la región posterior izquierda del cuello y salida en la región lateral derecha de la cabeza, además de otras lesiones; que los informes periciales indican que su muerte se produjo a causa de un disparo en la cabeza y que, además, el victimario se habría ubicado atrás y a la izquierda de la víctima. Esta Corte ha observado que este patrón de lesión es manifiestamente diferente al que presentaban los otros emerretistas. Así, mientras la mayoría de los emerretistas presentaba cinco o más lesiones por proyectil de arma de fuego, el cuerpo de Cruz Sánchez presentaba solo una lesión ocasionada por proyectil de arma de fuego; y esto podría indicar que su muerte se produjo en circunstancias distintas a las de los otros emerretistas. Por otra parte, tras evaluar las pruebas recolectadas, esta Corte considera que la muerte de Cruz Sánchez se produjo una vez que se encontraba bajo la custodia del Estado.

La versión de los hechos brindada por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado y corroborada por la versión del ex rehén Ogura genera la convicción en esta Corte de que Cruz Sánchez fue capturado con vida en el jardín de una casa contigua, que fue amarrado e incapacitado, que no portaba armamento, y que fue entregado a un militar quien volvió a ingresarlo hacia la residencia. Cruz Sánchez fue posteriormente hallado muerto. Según el informe de los antropólogos forenses, dicha muerte se produjo estando inmobilizado. Ninguno de los comandos que declaró en el fuero militar reconoció haberle disparado o dado muerte. Qué sucedió en el período entre que fue detenido y que su muerte se produjo aún no ha sido completamente dilucidado por las autoridades internas.

El Estado argumentó que Cruz Sánchez portaba una granada en el momento en el que se le dio muerte. Sin embargo, las propias autoridades judiciales peruanas descartaron esta hipótesis, al considerar que existían “duda[s] respecto a que (Cruz Sánchez) se encontra[ra] en posesión de una granada pues había sido detenido y tenía las manos amarradas hacia atrás, además que la lógica de la experiencia [...] lleva a colegir que dada la fuerza del impacto de bala de haberla tenido en su poder ésta no hubiera permanecido sobre su mano”. Esta

Corte no encuentra posible que, una vez capturado y siendo trasladado con sus manos atadas, Cruz Sánchez haya tenido oportunidad de sostener una granada. Es decir, no resulta creíble que sostuviera una granada en su mano y la mantuviera en dicha posición, incluso tras su muerte. Asimismo, para la Corte no puede descartarse por completo que la escena de los hechos haya sido alterada.

Lo anterior permite colegir a esta Corte que la última vez que fue visto con vida, el mismo se encontraba en una situación de *hors de combat* y que gozaba por tanto de la protección que otorgan las normas de derecho internacional humanitario. Es decir, una vez que Cruz Sánchez fue capturado con vida, el Estado tenía la obligación de otorgarle un trato humano y respetar y garantizar sus derechos, todo ello de conformidad con el art. 4 de la Convención Americana, interpretado a la luz del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Por lo dicho, se invierte la carga de la prueba y corresponde al Estado la obligación de explicar satisfactoria y convincentemente lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados que demuestren que existió necesidad de utilizar la fuerza por parte de los oficiales que custodiaban a Cruz Sánchez. Sin embargo, el Estado no proporcionó a esta Corte una explicación alternativa que sea verosímil y satisfactoria sobre la forma en la que aquel falleció en zonas bajo el control exclusivo del Estado. Los elementos indicados por el Estado en cuanto a que Cruz Sánchez habría estado en posesión de una granada en la mano no logran desacreditar la convicción generada por la evidencia suficiente y variada que indica que su muerte se produjo cuando se encontraba en manos del Estado en calidad de *hors de combat* y como consecuencia de un disparo realizado cuando el cuerpo permanecía casi inmóvil, en contradicción con los principios del derecho internacional humanitario.

Las autoridades judiciales peruanas llegaron a igual conclusión, al determinar que “fue muerto luego de ser detenido”, una vez que los ambientes de la residencia ya habían sido dominados y los rehenes habían sido evacuados.

Todo lo anterior permite a esta Corte concluir que se trató de una ejecución extrajudicial. De este modo, se llega a la conclusión de que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la privación arbitraria de la vida de Cruz Sánchez, en violación del art. 4.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma.

2.4. A su vez, de la prueba obrante en el expediente resulta que Meléndez Cueva y Peceros Pedraza aparecieron muertos en el segundo piso de la residencia con múltiples heridas de proyectil, y se identificó al equipo que tenía bajo su responsabilidad rescatar a los rehenes que se encontraban en el sitio donde los hallaron. A diferencia de la situación verificada en el caso de Cruz Sánchez, la secuencia de hechos relativa a la muerte de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza se desarrolló en el mismo momento en que se estaba llevando a cabo el operativo, cuando aún no había finalizado y se encontraba en curso la evacuación de rehenes.

Esta Corte no cuenta con prueba variada y suficiente que acredite que Meléndez Cueva y Peceros Pedraza hayan dejado de participar en las hostilidades

al momento de su muerte y, por lo tanto, se les pueda calificar como *hors de combat*; únicamente cuenta con el testimonio del ex rehén Ogura, quien manifestó que dichas personas habían sido reducidas previamente. Por lo tanto, no se encuentra acreditado que los nombrados hayan muerto luego de haberse rendido o depuesto las armas. Las autoridades judiciales peruanas llegaron a idéntica conclusión, al afirmar que “estos murieron en combate”. Aunado a ello, dado que todavía se estaba llevando a cabo la evacuación de los rehenes de nacionalidad japonesa, aquellos podían representar, en definitiva, una amenaza para la vida e integridad de los rehenes. Por lo dicho, no es posible afirmar que la actuación del Estado frente a Meléndez Cueva y Peceros Pedraza haya configurado una privación arbitraria de la vida derivada de un uso de armas letales en forma contraria a los principios del derecho internacional humanitario; y consecuentemente, esta Corte entiende que no existen elementos suficientes en este proceso internacional para determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación del art. 4.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Meléndez Cueva y Peceros Pedraza.

2.5. El Estado reconoció su responsabilidad por la vulneración del plazo razonable en la tramitación del proceso penal ante el fuero común. Asimismo, luego de transcurridos 18 años de ocurridos los hechos, no existe un pronunciamiento final y definitivo en cuanto a lo acaecido respecto de Cruz Sánchez, sino que se ha ordenado la realización de una nueva investigación, lo cual ha sobrepasado excesivamente el plazo que puede considerarse razonable para estos efectos.

Además, no se adoptaron medidas para preservar y resguardar adecuadamente la escena de los hechos, y el levantamiento de los cadáveres, el cual fue controlado por las autoridades militares y el Servicio de Inteligencia Nacional, no se realizó en forma fiable, técnica o profesional. Las necropsias de 1997 fueron realizadas sin contar con el ambiente y recursos adecuados para llevar a cabo dicha diligencia. No se llevó a cabo la descripción externa de los cuerpos, y solo se abrieron las cavidades torácicas y abdominales, pero no las craneales, incumplándose la normativa interna. Tampoco se solicitaron estudios de patología por órdenes superiores. Hubo orden superior de que no se tomaran fotografías ni filmaciones de los cadáveres. Por último, mediante una decisión altamente cuestionable se inhumaron los cadáveres en diferentes cementerios de la ciudad de Lima, sin proceder a la identificación de once de ellos. Dichas omisiones y deficiencias pueden condicionar o limitar las posteriores investigaciones. La actuación de las autoridades militares y policiales careció de mínima diligencia, lo que tuvo y tiene efectos concretos en la investigación de estos hechos que no se corrigen o subsanan por el simple hecho de que posteriormente se hayan realizado pruebas forenses cuando los hechos fueron investigados en el fuero común.

El Estado tuvo noticia de la posible ejecución extrajudicial de estas personas a partir de una nota de prensa publicada el 18 de diciembre de 2000, titulada “Emerretistas fueron capturados vivos”. A su vez, en diciembre de 2000 y enero de 2001, algunos familiares interpusieron denuncias a partir de las cuales el Estado inició la investigación de los hechos, y el Ministerio Público formalizó

denuncia con los resultados de dicha investigación policial. Por lo tanto, al menos a partir de aquella fecha, el Estado debió iniciar de oficio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva de las alegadas ejecuciones extrajudiciales. El período transcurrido entre que salió publicada la referida noticia, que el Estado recibió las denuncias de los familiares y que se inició la averiguación policial previa fue razonable, por lo que no existió violación del deber de iniciar de oficio la investigación en este aspecto.

2.6. En lo que se refiere a la incompetencia de la jurisdicción militar para conocer de las alegadas ejecuciones extrajudiciales, cabe recordar que la jurisdicción militar solo conoció las alegadas ejecuciones extrajudiciales de Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, y no la de Cruz Sánchez, y que fue tras un conflicto de competencia —entre órganos de la justicia militar y de la justicia ordinaria, resuelto el 16 de agosto de 2002— que la investigación y enjuiciamiento de los hechos pasaron a la jurisdicción militar en relación con los comandos militares.

Las alegaciones de ejecución extrajudicial son actos que guardan relación con hechos y tipos penales que en ningún caso tienen conexión con la disciplina o la misión castrense. Por el contrario, los actos alegados contra Meléndez Cueva y Peceros Pedraza se relacionan con bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y la Convención Americana, como la vida e integridad personal de la víctima. Esta Corte reitera que los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria no residen en la gravedad de las violaciones, sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido, y, por consiguiente, la intervención del fuero militar para la investigación y juzgamiento de las alegadas ejecuciones extrajudiciales de Peceros Pedraza y Meléndez Cueva contrarió los parámetros de excepcionalidad y restricción que lo caracterizan, e implicó la aplicación de un fuero personal que operó sin tomar en cuenta la naturaleza de los actos involucrados.

La Comisión no cuestionó las normas de derecho interno que regulan la posibilidad de que los delitos de función sean conocidos por la jurisdicción militar, sino que se limitó a poner en entredicho la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República al dirimir la contienda de competencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la militar, y ello en virtud de la jurisprudencia de la Corte en relación con el alcance de la competencia del fuero militar. Esta fue una decisión para el caso concreto, y, posteriormente, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia de la República modificaron dicha práctica, estableciendo criterios de carácter general y vinculante en el sentido de que el fuero militar debe restringirse a delitos de función determinables por el bien jurídico protegido y no a delitos comunes que impliquen violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, no ha habido una violación del art. 2 de la Convención Americana, en relación con los arts. 8 y 25 de la misma.

2.7. Esta Corte reitera que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene derecho a conocer la verdad.

Respecto a los hechos relativos a Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, se advierte que fueron posteriormente objeto de análisis por parte de la jurisdicción ordinaria, por lo que se dio respuesta a lo sucedido a través de dicho proceso.

En forma diferente, transcurridos 18 años de los hechos, aún no se conoce toda la verdad sobre lo ocurrido respecto a la ejecución extrajudicial de Cruz Sánchez. Aun cuando estos hechos han sido objeto de pronunciamiento por parte de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y de investigación judicial, la propia Corte Suprema de Justicia de la República ha indicado que “existen todavía algunos pasajes de los hechos, vinculados al agraviado Cruz Sánchez, que deben y pueden esclarecerse en una línea investigativa más intensa”. No obstante, la Corte consideró que no era necesario un pronunciamiento específico sobre la violación del derecho a conocer la verdad, dadas las violaciones previamente declaradas y las particularidades del presente caso.

2.8. En suma, existieron irregularidades en el manejo de la escena de los hechos y el levantamiento de cadáveres, así como una falta de rigurosidad en la realización de las necropsias en el año 1997, por lo que las primeras diligencias y el aseguramiento inicial del material probatorio carecieron de mínima diligencia. Además, los procesos ante los tribunales peruanos no han sido desarrollados en un plazo razonable y el Estado no ha demostrado haber llevado a cabo las diligencias necesarias para localizar a uno de los sindicados que se encuentra en contumacia.

Sobre la base de las consideraciones anteriores y del reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado, esta Corte concluye que el Estado es responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de Cruz Sánchez, Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, a saber, Edgar Odón Cruz Acuña, Herma Luz Cueva Torres, Florentín Peceros Farfán, Nemecia Pedraza de Peceros y Jhenifer Solanch Peceros Quispe, en los términos de los párrafos precedentes.

Finalmente, el Estado violó el derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Edgar Odón Cruz Acuña, hermano de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, por los sufrimientos padecidos en relación con la ejecución extrajudicial de su familiar y la ausencia de investigaciones efectivas.

2.9. La sentencia de esta Corte constituye *per se* una forma de reparación. No se ordena el pago de una compensación económica por los hechos del presente caso, ya que las otras formas de reparación ordenadas resultan suficientes.

En esta línea, ordena al Estado: *i)* conducir eficazmente la investigación y/o el proceso penal en curso para identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos relacionados con la ejecución extrajudicial de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez; *ii)* brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico a favor del hermano de la víctima si así lo solicita; *iii)* realizar las publicaciones dispuestas; *iv)* pagar las cantidades fijadas en concepto

de reintegro de costas y gastos, y v) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de esta Corte la suma erogada durante la tramitación del presente caso.

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, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Cruz Sánchez y otros c. Perú*, sentencia del 17-4-2015, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_292_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES MASIVAS. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. MENORES. DERECHO DE PROPIEDAD. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PERÚ).

1. Antecedentes del caso: desde comienzos de la época de los '80 y durante prácticamente dos décadas, Perú fue el escenario de un conflicto entre grupos armados y fuerzas policiales y militares, conflicto que se vio agudizado desde el aparato estatal por una práctica sistemática de violaciones a los derechos humanos y el recurso generalizado a los estados de emergencia como instrumento para suspender garantías constitucionales. Fue en este contexto que el 14 de junio de 1991 se decretó la prórroga del estado de emergencia en el Departamento de Huancavelica, y las Fuerzas Armadas asumieron allí el control del orden interno. El 2 de julio de 1991, en ejecución del “Plan Operativo Apolonia” –operativo militar diseñado como parte de la política estatal de combatir la subversión en la Provincia y Departamento de Huancavelica–, partieron de bases militares las patrullas “Escorpio” y “Ángel” con el fin específico de incursionar en la localidad de Rodeopampa, comunidad de Santa Bárbara, para “capturar y/o destruir” elementos terroristas que operaban en esa zona. Dos días después, la patrulla “Escorpio” llegó a dicha localidad, ingresó en las viviendas de las presuntas víctimas, sacó a quienes estaban allí y prendieron fuego a esas viviendas para, luego, apoderarse de una gran cantidad de ganado, animales menores y pertenencias de los detenidos. Los efectivos militares detuvieron a catorce pobladores, entre los que se encontraban tres niñas y cuatro niños de entre 8 meses y 6 años de edad, un hombre adulto mayor, cinco mujeres adultas –una de ellas, en el sexto mes de embarazo– y un hombre adulto; se les infligieron diversos maltratos y se los condujo hacia una mina abandonada llamada “Misteriosa” o “Vallarón”. Ese

mismo día, Elihoref Huamani Vergara fue interceptado por efectivos militares en el camino hacia Rodeopampa y lo sumaron al grupo de los catorce pobladores que trasladaban. Durante el trayecto, los detenidos fueron golpeados y obligados a caminar varias horas amarrados, sin alimentos ni agua. Cuando llegaron a la mencionada mina, los efectivos militares introdujeron a los quince detenidos en el interior del socavón, acribillándolos con Fusiles Ametralladoras Ligeras (FAL). Posteriormente, detonaron en la mina cargas de dinamita, provocando el fraccionamiento de los cuerpos.

El 8 de julio de 1991, en la búsqueda de sus familiares y con la información proporcionada por vecinos de los alrededores, Zenón Cirilo Osnayo Tunque, Marcelo Hilario Quispe y Gregorio Hilario Quispe se dirigieron a la entrada de la mencionada mina, donde observaron restos de cuerpos humanos e identificaron las pertenencias de algunos de sus familiares. Lograron reconocer entre esos restos los cuerpos de al menos cinco personas. Tres días después, Viviano Hilario Mancha observó en ese mismo lugar restos de cuerpos humanos semienterrados que no pudo reconocer, entre ellos, el cadáver semienterrado de su nieto Héctor Hilario Guillén. En ambas oportunidades, los familiares observaron en la entrada de la mina paquetes de dinamita.

Durante el período del 8 de julio al 5 de agosto de 1991, fueron interpuestas diversas denuncias ante autoridades estatales por los hechos ocurridos. El 18 de julio de 1991, se realizó una diligencia de levantamiento de restos humanos y evidencias allí encontradas. No se realizó diligencia posterior alguna relacionada con las piezas y restos hallados, y al día de hoy se desconoce el paradero de los mismos. Se iniciaron procesos tanto en la jurisdicción militar como ordinaria, así como un incidente de competencia entre ambos, resuelto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Perú en favor de la jurisdicción ordinaria el 17 de junio de 1993. En el año 1995, se aplicó la Ley de Amnistía en ambas jurisdicciones.

Tras la emisión de la sentencia de esta Corte en el caso “Barrios Altos c. Perú” (2002), se reabrió el proceso en la jurisdicción militar, y en el año 2005, en la jurisdicción ordinaria. No constan actuaciones posteriores en el fuero militar; en tanto, en la jurisdicción ordinaria consta que en octubre de 2006 la Sala Penal Nacional de Lima se avocó al conocimiento del proceso. El 6 de diciembre de 2007, se inició el juicio contra cinco procesados, cuatro de ellos, ausentes. Entre 2009 y 2011, se realizaron diversas diligencias relacionadas con la búsqueda, recuperación e identificación de los restos óseos humanos hallados en aquella mina. Sin embargo, aún se mantiene la incertidumbre sobre su correspondencia con las víctimas de este caso, ninguna de las cuales ha sido identificada.

Los días 9 de febrero de 2012 y 29 de mayo de 2013, la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima y la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú dictaron sus respectivas sentencias sobre el caso. Los hechos ocurridos en la comunidad campesina de Santa Bárbara el 4 de julio de 1991 fueron calificados como delito de lesa humanidad, y su acción penal, imprescriptible. Se condenó a Oscar Alberto Carrera Gonzales por el delito de homicidio calificado y se dispuso la captura de los procesados ausentes. Paralelamente, en agosto de 2011, el Cuarto Juzgado Penal Supraprovincial de

Lima abrió instrucción contra Simón Fidel Breña Palante, y el 22 de febrero de 2013 la Sala Penal Nacional de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró el corte de secuela del proceso en su contra.

El caso de los quince pobladores de la comunidad campesina de Santa Bárbara fue documentado el 28 de agosto de 2003 en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), en un capítulo que denominó como: “2.50. Las ejecuciones extrajudiciales en Santa Bárbara (1991)”.

2. Sentencia: se declara internacionalmente responsable al Estado del Perú por las desapariciones forzadas de Yesenia Osnayo Hilario, Miriam Osnayo Hilario, Edith Osnayo Hilario, Wilmer Hilario Carhuapoma, Alex Jorge Hilario, Raúl Hilario Guillén, Héctor Hilario Guillén, Francisco Hilario Torres, Mercedes Carhuapoma de la Cruz, Dionicia Quispe Mallqui, Antonia Hilario Quispe, Magdalena Hilario Quispe, Dionicia Guillén Riveros y Ramón Hilario Morán, todos ellos miembros de dos grupos familiares, y de Elihoref Huamaní Vergara. Se declara al Estado internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida, reconocimiento de la personalidad jurídica, garantías judiciales y protección judicial, todos en perjuicio de las quince víctimas de desaparición forzada mencionadas. Dichas violaciones ocurren también en relación con el derecho a la especial protección de niñas y niños en perjuicio de Yesenia, Miriam y Edith Osnayo Hilario, Wilmer Hilario Carhuapoma, Alex Jorge Hilario y Raúl y Héctor Hilario Guillén, quienes eran niñas y niños al momento en que inició su desaparición forzada.

Por otro lado, se declara la responsabilidad internacional del Perú por la violación de los derechos a la propiedad privada, vida privada y familiar, en perjuicio de las catorce víctimas de desaparición forzada mencionadas que pertenecían a dos grupos familiares, así como de sus familiares Zenón Cirilo Osnayo Tunque y Marcelo Hilario Quispe.

Asimismo, se declara la violación del derecho a la libertad personal de Elihoref Huamaní Vergara y sus familiares.

Finalmente, se declara la responsabilidad internacional estatal por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, derecho a conocer la verdad y el derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas de desaparición forzada, a saber: Zósimo Hilario Quispe, Marcelo Hilario Quispe, Gregorio Hilario Quispe, Zenón Cirilo Osnayo Tunque, Víctor Carhuapoma de la Cruz, Abilio Hilario Quispe, Marcelina Guillen Riveros y Marino Huamaní Vergara, así como de las personas fallecidas con posterioridad al año 2000, Ana de la Cruz Carhuapoma, Viviano Hilario Mancha, Dolores Morán Paucar, Justiniano Guillén Ccanto, Victoria Riveros Valencia y Alejandro Huamaní Robles.

