

investigaciones



[2017]



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. Sebastián Galdós

Dra. Marisol Rodríguez

Dra. Andrea S. Bartos

Trad. Laureana Cayuso

Corrección

Dra. Carolina Mozo Sartorio

*Diseño y fotografía de tapa
y diagramación de interiores*

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
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 [2017]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Vicepresidenta

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

Ministros

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Horacio Daniel Rosatti

Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz

investigaciones [2017]

SUMARIO
-Buenos Aires, 2017. Año XXI-

Secciones	Páginas
JURISPRUDENCIA	9/320
ÍNDICES	323/334

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

JURISPRUDENCIA

investigaciones

BIOÉTICA. DERECHO PENAL. ABORTO. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO DURANTE EL PRIMER TRIMESTRE DE GESTACIÓN. **MUJER. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN.** AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA. **DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.** DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. **DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN SEXUAL. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PROCESO PENAL.** PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDENCIA. REQUISITOS. **HÁBEAS CORPUS (BRASIL).**

1. Antecedentes del caso: el 14 de marzo de 2013, médicos y enfermeros de una clínica clandestina ubicada en las afueras de Río de Janeiro fueron detenidos *in fraganti* por la presunta práctica de los delitos de aborto con el consentimiento de la gestante (art. 126 del Código Penal –CP–) y de constitución de banda (art. 288 CP). Una semana después, les fue concedida la libertad provisional. El 25 de febrero de 2014, la Cámara Criminal proveyó el recurso interpuesto por el Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro para decretar la prisión preventiva de los imputados fundándose en la garantía del orden público y en la necesidad de asegurar la aplicación de la ley penal. La defensa interpuso recurso de hábeas corpus ante el Supremo Tribunal de Justicia, el cual no fue concedido. Se interpuso entonces recurso de hábeas corpus ante el Supremo Tribunal Federal, alegando que no se encuentran verificados los requisitos necesarios para decretar la prisión preventiva en términos del art. 312 del Código Procesal Penal (CPP).

2. Sentencia: se concede de oficio la orden de hábeas corpus a fin de dejar sin efecto la prisión preventiva de los detenidos, extendiéndose la decisión a los otros imputados.

Falta de los requisitos exigidos por el art. 312 CPP para decretar la prisión preventiva

En el presente caso, no concurren los requisitos exigidos por el art. 312 CPP para decretar la prisión preventiva, a saber, la presencia de un peligro para el orden público o económico, la conveniencia para la instrucción criminal o la necesidad de asegurar la aplicación de la ley penal. Además, la prisión preventiva se torna aún más injustificable al constatar que los imputados son médicos con buenos antecedentes; tienen trabajo y residencia fija; han comparecido debidamente a los actos de instrucción del proceso, y, en caso de condena, cumplirán la pena en régimen abierto.

Inconstitucionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre

A fin de conformarse a la Constitución, la penalización de determinada conducta exige que esté en juego la protección de un bien jurídico relevante, que el comportamiento inculcado no implique el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y que exista proporcionalidad entre la acción manifestada y la reacción del Estado.

En el presente caso, está en discusión la tipificación penal del delito de aborto voluntario (arts. 124 a 126 CP), que castiga tanto el aborto provocado por la gestante como por terceros con el consentimiento de esta. El bien jurídico protegido –la vida potencial del feto– es evidentemente relevante. Por ello, la penalización del aborto en el primer trimestre de gestación viola varios derechos fundamentales de la mujer así como el principio de proporcionalidad.

Conviene aquí establecer una premisa importante: el aborto es una práctica que ha de evitarse debido a las complejidades físicas, psíquicas y morales que implica. Por ello, el Estado y la sociedad deben actuar ofreciendo educación sexual, distribuyendo métodos anticonceptivos y brindando amparo a la mujer que desee dar a luz a su hijo y se encuentre en circunstancias adversas. De allí que afirmar la incompatibilidad de la penalización con la Constitución no implica una defensa de su difusión. Por el contrario, lo que se pretende es que sea infrecuente y seguro.