Reconocimiento de la vulneración de derechos del Estado peruano y la calificación jurídica de los hechos

El Estado realizó un reconocimiento parcial de los hechos y de su responsabilidad internacional, y mantuvo la controversia respecto a otras

cuestiones de hecho y pretensiones de derecho. Sobre las primeras, mantuvo la controversia respecto de: *i*) los presuntos robos de bienes y quema de viviendas de las víctimas; *ii*) las denuncias interpuestas con posterioridad a los hechos y las respuestas de las autoridades estatales frente a las mismas; *iii*) la forma en que se llevaron a cabo las investigaciones realizadas sobre lo sucedido, la recuperación e identificación de los restos y los procedimientos forenses; *iv*) la supuesta existencia de una serie de mecanismos de encubrimiento que tuvieron un claro carácter deliberado y que incluyen, por lo menos, la negación de las detenciones, el uso de dinamita en múltiples oportunidades y durante los primeros diez días de ocurridos los hechos en la mina abandonada llamada “Misteriosa” o “Vallarón” como un mecanismo para destruir las evidencias de lo ocurrido, hostigamientos y detenciones de comuneros que denunciaron los hechos, y amenazas a operadores judiciales, y *v*) la presunta falta de debida diligencia e irregularidades en la captura de los procesados ausentes. En cuanto a las pretensiones de derecho, se mantuvo la controversia acerca de la calificación jurídica de los hechos del caso, como ejecución extrajudicial o desaparición forzada, y el alcance de las violaciones de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, así como a la especial protección de los niños y las niñas reconocidas por el Estado; también, respecto a las alegadas violaciones de los arts. 2, 3, 5, 11, 13, 17, 21, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), y las alegadas violaciones a los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y los arts. I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Excepciones preliminares y cuestiones previas

El Estado interpuso dos excepciones preliminares: 1) falta de agotamiento de los recursos internos, que se desestima por considerarla incompatible con el reconocimiento parcial de responsabilidad, ya que, de declararse procedente, sustraería todos los hechos y violaciones admitidos por el Perú de la jurisdicción del Tribunal; además, el Perú no especificó qué recursos estaban pendientes de agotamiento, como tampoco demostró que estos estaban disponibles y serían, a su juicio, adecuados, idóneos y efectivos; por lo tanto, no se cumplió con los requisitos materiales para la presentación de esta excepción; 2) excepción de incompetencia *ratione materiae* respecto a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que también se desestima, al considerar que el alegato de que lo ocurrido en el presente caso pudiere constituir una desaparición forzada sería suficiente para que esta Corte ejerza su competencia para conocer de una posible violación de dicha Convención. Ello, en tanto que la calificación de los hechos como desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales y la efectividad de la investigación desarrollada al respecto eran cuestiones que formaban parte de la controversia del caso, por lo que la eventual aplicabilidad de dicho instrumento debía realizarse al analizar el fondo del asunto.

Además se resuelven cuatro cuestiones previas: *i*) se incluye a una persona que no figuró en el Informe de Admisibilidad y Fondo como presunta víctima en

el caso, al estimar razonable que hubiese sido complejo identificarla inicialmente como tal; *ii*) se considera como presunta víctima a una persona que expresó su voluntad de continuar como tal en el caso, pero no participar en el litigio por temor; *iii*) se determina que los hechos alegados por los representantes en cuanto al presunto robo y destrucción de bienes y quema de viviendas eran parte del marco fáctico del caso, y *iv*) se considera que la alegada omisión del Estado de entregar los resultados de las pruebas de ADN y las acciones forenses realizadas a partir del año 2009 forman parte del marco fáctico del caso.

Fondo

Derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y reconocimiento de la personalidad jurídica, y el derecho a la especial protección de las niñas y los niños

El Estado solicitó la aplicación de los principios de subsidiariedad y complementariedad, debido a la existencia de una decisión judicial interna definitiva con carácter de cosa juzgada. Al respecto, se recuerda que en los casos “Tarazona” y “J”, la aplicación de aquellos no se trató como pronunciamiento preliminar sobre la competencia de esta Corte para conocer dichos casos, sino que se trató de una conclusión a la que llegó este Tribunal una vez que realizó un análisis sobre el fondo. En el presente caso, no se encuentran elementos para apartarse de los precedentes indicados. Por ende, se realiza el análisis de fondo para posteriormente evaluar si procede su aplicación.

Según la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la jurisprudencia de esta Corte, “una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos”. Al respecto, la desaparición forzada ha incluido con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y procurar la impunidad de quienes lo cometieron.

En el presente caso, ciertos factores llevan a concluir la existencia de la desaparición forzada de las quince víctimas, que continúa hasta el día de hoy: *a*) la negativa de las autoridades del Ejército de reconocer las detenciones durante los primeros días de ocurridos los hechos; *b*) el *modus operandi* utilizado en la destrucción de evidencias durante los primeros días de ocurridos los hechos; *c*) la incertidumbre sobre la evidencia recolectada el 18 de julio de 1991; *d*) la inscripción de las partidas de defunción en los años 1991 y 1992, y *e*) las diligencias de búsqueda, recuperación y eventual identificación de los restos óseos humanos recuperados. Si bien las sentencias dictadas a nivel interno los días 9 de febrero de 2012 y 29 de mayo de 2013 constituyen un referente importante y positivo en el actuar estatal de su Poder Judicial, debido a que en este caso la investigación forense en la búsqueda, recuperación, análisis y eventual identificación de restos

se caracterizó por una clara falta de seriedad y debida diligencia, especialmente grave, no procede acoger el alegato estatal sobre la procedencia del principio de subsidiariedad y complementariedad.

El Estado violó los derechos reconocidos en los arts. 7, 5.1, 5.2, 4.1, y 3 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de las quince personas, y en relación con el art. 19 del mismo en perjuicio de las siete niñas y niños, todos ellos desaparecidos forzosamente. Dichas violaciones ocurrieron también en relación con el art. I.a y II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a partir del 15 de marzo de 2002, fecha de su entrada en vigor para el Perú.

Derecho de propiedad y a la vida privada y familiar

Se concluye que militares quemaron las viviendas de las dos familias mencionadas y se llevaron ganado de allí, en violación del art. 21 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de las personas que vivían en la Comunidad de Santa Bárbara en la época de los hechos, lo cual también constituyó una injerencia abusiva y arbitraria en su vida privada y domicilio, en violación del art. 11.2 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento.

El derecho a las garantías y la protección judicial y a la libertad personal, y el art. I.b de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, así como los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

En primer lugar, existió falta de debida diligencia en las primeras diligencias de la investigación del caso, debido a que: *i)* la diligencia de levantamiento del 18 de julio de 1991 no fue llevada a cabo sino hasta dos semanas después de los hechos, diez días después de haberse denunciado y seis días después de informado el hallazgo de los cuerpos; *ii)* se desconoce lo ocurrido con la evidencia recolectada en dicha ocasión; *iii)* no consta que, una vez que las autoridades correspondientes recibieron noticia de los hechos ocurridos, hayan adoptado, de forma inmediata, las medidas de búsqueda necesarias a fin de encontrar a las personas desaparecidas; *iv)* el Estado no ha demostrado que las autoridades hayan realizado diligencias mínimas, tales como la inspección del lugar donde residían dichos comuneros y fueron quemadas sus viviendas, y *v)* la pérdida de los restos recolectados el 18 de julio de 1991 en la mina “Misteriosa” o “Vallarón” no se ajusta a los estándares mínimos relativos al manejo de la escena del crimen y el tratamiento de los cadáveres de las víctimas.

En segundo lugar, el recurso de hábeas corpus interpuesto por Alejandro Huamaní Robles a favor de su hijo, Elihoref Huamaní Vergara, ante el Juzgado de Instrucción de Huancavelica no fue efectivo, debido a que la resolución que lo denegó fue emitida cuatro días después de interpuesto el recurso, y no obran en ella las “constancias” que habrían sido efectuadas por parte del Juzgado, más allá

de las declaraciones recibidas por parte de miembros del Ejército y de la policía, a fin de verificar la existencia de la detención denunciada. Asimismo, la mencionada resolución fue apelada; sin embargo, no fue probado que se hubiera resuelto dicha apelación. Por consiguiente, el Estado violó el art. 7.6 de la Convención Americana en perjuicio de Elihoref Huamaní y sus familiares.

En tercer lugar, existieron diversas obstaculizaciones de la investigación por parte de agentes del Estado, a saber: *i)* el Ejército negó la detención de nueve de las víctimas ante la solicitud de información por parte de la Fiscal Provincial Especial de Prevención del Delito de Huancavelica y negó que sus bases militares realizaran operativos; *ii)* en reiteradas oportunidades, agentes del Estado intervinieron y dinamitaron el sitio de la mina “Misteriosa” o “Vallarón”; *iii)* el 14 de julio de 1991, miembros del Ejército detuvieron en una casa abandonada, durante más de seis horas, a alrededor de dieciocho comuneros que se dirigían al levantamiento de los cuerpos; *iv)* el fuero militar trató de encubrir las edades reales de las víctimas menores de edad; *v)* el fuero militar no era el competente para investigar violaciones de derechos humanos, y *vi)* la aplicación de la Ley de Amnistía N° 26.479 derivó en el archivo de la investigación en la jurisdicción ordinaria por diez años.

En cuarto lugar, existió falta de debida diligencia en los procesos reabiertos luego de las sentencias de este Tribunal en el caso “Barrios Altos” por los siguientes motivos: *i)* las deficiencias en los trabajos de excavación, exhumación y análisis de restos óseos realizados entre los años 2009 a 2011; *ii)* el hecho de que –según informó el Perú– desde diciembre de 2006 solo habían efectuado ocho acciones concretas con el propósito de capturar a los reos ausentes, ninguna con posterioridad al mes de julio de 2013; *iii)* el hecho de que en su sentencia del 9 de febrero de 2012, la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima dispuso la remisión de copias certificadas de la causa al Ministerio Público para que se investigue a varias personas, y, no obstante, esta Corte no cuenta con información respecto de posibles investigaciones abiertas con posterioridad a ello; *iv)* que han transcurrido veinticuatro años desde que ocurrieron los hechos, sin que todavía se haya esclarecido completamente lo ocurrido ni determinado fehacientemente el paradero de las personas desaparecidas, lo cual constituye una demora prolongada.

En quinto lugar, el Perú violó el derecho a conocer la verdad de los familiares de las víctimas desaparecidas, debido a que: *i)* aún no ha esclarecido todo lo ocurrido ni ha establecido el paradero de las víctimas a través de una identificación efectiva de sus restos; *ii)* agentes del Estado intentaron borrar las huellas del crimen, y *iii)* la incertidumbre sobre lo sucedido a sus seres queridos es una de las principales fuentes de sufrimiento psíquico y moral de los familiares de las víctimas desaparecidas. Dicha violación se enmarca en el derecho de acceso a la justicia.

Por todo lo anterior, esta Corte considera que el Estado violó, en perjuicio de las víctimas desaparecidas forzosamente y sus familiares, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, así como en relación con los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir

y Sancionar la Tortura, y con el art. I.b de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas a partir del 15 de marzo de 2002, fecha de su entrada en vigor para el Perú.

Derecho a la integridad personal de los familiares de las personas desaparecidas

Existe una presunción *juris tantum* sobre el daño a la integridad psíquica y moral de los familiares en casos de desapariciones forzadas. Por ende, el Estado violó el derecho a la integridad personal establecido en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares de las quince víctimas de la desaparición forzada.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, se ordena al Estado: *a*) llevar a cabo las investigaciones necesarias para determinar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones declaradas en esta sentencia; *b*) iniciar las acciones que resulten necesarias tanto para la exhumación como la identificación de los restos humanos localizados en la mina “Misteriosa” o “Vallarón”, sitio que deberá proteger para su preservación; *c*) entregar a Zenón Cirilo Osnayo Tunque y Marcelo Hilario Quispe la cantidad de diez alpacas a cada uno, o su valor equivalente en el mercado. Además, el Estado debe, a través de sus programas habitacionales existentes, proveer a cada uno de una vivienda adecuada; *d*) brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten; *e*) publicar esta sentencia y su resumen oficial, y *f*) pagar las cantidades determinadas en la sentencia. Asimismo, el Estado deberá reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de esta Corte la cantidad erogada durante la tramitación del caso.

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

Nota de la Oficina: el caso *Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú*, mencionado en el fondo de este asunto, puede consultarse en *Investigaciones 1* [2015], pp. 226-228.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara c. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 1-9-2015, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_299_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PLAZO RAZONABLE. DEBIDO PROCESO. DETENCIONES ARBITRARIAS. EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: el 6 de noviembre de 1985, el grupo guerrillero M-19 tomó el Palacio de Justicia de Bogotá—sede de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado colombiano, que en aquel entonces solo contaba con la protección mínima de no más de seis personas de vigilancia privada— en una operación en la que participaron 35 personas que ingresaron disparando indiscriminadamente y matando a dos celadores privados. Posteriormente, tomó como rehenes a las personas que se encontraban allí. A las pocas horas, comenzó el operativo militar de la retoma del edificio con la entrada de tanques militares al sótano, donde se produjo un fuerte enfrentamiento entre el grupo guerrillero y los militares.

En ese operativo, las Fuerzas Armadas utilizaron armas automáticas, granadas, roquets, bombas y explosivos. Entre el 6 y 7 de noviembre se produjeron tres incendios dentro del Palacio de Justicia, dos de menor intensidad, y uno que destruyó casi totalmente el edificio y cobró la vida de quienes pudieron haber sobrevivido a los disparos y explosiones en el cuarto piso. En el transcurso de la toma y la retoma del Palacio de Justicia, rehenes y guerrilleros se resguardaron en los baños ubicados en los entrepisos.

Los primeros sobrevivientes salieron del Palacio de Justicia el 6 de noviembre. De acuerdo con la Comisión de la Verdad, otros rehenes salieron por la entrada principal y otros, por el sótano.

Por otra parte, el edificio del Museo 20 de Julio, la Casa del Florero, fue utilizado por la fuerza pública para coordinar la operación, así como también la identificación de las personas que salían del Palacio de Justicia. Autoridades militares de inteligencia registraron, interrogaron e identificaron a los sobrevivientes en dichas instalaciones.

Posteriormente, los sobrevivientes fueron trasladados a centros hospitalarios. Algunos fueron llevados al segundo piso de la Casa del Florero. Varios de ellos fueron trasladados a instalaciones militares y otros, sometidos a torturas y posteriormente desaparecidos. No existe claridad sobre la cantidad de personas que murieron en los hechos. Al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses llegaron 94 cadáveres provenientes del Palacio de Justicia.

Con anterioridad al hecho, ya era conocido por parte de las fuerzas militares y los organismos de seguridad del Estado la posible toma del Palacio, la fecha aproximada en que tendría lugar, así como también su objetivo principal. Desde 1985, magistrados de la Corte Suprema de Justicia han estado recibiendo amenazas relacionadas con la declaratoria de inexecutable del Tratado de

Extradición entre Colombia y los Estados Unidos, y los consejeros de Estado, a su vez, han sido amenazados en relación con las decisiones vinculadas a las violaciones a los derechos humanos.

El informe de la Comisión de la Verdad señaló que los inconvenientes surgidos con las identificaciones de los cadáveres dejaron serias dudas, y las irregularidades –particularmente con los restos calcinados– pudieron dar razones para pensar en la existencia de un mayor número de occisos. Por otra parte, las listas elaboradas por el personal estatal registraron entre 159 y 325 sobrevivientes. Las víctimas fueron 11 personas que se encontraban en el Palacio de Justicia al momento de la toma por el M-19 y una guerrillera (Irma Franco Pineda), quienes supuestamente habían sobrevivido a la toma y la retoma, sin que se conociera hasta la fecha su paradero, con excepción de Ana Rosa Castiblanco Torres (una empleada de la cafetería), cuyos restos fueron identificados en 2001 entre los exhumados en la fosa común del Cementerio del Sur de Bogotá.

Otra de las víctimas fue el magistrado auxiliar del Consejo de Estado Carlos Horacio Urán Rojas, quien supuestamente salió vivo del Palacio de Justicia y luego fue ejecutado por miembros de la fuerza pública. Fueron también víctimas del caso tres visitantes del Palacio de Justicia que se encontraban en el edificio al momento de la toma por parte del M-19, luego de lo cual fueron detenidos como sospechosos de participar o colaborar con el M-19 por las autoridades estatales y sometidos a distintas formas de tortura y malos tratos. Otra víctima fue una persona detenida en un retén militar en las afueras de Bogotá y acusada de colaborar con el M-19 para introducir las armas al edificio y sometida a distintas formas de tortura. Bajo la dirección de funcionarios militares, las autoridades alteraron gravemente la escena del crimen y cometieron múltiples irregularidades en el levantamiento de los cadáveres.

Por otra parte, hubo falta de espacio y de personal para afrontar una situación de emergencia de esa magnitud por parte de la entidad que llevó a cabo las necropsias e identificaciones, por lo que, además, se cometieron múltiples errores en la identificación y entrega de los cuerpos. En respuesta a las denuncias realizadas, tras los hechos de la toma y retoma del Palacio de Justicia se llevaron a cabo diversas investigaciones. Se iniciaron procesos en la jurisdicción penal militar, cuatro procesos en la jurisdicción penal ordinaria, procesos disciplinarios ante las Procuradurías Delegadas de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como procesos contencioso-administrativos. Como resultado, la justicia penal ordinaria condenó a dos militares retirados como presuntos autores mediatos. Uno de ellos fue condenado por la desaparición forzada de dos presuntas víctimas, y el otro por la desaparición de otras cinco víctimas. No obstante, ninguna de estas decisiones quedó firme. Asimismo, fueron absueltos por dichas desapariciones tres militares en una decisión de primera instancia que se encuentra pendiente de apelación, y se encuentra en curso un proceso penal contra varios autores materiales.

El 18 de agosto de 2005, se creó la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia con la finalidad de que emitiera un informe que se constituyera en un punto de obligada referencia para quien pretenda saber lo

que realmente aconteció durante la toma y retoma del Palacio. La Comisión de la Verdad emitió su informe final en 2010.

2. Sentencia: el Estado de Colombia es internacionalmente responsable por las violaciones de derechos humanos cometidas en la toma y la retoma del Palacio de Justicia de Bogotá, los días 6 y 7 de noviembre de 1985. Es responsable por las desapariciones forzadas de Rodríguez Vera, Franco Pineda, Guarín Cortés, Suspes Celis, Beltrán Hernández, Beltrán Fuentes, Lizarazo Figueroa, Portela León, Oviedo Bonilla y Anzola de Lanao, así como por la ejecución extrajudicial de Urán Rojas. Es internacionalmente responsable por haber violado su deber de garantizar el derecho a la vida por la falta de determinación del paradero de Castiblanco Torres y Esguerra Forero. Además, es responsable por la detención y tortura de Santodomingo Albericci, Matson Ospino y Rubiano, y por los tratos crueles y degradantes cometidos en perjuicio de Quijano. Es también responsable por la falta de esclarecimiento judicial de los hechos y por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de los familiares de las víctimas, así como por el incumplimiento de su deber de prevención frente al riesgo en que se encontraban las personas en el Palacio de Justicia.

El Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional. En este sentido, esta Corte destaca la buena voluntad del Estado tanto en su manifestación de disculpas públicas como en su reconocimiento parcial.

Excepciones preliminares

El Estado presentó dos excepciones preliminares: por la alegada incompetencia material por aplicación del Derecho Internacional Humanitario y por incompetencia de la Corte para conocer de violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en relación con Castiblanco Torres.

Se desestima la primera excepción porque, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) solo atribuye a esta Corte competencia para determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con las disposiciones de otros tratados o normas consuetudinarias, lo cierto es que puede interpretar a la luz de otros tratados los derechos contenidos en la misma Convención, en particular el Derecho Internacional Humanitario.

En relación con la segunda excepción preliminar, este Tribunal establece que el alegato sobre lo ocurrido con Castiblanco Torres en cuanto pudiese constituir una desaparición forzada resulta suficiente para que ejerza su competencia para conocer de una violación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Lo ocurrido a Castiblanco constituye una desaparición forzada que pasa a ser un asunto de fondo, sobre el cual no corresponde pronunciarse de forma preliminar y, en consecuencia, se desestima la excepción preliminar.

*Fondo**Desapariciones forzadas*

El Estado reconoció que Rodríguez y Franco Pineda fueron desaparecidos forzosamente luego de sobrevivir a los hechos. Se ha demostrado que existió un *modus operandi* tendiente a la desaparición forzada de personas consideradas sospechosas de participar en la toma del Palacio de Justicia o de colaborar con el M-19. Los sospechosos fueron separados de los demás rehenes, conducidos a instituciones militares, torturados y desaparecidos. Respecto a las demás víctimas desaparecidas, fueron consideradas sospechosas de colaborar en la toma del edificio por autoridades estatales, y Rodríguez Vera y Franco Pineda, entre otros, fueron víctimas de este *modus operandi*.

Asimismo, cabe destacar que las autoridades alteraron la escena del crimen y cometieron múltiples irregularidades en el levantamiento de los cadáveres.

En estos autos se ha acreditado que: (i) varios de los familiares de las víctimas desaparecidas escucharon o recibieron información durante o después de los hechos indicando que sus familiares habían sobrevivido y se encontraban detenidos en guarniciones militares; (ii) miembros de la fuerza pública negaron la presencia de detenidos en instalaciones militares; (iii) la mayoría de las víctimas fueron reconocidas por familiares o conocidos en videos o fotografías de la salida de rehenes del Palacio de Justicia; (iv) los familiares de seis de las víctimas desaparecidas declararon haber recibido amenazas para que detuvieran la búsqueda de sus seres queridos, y (v) hasta el día de hoy, el Estado no ha esclarecido los hechos ni ofrecido una explicación sobre la desaparición forzada de las víctimas.

Según la teoría del Estado, desde 1986, no ha surgido evidencia de que las víctimas hubiesen fallecido, excepto en los casos de Esguerra Forero y Castiblanco Torres. Cabe destacar que varios de estos indicios, como la modificación de la escena del crimen, la inicial negativa de las autoridades a reconocer las detenciones y su posterior reconocimiento parcial, la falta de registro de personas detenidas, así como las posibles amenazas recibidas por los familiares, evidencian un ocultamiento de lo sucedido que impidió el esclarecimiento de la verdad, lo cual es acorde con la negativa de información que constituye un elemento característico y esencial de una desaparición forzada.

En virtud de lo expuesto, todos los indicios que surgieron desde la época de los hechos son consistentes y conducen a la conclusión de que Guarín Cortés, Suspes Celis, Beltrán Hernández, Beltrán Fuentes, Lizarazo Figueroa, Portela León, Oviedo Bonilla y Anzola de Lanao fueron desaparecidos forzosamente. Por tanto, se declara que el Estado es responsable por la desaparición forzada de Rodríguez Vera, Franco Pineda, Guarín Cortés, Suspes Celis, Beltrán Hernández, Beltrán Fuentes, Lizarazo Figueroa, Portela León, Oviedo Bonilla y Anzola de Lanao y, por ende, por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, contemplados en los arts. 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con

el art.1.1 de la misma y con el art. I.a de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en perjuicio de dichas personas.

Respecto de los casos específicos de Esguerra Forero y Castiblanco Torres, existen indicios que separan a esta Corte de una conclusión semejante y apuntan a su fallecimiento dentro del Palacio de Justicia durante la toma y retoma del edificio. Colombia no fue responsable de la desaparición forzada de Castiblanco Torres y Esguerra Forero, sino de la violación del deber de garantizar el derecho a la vida, contemplado en el art. 4 de la Convención Americana, en relación con el art.1.1, en perjuicio de Castiblanco Torres y Esguerra Forero, por la falta de determinación del paradero de Castiblanco Torres y de Esguerra Forero hasta la actualidad.

Desaparición forzada seguida de ejecución extrajudicial

Con respecto al magistrado auxiliar Urán Rojas, esta Corte considera que al tomar en cuenta todos los indicios existentes sobre dicha víctima, se concluye que Urán Rojas fue herido en la pierna izquierda, pero salió con vida del Palacio custodiado por agentes estatales, aunque no se registró su salida con vida en las listas de sobrevivientes elaboradas por el Estado.

Posteriormente, fue ejecutado. Su cuerpo se halló despojado de ropa, lavado y llevado al Instituto de Medicina Legal. Por lo tanto, el Estado es responsable por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial del mismo y, por tanto, por la violación de los derechos contemplados en los arts. 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con el art.1.1 de la misma. La prueba indicó que fue ejecutado mientras se encontraba en custodia de agentes estatales, lo que constituye una ejecución extrajudicial, por lo que se concluye que este fue desaparecido forzosamente, en tanto fue privado de su libertad por agentes estatales, quienes negaron información al respecto a sus familiares y conocidos. Cabe destacar que, si bien sus restos fueron entregados a sus familiares el 8 de noviembre de 1985, no cesa la desaparición ni la calificación como desaparición forzada en tanto dicha violación no depende del tiempo que la persona permanece desaparecida.

Desapariciones ilegales y arbitrarias, torturas y otras formas de tratos crueles y degradantes

El Estado reconoce que Santodomingo Albericci y Matson Ospino fueron detenidos ilegal y arbitrariamente luego de sobrevivir a la toma y la retoma del Palacio de Justicia, así como que agentes estatales los torturaron por considerarlos sospechosos de colaborar con el M-19. Se considera demostrado que luego de sobrevivir a la toma y la retoma del Palacio de Justicia, Quijano fue conducido a la Casa del Florero, donde fue obligado a permanecer de pie, con las manos en la nuca, sometido a múltiples interrogatorios, insultado y trasladado al Cantón Norte, donde permaneció detenido, luego trasladado a una estación de policía y posteriormente liberado.

Galvis fue detenido en Zipaquirá por autoridades militares, y acusado de transportar armas, de pertenecer o haber colaborado con el M-19 para introducir las armas, por lo cual fue conducido a una instalación militar y sometido a golpes y descargas eléctricas en el estómago y testículos, mientras lo interrogaban y buscaban que confesara ser guerrillero o su colaboración con el M-19; luego de ello, fue conducido a la Escuela de Caballería, donde fue sometido a maltratos físicos, encerrado en unas caballerizas y posteriormente trasladado a la Cárcel de Bogotá.

En virtud de estos hechos, las detenciones de Santodomingo Albericci, Matson Ospino y Quijano fueron ilegales y arbitrarias, y, por tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la libertad personal, contemplado en el art. 7, incs. 1, 2 y 3 de la Convención Americana y el art. 1.1, en su perjuicio.

A su vez, se constató que los maltratos infligidos a Santodomingo Albericci, Matson Ospino y Rubiano Galvis constituyeron un maltrato intencional que implicó un sufrimiento severo, cuyo propósito era que confesaran supuestos nexos o colaboración con el M-19, por lo cual se concluyó que Santodomingo Albericci, Matson Ospino y Rubiano Galvis sufrieron torturas, en violación del art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana (art. 1.1).

Además, este Tribunal considera que Rubiano Galvis sufrió violencia sexual por los choques eléctricos infligidos en su área genital, lo que constituyó una violación de los arts. 11.1 y 11.2 de la Convención y art. 1.1, del mismo tratado.

Por otra parte, se constató que los malos tratos sufridos por Quijano causaron un sufrimiento de menor intensidad, por lo cual se concluye que constituyeron un trato cruel y degradante, en violación del art. 5.1 y 5.2 de la Convención y art. 1.1 del mismo instrumento.

Obligación de investigar

El Estado reconoce su responsabilidad por el incumplimiento de la garantía del plazo razonable para garantizar la investigación de los hechos del presente caso, así como de las irregularidades alegadas en cuanto a la debida diligencia.

El Estado vulneró la garantía del juez natural, independiente e imparcial, en virtud de las investigaciones iniciadas en la jurisdicción penal militar, respecto de las investigaciones por la desaparición forzada de Franco Pineda y las torturas sufridas por Santodomingo Albericci y Matson Ospino.

Asimismo, Colombia incumplió su obligación de iniciar una investigación de oficio, inmediata y efectiva, omitió realizar las actividades de búsqueda necesarias para localizar el paradero de los desaparecidos y esclarecer lo sucedido, como tampoco actuó con la debida diligencia en las investigaciones desarrolladas en la jurisdicción ordinaria. Por último, se comprueba que no ha respetado la garantía del plazo razonable. Por tanto, se concluye que el Estado es responsable por la violación de las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art.1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas desaparecidas, incluyendo

a los familiares de Urán Rojas, Castiblanco Torres y Esguerra Forero, así como en relación con el art. I.b de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, respecto de los familiares de las víctimas desaparecidas forzosamente, incluyendo a los familiares de Urán Rojas, en relación con los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio de Santodomingo Albericci, Matson Ospino, Quijano y Rubiano Galvis.

Obligación de prevención

El Estado es responsable por el incumplimiento de su obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, contemplados en los arts. 4.1 y 5.1 de la Convención y art. 1.1 del mismo instrumento, por no haber tomado las medidas efectivas y necesarias para prevenir su vulneración, teniendo conocimiento del riesgo real e inmediato en el que se encontraba el Palacio de Justicia en ese momento, en perjuicio de Rodríguez Vera, Guarín Cortés, Suspes Celis, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Beltrán Hernández, Lizarazo Figueroa, Portela León, Esguerra Forero, Oviedo Bonilla, Anzola de Lanao, Castiblanco Torres, Urán Rojas, Santodomingo Albericci, Matson Ospino y Quijano.

Integridad personal de los familiares

El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, contemplado en los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana y art. 1.1, en perjuicio de los familiares de las víctimas de los hechos del caso.

Reparaciones

Esta Corte establece que la 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 y televisivas de la misma; *ii*) llevar a cabo las investigaciones para establecer la verdad de los hechos, así como determinar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos del presente caso; *iii*) efectuar una búsqueda rigurosa, en la cual realice todos los esfuerzos para determinar el paradero de las once víctimas aún desaparecidas; *iv*) brindar tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten y pagar la suma establecida por concepto de gastos por dicho tratamiento para aquellas víctimas que residan fuera de Colombia; *v*) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; *vi*) realizar un documental audiovisual sobre los hechos del presente caso, sus víctimas y la búsqueda de justicia de sus familiares, y *vii*) pagar las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos.

Esta Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la

Convención Americana, 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 *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia del 14-11-14, en <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. OBLIGACIONES POSITIVAS. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. MENORES. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. PLAZO RAZONABLE (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – EL SALVADOR).

1. Antecedentes del caso: los niños José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Manuel Antonio Bonilla, Ricardo Abarca Ayala y Emelinda Lorena Hernández desaparecieron forzosamente, entre 1980 y 1982, en circunstancias similares, en el marco de un conflicto armado en El Salvador, tras la ejecución de operativos militares de la llamada “contra insurgencia”, siendo vistos por última vez junto con los miembros de las Fuerzas Armadas, quienes se los habrían apropiado y supuestamente dispuesto de su destino. El Estado no realizó una investigación seria y diligente, en un plazo razonable, sobre la alegada desaparición forzada de las presuntas víctimas como mecanismo para garantizar sus derechos, así como para asegurar los derechos a la verdad, justicia y reparación de sus familiares, a consecuencia de lo cual no habría sido establecido el destino o paradero de ninguna de las presuntas víctimas, y los hechos se encontrarían en la impunidad.

Los familiares habían realizado gestiones para encontrar a los niños desaparecidos y presentaron sus casos ante la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos. El 31 de mayo de 1996, esta asociación presentó ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos una denuncia, en la cual se expusieron un total de 141 casos de niñas y niños víctimas de desaparición forzada, todos ellos en el contexto del conflicto armado salvadoreño, entre los que incluyó los casos de Rochac Hernández, Hernández, Bonilla y Abarca Ayala. El 2 de septiembre de 2004, la Procuraduría emitió una resolución por la que constató el incumplimiento de las resoluciones previas de 1998 y 2003, y reiteró las recomendaciones realizadas, “especialmente en lo concerniente a aquellas recomendaciones que promueven el pleno acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación de los familiares de niños y niñas víctimas de desaparición forzada

durante el conflicto armado”; asimismo, afirmó que había recibido información fundamentada sobre 136 casos de desapariciones forzadas de niños y niñas durante el conflicto armado interno salvadoreño, a los que deben sumarse los siete casos investigados por la Procuraduría y presentados en su resolución de 1998. La Procuraduría notificó su resolución, entre otros, al Fiscal General de la República; sin embargo, no consta que se hayan iniciado investigaciones penales en cumplimiento de lo dispuesto mediante la referida resolución.

El 12 de abril de 2002, el señor Hernández Herrera –padre de Rochac Hernández– presentó formalmente una denuncia por la desaparición de su hijo; la investigación iniciada permaneció inactiva por más de seis años y actualmente se encuentra en curso, sin que se haya identificado ni vinculado a proceso a ninguno de los posibles responsables, quedando pendientes de realizar algunas diligencias, tales como solicitar nuevamente información al Estado Mayor Conjunto, tomar declaraciones testimoniales y verificar los expedientes relativos a la adopción de niños.

En agosto de 2002, la señora María Adela Iraheta –madre de Salinas– se acercó a la Fiscalía General de la República, sede de San Vicente, a fin de interponer una denuncia por la desaparición forzada de su hijo, la cual no fue recibida.

Durante el año 2002, se iniciaron cinco procesos de hábeas corpus ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, uno por cada una de las víctimas de desaparición forzada antes mencionadas. Mediante decisiones de marzo y mayo de 2003, dicha Sala sobreseyó los referidos procesos de hábeas corpus bajo idénticos argumentos.

En 2009, se abrieron investigaciones penales por las desapariciones forzadas: de Salinas, ante la Oficina Fiscal de San Vicente; de Bonilla y Abarca Ayala, ante la Oficina Fiscal de San Vicente; y de Hernández, ante la Oficina Fiscal de San Francisco Gotera, las cuales se encontrarían en etapa de investigación inicial.

Entonces, se realizó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que declaró el caso admisible y lo sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Sentencia: se acepta el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado de El Salvador, y se lo declara internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica en perjuicio de los menores; por la violación del derecho a la vida familiar y de la protección a la familia en perjuicio de los menores y de sus familiares; por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de los familiares de los menores; por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de los menores y de sus familiares; y por la violación del derecho a la libertad personal en perjuicio de los menores y de sus familiares.

Las desapariciones de los niños Rochac Hernández, Salinas, Hernández, Bonilla y Abarca Ayala no constituyeron hechos aislados, sino que se insertan en

el patrón sistemático estatal de desapariciones forzadas de niñas y niños que se verificó durante el conflicto armado en El Salvador. Han transcurrido más de 30 años desde las desapariciones forzadas de los nombrados, sin que ninguno de los autores materiales o intelectuales haya sido identificado y procesado, y sin que se conozca aún toda la verdad sobre los hechos ni sus paraderos, de modo tal que prevalece una situación de impunidad total. Por ende, el Estado aún no ha satisfecho el derecho de los familiares a conocer la verdad, el cual se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de su investigación y juzgamiento.

El Estado de El Salvador realizó un reconocimiento de responsabilidad internacional, que incluyó la aceptación total de los hechos, y expresó un sincero pedido de perdón a los familiares de los niños, porque en el pasado el Estado había alegado la inexistencia de estos hechos, que formaron parte de un patrón de violencia que tuvo lugar en El Salvador durante el conflicto armado entre 1980 y 1991, especialmente en aquellas zonas que fueron afectadas por enfrentamientos armados y operativos militares.

Las desapariciones forzadas de los niños que fueron víctimas de este caso constituyeron una violación múltiple y continuada de sus derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y reconocimiento de la personalidad jurídica, en relación con los deberes de respeto y garantía del Estado. Por consiguiente, se declara al Estado de El Salvador responsable por las desapariciones forzadas de Rochac Hernández, Salinas, Hernández, Bonilla y Abarca Ayala, y la consecuente violación a los derechos reconocidos en los arts. 7, 5, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma.

Por otra parte, corresponde al Estado la protección de la población civil en un conflicto armado y especialmente de las niñas y los niños, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos. Por el contrario, se advierte que los agentes estatales actuaron al margen del ordenamiento jurídico, utilizando las estructuras e instalaciones del Estado para perpetrar la desaparición forzada de niñas y niños, a través del carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población considerados subversivos o guerrilleros, o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno. En consecuencia, esta Corte considera que el Estado realizó injerencias en la vida familiar de los entonces niños Hernández, Rochac Hernández, Salinas, Bonilla y Abarca Ayala, al sustraerlos y retenerlos ilegalmente vulnerando su derecho a permanecer con su núcleo familiar y establecer relaciones con otras personas que formen parte del mismo, en violación de los arts. 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la misma.

El Estado debió haber utilizado todos los medios razonables a su alcance para determinar el paradero de los niños mencionados con el fin de reunirlos con sus núcleos familiares tan pronto lo permitieran las circunstancias. Sobre el particular, esta Corte advierte: (i) el tiempo transcurrido desde aquellas desapariciones sin que hasta el momento se haya determinado su paradero o destino, y procedido a

su identificación; *(ii)* el inicio excesivamente tardío de las investigaciones penales y el escaso progreso de las mismas, que no ha permitido obtener datos relevantes con el objeto de determinar la suerte o destino de las víctimas y la localización de su paradero; *(iii)* que la Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno, encargada de adoptar las medidas necesarias para investigar y recabar pruebas sobre el posible paradero de quienes desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado, y facilitar con ello la determinación de lo sucedido y el reencuentro con sus familiares, solo comenzó a funcionar en el año 2011; y *(iv)* que a pesar de la petición de la Corte, el Estado no proporcionó información sobre la fecha de inicio de las investigaciones ante la Comisión Nacional de Búsqueda respecto a las víctimas del presente caso ni de las medidas concretas adoptadas en relación con su búsqueda.

A la luz de lo expuesto, esta Corte considera que el Estado violó el art. 17 de la Convención Americana, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la misma, al no adoptar todas las medidas razonables para lograr la reunificación familiar en perjuicio de los niños mencionados.

A su vez, estas separaciones producidas por agentes del Estado, sin que hasta la fecha se haya logrado la reunificación familiar, generaron y continúan generando afectaciones específicas en cada uno de los integrantes de las familias, así como en las dinámicas propias de cada una de las familias. Por ello, se concluye que el Estado violó los arts. 11.2 4 y 17 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares identificados.

Por otra parte, se recuerda que el derecho a la identidad comprende varios elementos –la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares–, que la Convención Americana protege como derechos en sí mismos. No obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. En el presente caso, la afectación del derecho a la identidad se reflejó en los actos de injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada y de familia, así como en afectaciones al derecho a la protección de la familia y a disfrutar de las relaciones familiares. Por ende, en las circunstancias del presente caso y en atención al contexto de los términos de la Convención Americana, interpretados a la luz del art. 31 de la Convención de Viena, esta Corte estima que las violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana que fueron analizadas previamente constituyeron una afectación al derecho a la identidad, el cual es inherente al ser humano en los términos del art. 29 *c)* de la Convención Americana, y se encuentra estipulado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Aunado al reconocimiento de responsabilidad estatal, esta Corte observa que los familiares de las víctimas vieron su integridad personal afectada por una o varias de las situaciones siguientes: *(i)* la desaparición de su ser querido, que les ha generado secuelas a nivel personal, físicas y emocionales; *(ii)* una alteración irreversible de su núcleo y vida familiares que se caracterizaban, entre otros, por valiosas relaciones fraternales; *(iii)* el hecho de que estuvieron implicados en diversas acciones tales como la búsqueda de justicia o de información sobre el paradero de las víctimas; *(iv)* la incertidumbre que rodea el paradero de las

víctimas, lo que obstaculiza la posibilidad de duelo y contribuye a prolongar la afectación psicológica de los familiares ante la desaparición, y (v) la falta de investigación y de colaboración del Estado en la determinación del paradero de las víctimas y de los responsables de las desapariciones, lo que agravó las diferentes afectaciones que sufrían dichos familiares. Tales circunstancias han provocado una afectación que se prolonga en el tiempo y que aún hoy se mantiene por la incertidumbre sobre el paradero de los niños desaparecidos. Las circunstancias de este caso demuestran que las cinco familias afectadas por las desapariciones de sus hijos e hija ven su sufrimiento agravado por la privación de la verdad tanto respecto de lo sucedido como del paradero de las víctimas, y por la falta de colaboración de las autoridades estatales a fin de establecer dicha verdad, lo que, por ende, agravó la violación al derecho a la integridad personal de los familiares. Por las antedichas consideraciones, y en vista del reconocimiento de responsabilidad estatal, esta Corte concluye que el Estado violó el derecho a la integridad personal reconocido en los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Alfonso Hernández Herrera, Sebastián Rochac Hernández, Tanislao Rochac Hernández, María Juliana Rochac Hernández, María del Tránsito Hernández Rochac, Ana Margarita Hernández Rochac, Nicolás Alfonso Torres Hernández, María Adela Iraheta, Julio Antonio Flores Iraheta, Felipe Flores Iraheta, María Estela Salinas de Figueroa, Amparo Salinas de Hernández, Josefa Salinas Iraheta, María Adela Hernández, José Juan de la Cruz Sánchez, Joel Alcides Hernández Sánchez, Valentina Hernández, Santiago Pérez, Juan Evangelista Hernández Pérez, José Cristino Hernández, Eligorio Hernández, Rosa Ofelia Hernández, María de los Ángeles Osorio, José de la Paz Bonilla, José Arístides Bonilla Osorio, María Inés Bonilla de Galán, María Josefa Rosales, María Esperanza Alvarado, Luis Alberto Alvarado, Petronila Abarca Alvarado, Daniel Ayala Abarca, José Humberto Abarca Ayala, Ester Abarca Ayala, Osmín Abarca Ayala y Paula Alvarado.

Esta Corte considera que, debido a que el Estado no inició sin dilación una investigación penal sobre lo sucedido a Rochac Hernández, Salinas, Hernández, Bonilla y Abarca Ayala, a pesar de que tuvo conocimiento de que se encontraban desaparecidos en diversos momentos, el Estado incumplió su deber de investigar *ex officio* dichas desapariciones forzadas. Se advierte que, habiendo transcurrido más de 30 años de iniciada la ejecución de los hechos y 12 años de iniciada la primera investigación, los procesos penales continúan en sus primeras etapas, sin que se haya individualizado, procesado ni, eventualmente, sancionado a ninguno de los responsables, lo cual ha sobrepasado excesivamente el plazo que puede considerarse razonable para estos efectos. En razón de lo anterior, considera que el Estado no ha llevado a cabo investigaciones serias, diligentes y exhaustivas, en un plazo razonable, de los hechos concernientes a las desapariciones forzadas de Rochac Hernández, Salinas, Hernández, Bonilla y Abarca Ayala.

A la luz de estas consideraciones y del reconocimiento de responsabilidad del Estado, esta Corte determina que el Estado incumplió los requerimientos de los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Emelinda

Lorena Hernández, Manuel Antonio Bonilla y Ricardo Abarca Ayala, así como de sus familiares.

Al resolver los procesos de hábeas corpus, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia impuso una carga de la prueba desproporcionada sobre los demandantes, dado que no se realizaron de forma diligente las actuaciones procesales encaminadas a recabar todas las pruebas ofrecidas por estos, lo que, aunado a la negativa de las autoridades castrenses de proporcionar información, tornó inefectivo el recurso. Ello se ve reflejado en el hecho de que no se tuvo en cuenta el patrón sistemático de las desapariciones forzadas de niñas y niños durante el conflicto, ni la denegación sistemática de las autoridades de las Fuerzas Armadas y del Ministerio de la Defensa Nacional a la autoridad judicial y al Ministerio Público de proporcionar información y acceso a los archivos y expedientes militares, cuando el material hemerográfico que es de público conocimiento y en parte fue aportado en este caso muestra que sí existieron tales operativos y proporciona nombres, al menos, de las personas al mando de los mismos.

Esta Corte reconoce que el Estado enumeró varios avances en términos de resoluciones de los procesos de hábeas corpus relativos a casos de desaparición forzada de personas; no obstante, considera que, aunque las modificaciones jurisprudenciales realizadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia representan un avance jurídico para la protección de las personas desaparecidas y para sus familiares, estas medidas no tuvieron un alcance suficiente para suprimir en el presente caso la inefectividad que ha caracterizado a estos procesos respecto de las desapariciones forzadas ocurridas durante el conflicto armado. Por ende, interpreta que los procesos de hábeas corpus intentados no fueron efectivos para determinar el paradero de los cinco menores mencionados, y tampoco lograron que se dé por reconocida la violación constitucional del derecho de libertad física de todos aquellos, ni que se inste a la Fiscalía General de la República a tomar las medidas necesarias conforme a sus atribuciones constitucionales, por lo que la protección debida a través de los mismos resultó ilusoria. Por consiguiente, en aplicación del principio *iura novit curia*, esta Corte considera que el Estado violó el art. 7.6 de la Convención Americana, en perjuicio de los cinco menores antes mencionados, así como de sus familiares.