1. Violación de los derechos fundamentales de la mujer

La relevancia y la sensibilidad de la materia examinada justifican una breve incursión en la teoría general de los derechos fundamentales. La historia de la humanidad es la historia de la afirmación del individuo frente al poder político, económico y religioso, dado que este último procura conformar la moral social dominante. El producto de este enfrentamiento milenar son los derechos fundamentales, entendidos como derechos humanos incorporados al ordenamiento constitucional.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los derechos fundamentales pasaron a ser tratados como una emanación de la dignidad humana, en consonancia con una de las proposiciones del imperativo categórico kantiano: toda persona debe ser tratada como un fin en sí mismo, y no como medio para satisfacer intereses de otros o intereses colectivos. Dignidad significa, desde el punto de vista subjetivo, que todo individuo tiene autonomía y un valor intrínseco.

Característica esencial de los derechos fundamentales es que son oponibles a las mayorías políticas, es decir que funcionan como límite al legislador y al poder constituyente reformador. Asimismo, están dotados de aplicabilidad directa e inmediata, circunstancia que legitima la actuación de la jurisdicción constitucional para su protección, tanto en caso de acción como de omisión legislativa.

Los derechos fundamentales están sujetos a límites inmanentes y a restricciones expresas. Eventualmente, pueden chocar entre sí o con principios constitucionales o fines estatales. Tanto en los casos de restricción como en los de colisión, la solución de las situaciones concretas deberá valerse del principio instrumental de razonabilidad o proporcionalidad.

La finalidad del principio de proporcionalidad es asegurar la razonabilidad sustantiva de los actos estatales, su equilibrio o justa medida. En una palabra, su justicia. La proporcionalidad, junto con la idea de ponderación, es incapaz de ofrecer por sí misma la solución material del problema planteado. Pero la una y la otra coadyuvan a estructurar la argumentación de una manera racional, permitiendo la comprensión del *iter* lógico recorrido y, en consecuencia, el control intersubjetivo de las decisiones.

En el mundo democrático y desarrollado, domina la percepción de que la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo afecta gravemente varios derechos fundamentales de las mujeres, lo cual se refleja inevitablemente en la dignidad humana. El presupuesto del argumento presentado en este caso es que la mujer que se encuentra frente a esta trágica decisión –nadie supone que un aborto se hace por placer o diletantismo– no está en condiciones de que el Estado empeore aún más su situación mediante un proceso penal. En consecuencia, si la conducta de la mujer es legítima, no tiene sentido alguno incriminar al profesional de la salud que la viabiliza.

En relación con el *status* jurídico del embrión durante la fase inicial de la gestación, se observan dos posiciones antagónicas. Por un lado, se afirma que existe vida desde la concepción, es decir, desde que el espermatozoide fecunda al óvulo dando origen a la multiplicación de las células; por el otro, que antes de la formación del sistema nervioso central y de la presencia de rudimentos de conciencia –lo cual ocurre después del tercer mes de gestación–, todavía no es posible hablar de vida en su sentido más pleno.

No existe una solución jurídica para esta controversia. Dependerá siempre de una elección religiosa o filosófica de respeto por la vida. Por ello, exista o no vida, lo que es indudable es que el embrión no tiene posibilidad de subsistir fuera del útero materno en esta fase de su formación, ya que dependerá totalmente del cuerpo de su madre. Esta premisa indiscutible subyace a los conceptos que se exponen a continuación.

Violación de la autonomía de la mujer

La penalización del aborto viola, en primer lugar, la autonomía de la mujer, núcleo esencial de la libertad individual, protegida por el principio de dignidad humana. Un aspecto central de la autonomía de la mujer es el poder de controlar su propio cuerpo y de tomar decisiones tales como poner fin o no a su embarazo. ¿Cómo puede el Estado, a través de un delegado de la policía o de un juez imponer a una mujer, durante las primeras semanas de gestación, que lleve a término su embarazo, como si se tratara de un útero al servicio de la sociedad, y no de una persona autónoma, en el goce de la plena capacidad de ser, pensar y vivir su propia vida?

Violación del derecho a la integridad física y psíquica

El derecho a la integridad psico-física protege a los individuos contra injerencias indebidas y lesiones corporales y mentales. Además, se relaciona con el derecho a la salud y a la seguridad.