En definitiva, en el presente caso se verificó una instrumentalización del poder estatal como medio y recurso para cometer la violación de los derechos que debieron respetar y garantizar, lo que se ha visto favorecido por situaciones de impunidad de esas graves violaciones, propiciada y tolerada por el conjunto de investigaciones que no han sido coherentes entre sí ni suficientes para un debido esclarecimiento de los hechos y, en consecuencia, no han cumplido satisfactoriamente con el deber de investigar efectivamente las desapariciones forzadas de los entonces niños.

Por las razones anteriormente expuestas, esta Corte concluye que el Estado violó los derechos reconocidos en los arts. 7.6, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Emelinda Lorena Hernández, Manuel Antonio Bonilla y Ricardo Abarca Ayala, y de sus familiares.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Adicionalmente, ordena al Estado las siguientes medidas de reparación: *i*) continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias con el fin de identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de las desapariciones forzadas de José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Emelinda Lorena Hernández, Manuel Antonio Bonilla y Ricardo Abarca Ayala, así como de otros hechos ilícitos conexos; *ii*) efectuar, a la mayor brevedad, una búsqueda seria, en la cual realice todos los esfuerzos para determinar el paradero de José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Emelinda Lorena Hernández, Manuel Antonio Bonilla y Ricardo Abarca Ayala, así como adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para la restitución de la identidad en caso de encontrarse con vida; *iii*) adoptar las medidas pertinentes y adecuadas para garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad salvadoreña, el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante para la investigación en causas seguidas por violaciones a los derechos humanos durante el conflicto armado; *iv*) brindar, de forma inmediata, tratamiento médico, psicológico y/o o psiquiátrico a las víctimas que así lo soliciten o, en su caso, pagar la suma establecida; *v*) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; *vi*) realizar las publicaciones dispuestas; *vii*) construir un “jardín museo” donde recordar a las niñas y niños desaparecidos forzosamente durante el conflicto armado; *viii*) llevar a cabo las capacitaciones ordenadas, y *ix*) pagar las cantidades fijadas en la sentencia.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Rochac Hernández y otros c. El Salvador*, sentencia del 14-10-2014, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. PRISIÓN PREVENTIVA. PLAZO RAZONABLE. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. HÁBEAS CORPUS. EXTRANJEROS. EXTRADICIÓN. PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN. PENA DE MUERTE. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el señor Wong Ho Wing, ciudadano chino, se encontraba requerido a nivel internacional por las autoridades judiciales de Hong Kong, China, desde 2001. El 27 de octubre de 2008, fue detenido en el aeropuerto de Lima, Perú. El 14 de noviembre de ese mismo año, Perú recibió la solicitud de su extradición de parte de la República Popular China, en la que se hizo saber que estaba imputado por los delitos de contrabando de mercancías comunes (“defraudación de rentas de aduana” en la legislación peruana), lavado de dinero y cohecho. Dicha solicitud anexó las normas pertinentes del Código Penal chino, sin incluir el art. 151, que establece la posibilidad de la pena de muerte para el delito de contrabando en casos de cierta gravedad.

La extradición en el Perú se lleva a cabo a través de un proceso mixto, que consta de una fase jurisdiccional y una fase política, ya que debe ser concedida por el Poder Ejecutivo mediante una Resolución Suprema expedida con acuerdo del Consejo de Ministros, pero antes de la decisión del Gobierno se requiere la necesaria intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema, la cual debe emitir una resolución consultiva. Dicha resolución consultiva es vinculante cuando deniega la extradición; pero cuando se pronuncia de modo favorable a la entrega, es simplemente consultiva y entonces el Gobierno puede decidir lo que considere conveniente.

El 20 de enero de 2009, la Corte Suprema dictó la primera resolución consultiva en el proceso de Wong Ho Wing y declaró procedente la extradición por los delitos de defraudación de rentas de aduana o contrabando y por cohecho. En ella, la Corte aclaró que, respecto del delito de defraudación, la extradición solamente era procedente por el tipo penal establecido en el primer párrafo del art. 153 del Código Penal chino.

Entonces, el hermano de Wong Ho Wing presentó un hábeas corpus contra los magistrados integrantes de la Sala de la Corte Suprema que habían emitido la resolución consultiva, por la amenaza cierta e inminente de vulneración del derecho a la vida e integridad personal del nombrado, en virtud de la posibilidad de la aplicación de la pena de muerte por el delito de contrabando. El 2 de abril de 2009, un juzgado penal de Lima consideró fundada la demanda de hábeas corpus y declaró nula la citada resolución consultiva, por entender que adolecía de una motivación inadecuada.

El 11 de diciembre de 2009, la Embajada de la República Popular China en el Perú informó a la Sala Penal Permanente que el Tribunal Popular Supremo de la República Popular China había decidido no aplicar la pena de muerte a Wong Ho Wing en caso de que se concediera la extradición y fuera condenado.

El 27 de enero de 2010, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dictó una nueva resolución consultiva por la cual decidió declarar procedente la solicitud de extradición en lo concerniente a los delitos de contrabando o defraudación de rentas de aduanas y cohecho, en agravio de la República Popular China. Respecto a la pena del delito de contrabando o defraudación, la Sala advirtió que existía la posibilidad de aplicación de la pena de muerte para dicho delito. Sin embargo, consideró que la resolución del 8 de diciembre de 2009 del Tribunal Popular Supremo revelaba un compromiso ineludible de las autoridades

judiciales de la República Popular China de no imponer pena de muerte al extraditable en caso de encontrarlo penalmente responsable. Por tanto, estimó que no existía riesgo real alguno de la aplicación de la pena de muerte o sanción semejante al extraditable en el Estado requirente.

Tras la segunda resolución consultiva, el 9 de febrero de 2010 el representante de Wong Ho Wing presentó un hábeas corpus invocando la amenaza cierta e inminente de la vulneración del derecho a la vida e integridad personal de Wong por el accionar del Presidente Constitucional de la República del Perú, el Ministro de Justicia y el Ministro de Relaciones Exteriores. Este hábeas corpus fue declarado improcedente en primera y segunda instancia, ante lo cual el representante presentó un recurso de agravio constitucional.

El 1° de mayo de 2011, entró en vigor la octava enmienda del Código Penal chino, que derogó la pena de muerte para el delito de contrabando de mercancías comunes, por el cual estaba siendo solicitada la extradición de Wong Ho Wing.

No obstante, el día 24 de mayo de ese mismo año el Tribunal Constitucional consideró procedente el recurso de agravio constitucional interpuesto previamente por el representante de Wong Ho Wing, señalando que las garantías ofrecidas por China eran insuficientes. Respecto a la información recibida sobre la octava enmienda, el Tribunal Constitucional aclaró que en el expediente no constaba la comunicación oficial de la misma, “mediante los procedimientos diplomáticos” respectivos, además de que no se mencionaba si en la Constitución de la República Popular China se reconocía la retroactividad benigna de la ley penal. Por consiguiente, ordenó al Estado peruano –representado por el Poder Ejecutivo– que se abstuviera de extraditar a Wong Ho Wing a la República Popular China, y lo exhortó a que actuara de conformidad a lo “establecido en el art. 4(a) del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Popular China”, presuntamente relativo a la posibilidad de juzgar a Wong Ho Wing en el Perú. El 9 de junio de 2011, el Tribunal Constitucional emitió una resolución por la cual aclaró ciertos aspectos de su sentencia del 24 de mayo de ese mismo año y modificó dos de sus fundamentos. Al respecto, aclaró que, al momento de emitir su sentencia, no constaban en el expediente las garantías diplomáticas por las cuales la República Popular China se comprometía a no aplicar la pena de muerte, sino que solamente obraba información relativa a la promulgación de la octava enmienda, lo cual consideró “no constitu[ía una] garanti[a] diplomátic[a]”. En virtud de lo anterior, aclaró que no estaba probado que el Estado requirente hubiera otorgado las garantías necesarias y suficientes para salvaguardar el derecho a la vida de Wong Ho Wing. Además, corrigió la fundamentación legal del exhorto realizado para que Wong Ho Wing fuera juzgado en el Perú, señalando que era “de conformidad a lo establecido en el art. 3 del Código Penal” peruano y no de conformidad al art. 4(a) del Tratado de Extradición.

Tras la decisión del Tribunal Constitucional, el Poder Ejecutivo interpuso diversos recursos judiciales para aclarar la forma en que se debe ejecutar dicha decisión, incluyendo una solicitud a la Corte Suprema para que emitiera una “Resolución Consultiva complementaria” que tomara en cuenta la nueva

información remitida, y un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, para que dicho tribunal interpretara su decisión, a fin de determinar si era posible extraditar a Wong Ho Wing por el delito de cohecho, que no contemplaba la pena de muerte.

Al decidirse dichas solicitudes, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema destacó que existen dos pronunciamientos finales, uno de carácter consultivo (del Poder Judicial) y otro de carácter imperativo (del Tribunal Constitucional), que debe cumplir el Poder Ejecutivo.

Por otra parte, al resolver el recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional dispuso que la solicitud para que se interpretara su mandato era improcedente, resaltando que la finalidad que se perseguía era que se modificara lo resuelto “de modo que exprese algo que en su oportunidad no expuso”, afectándose además la garantía de la cosa juzgada.

Actualmente el proceso de extradición sigue en curso, a la espera de la decisión definitiva del Poder Ejecutivo y encontrándose vigentes de forma simultánea la resolución consultiva de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 27 de enero de 2010 y la decisión vinculante del Tribunal Constitucional del 24 de mayo de 2011.

Wong Ho Wing ha estado privado de su libertad personal desde el 27 de octubre de 2008, cuando fue detenido en el aeropuerto y al día siguiente el juzgado especializado ordenó su arresto provisorio. Esta decisión fue confirmada el 11 de diciembre de ese mismo año, en la que se dijo que no correspondía analizar el posible peligro procesal para un arresto provisorio con fines de extradición.

Wong Ho Wing presentó varios hábeas corpus y solicitudes de libertad provisional. El 10 de marzo de 2014 un juzgado penal resolvió la solicitud de variación del arresto provisorio señalando que se encontraba privado de su libertad individual más allá de un tiempo razonable, por lo que ordenó su comparecencia restringida bajo la modalidad de arresto domiciliario en custodia de su hermano, orden que el mismo juzgado hizo efectiva el 24 de marzo.

Entonces, Wong Ho Wing hizo una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que posteriormente dio lugar a una presentación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Sentencia: de extraditarse al señor Wong Ho Wing, el Estado del Perú no sería responsable de una violación de su obligación de garantizar sus derechos a la vida e integridad personal, ni de la obligación de no devolución por riesgo a estos derechos, en tanto no fue demostrado que actualmente existiera un riesgo real, previsible y personal a los derechos a la vida e integridad personal del señor Wong Ho Wing.

Sin embargo, el Estado sí es internacionalmente responsable por la violación de la garantía del plazo razonable y la violación del derecho a la libertad personal, debido a la excesiva demora en la tramitación del proceso de extradición y de la privación de la libertad del señor Wong Ho Wing, así como por la arbitrariedad de la detención y la falta de efectividad de ciertos recursos de hábeas corpus y solicitudes de libertad interpuestos por el nombrado.

Excepción preliminar

El Estado alegó la falta de agotamiento de recursos internos al momento de la presentación de la petición inicial. Adicionalmente, advirtió que cuando se emitió el informe de admisibilidad estaban pendientes de resolución definitiva otras demandas de hábeas corpus.

Esta Corte desestima la excepción planteada, pues el agotamiento de los recursos internos debe verificarse al momento en que se decide sobre la admisibilidad de la petición y no al momento de la presentación de la misma. Asimismo, respecto a las demandas de hábeas corpus, cabe señalar que dicho recurso no forma parte del procedimiento regular de una extradición en el Perú. En el presente caso, se considera que la interposición de recursos adicionales por el peticionario no puede ser un impedimento al acceso a la justicia interamericana. Adicionalmente, entre el Perú y la República Popular China está vigente un tratado bilateral de extradición.

Derechos a la vida, a la integridad personal y principio de no devolución

Cuando una persona alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes deberán, al menos, entrevistarla y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. Esto implica respetar garantías judiciales mínimas, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto al país donde este exista.

En el presente caso se alegó que, de ser extraditado, Wong Ho Wing enfrentaría: 1) un riesgo a su derecho a la vida (consagrado en el art. 4 de la Convención), por la posible aplicación de la pena de muerte, y 2) el riesgo de ser sometido a tortura u otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes (consagrado en el art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 13 -párrafo 4- de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura).

Respecto a la obligación de garantizar el derecho a la vida, esta Corte establece que los Estados que han abolido la pena de muerte no pueden exponer a una persona bajo su jurisdicción al riesgo real de su aplicación, por lo cual no pueden expulsar –por deportación o extradición– a las personas bajo su jurisdicción si se puede prever razonablemente que pueden ser condenadas a muerte, sin exigir garantías de que dicha pena no les será aplicada. Asimismo, los Estados Parte de la Convención que no han abolido la pena de muerte no pueden –mediante deportación o extradición– exponer a ninguna persona bajo su jurisdicción que se encuentre bajo el riesgo real y previsible de ser condenado a pena de muerte, salvo por los delitos más graves y sobre los cuales se aplique actualmente la pena de muerte en el Estado Parte requerido. En consecuencia, los Estados que no han abolido la pena de muerte no podrán expulsar a ninguna persona bajo su jurisdicción, por deportación o extradición, que pueda enfrentar

el riesgo real y previsible de aplicación de pena de muerte por delitos que no están penados con igual sanción en su jurisdicción, sin exigir las garantías necesarias y suficientes de que dicha pena no será aplicada.

Respecto a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, este Tribunal ha establecido que, juntamente con el principio de no devolución consagrado en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, dichas normas imponen a los Estados la obligación de no expulsar, por vía de extradición, a ninguna persona bajo su jurisdicción cuando existan razones fundadas para creer que enfrentaría un riesgo real, previsible y personal de sufrir tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por otra parte, atendiendo a que Wong Ho Wing aún no ha sido extraditado, corresponde examinar toda la información actualmente disponible relativa a la presunta situación de riesgo del nombrado, inclusive aquella que fue producida y remitida al Perú luego de las decisiones judiciales de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte considera demostrado que, en virtud del principio de retroactividad favorable de la ley penal y la derogación de la pena de muerte para el delito de contrabando de mercancías comunes, dicha pena no podría ser legalmente aplicada a Wong Ho Wing en caso de ser extraditado y posteriormente condenado en China. Por tanto, concluye que no existe un riesgo real al derecho a la vida de Wong Ho Wing por aplicación de una pena de muerte, en caso de que fuera extraditado a China.

Destaca que ninguna de las autoridades judiciales que han intervenido en el proceso de extradición de Wong Ho Wing examinaron los alegatos sobre un posible riesgo a su integridad personal; no obstante, esa falta de consideración, por sí sola, no conllevaría una violación del derecho a la integridad personal del nombrado, atento a que no ha sido extraditado.

A efectos de determinar si, en caso de ser extraditado, aquel enfrentaría un riesgo real, previsible y personal de tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, esta Corte considera necesario examinar: (i) la alegada situación de riesgo en el Estado requirente, y (ii) las garantías diplomáticas otorgadas por la República Popular China al Perú. Respecto a lo primero, se deben tener en cuenta las condiciones reales de dicho país y no solo formales; para ello, no basta la referencia a las condiciones generales de derechos humanos del Estado de destino, sino que es necesario demostrar las circunstancias particulares del extraditable que lo expondrían a un riesgo real, previsible y personal de ser sometido a tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal considera que la Comisión y el representante remitieron información sobre la situación general de derechos humanos en China, lo cual no es suficiente para considerar o demostrar que Wong Ho Wing enfrentaría un riesgo real, previsible y personal de sufrir tratos contrarios a la prohibición de tortura u otras formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, contrarios a su integridad personal. Adicionalmente, en cuanto a las garantías diplomáticas, su evaluación requiere examinar la calidad de dichas

garantías (en el sentido de evaluar, entre otras características, los términos de las garantías –si son específicas, generales o vagas–, así como la facultad del órgano o persona que las ha otorgado para obligar al Estado receptor) y su confiabilidad (en el sentido de examinar, entre otros factores, la fortaleza de las relaciones bilaterales entre los Estados involucrados, incluyendo los antecedentes del Estado receptor en cuanto al cumplimiento de garantías similares, así como la posibilidad verificar el cumplimiento de dichas garantías objetivamente mediante mecanismos diplomáticos u otras formas de monitoreo). En relación con el presente caso, esta Corte advierte que las garantías otorgadas por la República Popular China al Perú fueron cambiando progresivamente; y que la última garantía era detallada y planteaba un sistema de monitoreo para su cumplimiento, en concordancia con varios de los estándares establecidos para su evaluación. Por consiguiente, estima que las garantías otorgadas pueden ser consideradas suficientes para mitigar el posible riesgo al que podría exponerse Wong Ho Wing en caso de ser extraditado.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Corte concluye que, de extraditarse a Wong Ho Wing bajo las circunstancias actuales, el Estado no sería responsable de una violación de su obligación de garantizar sus derechos a la vida e integridad personal, consagrados en los arts. 4 y 5 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, ni la obligación de no devolución establecida en el art. 13 (párrafo 4) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Derecho a la protección judicial y garantías judiciales

Esta Corte analiza el alegado incumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, en violación del derecho a la protección judicial (art. 25 de la Convención Americana), así como la violación de la garantía del plazo razonable en la tramitación del proceso de extradición y otras violaciones a las garantías del debido proceso (art. 8 de la Convención Americana).

Sobre lo primero, esta Corte advierte que, con posterioridad a la decisión del Tribunal Constitucional, las autoridades judiciales internas han emitido pronunciamientos que indicarían que no es posible revisar o modificar la decisión de aquel. Sin embargo, corresponde al Estado resolver, conforme a su legislación interna, la manera de proceder frente a la solicitud de extradición de Wong Ho Wing, teniendo en cuenta que actualmente no existiría un riesgo a sus derechos a la vida e integridad personal en caso de ser extraditado, pero al mismo tiempo existe una decisión del Tribunal Constitucional que *prima facie* resultaría vinculante e inmodificable y que, en principio, vincularía al Poder Ejecutivo. Por otra parte, se toma en cuenta que Wong Ho Wing aún goza de la posibilidad de obtener una revisión judicial de dicha decisión en caso de inconformidad con la misma. Por consiguiente, se estima que no procede emitir un pronunciamiento sobre el alegado incumplimiento de la decisión del Tribunal Constitucional.

Respecto a la alegada violación del plazo razonable en el proceso de extradición, esta Corte destaca que el mismo ha durado más de seis años y aún no ha concluido. Tras analizar los cuatro elementos para determinar la

razonabilidad del plazo –la complejidad del asunto; la actividad procesal del interesado; la conducta de las autoridades judiciales, y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso–, esta Corte concluye que las autoridades estatales no han actuado con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la privación de libertad de Wong Ho Wing, razón por la cual el proceso de extradición ha excedido el plazo razonable, lo cual vulneró el derecho a las garantías establecidas en el art. 8.1, en relación con el art. 1 de la Convención Americana, en perjuicio del nombrado.

Respecto a las otras garantías del debido proceso, esta Corte considera que, en la medida en que Wong Ho Wing participó en la etapa judicial del procedimiento y que aún existe la posibilidad de obtener un control judicial de la decisión final sobre la extradición, el Estado no ha incumplido con su obligación de garantizar el derecho a ser oído de la presunta víctima. Por otra parte, no se ha violado el derecho a la defensa y derecho de acceso al expediente en el presente caso.

Derecho a la libertad personal e integridad personal

En el presente caso, el titular de derechos es una persona extranjera, detenida a raíz de una orden de captura internacional y de una posterior solicitud de extradición. Independientemente de la razón de su detención, en la medida en que se trata de una privación de libertad ejecutada por un Estado Parte de la Convención, dicha privación de la libertad debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando esta última sea compatible con la Convención.

Respecto a la libertad personal, esta Corte concluye que Wong Ho Wing: 1) había sido sometido a una privación arbitraria de su libertad, 2) que esta había tenido una duración excesiva, y que 3) ciertos recursos de hábeas corpus y solicitudes de libertad no fueron efectivos y excedieron el plazo razonable en su resolución, por los motivos que se explican a continuación.

La sentencia de apelación del arresto provisorio se negó a analizar si existía peligro procesal; al no realizar dicho análisis, era imposible para la Sala Superior Mixta examinar si la privación de libertad era necesaria o si existían medidas menos lesivas que permitieran garantizar la consecución de la extradición. Por ende, la motivación de dicha decisión era insuficiente para fundamentar la necesidad de la privación de libertad. Al no estar correctamente motivada, la privación de libertad de Wong Ho Wing fue arbitraria a partir de dicha decisión, en contravención de los arts. 7.1 y 7.3 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 de la misma.

Respecto al alegato de la falta de previsibilidad de la detención, se destaca que la ley aplicable debe incluir criterios sobre las condiciones y los límites de duración de la privación de la libertad; y se advierte que ni en el tratado de extradición firmado entre China y el Perú, ni en el Código Procesal Penal del Perú se establece un plazo máximo para el arresto provisorio respecto a procesos de extradición una vez recibida la solicitud formal de extradición o un plazo para

el proceso de extradición que pudiese limitar la duración de la detención. Este Tribunal considera que la inclusión de límites temporales para una detención es una salvaguarda contra la arbitrariedad de la privación de libertad y, en este caso, su omisión permitió la duración excesiva de la detención de Wong Ho Wing. La ausencia de un límite preciso de tiempo de detención fue utilizada por las autoridades judiciales como parte de la justificación para el mantenimiento de esta detención; por lo cual la falta de previsibilidad de la detención constituyó un elemento adicional en la arbitrariedad de esta.

Wong Ho Wing estuvo detenido en un centro de detención por más de cinco años. Posteriormente, el 10 de marzo de 2014, el Séptimo Juzgado Penal del Callao conmutó la medida por la figura de “comparecencia restringida bajo la modalidad de arresto domiciliario”, en la cual se encuentra actualmente. En primer lugar, esta Corte resalta que desde su detención y hasta el momento actual, las autoridades judiciales han incurrido en diferentes falencias que han contribuido a su prolongación. En este sentido, considera que el Estado no ha actuado con la diligencia que resulta necesaria cuando una persona se encuentra detenida. En segundo lugar, se recuerda que la regulación aplicable no establece un plazo máximo para el arresto provisorio con fines de extradición, una vez recibida la solicitud formal de extradición, ni un plazo para el proceso de extradición que pudiese limitar la duración de la detención. Dicha falta de plazo fue utilizada en decisiones judiciales para justificar la duración de la detención de Wong Ho Wing, impidió que se realizara un análisis sobre la razonabilidad del plazo y permitió la duración excesiva de la detención. Por último, se destaca que la existencia de medidas cautelares y provisionales, ordenadas por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, no puede ser utilizada para justificar la duración excesiva del proceso de extradición ni la detención. Por ello, esta Corte concluye que el Estado violó los arts. 7.1 y 7.5 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Wong Ho Wing.

Respecto al derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, las respuestas a la solicitud de libertad del 18 de octubre de 2011 y la demanda de hábeas corpus presentada el 16 de noviembre de 2011 no respondieron a lo alegado por la presunta víctima, en el sentido de que tras la decisión del Tribunal Constitucional ya no existía una razón para la detención de Wong Ho Wing. Tampoco se pronunciaron sobre la razonabilidad del plazo que este llevaba detenido ni examinaron si su detención seguía siendo necesaria y proporcional. En virtud de lo anterior, esta Corte considera que la mencionada solicitud de libertad y la demanda de hábeas corpus no fueron efectivas para realizar un control adecuado de la detención de la presunta víctima, y por ello concluye que el Estado violó el art. 7.6 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Wong Ho Wing.

Adicionalmente, cabe señalar que el plazo de un mes para resolver una solicitud de libertad que legalmente debía ser resuelta en 48 horas, y de seis meses o más para decidir las demandas de hábeas corpus es claramente excesivo. Por tanto, se considera que ciertas demoras en resolver los recursos relativos a la

libertad personal de Wong Ho Wing constituyen una violación adicional del art. 7.6 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma en su perjuicio.

Por último, respecto al derecho a la integridad personal, se señala que en el presente caso la alegada violación estaba basada en la privación arbitraria de la libertad de Wong Ho Wing. Este Tribunal considera que estos alegatos se refieren a lo que esta Corte ha llamado un efecto colateral de la situación de privación de libertad, por lo cual concluye que el Estado no violó el art. 5 de la Convención Americana, en perjuicio de Wong Ho Wing.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Además, se ordena al Estado: *i*) a la mayor brevedad, adoptar la decisión definitiva en el proceso de extradición seguido al señor Wong Ho Wing; *ii*) revisar inmediatamente la privación de libertad del señor Wong Ho Wing; *iii*) publicar esta sentencia y su resumen oficial; *iv*) pagar los montos señalados en esta sentencia en concepto de indemnización por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos.

Se dispone que las medidas provisionales ordenadas en el presente caso quedan sin efecto a partir de la fecha de notificación de esta sentencia, en la medida en que sean reemplazadas por las medidas de reparación que por esta se ordenan.

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, y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en aquella.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Wong Ho Wing c. Perú*, sentencia del 30-6-2015, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_297_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. SALUD. ENFERMOS DE HIV. **SIDA.** SALUD PÚBLICA. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN. DONACIÓN DE SANGRE. TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES INFECCIOSAS. **MENORES. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. EDUCACIÓN.** ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. IMPEDIMENTO DE ACCESO A PERSONAS CON HIV. PROHIBICIÓN. **DERECHO A LA IGUALDAD.** PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. **PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.** PLAZO RAZONABLE. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ECUADOR).

1. Antecedentes del caso: El 20 de junio de 1998, la menor Talía Gabriela Gonzales Lluy, cuando tenía 3 años de edad, presentó una hemorragia nasal que no se detenía y fue llevada por su madre, Teresa Lluy, al Hospital Universitario Católico, en el Azuay, Cuenca, donde estuvo internada durante dos días. Posteriormente, fue llevada por su madre a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo, ubicada en Cuenca, donde fue diagnosticada con púrpura trombocitopénica por un médico de la Cruz Roja, quien le confirmó a Teresa Lluy que Talía necesitaba urgentemente una transfusión de sangre y de plaquetas. Con el fin de conseguir la sangre necesaria para efectuar la transfusión a Talía, su madre acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, donde le indicaron que debía llevar donantes. Teresa Lluy solicitó entonces a algunos conocidos que donaran, entre ellos al señor HSA. El 22 de junio de 1998, este acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja para donar sangre. La auxiliar de enfermería del Banco de Sangre de la Cruz Roja le tomó las muestras de sangre al señor HSA y entregó las “pintas de sangre” a los familiares y conocidos de Talía. Las transfusiones de sangre a Talía fueron realizadas el mismo 22 de junio de 1998 y continuaron durante la madrugada del día siguiente por el personal de la mencionada clínica. El 23 de junio de 1998, la bioquímica del Banco de Sangre de la Cruz Roja efectuó por primera vez exámenes a la muestra de sangre de HSA, incluyendo el examen de VIH. Talía estuvo hospitalizada en la clínica hasta el día 29 de junio de 1998, cuando fue dada de alta. El 28 de julio de 1998, el 13 de agosto de 1998 y el 15 de enero de 1999 se realizaron pruebas de sangre en las que se confirmó que Talía era una persona con VIH.

En 1998 regía la Ley de aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados, vigente desde 1986, y que sería reformada en el año 1992. Esta ley determinaba que la Cruz Roja tenía competencia exclusiva para administrar los bancos de sangre y que, incluso, el Ministerio de Salud Pública, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Fuerzas Armadas administraran los bancos y depósitos de sangre bajo el control reglamentario y la coordinación de la Cruz Roja ecuatoriana.

Cuando se tuvo noticia de que la sangre de HSA tenía VIH y que Talía había sido infectada con este virus al recibir una donación de su sangre, Teresa Lluy presentó varios recursos en instancias civiles y penales en Ecuador.

En septiembre de 1999, cuando Talía tenía 5 años de edad, fue inscrita en el “primer curso de básica” en la escuela pública de educación básica “Zoila Aurora Palacios”, en la ciudad de Cuenca. Asistió a clases normalmente durante dos meses. Sin embargo, en el mes de noviembre una profesora se enteró de que Talía era una persona con VIH e informó esta circunstancia al director de la escuela, quien decidió que Talía no asistiera a clases “hasta ver que d[ecían] las [a]utoridades de [e]ducación o buscar una solución al problema”.

El 8 de febrero de 2000, Teresa Lluy, con ayuda del Comisionado del Defensor del Pueblo de Azuay, presentó una acción de amparo constitucional ante el Tercer Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, contra el Ministerio de Educación y Cultura representado por el Subsecretario de Educación del Austro, el director de la escuela “Zoila

Aurora Palacios” y la profesora en cuestión, en razón de una presunta privación al derecho a la educación de Talía. El 11 de febrero de 2000, el Tribunal Distrital de lo Contencioso N° 3 declaró inadmisibile el recurso de amparo constitucional, considerando que “exist[ía] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ía] que predomin[ara]n los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación. Además de las dificultades en el trabajo, Teresa Lluy describió en varias oportunidades que su hija y su familia “ha[bían] sido víctimas de la más cruel discriminación, pues se les ha[bía] impedido [tener] vivienda propia”. De acuerdo con las declaraciones de Talía y su familia, fueron obligados a mudarse en múltiples ocasiones debido a la exclusión y al rechazo del que fueron objeto por la condición de Talía.

Entonces, el 26 de junio de 2006 la Comisión Interamericana recibió la petición, el 7 de agosto de 2009 aprobó el Informe de Admisibilidad 89/09 y el 5 de noviembre de 2013 emitió el Informe de Fondo 102/13. Finalmente, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 18 de marzo de 2014.

2. Sentencia: se declara responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy. No se encuentran méritos para declarar la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil ni el derecho a la protección judicial.

Excepciones preliminares

El Estado presentó dos argumentos que denominó como excepciones preliminares con relación a: *i*) la alegada incompetencia parcial de esta Corte para tratar hechos ajenos al marco fáctico y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes, y *ii*) la alegada falta de agotamiento de recursos internos.

Esta Corte considera que la supuesta incompetencia parcial para tratar derechos ajenos al marco fáctico del caso y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes no se relaciona con una cuestión de admisibilidad o competencia que deba ser resuelta como una excepción preliminar. En consecuencia, es analizada como una consideración previa atendiendo a que parecen referirse más propiamente al marco fáctico del caso.

En lo que respecta a la alegada falta de agotamiento de recursos internos, la excepción con relación a algunos recursos fue interpuesta dentro del procedimiento de admisibilidad ante la Comisión. No obstante, dentro del procedimiento ante esta Corte, el Estado alegó además que los peticionarios no

apelaron la acción de amparo constitucional. En vista de ello, se considera que las manifestaciones realizadas por el Estado en el proceso ante este Tribunal resultan extemporáneas.

En relación con los recursos de recusación de jueces y magistrados, y daños y perjuicios contra los mismos; y la acción de casación, como se encuentra regulada en la normativa penal y civil ecuatoriana, esta Corte estima que, por su naturaleza, en el caso concreto no resultan adecuados ni efectivos para la determinación de responsabilidad por los hechos que rodearon el contagio de Talía con el virus del VIH ni para la fijación de una reparación adecuada.

En cuanto a la acción indemnizatoria por daño moral en materia civil, esta Corte considera que la misma no resultaba adecuada para obtener una indemnización por la totalidad de los daños ocasionados a Talía.

Finalmente, respecto de la acusación particular en materia penal, esta Corte advierte que la acusación particular no constituye un recurso idóneo y efectivo para esclarecer los hechos del caso que las presuntas víctimas debieran agotar.

En consecuencia, se desestima la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos planteada por el Estado.

Consideraciones previas

Sobre el marco fáctico del presente caso y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes, el Estado alegó que la Comisión no se ha pronunciado sobre las presuntas violaciones específicas a la igualdad ante la ley, la falta de normativa interna o sobre la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; y que no ha declarado en su Informe de Fondo la supuesta violación de los arts. 2, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo anterior, el Estado señaló que sería improcedente un análisis de fondo de los derechos correlativos que no fueron parte del marco fáctico del origen del caso. Esta Corte constata que la Comisión hizo referencia expresa, en el acápite de hechos probados del Informe de Fondo, a la presunta discriminación y a que a Talía se le habría impedido estudiar en la escuela primaria debido a su enfermedad, así como a la supuesta discriminación que habría sufrido su núcleo familiar.

En consecuencia, esta Corte concluye que los argumentos respecto de los arts. 2, 24 y 26 de la Convención Americana se encuentran alegados sobre la base de hechos que forman parte del marco fáctico presentado por la Comisión y corresponden a consideraciones de derecho y no a nuevos hechos, por lo que no se trata de una cuestión de admisibilidad o competencia del Tribunal que deba ser resuelta de forma preliminar.

Sobre la determinación de las presuntas víctimas en el presente caso, el Estado manifestó que la Comisión, en las recomendaciones hechas en sus Informes de Admisibilidad y Fondo, estableció que el Estado debe reparar únicamente a Talía Gonzales Lluy y a su madre. Según el Estado, esto implica que no se puede introducir a personas no señaladas como beneficiarias de una eventual reparación,

por lo que solicita que no se considere a Iván Lluy – hermano de Talía– como presunta víctima del caso.

Esta Corte observa que la Comisión hizo mención expresa de Iván Lluy a lo largo del Informe de Fondo y en sus conclusiones. Por ello, concluye que Iván Lluy fue identificado como presunta víctima en el Informe de Fondo de la Comisión, en concordancia con lo establecido en el art. 50 de la Convención Americana y el art. 35.1 del Reglamento de esta Corte.

Alegado reconocimiento de un hecho

Durante la audiencia pública, el Estado reconoció un hecho específico: “que en la época en la que ocurrieron los lamentables hechos que configuraron el caso, no debió haber delegado a un ente privado las funciones rectoras en el sistema nacional de sangre”. Además, señaló que ahora cuenta con normas técnicas bajo el estándar internacional, e indicó que se trataba del reconocimiento de un hecho específico muy puntual que tenía una dimensión muy concreta.

Esta Corte considera que de lo afirmado por el Estado se desprende que este no ha vinculado su presunta responsabilidad a la transgresión de normas específicas. La Corte constata que Ecuador reconoció un aspecto del caso que no estaba siendo controvertido y, en consecuencia, tendrá en cuenta el reconocimiento efectuado por el Estado, en lo que correspondía, al analizar los aspectos sustantivos o de fondo sobre las alegadas violaciones a derechos humanos, de conformidad con la Convención Americana y tomando en cuenta lo señalado por Ecuador.

Derecho a la vida y derecho a la integridad personal

Esta Corte recuerda que el deber de supervisión y fiscalización es del Estado, aun cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada. El Estado mantiene la obligación de proveer servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. Al respecto, se ha establecido que “cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población. El servicio de salud público es primariamente ofrecido por los hospitales públicos; sin embargo, la iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, también provee servicios de salud bajo los auspicios del [Estado]. En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato, la persona se encuentra bajo cuidado del Estado”. En el presente caso, se considera que la precariedad e irregularidades en las que funcionaba el banco de sangre del cual provino la sangre para Talía es un reflejo de las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las obligaciones de supervisar y fiscalizar por parte de los Estados. La insuficiente supervisión e inspección por parte del Estado de Ecuador dio lugar a que el banco de sangre de la Cruz Roja de la Provincia del Azuay continuara funcionando en condiciones irregulares que pusieron en riesgo la salud, la vida y la integridad de la comunidad. En particular, esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH

fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño permanente a su salud. Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad. En efecto, en el presente caso se ha violado la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía Gonzales Lluy en una entidad privada. Por otra parte, en algunos momentos de desmejora en sus defensas, asociada al acceso a antirretrovirales, lo ocurrido con la transfusión de sangre en este caso se ha reflejado en amenazas a la vida y posibles riesgos de muerte que incluso pueden volver a surgir en el futuro. En virtud de ello, dado que son imputables al Estado el tipo de negligencias que condujeron al contagio con VIH de Talía Gonzales Lluy, Ecuador es responsable por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida, lo cual vulnera los arts. 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma.

Se destaca la constante situación de vulnerabilidad en que se encontraron Teresa e Iván Lluy al ser discriminados, aislados de la sociedad y estar en condiciones económicas precarias; aunado a esto, el contagio de Talía afectó en gran manera a toda la familia, ya que Teresa e Iván tuvieron que dedicar los mayores esfuerzos físicos, materiales y económicos para procurar la sobrevivencia y vida digna de Talía. Todo lo anterior generó un estado de angustia, incertidumbre e inseguridad permanente en la vida de Talía, Teresa e Iván Lluy. La discriminación que sufrió Talía fue resultado del estigma generado por su condición de persona viviendo con VIH y les trajo consecuencias a ella, a su madre y a su hermano. Esta Corte advierte que existieron múltiples diferencias de trato hacia Talía y su familia que se derivaron de la condición de Talía de persona con VIH; esas diferencias de trato configuraron una discriminación que los colocó en una posición de vulnerabilidad que se vio agravada con el paso del tiempo. La discriminación sufrida por la familia se concretó en diversos aspectos como la vivienda, el trabajo y la educación. A pesar de la situación de particular vulnerabilidad en que se encontraban Talía, Teresa e Iván Lluy, el Estado no tomó las medidas necesarias para garantizarles a ella y a su familia el acceso a sus derechos sin discriminación, por lo que las acciones y omisiones del Estado constituyeron un trato discriminatorio en contra de Talía, de su madre y de su hermano.

Por lo dicho, se concluye que el Estado es responsable de la violación del derecho a la integridad personal, consagrado en el art. 5.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Lluy.

Derecho a la educación

El derecho a la educación se encuentra contenido en el art. 13 del Protocolo de San Salvador. Esta Corte tiene competencia para decidir casos

contenciosos en torno a este derecho en virtud del art. 19 (6) del Protocolo. Asimismo, dicho derecho se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que “[l]a educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”. Además, esta Corte señaló que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha manifestado que para garantizar el derecho a la educación debe velarse por que en todos los niveles educativos se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: *i*) disponibilidad, *ii*) accesibilidad, *iii*) aceptabilidad y *iv*) adaptabilidad. Al respecto, se concluye que existen tres obligaciones inherentes al derecho a la educación en relación con las personas que conviven con VIH/SIDA: *i*) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; *ii*) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA, y *iii*) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social.

La decisión adoptada a nivel interno de retirar a Talía del jardín infantil “Zoila Aurora Palacios” tuvo como fundamento principal la situación médica de Talía asociada tanto a la púrpura trombocitopénica idiopática como al VIH; por lo cual se concluye que se realizó una diferencia de trato basada en la condición de salud de Talía. Para determinar si dicha diferencia de trato constituye discriminación, se analiza la justificación que hizo el Estado para efectuarla. Se determina que, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio. El riesgo real y significativo de contagio que pudiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, esta Corte resalta que el medio escogido constituyó la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de las demás niñas del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en la valoración de la autoridad interna debía existir suficiente prueba de que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones. En el presente caso, la decisión utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.

Asimismo, se considera que la necesidad que tuvieron Talía, su familia y algunas de sus profesoras de ocultar el hecho de que Talía vivía con VIH o esconderse para poder acceder y permanecer en el sistema educativo constituyó

un desconocimiento al valor de la diversidad humana. Confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. Teniendo en cuenta todo lo anterior, se concluye que Talía Gonzales Lluy sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer, y viviendo en condición de pobreza.

Por todo lo anterior, se considera que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación contenido en el art. 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Talía Gonzales Lluy.

Garantías judiciales y protección judicial

Una vez analizados los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el marco del proceso penal, y teniendo en cuenta que existía un deber de actuar con excepcional debida diligencia considerando la situación de Talía, se concluye que Ecuador vulneró la garantía judicial al plazo razonable prevista en el art. 8.1, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Talía Gonzales Lluy.

La Comisión y los representantes alegaron que el derecho al plazo razonable también habría sido vulnerado en perjuicio de Teresa Lluy y de Iván Lluy. Al respecto, se considera que la titular de los derechos vulnerados en el presente caso era Talía y que su madre actuó en su representación, mas no ejerciendo un derecho propio, por lo que no se considera que deba hacerse un pronunciamiento respecto a Teresa Lluy.

Por otro lado, no se han aportado elementos que permitan concluir que la duración del proceso civil haya sido violatorio de las garantías de plazo razonable y debida diligencia. Asimismo, no existen suficientes elementos probatorios que permitan concluir que la existencia de prejudicialidad en la normativa ecuatoriana constituyó, por sí misma, una violación a las garantías judiciales. A este respecto, se considera que si bien en el presente caso operó la prejudicialidad, la misma fue aplicada con base en la legislación ecuatoriana vigente al momento de los hechos, con relación al recurso presentado por Teresa Lluy.

Asimismo, esta Corte considera que no se han presentado suficientes argumentos y pruebas que permitan afirmar que el recurso interpuesto por Teresa Lluy fue el resultado de una falta de claridad en la legislación ecuatoriana. Finalmente, también considera que no cuenta con pruebas que permitan sustentar el argumento presentado respecto a la falta de protección judicial de Talía en el trámite del amparo constitucional, el proceso penal o el proceso civil. Por ello, concluye que no puede determinarse que haya existido una violación a la garantía de protección judicial.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, concluye que el Estado vulneró las garantías judiciales de debida diligencia y plazo razonable previstas en el art. 8.1, en relación con los arts. 19 y 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Talía, en lo relativo al proceso penal. Por otro lado, el Estado no vulneró las garantías judiciales de debida diligencia y plazo razonable en el trámite del proceso civil. Asimismo, el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el art. 8.1 de la Convención, en relación con la aplicación de la prejudicialidad.

Por último, respecto de la resolución del amparo constitucional y los procesos penal y civil, esta Corte considera que el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el art. 25.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Adicionalmente, se ordena al Estado brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud públicas especializadas o personal de salud especializado, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a Talía Gonzales Lluy, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración sus padecimientos. Además, se dispone que el Estado adopte las recomendaciones de la médica o médico de confianza que Talía señale. Si su médico o su médica de confianza determina que existe un motivo fundado por el que Talía deba recibir atención en el sistema privado de salud, el Estado deberá cubrir los gastos necesarios para su restablecimiento.

Se dispone que el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el Ecuador, en relación con los hechos de este caso.

El Estado debe otorgar a Talía Gonzales Lluy una beca para continuar sus estudios universitarios que no se encuentre condicionada a la obtención de calificaciones que la hagan acreedora de una beca de excelencia; dicha beca deberá cubrir todos los gastos para la completa finalización de sus estudios, tanto material académico como manutención, de ser necesaria. Además, se dispone que el Estado otorgue a Talía una beca para la realización de un posgrado “en cualquier universidad del mundo en la que sea aceptada”; esta beca deberá ser entregada con independencia del desempeño académico de Talía durante sus estudios en la carrera y deberá otorgársele, en cambio, en atención a su calidad de víctima por las violaciones declaradas en la sentencia.

El Estado debe entregar a Talía Gonzales Lluy una vivienda digna en el plazo de un año, contado a partir de la emisión de la presente sentencia.

Por otro lado, se dispone que el Estado realice un programa para la capacitación de funcionarios en salud sobre mejores prácticas y derechos de los pacientes con VIH, así como sobre la aplicación de los procedimientos establecidos en la Guía de Atención Integral para Adultos y Adolescentes con infección por VIH/SIDA y la adopción de medidas positivas para evitar o revertir las situaciones

de discriminación que sufren las personas con VIH, y en especial las niñas y los niños con VIH, en el que se haga mención a los estándares establecidos en la presente sentencia.

Se dispone que el Estado pague las cantidades fijadas en concepto de indemnizaciones por daño material e inmaterial, y reintegro de costas y gastos; y que reintegre las costas y gastos, así como el monto del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Gonzales Lluy c. Ecuador*, sentencia del 1-9-2015, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf>.



SALUD. ESTUPEFACIENTES. MARIHUANA. USO CON FINES TERAPÉUTICOS. RESTRICCIONES. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: la Ley de Estupefacientes y Sustancias Controladas (*Controlled Drugs and Substances Act* –CDSA–) de Canadá permite el uso de la marihuana (*cannabis*) con fines terapéuticos con la condición de que se trate de “marihuana seca”. En consecuencia, las personas que están legalmente autorizadas para poseer marihuana con fines medicinales no están habilitadas para poseer productos extraídos de los componentes activos de la *cannabis*. No tienen la opción de utilizarla por vía oral o en tratamientos tópicos, sino que están obligadas a fumarla.

La CDSA prohíbe la posesión, producción y distribución de *cannabis*, sus componentes activos y derivados. Dado que algunas sustancias controladas pueden tener usos beneficiosos, la CDSA faculta al Gobierno para establecer excepciones con fines terapéuticos, científicos o industriales. En este caso, el Reglamento sobre el Acceso a la Marihuana para Fines Médicos (*Marihuana Medical Access Regulations* –MMARs–) creó esa excepción para las personas que necesitan utilizar la marihuana con fines medicinales. Estas deben presentar una autorización médica que certifique que los tratamientos convencionales no resultan efectivos o son médicamente inapropiados para un determinado tratamiento. Una vez cumplidos todos los requisitos, se autoriza legalmente a los pacientes a poseer “marihuana seca”, definida como “marihuana cosechada y sometida a cualquier proceso de secado”. A algunos de estos pacientes que poseen licencia para producir se les permite cultivar su propia marihuana con fines de uso personal, mientras que otros obtienen la droga de un productor con licencia.

En el presente caso, Smith trabajaba para el *Cannabis Buyers Club* de Canadá, situado en la Columbia Británica (en adelante, Club), el cual vendía marihuana y sus derivados a sus miembros que la requirieran por prescripción médica. No solo vendía el producto seco para fumar, sino también productos

comestibles o de uso tópico, como cápsulas en gel, galletas, parches, aceites, etc. Smith –quien personalmente no utiliza la marihuana con fines médicos– producía esos productos extrayendo los componentes activos de la planta. El Club no contaba con licencia para la producción de tales productos.

En diciembre de 2009, a raíz de una queja por un olor molesto, la policía se presentó en el departamento de Smith y encontró marihuana sobre una mesa. Tras obtener una orden de inspección, incautó un inventario que incluía 200 galletas de *cannabis*, una bolsa con marihuana seca, 26 jarras de líquidos que contenían aceites para masajes y manteca de cacao. Las pruebas de laboratorio establecieron que las galletas y los líquidos contenían tetrahidrocannabinol (THC), el principal componente activo de la marihuana, que no figura entre las excepciones previstas por la MMARs. La policía, entonces, acusó a Smith de posesión de THC con fines de tráfico y posesión de marihuana, en violación de los arts. 5(2) y 4(1) de la CDSA, respectivamente.

En primera instancia, Smith argumentó que la prohibición de posesión establecida en la CDSA en combinación con la excepción de la MMARs, además de ser incompatible con el art. 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Carta), era inconstitucional, ya que restringe la posesión legal de marihuana con fines terapéuticos a la “marihuana seca”. El juez sostuvo que esa limitación priva de su libertad tanto a Smith como a todos los que utilizan la marihuana con fines medicinales porque importa una amenaza de procesamiento y detención por posesión de los componentes activos de la planta. También agregó que la restricción priva a quienes hacen un uso médico de la marihuana de la libertad de elegir el modo de tomar la medicación que están autorizados a poseer, decisión que el juez calificó de “importancia personal fundamental”. Además, consideró arbitraria la limitación y contraria al art. 7 de la Carta porque es repugnante a los principios fundamentales de justicia. El juez de instrucción, además, observó que la restricción no está vinculada razonablemente a sus objetivos y, en consecuencia, no es justificable en términos del art. 1 de la Carta.

El Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica, en voto mayoritario, confirmó las conclusiones del juez de primera instancia en relación con las pruebas y los temas constitucionales, si bien calificó el objeto de la prohibición de modo más amplio, es decir, como protección de la salud y de la seguridad, y desestimó el recurso de apelación.

Smith, entonces, interpuso un recurso ante la Corte Suprema de Canadá.

2. Sentencia: se desestima el recurso interpuesto, se suprime la suspensión de la declaración de nulidad del Tribunal de Apelaciones y se confirma la absolución de Smith.

El art. 7 de la Carta dispone que: “todos tendrán derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y nadie podrá atentar contra ese derecho excepto cuando sea de conformidad con principios de justicia fundamental”.

Efectivamente, al restringir el acceso con fines terapéuticos solo a la marihuana seca, la ley en cuestión limita la vida, la libertad y la seguridad de la persona de dos maneras.

En primer lugar, la prohibición de posesión de productos derivados de la *cannabis* atenta contra la libertad de Smith porque lo expone a una amenaza de detención por aplicación de los arts. 4(1) o 5(2) de la CDSA. En segundo lugar, restringe la libertad porque excluye otras elecciones médicas razonables bajo amenaza de acciones penales. En el caso *sub examine*, el Estado impide a aquellas personas que ya han acreditado una necesidad legítima del uso de marihuana elegir cómo consumirla. Esta restricción no resulta trivial: somete a las personas al riesgo de contraer cáncer e infecciones bronquiales por fumar marihuana, y limita la posibilidad de elegir un tratamiento más efectivo. Además, al obligar a las personas a elegir entre un tratamiento legal pero inadecuado y uno ilegal pero más efectivo, la ley también vulnera la seguridad de la persona.

Las pruebas demuestran que la decisión de no utilizar marihuana seca sino sus derivados para tratar ciertos estados graves de salud es médicamente razonable. En efecto, existen casos en los que formas alternativas de *cannabis* son razonablemente requeridas para el tratamiento de enfermedades graves. En esas circunstancias, la penalización del acceso a los tratamientos en cuestión vulnera la libertad y la seguridad de la persona.

Tanto el juez de primera instancia como el Tribunal de Apelaciones en voto mayoritario observaron que las restricciones a la libertad y a la seguridad de la persona impuestas por la ley no se ajustan a los principios fundamentales de justicia en razón de su arbitrariedad. Asimismo, es necesario determinar el objeto de la prohibición, ya que una ley solo es arbitraria si impone límites a la libertad y seguridad de la persona que no tienen conexión con su objeto. A este respecto, el juez de instrucción llegó a la conclusión de que para algunos pacientes es más efectivo el uso de sus derivados que inhalar la marihuana, y que la prohibición obliga a las personas a las que se les ha reconocido legalmente la necesidad de utilizar marihuana a aceptar el riesgo que supone para la salud fumar marihuana. En consecuencia, la prohibición de los derivados de la marihuana perjudica la salud y la seguridad de las personas que utilizan la marihuana con fines médicos disminuyendo la calidad de su atención médica. Los efectos de la prohibición, entonces, contradicen su objetivo de una manera arbitraria y contraria a los principios fundamentales de justicia.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, *R. v. Smith*, sentencia n° 36059 del 11-6-2015, en <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/15403/index.do>>.



SALUD. SALUD PÚBLICA. CONTROL DE ENFERMEDADES TRANSMISIBLES. **EDUCACIÓN.** ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. DENEGACIÓN DE REINGRESO DE NIÑOS QUE CURSARON UNA ENFERMEDAD TRANSMISIBLE. **DERECHO A LA EDUCACIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – GRECIA).

1. Antecedentes del caso: Novrus Memlika, Leonora Memlika y sus hijos Sebastian y Katerina son albaneses y residen en Panaitolio Aitoloakarnania, Grecia. El 5 de mayo de 2011, el señor Memlika fue a un hospital donde le realizaron varios estudios médicos, y el director de la clínica le diagnosticó lepra. El 16 de mayo, a su esposa e hijos también se les practicaron exámenes, y el director les informó que ellos también padecían de lepra. La familia fue hospitalizada y el 2 de junio de 2011 les dieron de alta. El Director de Salud Pública de la región del oeste de Grecia les informó que no debían enviar a sus hijos al colegio sin previa autorización de la Comisión prevista en el art. 8 de la Ley n° 1137/1981 (en adelante, Comisión).

El 30 de junio, el señor Memlika se presentó en un hospital especializado en enfermedades infecciosas y, luego de varios exámenes, se constató que no padecía lepra. Entonces, solicitó al Director de Salud Pública que se levantara la restricción a la exclusión educativa de sus hijos. No obstante, el 15 de julio el Director de Salud Pública ratificó que los niños no podían regresar al colegio hasta tanto la Comisión examinara el tema.

Las clases se reiniciaron a principios de septiembre. La Comisión se constituyó en noviembre. El 8 de diciembre de 2011, dicha Comisión examinó a los miembros de la familia Memlika y determinó que ninguno padecía lepra. Al día siguiente, la señora Memlika llevó a sus hijos al colegio, pero el director del establecimiento se negó a recibirlos porque no había recibido ninguna notificación de lo resuelto por la Comisión. Recién el 12 de diciembre los niños retomaron las clases.

Ante esta situación, el 7 de junio de 2012 la familia interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

Los recurrentes invocaron el art. 2 del Protocolo n° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), relativo al derecho a la educación, y alegaron principalmente que la exclusión de los niños del colegio violaba su derecho a la educación. Asimismo, manifestaron que no habían podido contar con un recurso interno efectivo a través del cual pudieran formular sus pretensiones, de acuerdo con lo establecido por el art. 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención.

2. Sentencia: las autoridades deben tomar medidas apropiadas para evitar cualquier riesgo de contagio. La medida impugnada perseguía un fin legítimo: la protección de la salud, tanto de los niños como de los educadores del colegio. Sin embargo, para respetar la proporcionalidad entre la protección de los intereses de la comunidad y los de las personas incluidas en tales medidas, las autoridades deben ser diligentes y actuar con celeridad. Por lo tanto, estas medidas restrictivas deben mantenerse el tiempo estrictamente necesario con relación al fin perseguido y deben levantarse tan pronto como desaparezca la razón por la que fueron impuestas.

En su decisión del 6 de junio de 2011, cuando se autorizó a la familia Memlika a abandonar el hospital, el Director de Salud Pública de la región oeste de Grecia manifestó que no existía ningún riesgo de contagio. Sin embargo, en dos oportunidades –2 de junio y 15 de julio de 2011–, luego del

diagnóstico emitido por el hospital especializado en el tratamiento de la lepra (o enfermedad de Hansen), ese mismo director había subordinado el retorno a clases de los niños a la decisión de la Comisión, aun cuando esta última no se había constituido. A pesar del reinicio de las clases a comienzos de septiembre, la Comisión se reunió el 21 noviembre de 2011 y recién examinó a la familia el 8 de diciembre.

Tal demora en el proceso para que los dos niños retomaran la escolaridad no es proporcional al fin legítimo perseguido. En consecuencia, la medida impugnada desconoció el derecho a la educación de los niños, incluido el retorno al colegio. Por lo tanto, hubo una violación del art. 2 del Protocolo n° 1 de la Convención.

Grecia debe pagar a los recurrentes € 5.000 en concepto de daño moral y € 2.000 en concepto de gastos y costas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Memlika c. Grèce*, sentencia del 6-10-2015, en <[.](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)



SEGURIDAD SOCIAL. JUBILACIONES Y PENSIONES. DERECHO ADMINISTRATIVO. ACTO ADMINISTRATIVO. ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES QUE RECONOCEN PENSIONES. REVOCATORIA UNILATERAL. **AMPARO.** PROCEDENCIA. ÁMBITO RESTRINGIDO. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS. PERJUICIO IRREMEDIABLE. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. **DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA** (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Jaime Ospina Hoyos gozaba de una pensión restringida de jubilación, oportunamente concedida por el ex Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana (INURBE) mediante Resolución N° 909/1991, que comenzó a percibir en 1993. Dicha resolución fue revocada, sin consentimiento del nombrado, por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante una resolución, decisión luego confirmada. Por otra parte, la Contraloría General de la Nación abrió contra el nombrado un proceso de responsabilidad fiscal, por cuanto desde 1993 había recibido más de una asignación proveniente del erario, infringiendo así el art. 128 de la Constitución Política (CP), y por ello, mediante una resolución lo condenó al pago de una suma de dinero como consecuencia de la doble asignación pensional, decisión que fue confirmada. Ospina Hoyos solicitó la protección del derecho al debido proceso.

En primera instancia, se denegó el amparo solicitado al considerar que “no se ha configurado la vulneración del derecho fundamental al debido proceso invocado por el actor, toda vez que (i) la administración posee una facultad especial y extraordinaria para revocar actos administrativos de carácter particular y concreto cuando los mismos son manifiestamente opuestos a la Constitución y la ley, cual fue el argumento esbozado por el Ministerio para la revocatoria controvertida y, además (ii) porque para llegar a dicha conclusión la administración ... adelantó

el debido proceso vinculando al actor a la investigación administrativa iniciada y permitiéndole ejercer su derecho de defensa y contradicción”.

En segunda instancia se revocó esa sentencia, al considerar que no se configura ninguna de las causales establecidas en el art. 60 del Código Contencioso Administrativo para que proceda la revocatoria directa del acto administrativo que reconoció la pensión restringida de jubilación al actor, al no provenir esta de un silencio administrativo o haberse obtenido por medios ilegales. Aunado a lo anterior, se indicó que no se encuentra justificada la sanción impuesta por la Contraloría General de la República, por cuanto no se encontró en el expediente que el demandante haya obrado de mala fe, lo cual es un requisito indispensable para que pueda ser ordenada la obligación de restitución de las sumas pagadas.

Jaime Ospina Hoyos interpuso, entonces, una acción de tutela contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Contraloría General de la República. El Tribunal Constitucional interviene en el proceso de revisión de dichos fallos.

2. Sentencia: se confirma el fallo de segunda instancia en la acción de tutela interpuesta por Jaime Ospina Hoyos contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Contraloría General de la República.

El actor plantea una cuestión de relevancia constitucional, toda vez que considera vulnerados sus derechos al debido proceso, a la seguridad social y a una vida digna. Adicionalmente, aunque existe un mecanismo ordinario para controvertir la decisión de la Administración como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se encuentra que la revocatoria de la pensión puede generar un perjuicio irremediable, en la medida en que afecte el mínimo vital del actor, quien cuenta con 85 años de edad y, en esa medida, es un sujeto de especial protección. Asimismo, se encuentra que en la presente acción de tutela no procede exigir el requisito de inmediatez, por cuanto la misma se interpone respecto de una prestación periódica, como es una mesada pensional. Por ello, se concluye que procede la acción de amparo constitucional respecto de las resoluciones que deciden la revocatoria de la pensión del actor y que esta Corte es competente para revisar la decisión proferida dentro de esta acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política (CP) y en concordancia con los arts. 31 a 36 del Decreto 2591/1991.

Se debe determinar si el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial vulneró el derecho al debido proceso del actor al revocar unilateralmente y sin el consentimiento de este la resolución proferida por el INURBE en liquidación. Asimismo, deberá establecerse si la Contraloría General de la República, al condenar al actor al pago de las sumas a él canceladas, vulneró el derecho al debido proceso del actor.

Procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos

fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a esta Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el art. 86 de la CP, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

Esta Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (sentencia T-514 de 2003). En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando esperar a la respuesta de la jurisdicción contencioso-administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

En otros casos, la Corte Constitucional ha considerado que excepcionalmente la acción de tutela procede contra actos administrativos, así no se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, si el medio de defensa judicial ordinario carece de idoneidad y eficacia, tomando en consideración las particularidades del caso concreto.

En conclusión, esta Corte considera que, por regla general, la tutela no procede contra actos expedidos por una autoridad administrativa, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales. Sin embargo, solo de manera excepcional esta acción procede cuando: (i) se compruebe la existencia de un *perjuicio irremediable*; o (ii) tomando en cuenta las particularidades del caso concreto, el medio de defensa judicial ordinario carece de idoneidad y eficacia, así no se demuestre aquel.

La improcedencia de la tutela, por regla general, cuando se dirige contra actos administrativos al término de un proceso por responsabilidad fiscal

Esta Corte ha indicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela cuando se dirige contra actos administrativos proferidos al término de un proceso por responsabilidad fiscal. No obstante, en la sentencia T-131 de 2013 consideró que si bien, por regla general, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo y principal de defensa en los procesos de responsabilidad fiscal, también lo era la acción de tutela, la cual resulta procedente cuando se esté ante un perjuicio irremediable.

En relación con el concepto de perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que este no es susceptible de una definición legal o reglamentaria, porque se trata de un “concepto abierto” que debe ser precisado por el juez en cada caso

concreto, y a su vez permite al funcionario judicial “darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión.”

Por lo tanto es el juez de tutela en cada caso concreto el que debe apreciar si de las circunstancias fácticas que dan origen a la acción es posible deducir o no la existencia de un perjuicio irremediable. No obstante, esta Corte en diversas oportunidades ha intentado precisar el alcance de la figura mediante la definición de los elementos que la configuran. En ese sentido, en la sentencia T-225 de 1993, se consignaron los siguientes elementos, que deben estar presentes, de manera concurrente, para que se configure el perjuicio irremediable: *i)* la inminencia, la cual exige medidas inmediatas; *ii)* la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente; y *iii)* la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Esta caracterización del perjuicio irremediable, que gravita en torno a su inminencia, gravedad y urgencia, ha sido reiterada en numerosas oportunidades por distintas salas de revisión. Sin embargo, como antes se sostuvo, en cada caso concreto debe el juez de tutela ponderar si los anteriores elementos caracterizadores del perjuicio irremediable están presentes.

El derecho fundamental al debido proceso en la revocatoria de actos administrativos particulares y concretos que reconocen pensiones

El derecho al debido proceso, consagrado en el art. 29 CP, se erige como una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas. Para garantizar aquellas reglas mínimas, el legislador ha establecido un procedimiento específico para la revocatoria o suspensión unilateral de un acto administrativo particular y concreto que concede o reconoce prestaciones derivadas de la legislación de la seguridad social, pues en estos casos se considera que el derecho va más allá del reconocimiento subjetivo ordinario que implica la ampliación del patrimonio de un sujeto, al constituir una prestación orientada a la satisfacción de derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital y la seguridad social. En este sentido, el reconocimiento pensional busca amparar la situación de la persona que carece de la capacidad laboral requerida, bien sea por la edad que cuenta, por alguna dolencia específica o por la ausencia del responsable de su mantenimiento. Así las cosas, la revocación unilateral de estos derechos tiene una potencialidad lesiva, en la medida en que amenaza de manera grave los derechos fundamentales antes mencionados.

El art. 19 de la Ley 797 de 2003 regula este procedimiento, del que surge que “(de)... comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento

del particular y compulsar copias a las autoridades competentes”. Este artículo fue examinado en sentencia C-835 de 2003 de este Tribunal, en la que se condicionó la constitucionalidad de dicha disposición, dado que las dos hipótesis consagradas –(i) que no se cumplían los requisitos legales y reglamentarios exigidos, o (ii) que el reconocimiento se haya hecho con base en documentación falsa– eran amplias y configuraban ese deber de un modo general. Se dijo entonces que esas condiciones debían entenderse como requisitos necesarios para cumplir con el deber establecido en la ley, pero la obligación jurídica surgía solo en casos en que esas condiciones legales se adecuaran a un comportamiento tipificado como delito. Así, se afirmó que “[s]ólo bajo estos lineamientos se declarará la exequibilidad condicionada del art. 19 de la ley 797 de 2003; en el entendido que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal”.

En consecuencia, la Administración únicamente puede: (i) revocar su propio acto aun sin consentimiento del beneficiario, siempre que se agote como mínimo el procedimiento previsto en los arts. 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo y que se identifiquen en la conformación del acto administrativo censurado conductas tipificadas en la ley penal, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal; (ii) revocar unilateralmente el acto propio cuando este sea fruto de silencio administrativo positivo de acuerdo con el art. 73 del Código Contencioso Administrativo; o (iii) acudir directa e indefectiblemente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo si no identifican en el acto que las irregularidades o anomalías constituyen conductas tipificadas en la ley penal.

Por consiguiente, la revocatoria directa y sin consentimiento del beneficiario de un acto por medio del cual se reconoce una pensión está, en principio, prohibida. Por lo cual, aun cuando la pensión sea al parecer ilegal o inconstitucional, el derecho al debido proceso administrativo (art. 29 CP) y la garantía de los derechos adquiridos (art. 58 CP) prohíben revocarla directamente sin consentimiento del titular, si no hay evidencia probada de fraude (al respecto, ver sentencia T-830 de 2004 de esta Corte Constitucional y cc. T-674 de 2011).

En conclusión, el acaecimiento de actos o hechos manifiestamente ilegales para acceder al derecho a la pensión configuran sin lugar a dudas en la jurisprudencia constitucional razones suficientes y necesarias para suspender el pago de las mesadas correspondientes y posteriormente revocar de manera unilateral el acto que reconoció la prestación en condiciones irregulares. *Contrario sensu*, en caso de que no se presente esta manifiesta ilegalidad, a la Administración le queda proscripto revocar sin el consentimiento del beneficiario el acto administrativo que concede la referida prestación. En este caso, la Administración deberá hacer uso de las acciones contencioso-administrativas conducentes para atacar el acto en cuestión.

En cuanto al fondo del asunto, esta Corte considera que el Ministerio no estaba autorizado para revocar directamente la pensión de vejez de Jaime Ospina Hoyos sin contar con su consentimiento; ello, porque no hay evidencias

de que estén dadas las condiciones establecidas en la Constitución, la ley y la jurisprudencia antes mencionadas. Del contenido de las Resoluciones N° 626 y N° 1284 de 2010 se infiere que la revocatoria directa de la Resolución N° 909/1991 no se dio por haberse utilizado para su expedición medios fraudulentos o documentos falsos; por el contrario, la Resolución N° 24566/1999 reconoció la pensión de jubilación sobre la base del tiempo de cotización real y la verdadera edad del actor, alejándose de esta forma del supuesto que autoriza la revocatoria, es decir, el art. 19 de la ley 797 de 2003. De acuerdo con lo anterior, la conducta de la Administración al revocar sin el consentimiento del actor la Resolución N° 909/1991 vulneró el derecho fundamental al debido proceso del actor e, indirectamente, el derecho a la seguridad social en pensiones, con una posible afectación del mínimo vital del actor; en este sentido, el conducto adecuado para la salvaguarda del debido proceso era que la Administración demandara su acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, si es que considera que la Resolución N° 909/1991 está viciada de nulidad. En consecuencia, se confirma la decisión de segunda instancia que amparó el mencionado derecho fundamental.

En relación con las actuaciones de Contraloría, es necesario realizar el análisis de procedencia de la acción de tutela respecto de las resoluciones 044 y 058, ambas de 2011. Los hechos narrados plantean un problema de naturaleza constitucional, pues señalan la posible afectación de los derechos al debido proceso, a la seguridad social y a una vida digna, a la vez que, adicionalmente, la acción fue interpuesta tan solo un mes después de la sanción interpuesta por la Contraloría, con lo cual reúne todos los requisitos de procedibilidad exigidos por el art. 86 CP, el numeral 1° del art. 6° del decreto 2591/1991 y la jurisprudencia constitucional. En efecto, si bien el actor contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto administrativo de la Contraloría General de la Nación que contiene la sanción fiscal en su contra, también es cierto que (i) se trata de un sujeto de especial protección constitucional, quien a la fecha cuenta con cerca de noventa (90) años de edad; (ii) la Sala consideró que en el otorgamiento de su pensión no se vislumbra la comisión de delito alguno y que, por ende, la revocatoria unilateral de la misma vulneraba diversos derechos fundamentales del accionante; y (iii) en consecuencia, el proceso de responsabilidad fiscal que se adelantó en su contra carecería de todo sustento legal. Así las cosas, dada la inminencia de un perjuicio irremediable, esta Corte considera que lo procedente es un amparo definitivo y no transitorio y, en este orden de ideas, se confirma el fallo de segunda instancia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-234/15 del 30-04-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-234-15.htm>>.



TERRORISMO. PENAS. PROPORCIONALIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. CONDENADOS POR ACTOS DE TERRORISMO. EFECTOS CONSTITUCIONALES DE LA CONDENA. INTERÉS PÚBLICO. NACIONALIDAD. PRIVACIÓN DE LA NACIONALIDAD (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: M. Ahmed S., ciudadano naturalizado francés en 2003, recurrió al Consejo de Estado para que remitiera al Consejo Constitucional una cuestión prioritaria de constitucionalidad a fin de que examine si los arts. 25, inc. 1 y 25-1 del Código Civil vulneran los derechos y libertades garantizados en la Constitución. El recurso interpuesto por M. Ahmed S. se funda en el motivo de privación de la nacionalidad enunciado en el art. 25, inc. 1 de la Ley del 22 de julio de 1996, que se refiere a la persona condenada por un acto de terrorismo.

El art. 25 del Código Civil reconoce la privación de la nacionalidad francesa por decreto de conformidad con el Consejo de Estado y la prevé, entre otros casos, en su inc. 1, cuando la persona es condenada por un crimen que constituye un acto de terrorismo. Esta privación está prohibida si convierte a la persona en apátrida.

Por otro lado, el art. 25-1 establece que la privación de la nacionalidad se impondrá exclusivamente cuando los hechos imputados al interesado se hayan cometido antes de adquirir la nacionalidad francesa o dentro del plazo de 10 años desde esa fecha, pero si los hechos denunciados conforman el inc. 1 del art. 25, el plazo se extiende a 15 años, de acuerdo con las leyes del 26 de noviembre de 2003 y del 23 de enero de 2006.

2. Sentencia: resultan constitucionalmente válidos los arts. 25, inc.1 y 25-1 del Código Civil.

Este Consejo declara admisible la cuestión prioritaria de constitucionalidad teniendo en cuenta que solo puede referirse a una disposición legislativa que no haya sido ya declarada conforme a la Constitución por este Consejo Constitucional; que el texto “o por un crimen o un delito que constituya un acto de terrorismo” del art. 25 del Código Civil fue introducido por la ley del 22 de julio de 1996, y que, por otro lado, la disposición ha sido ya examinada en la sentencia del 16 de julio de 1996 y que sin embargo no ha sido declarada conforme a la Constitución. Por lo tanto, la cuestión es admisible y será objeto de un nuevo examen.

Por otra parte, este Consejo Constitucional rechaza la solicitud del recurrente de someter las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea porque un agravio basado en la correlación de una norma nacional con los tratados internacionales no podría considerarse como un agravio de inconstitucionalidad, y, por otra parte, no le corresponde a este Consejo Constitucional examinar la correlación de la legislación nacional con los tratados o el derecho de la Unión Europea.

Con relación a las disposiciones impugnadas, en cuanto se alega que menoscaban el principio de igualdad garantizado por la Constitución, y teniendo en cuenta el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

de 1789, que sostiene que la ley debe ser la misma para todos, concluimos que el principio de igualdad no se opone a que el legislador contemple y reglamente de manera diferente situaciones diferentes ni a que se revoque la igualdad por razones de interés general, como es la lucha contra el terrorismo.

El apelante sostiene, de acuerdo con lo establecido por el art. 8 de la Declaración de 1789, en cuanto establece que la ley debe disponer solamente penas necesarias y que nadie puede ser condenado sino en virtud de una ley anterior al delito, que existe un desconocimiento de la proporcionalidad de las penas. De acuerdo con lo establecido por el art. 61-1 de la Constitución, el legislador subordinó la privación de la nacionalidad a que alguien haya sido condenado por un acto terrorista y también a que nadie pueda convertirse en apátrida.

Concluimos que la condena no es desproporcionada y, por lo tanto, no se desconoce, en el caso de autos, lo establecido en el art. 8 de la Declaración de 1789.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia n° 2014-439 QPC del 23-1-2015, en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2014-439-qpc/decision-n-2014-439-qpc-du-23-janvier-2015.143103.html>>.



ÍNDICES

investigaciones

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ALEMANIA:** 94, 96, 100, 127, 141, 143, 169, 171, 176, 210.
BÉLGICA: 69, 164, 167.
CANADÁ: 67, 162, 185, 193, 217, 218, 248, 312.
CHILE: 256, 258.
COLOMBIA: 106, 130, 135, 196, 235, 281, 316.
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: 11, 28, 43, 53, 258, 262, 273, 281, 288, 294, 303.
CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 178, 221, 314.
COSTA RICA: 11, 28.
ECUADOR: 303.
EE.UU.: 80, 120, 124, 224, 229.
EL SALVADOR: 288.
ESPAÑA: 84, 90, 146, 180, 213.
FRANCIA: 97, 104, 221, 228, 322.
GRECIA: 314.
HONDURAS: 43.
IRLANDA: 76.
ITALIA: 72, 74, 101, 189.
PERÚ: 232, 262, 273, 294.
REINO UNIDO: 93, 101.
RUSIA: 178.
UNIÓN EUROPEA: 69, 93, 94, 96, 97, 100, 101, 104.
VENEZUELA: 53.

TEMÁTICO

- ACCESO A LA INFORMACIÓN:** 104.
 Información pública: 104.
 Operaciones financieras con información privilegiada,
 prohibición en el marco de la UE: 104.
ACCESO A LA JUSTICIA: 67.
 Costas procesales,
 constitucionalidad: 67.
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 90, 146.
 Acceso a la función pública,
 discriminación inversa: 146.
 Comunidades autónomas,
 división de competencias en materia educativa: 146.
 división de competencias en materia tributaria: 90.
 previsión presupuestaria,
 principio de estabilidad presupuestaria: 90.
 principio de lealtad institucional: 90.
 reserva de ley orgánica y ordinaria: 146.
AMPARO: 84, 106, 130, 235, 316.
 Efecto *inter comunis*: 106.
 Legitimación activa,
 asociaciones sindicales: 106.
 Procedencia: 106, 130, 235, 316.
 Procedencia excepcional contra actos administrativos,
 perjuicio irremediable: 316.
 Requisito de inmediatez: 130, 235.
 Subsidiariedad: 106, 130.
 Sujetos de especial protección constitucional,
 mayor flexibilidad en el examen de la procedencia: 235, 316.
 Temeridad: 106.
ARBITRAJE: 124.
 Tratados bilaterales,
 cláusulas de arbitraje,
 competencia subsidiaria del tribunal arbitral: 124.
AUTONOMISMO: 90, 146.
 División de competencias en materia educativa: 146.
 División de competencias en materia tributaria: 90.
 Previsión presupuestaria,
 principio de estabilidad presupuestaria: 90.
 principio de lealtad institucional: 90.
 Reserva de ley orgánica y ordinaria: 146.
BIENESTAR ANIMAL: 69.
 Tenencia y uso de animales salvajes en circos y exposiciones itinerantes,
 prohibición: 69.
BIOÉTICA: 11, 28, 69, 72, 74, 76, 93.
 Bienestar animal,
 tenencia y uso de animales salvajes en circos y exposiciones itinerantes,
 prohibición: 69.
 Embriones humanos,
 concepto: 93.
 exclusión de su utilización con fines industriales o comerciales: 93.
 partenogénesis: 93.
 producción de células madre embrionarias humanas: 93.
 Muerte digna,
 pacientes embarazadas en fase terminal: 76.
 Técnicas de procreación médicamente asistida,
 crioconservación de embriones: 74.
 diagnóstico genético preimplantacional,
 eliminación de embriones supernumerarios o afectados por enfermedades genéticas: 74.
 exclusión de parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas: 72.
 selección de embriones con fines eugenésicos: 74.
 fecundación *in vitro*,
 prohibición: 11, 28.
BIOTECNOLOGÍA: 11, 28, 72, 74, 93, 229.
 Partenogénesis: 93.
 Producción de células madre embrionarias humanas: 93.
 Síntesis de ADN complementario,
 patentización: 229.
 Técnicas de procreación médicamente asistida,
 crioconservación de embriones: 74.
 diagnóstico genético preimplantacional,
 eliminación de embriones supernumerarios o afectados por enfermedades genéticas: 74.
 exclusión de parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas: 72.
 selección de embriones con fines

- eugenésicos: 74.
 fecundación *in vitro*,
 prohibición: 11, 28.
- CALUMNIAS E INJURIAS:** 178, 180.
 Derecho al honor: 178, 180.
 Derecho al respeto a la vida privada y familiar:
 178.
 Injurias a la Corona: 180.
 Libertad de expresión: 178.
 Libertad de prensa: 178.
 Publicaciones difamatorias,
 personalidades públicas históricas,
 tolerancia al escrutinio público: 178.
- CÁRCELES:** 196.
 Derecho a la integridad personal: 196.
 Derecho a la salud: 196.
 Dignidad humana: 196.
 Hacinamiento carcelario,
 estándares mínimos de salubridad: 196.
- CONSUMIDORES:** 94, 96.
 Productos defectuosos,
 marcapasos y desfibriladores automáticos
 implantables: 94.
 Publicidad engañosa: 96.
 Responsabilidad del fabricante: 94.
- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:**
 143, 171.
 Cuestiones políticas no justiciables,
 política legislativa en materia de
 educación,
 discrecionalidad del legislador,
 límites: 143.
- CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD:** 273.
 Ejecuciones extrajudiciales masivas: 273.
 Responsabilidad internacional del Estado:
 273.
- DAÑO MORAL:** 256.
 Alcances: 256.
 Concepto: 256.
 Violaciones a los derechos humanos
 perpetradas por agentes estatales,
 reparación: 256.
- DEBIDO PROCESO:** 43, 53, 97, 127, 135, 213,
 217, 221, 224, 248, 258, 262, 273, 281,
 288, 294, 303, 316.
 Allanamientos y registros,
 registro de información contenida en
 teléfonos celulares: 224.
 Debido proceso administrativo: 135, 316.
 Derecho de defensa: 43, 53, 97, 127, 213,
 217, 221, 248, 258, 262, 273, 281, 288,
 294, 303.
 Detenciones arbitrarias: 281.
 Ejecuciones extrajudiciales: 262, 273, 281.
 Garantías procesales: 127, 213, 221, 258,
 262, 273, 281, 288, 294, 303.
 Principio de no autoincriminación: 217.
 Prisión preventiva: 221, 294.
 Responsabilidad internacional del Estado:
 258, 262, 273, 281, 288, 294, 303.
- DEMOCRACIA:** 43.
 Derecho de defender la democracia: 43.
 Libertad de expresión: 43.
- DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN:**
 11, 28, 74, 235.
 Autodeterminación reproductiva: 11, 28, 74.
 Derecho al libre desarrollo de la personalidad,
 derechos reproductivos: 11, 28, 74.
 Fecundación *in vitro*,
 prohibición: 11, 28.
 Pueblos originarios: 235.
- DERECHO A LA EDUCACIÓN:** 135, 193, 303,
 314.
 Concepto jurisprudencial: 135.
 Derecho a la educación en la lengua
 minoritaria: 193.
 Menores con enfermedades transmisibles:
 303, 314.
 Responsabilidad internacional del Estado:
 303.
- DERECHO A LA IDENTIDAD:** 235, 273, 288.
 Derecho al reconocimiento de la personalidad
 jurídica: 273, 288.
 Menores: 288.
 Principio de diversidad étnica y cultural: 235.
 Pueblos originarios: 235.
 Responsabilidad internacional del Estado:
 273, 288.
- DERECHO A LA IGUALDAD:** 11, 28, 53, 72, 80,
 106, 120, 146, 164, 189, 193, 303, 322.
 Acceso a técnicas de procreación médicamente
 asistida: 11, 28.
 Condenados por actos de terrorismo,
 privación de la nacionalidad: 322.
 Derecho a una vivienda digna,
 impacto desigual de políticas relacionadas
 con la vivienda: 80.
 Discriminación en razón de la afiliación
 sindical: 106.
 Discriminación en razón de la nacionalidad:
 164.
 Discriminación inversa,
 acceso a la función pública: 146.
 Discriminación por causa de embarazo en el
 ámbito laboral: 120.
 Discriminación racial: 80.
 Discriminación sexual: 120.
 Enfermos de HIV: 303.
 Igualdad religiosa,
 planificación urbana diferenciada de los
 lugares de culto según la confesión:
 189.
 Inmigrantes,
 trato diferenciado entre refugiados y
 extranjeros con permiso de residencia
 en el otorgamiento de subsidios:
 164.
 Medios de comunicación,
 uso del espectro electromagnético: 53.
 Menores: 303.
 Minorías lingüísticas,
 derecho a la educación en la lengua
 minoritaria: 193.
 Mujer: 72, 120.
 Parejas fértiles portadoras de enfermedades
 genéticas hereditarias,
 exclusión de técnicas de procreación
 médicamente asistida y
 diagnóstico genético
 preimplantacional: 72.
 Principio de no discriminación e igualdad de
 trato: 11, 28, 53, 106, 120, 303.
- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL:** 11,
 28, 196, 258, 262, 273, 281, 288, 294, 303.
 Menores,
 contagio de HIV por transfusión

- de sangre: 303.
- Pena de muerte: 294.
- Presos,
 - hacinamiento carcelario, estándares mínimos de salubridad: 196.
- Responsabilidad internacional del Estado: 262, 273, 281, 288, 294, 303.
- Técnicas de procreación médicamente asistida,
 - fecundación *in vitro*, prohibición: 11, 28.
- Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 258, 281, 294.
- DERECHO A LA INTIMIDAD:** 176, 224.
 - Allanamientos y registros, inviolabilidad del domicilio, material de contenido pornográfico infantil secuestrado en el domicilio de un parlamentario: 176.
 - registro de información contenida en teléfonos celulares: 224.
- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL:** 84, 162, 218, 221, 273, 281, 288, 294, 312.
 - Desaparición forzada de personas: 273, 281, 288.
 - Detenciones arbitrarias: 281.
 - Eutanasia activa: 162.
 - Hábeas corpus: 294.
 - Internación psiquiátrica no voluntaria extrajudicial,
 - ratificación judicial: 84.
 - Muerte digna: 162.
 - Prisión preventiva: 221, 294.
 - Responsabilidad internacional del Estado: 273, 288, 294.
 - Suicidio asistido,
 - prohibición: 162.
 - Tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente,
 - consentimiento médico: 218.
 - Uso de marihuana con fines terapéuticos, amenaza de procesamiento y detención: 312.
- DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA:** 169, 288.
 - Menores,
 - desaparición forzada: 288.
 - tutela ejercida por los abuelos: 169.
- DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL:** 162, 218, 221, 312.
 - Eutanasia activa: 162.
 - Muerte digna: 162.
 - Prisión preventiva: 221.
 - Suicidio asistido: 162.
 - Tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente,
 - consentimiento médico: 218.
 - Uso de marihuana con fines terapéuticos, amenaza de procesamiento y detención: 312.
- DERECHO A LA VIDA:** 76, 162, 218, 262, 273, 281, 288, 294, 303, 312.
 - Alcances: 76.
 - Ejecuciones extrajudiciales: 262, 273, 281.
 - Estupefacientes,
 - uso de marihuana con fines terapéuticos, restricciones: 312.
 - Eutanasia activa: 162.
 - Menores,
 - contagio de HIV por transfusión de sangre: 303.
 - Muerte digna,
 - enfermos terminales: 162.
 - pacientes embarazadas en fase terminal: 76.
 - Pena de muerte: 294.
 - Personas por nacer: 76.
 - Responsabilidad internacional del Estado: 262, 273, 281, 288, 294, 303.
 - Suicidio asistido: 162.
 - Tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente,
 - consentimiento médico: 218.
- DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR:** 11, 28, 273, 288.
 - Desaparición forzada de personas: 273, 288.
 - Menores: 288.
 - Técnicas de procreación médicamente asistida,
 - fecundación *in vitro*, prohibición: 11, 28.
- DERECHO ADMINISTRATIVO:** 53, 90, 97, 100, 146, 185, 189, 316.
 - Acto administrativo,
 - actos discrecionales, control judicial: 185.
 - actos particulares que reconocen pensiones,
 - revocación unilateral: 316.
 - Autonomismo,
 - división de competencias en materia educativa: 146.
 - división de competencias en materia tributaria: 90.
 - previsión de ingresos presupuestarios, principio de estabilidad presupuestaria: 90.
 - principio de lealtad institucional: 90.
 - reserva de ley orgánica y ordinaria: 146.
 - Concesiones,
 - uso del espectro electromagnético: 53.
 - Principio de no obligatoriedad de asistencia letrada: 97.
 - Reconocimiento recíproco de permisos de conducir entre Estados miembros de la UE: 100.
 - Regionalismo,
 - división de competencias, planificación urbana de los lugares de culto: 189.
- DERECHO AL HONOR:** 178, 180.
 - Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 178.
 - Injurias a la Corona: 180.
 - Interés público: 178.
 - Personalidades públicas históricas, publicaciones difamatorias: 178.
 - tolerancia al escrutinio público: 178.
- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD:** 11, 28, 72, 74.
 - Derechos reproductivos: 11, 28, 72, 74.
 - Fecundación *in vitro*,
 - prohibición: 11, 28.
 - Mujer: 72.
 - Parejas fértiles portadoras de enfermedades genéticas hereditarias: 72.
- DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA**

- PERSONALIDAD JURÍDICA:** 273, 288.
Menores: 288.
Responsabilidad internacional del Estado: 273, 288.
- DERECHO DE DEFENSA:** 43, 53, 97, 127, 213, 217, 221, 248, 258, 262, 273, 281, 288, 294, 303, 314, 316.
Asistencia letrada: 217.
Debido proceso: 43, 53, 97, 127, 213, 217, 221, 248, 258, 262, 273, 281, 288, 294, 303.
Debido proceso administrativo: 316.
Derecho a la tutela judicial efectiva: 213.
Derecho a las garantías y protección judiciales: 24, 258, 262, 273, 281, 288, 294.
Derecho a ser oído: 53, 97.
Derecho a un juicio justo: 127, 221, 248.
Derecho a un recurso efectivo: 258, 288, 314.
Garantías procesales: 127, 213, 217, 221, 262, 273, 288, 294.
Juicio por jurados, representatividad de pueblos originarios: 248.
Plazo razonable: 53, 221, 258, 262, 281, 288, 294, 303.
Presunción de inocencia: 213.
Principio de no autoincriminación: 217.
Responsabilidad internacional del Estado: 258, 262, 273, 281, 288, 294, 303.
- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA:** 69, 93, 94, 96, 97, 100, 101, 104.
Bienestar animal, tenencia y uso de animales salvajes en circos y exposiciones itinerantes, prohibición: 69.
Consumidores: 94, 96.
Cooperación judicial en materia civil: 101.
Derecho de defensa, derecho a ser oído, alcance: 97.
Derecho Internacional Privado, juez competente, responsabilidad parental: 101.
Embrión humano, concepto: 93, utilización con fines industriales o comerciales: 93.
Estupefacientes, conducción de vehículos bajo la influencia de estupefacientes, sanciones contravencionales dispares entre los Estados miembros: 100.
Libre circulación de bienes y servicios, restricciones en aras del interés público: 69.
Mercado de capitales, operaciones con información privilegiada, prohibición: 104.
Propiedad intelectual, marcas y patentes: 93.
Reconocimiento recíproco de permisos de conducir entre Estados miembros: 100.
- DERECHO DE PROPIEDAD:** 53, 235, 273.
Espectro radioeléctrico, naturaleza jurídica: 53.
Pueblos originarios, tierras colectivas, penas de destierro y confiscación: 235.
Responsabilidad internacional del Estado: 273.
- DERECHO DE REUNIÓN:** 43.
- DERECHO DEL TRABAJO:** 106, 120, 171.
Convenios colectivos, derecho a la negociación colectiva: 106.
Derecho a la asociación sindical, condiciones de trabajo que importan discriminación de trabajadores sindicalizados: 106.
Derecho al descanso, días sábados: 171.
Discriminación por causa de embarazo: 120.
Principio de no discriminación e igualdad de trato: 106, 120.
Salud y seguridad ocupacional: 171.
- DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:** 101, 124.
Arbitraje: 124.
Juez competente, cláusulas convencionales de jurisdicción: 124, cláusulas de arbitraje, competencia subsidiaria del tribunal arbitral: 124, responsabilidad parental: 101.
Menores, interés superior: 101, residencia habitual: 101.
Tratados bilaterales de inversión: 124.
- PÚBLICO Y HUMANITARIO:** 97, 262, 273, 294.
Conflictos armados, combatientes *hors de combat*: 262.
Crímenes contra la humanidad, ejecuciones extrajudiciales masivas: 273.
Extradición: 294.
Principio de no devolución: 97, 294.
Responsabilidad internacional del Estado: 262, 273, 294.
- DERECHO PENAL:** 127, 235, 294, 322.
Agente provocador: 127.
Instigador: 127.
Pena de muerte: 294.
Penas, confiscación: 235, destierro: 235.
Penas accesorias, privación de la nacionalidad en condenas por actos de terrorismo: 322.
Terrorismo: 322.
- DERECHO TRIBUTARIO:** 90.
Impuesto sobre depósitos bancarios, doble imposición autonómica y estatal: 90.
- DERECHOS DE AUTOR:** 228.
Autorización del artista-intérprete para la comercialización de su obra, sujetos exceptuados: 228.
- DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES:** 80, 130.
Derecho a una vivienda digna, alcance: 130, contenido: 130, créditos fiscales para la construcción de viviendas destinadas a personas de bajos recursos, asignación con base en criterios

- discriminatorios: 80.
desarrollo jurisprudencial: 130.
- DERECHOS POLÍTICOS:** 43.
Derecho de defender la democracia: 43.
- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:**
273, 281, 288.
Menores: 273, 288.
Responsabilidad internacional del Estado:
273, 281, 288.
- DIGNIDAD HUMANA:** 74, 196, 235.
Embriones: 74.
Presos: 196.
Pueblos originarios: 235.
- EDUCACIÓN:** 135, 141, 143, 146, 185, 193, 303, 314.
Autonomismo,
división de competencias en materia
educativa: 146.
Derecho a la educación,
concepto jurisprudencial: 135.
Derecho a la igualdad,
menores enfermos de HIV: 303.
Establecimientos educativos,
escuelas católicas,
injerencia estatal en el modo de
impartir la enseñanza de la
religión: 185.
escuelas de lengua minoritaria,
derecho a la igualdad: 193.
exclusión de personas con enfermedades
transmisibles: 303, 314.
universidades,
debido proceso administrativo: 135.
discriminación inversa en el acceso a
los órganos de gobierno: 146.
doctorado,
mala praxis científica: 141.
revocación de título por falta de
mérito: 141.
fusión: 143.
libertad académica: 143, 146.
libertad de creación de centros
docentes: 146.
libertad de enseñanza: 143, 146.
libertad de investigación científica:
143.
principio de autonomía universitaria:
135, 143, 146.
Libertad religiosa: 185.
Minorías lingüísticas,
derecho a la educación en la lengua
minoritaria: 193.
Responsabilidad internacional del Estado:
303.
- ESTUPEFACIENTES:** 100, 312.
Conducción de vehículos bajo la influencia de
estupefacientes,
sanciones contravencionales: 100.
Uso de marihuana con fines terapéuticos,
restricciones: 312.
- EUTANASIA:** 76, 162.
Eutanasia activa: 162.
Eutanasia pasiva: 76.
Muerte digna,
enfermos terminales: 162.
pacientes embarazadas en fase terminal,
tratamientos de soporte vital: 76.
Suicidio asistido,
prohibición: 162.
- EXTRADICIÓN:** 294.
Pena de muerte: 294.
Principio de no devolución: 294.
- EXTRANJEROS:** 97, 164, 294.
Derecho a la igualdad,
trato diferenciado entre refugiados y
extranjeros con permiso de
residencia: 164.
Extradición: 294.
Inmigrantes: 97, 164.
Principio de no devolución: 97, 294.
Refugiados: 164.
Retorno de extranjeros residentes en situación
irregular: 97.
Seguridad social,
subsídios para personas con discapacidad,
exclusión de extranjeros con permiso
de residencia: 164.
- FAMILIA:** 101, 167, 169.
Acciones de filiación,
reconocimiento de paternidad,
denegación judicial: 167.
Derecho a la protección de la familia: 169.
Menores,
interés superior: 101, 167, 169.
residencia habitual: 101.
tutela,
ejercicio por los abuelos: 169.
Responsabilidad parental,
alimentos,
juez competente: 101.
- FEDERALISMO:** 171.
Función legislativa,
delegación de competencias: 171.
facultades concurrentes y exclusivas: 171.
- HÁBEAS CORPUS:** 43, 273, 288, 294.
HÁBEAS DATA: 232.
Derecho a la autodeterminación informativa:
232.
- INCAPACES:** 218.
Incapacidad procesal,
enfermos mentales,
derecho a la libertad personal: 218.
derecho a la seguridad personal: 218.
derecho a la vida: 218.
tratamiento involuntario dispuesto
judicialmente,
consentimiento médico: 218.
- INMIGRANTES:** 97, 164.
Derecho a la igualdad,
trato diferenciado entre refugiados y
extranjeros con permiso de
residencia: 164.
Principio de no devolución: 97.
Refugiados: 164.
Retorno de inmigrantes residentes en
situación irregular: 97.
Seguridad social,
subsídios para personas con discapacidad,
exclusión de extranjeros con permiso
de residencia: 164.
- INMUNIDADES E INDEMNIDADES:** 176.
Inmunidad parlamentaria,
excepciones: 176.
material de contenido pornográfico:

- infantil secuestrado en el domicilio de un parlamentario: 176.
- JUBILACIONES Y PENSIONES:** 316.
Revocación unilateral: 316.
- JUECES:** 43.
Inamovilidad: 43.
Independencia: 43.
Libertad de expresión,
restricciones vinculadas con el ejercicio de la función jurisdiccional: 43.
- JUICIO POR JURADOS:** 213, 248.
Pueblos originarios,
representatividad: 248.
Reconducción del juez de los términos de un veredicto: 213.
- JURISDICCION Y COMPETENCIA:** 101, 124, 262.
Jurisdicción militar,
competencia para conocer en ejecuciones extrajudiciales: 262.
- Menores,
responsabilidad parental: 101.
Tratados bilaterales,
cláusulas convencionales de jurisdicción: 124.
cláusulas de arbitraje,
competencia subsidiaria del tribunal arbitral: 124.
- LEY:** 90, 141.
Conceptos jurídicos indeterminados,
interpretación: 141.
Principio de determinación normativa: 141.
Principio de irretroactividad: 90.
- LIBERTAD ACADÉMICA:** 143, 146.
- LIBERTAD DE ASOCIACIÓN:** 43, 106.
Derecho a la asociación sindical,
discriminación de trabajadores sindicalizados: 106.
- LIBERTAD DE CULTO:** 189.
Igualdad religiosa,
planificación urbana diferenciada de los lugares de culto según la confesión: 189.
Orden público: 189.
- LIBERTAD DE EJERCICIO PROFESIONAL:** 141.
Injerencia estatal,
proporcionalidad: 141.
- LIBERTAD DE ENSEÑANZA:** 143, 146.
Libertad de creación de centros docentes: 146.
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 43, 53, 178, 180.
Derecho al honor,
personalidades públicas históricas,
tolerancia al escrutinio público: 178.
Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 178.
Expresiones a favor de la democracia: 43.
Incitación al odio: 180.
Injerencia estatal *vs.* pluralismo: 53.
Injurias a la Corona: 180.
Interés público: 178.
Libertad de prensa,
publicaciones difamatorias: 178.
Restricciones en aras del orden público: 180.
Restricciones vinculadas con el ejercicio de la función jurisdiccional,
interpretación restrictiva: 43.
Restricciones vinculadas con la diversidad de opinión política: 53.
- LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA:** 143.
- LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN:** 180.
Libertad ideológica: 180.
- LIBERTAD DE PRENSA:** 178.
Derecho al honor,
personalidades públicas históricas,
tolerancia al escrutinio público: 178.
Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 178.
Interés público: 178.
Publicaciones difamatorias: 178.
- LIBERTAD RELIGIOSA:** 185, 189.
Educación,
establecimientos educativos católicos,
injerencia estatal en el modo de impartir la enseñanza de la religión: 185.
Igualdad religiosa,
planificación urbana diferenciada de los lugares de culto según la confesión: 189.
- MARCAS Y PATENTES:** 93, 229.
Biotecnología: 93, 229.
Objeto patentable,
ADN complementario: 229.
productos de la naturaleza: 229.
utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales: 93.
- MEDIOS DE COMUNICACIÓN:** 53.
Espectro electromagnético,
concesiones estatales para su uso: 53.
Injerencia estatal *vs.* pluralismo: 53.
Radiodifusión televisiva: 53.
Restricciones vinculadas con la diversidad de opinión política: 53.
- MENORES:** 76, 101, 167, 169, 273, 288, 303.
Acciones de filiación,
reconocimiento de paternidad,
denegación judicial: 167.
Derecho a la educación: 303.
Derecho a la identidad: 288.
Derecho a la igualdad: 303.
Derecho a la integridad personal: 303.
Derecho a la protección de la familia: 288.
Derecho a la salud: 303.
Derecho a la vida: 303.
Derecho a la vida privada y familiar: 288.
Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: 288.
Desaparición forzada de personas: 273, 288.
Interés superior: 76, 101, 167, 169.
Menores enfermos de HIV: 303.
Personas por nacer,
derecho a la vida: 76.
Residencia habitual: 101.
Tutela,
ejercicio por los abuelos: 169.
- MERCADO DE CAPITAL:** 104.
Deber de transparencia,
operaciones con información privilegiada,
prohibición en el marco de la UE: 104.

- Operaciones financieras que pueden influir en la cotización de instrumentos financieros: 104.
- MINORÍAS:** 193.
Derecho a la igualdad: 193.
Minorías lingüísticas,
derecho a la educación en su lengua: 193.
- MUERTE DIGNA:** 76, 162.
Enfermos terminales: 162.
Eutanasia activa: 162.
Eutanasia pasiva: 76.
Pacientes embarazadas en fase terminal,
tratamientos de soporte vital: 76.
Suicidio asistido,
prohibición: 162.
- MUJER:** 72, 120.
Derecho a la igualdad: 72.
Derecho al libre desarrollo de la personalidad,
derechos reproductivos: 72.
Discriminación por causa de embarazo en el ámbito laboral: 120.
Técnicas de procreación médicamente asistida,
diagnóstico genético preimplantacional,
exclusión de parejas fértiles
portadoras de enfermedades genéticas: 72.
- NACIONALIDAD:** 322.
Privación como efecto constitucional de una condena por actos de terrorismo: 322.
- ORDEN PÚBLICO:** 189.
Libertad de culto: 189.
- PENA DE MUERTE:** 294.
Extradición: 294.
Principio de no devolución: 294.
- PENAS:** 235, 294, 322.
Confiscación,
prohibición: 235.
Destierro,
prohibición: 235.
Pena de muerte: 294.
Penas accesorias en el ámbito constitucional,
privación de la nacionalidad en condenas por actos de terrorismo: 322.
Principio de proporcionalidad: 235, 322.
- PERSONAS CON DISCAPACIDAD:** 164, 218.
Derecho a la igualdad,
trato diferenciado entre refugiados y extranjeros con permiso de residencia: 164.
Derecho a la libertad personal: 218.
Derecho a la seguridad personal: 218.
Derecho a la vida: 218.
Enfermos mentales,
tratamiento involuntario dispuesto judicialmente,
consentimiento médico: 218.
Subsidios,
exclusión de extranjeros con permiso de residencia: 164.
- PODER LEGISLATIVO:** 176.
Inmunidades e indemnidades,
inmunidad parlamentaria,
material de contenido pornográfico infantil secuestrado en el domicilio de un
parlamentario: 176.
- PRESOS:** 196.
Derecho a la integridad personal: 196.
Derecho a la salud: 196.
Dignidad humana: 196.
Hacinamiento carcelario,
estándares mínimos de salubridad: 196.
- PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN NORMATIVA:** 141.
Conceptos jurídicos indeterminados,
interpretación: 141.
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** 43, 84.
Medidas disciplinarias,
arbitrariedad: 43.
Principio de legalidad procesal,
plazos legales,
interpretación: 84.
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** 141, 171, 185, 235, 303, 314, 322.
- PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD:** 69, 72, 74, 171, 185.
- PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*:** 213.
Anulación de una sentencia absolutoria y retroacción de las actuaciones frente a la violación del debido proceso: 213.
- PRISIÓN PREVENTIVA:** 221, 294.
Derecho a la libertad personal: 221, 294.
Derecho a la seguridad personal: 221.
Plazo razonable: 221, 294.
- PROCESO CIVIL:** 67, 210.
Costas procesales,
constitucionalidad: 67.
eximición: 67.
Legitimación activa,
interés legítimo: 210.
- PROCESO PENAL:** 84, 127, 176, 213, 217, 218, 221, 224, 248, 258, 273, 281, 288, 294, 303.
Allanamientos y registros,
inviolabilidad del domicilio: 176.
material de contenido pornográfico infantil secuestrado en el domicilio de un parlamentario: 176.
registro de información contenida en teléfonos celulares: 224.
Derecho de defensa: 127, 213, 217, 221, 248, 273, 281, 288, 294, 303.
Extradición: 294.
Garantías procesales: 127, 213, 217, 221, 273, 281, 288, 294, 303.
Incapacidad procesal por razón de alteraciones mentales,
tratamiento involuntario dispuesto judicialmente,
consentimiento médico: 218.
- Juicio por jurados,
reconducción del juez de los términos de un veredicto: 213.
representatividad de pueblos originarios: 248.
- Plazos legales,
interpretación: 84.
Presunción de inocencia: 213.
Principio de legalidad: 84.
Principio de no autoincriminación: 217.
Principio *non bis in idem*,
anulación de una sentencia absolutoria y retroacción de las actuaciones frente a la violación del debido

- proceso: 213.
 Prisión preventiva: 221, 294.
 Prueba,
 admisibilidad: 127, 217, 224.
 prueba confesional obtenida bajo
 tortura: 258.
- PROPIEDAD INDUSTRIAL**
 v. **MARCAS Y PATENTES.**
- PROPIEDAD INTELECTUAL:** 93, 228, 229.
 Derechos de autor: 228.
 Marcas y patentes,
 biotecnología: 93, 229.
 objeto patentable: 93, 229.
- PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES:** 232.
 Derecho a la autodeterminación informativa:
 232.
 Hábeas data: 232.
- PUEBLOS ORIGINARIOS:** 235, 248.
 Comunidades indígenas,
 autonomía,
 jurisdicción especial indígena: 235.
 Derecho a la autodeterminación: 235.
 Derecho a la identidad,
 principio de diversidad étnica y cultural:
 235.
 Derecho de defensa,
 derecho a un juicio justo: 248.
 Derecho de propiedad,
 tierras colectivas,
 penas de destierro y confiscación:
 235.
 Dignidad humana: 235.
 Juicio por jurados,
 representatividad: 248.
- REFUGIADOS:** 164.
 Seguridad social,
 subsidios para personas con discapacidad,
 trato diferenciado entre refugiados y
 extranjeros con permiso de
 residencia: 164.
- REGIONALISMO:** 189.
 División de competencias,
 planificación urbana de los lugares de
 culto: 189.
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:** 256.
 Violaciones a los derechos humanos
 perpetradas por agentes estatales,
 beneficios pecuniarios de carácter
 asistencial a las víctimas: 256.
 responsabilidad extracontractual,
 daño moral,
 reparación: 256.
- RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL
 ESTADO:** 43, 258, 262, 273, 281, 288,
 294, 303.
 Crímenes contra la humanidad: 273.
 Debido proceso: 43, 258, 262, 273, 281,
 288, 294, 303.
 Derecho a la educación: 303.
 Derecho a la identidad: 288.
 Derecho a la integridad personal: 262, 273,
 281, 288, 294, 303.
 Derecho a la libertad personal: 273, 281, 288,
 294.
 Derecho a la protección de la familia: 288.
 Derecho a la vida: 262, 273, 281, 288, 294,
 303.
 Derecho a la vida privada y familiar: 273,
 288.
 Derecho al reconocimiento de la personalidad
 jurídica: 273, 288.
 Derecho de defensa: 43, 258, 262, 273, 281,
 288, 294, 303.
 Derecho de propiedad: 273.
 Derecho de reunión: 43.
 Derechos políticos: 43.
 Desaparición forzada de personas: 273, 281,
 288.
 Jueces,
 inamovilidad: 43.
 independencia: 43.
 Libertad de asociación: 43.
 Libertad de expresión: 43.
 Obligaciones positivas: 288.
 Pena de muerte: 294.
 Principio de legalidad: 43.
 Salud pública: 303.
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y
 degradantes: 258, 281, 294.
- SALUD:** 11, 28, 72, 74, 94, 196, 303, 312, 314.
 Consumidores,
 productos defectuosos,
 marcapasos y desfibriladores
 automáticos implantables: 94.
 riesgo de lesión corporal: 94.
 Enfermos de HIV: 303.
 Estupefacientes,
 marihuana,
 uso con fines terapéuticos: 312.
 Menores: 303.
 Presos,
 hacinamiento carcelario,
 estándares mínimos de salubridad:
 196.
 Salud pública,
 control de enfermedades transmisibles,
 donación de sangre,
 transmisión de HIV: 303.
 exclusión de enfermos de
 establecimientos educativos:
 303, 314.
 obligación del Estado de supervisión y
 fiscalización: 303.
 responsabilidad internacional del Estado:
 303.
 SIDA: 303.
 Técnicas de procreación médicamente asistida,
 crioconservación de embriones: 74.
 diagnóstico genético preimplantacional,
 eliminación de embriones
 supernumerarios o afectados por
 enfermedades genéticas: 74.
 exclusión de parejas fértiles
 portadoras de enfermedades
 genéticas: 72.
 selección de embriones con fines
 eugenésicos: 74.
 fecundación *in vitro*,
 prohibición: 11, 28.
- SEGURIDAD JURÍDICA:** 90.
SEGURIDAD SOCIAL: 164, 316.
 Derecho a la igualdad en el otorgamiento de
 subsidios,
 trato diferenciado entre refugiados y
 extranjeros con permiso de
 residencia: 164.

- Inmigrantes,
 subsidios para personas con discapacidad,
 exclusión de extranjeros con permiso
 de residencia: 164.
- Jubilaciones y pensiones,
 revocación unilateral: 316.
- SENTENCIA:** 106.
 Efecto *inter comunis*: 106.
- SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA:**
 185, 189.
 Concordatos,
 trato diferencial respecto de confesiones
 que no hayan suscripto un acuerdo
 regulador de sus relaciones con
 el Estado: 189.
- Educación,
 injerencia estatal en el modo de impartir
 la enseñanza de la religión: 185.
- Estado laico,
 igualdad religiosa: 189.
 libertad religiosa,
 injerencia estatal indebida en la
 imposición de enseñanza laica:
 185.
- Libertad de culto,
 planificación urbana diferenciada de los
 lugares de culto según la confesión:
 189.
- SIDA:** 303.
 Menores,
 exclusión de establecimientos educativos:
 303.
 Transmisión por donación de sangre,
 responsabilidad internacional del Estado:
 303.
- SOCIEDADES:** 104.
 Deber de transparencia: 104.
 Información privilegiada,
 prohibición: 104.
 Operaciones financieras que pueden influir
 en la cotización de instrumentos
 financieros: 104.
- TERRORISMO:** 322.
 Efectos de una condena por actos de
 terrorismo,
 privación de la nacionalidad,
 constitucionalidad: 322.
 Interés público: 322.
- TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES,
 INHUMANOS Y DEGRADANTES:** 258,
 281, 294.
 Desaparición forzada de personas: 281.
 Prueba confesional obtenida bajo tortura:
 258.
 Responsabilidad internacional del Estado:
 258, 281, 294.
- TRATADOS:** 124.
 Tratados bilaterales de inversión,
 cláusulas convencionales de jurisdicción:
 124.
 cláusulas de arbitraje: 124.
- UNIVERSIDADES:** 135, 141, 143, 146.
 Debido proceso administrativo,
 errores administrativos: 135.
 Derecho a la igualdad,
 discriminación inversa en el acceso a los
 órganos de gobierno: 146.
 Doctorado,
 mala praxis científica: 141.
 revocación de título por falta de mérito:
 141.
 Fusión: 143.
 Libertad académica: 143, 146.
 Libertad de creación de centros docentes:
 146.
 Libertad de enseñanza: 143, 146.
 Libertad de investigación científica: 143.
 Principio de autonomía universitaria: 135,
 143, 146.
 Universidades privadas: 146.
- VIVIENDA:** 80, 130.
 Derecho a una vivienda digna,
 alcance: 130.
 contenido: 130.
 créditos fiscales para la construcción de
 viviendas destinadas a personas de
 bajos recursos,
 asignación con base en
 criterios discriminatorios:
 80.
 desarrollo jurisprudencial: 130.