La integridad física resulta comprometida porque es el cuerpo de la mujer el que sufre las transformaciones, riesgos y consecuencias del embarazo. Aquello que se presenta como una bendición cuando se trata de un embarazo deseado, se transforma en un tormento cuando este es indeseado. La integridad psíquica, a su vez, se ve afectada por la asunción de una obligación para toda la vida, que exige renuncia, dedicación y compromiso profundo con otro ser. Tener un hijo

por determinación del derecho penal constituye una grave violación a la integridad física y psíquica de una mujer.

Violación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer

La penalización del aborto viola también los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, que incluyen el derecho a decidir si y cuando tener hijos sin discriminación, coerción ni violencia, y a acceder al mayor grado posible de salud sexual y reproductiva.

La sexualidad femenina, así como los derechos reproductivos, sufrieron milenios de opresión. El derecho de las mujeres a una vida sexual activa y placentera –tal como la de los hombres– todavía es objeto de tabúes, discriminación y preconcepciones, que, en parte, se fundamentan históricamente en el papel que la naturaleza reservó a las mujeres en el proceso reproductivo. Pero justamente porque la mujer lleva la carga del embarazo, su voluntad y sus derechos deben ser protegidos con mayor intensidad.

El tratamiento penal que se le ha dado al tema en Brasil mediante el Código Penal de 1940 afecta la capacidad de autodeterminación reproductiva de la mujer. Al quitársele la posibilidad de tomar decisiones sobre su maternidad sin coerciones, el Estado la obliga a llevar adelante un embarazo indeseado. Además, se perjudica su salud reproductiva, aumentado los índices de mortalidad materna y otras complicaciones relacionadas con la falta de acceso a la asistencia de salud adecuada.

Violación de la igualdad de género

La igualdad de género evita la jerarquización de los individuos y las disparidades infundadas, e impone la neutralización de las injusticias históricas, económicas y sociales, y el respeto por la diferencia. La histórica posición de subordinación de las mujeres institucionalizó la desigualdad socio-económica entre los géneros y promovió visiones excluyentes, discriminatorias y estereotipadas de la identidad femenina y su rol social. Existe, por ejemplo, una visión idealizada de la experiencia de la maternidad, que, sin embargo, en la práctica, para algunas mujeres puede convertirse en un peso. En la medida en que es la mujer quien soporta la carga total del embarazo, solo existirá plena igualdad cuando a ella se le reconozca el derecho a decidir llevarlo adelante o no. Como observó el Ministro Carlos Ayres Britto, valiéndose de la famosa frase del movimiento feminista, “si los hombres gestaran, no me cabe la menor duda de que el aborto sería despenalizado por completo”.

Discriminación social e impacto desproporcionado sobre las mujeres de pocos recursos

Finalmente, la tipificación penal también genera discriminación social, toda vez que perjudica en forma desproporcionada a las mujeres de escasos recursos, quienes no tienen acceso a médicos ni a clínicas particulares, ni pueden valerse del sistema público de salud para someterse a un aborto. Mediante la penalización del aborto, el Estado impide que la mujer se someta a un procedimiento médico seguro. Por ello, no es infrecuente que las mujeres de pocos recursos acudan a clínicas clandestinas

carentes de infraestructura médica o recurran a procedimientos precarios y primitivos que redundan en un alto riesgo de lesiones, mutilaciones y fallecimientos.

En suma, la penalización de la interrupción del embarazo en el primer trimestre vulnera el núcleo esencial de varios derechos fundamentales de la mujer y, en consecuencia, implica una restricción que excede límites constitucionalmente aceptables.

2. Violación del principio de proporcionalidad

El Código Penal brasileño data de 1940. A pesar de haber sufrido innumerables actualizaciones a lo largo de los años, lo cierto es que los delitos aquí mencionados –arts. 124 a 126– conservan su redacción original. Por otra parte, la decisión del Supremo Tribunal Federal en la ADPF n° 54 (ADPF, por *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, acción que se promueve para reparar la lesión a un derecho fundamental ocasionado por un acto del poder público, incluidos actos anteriores a la promulgación de la Constitución), que despenalizó la interrupción del embarazo en caso de fetos anencefálicos, constituyó una prueba del desfasaje de la legislación en relación con los valores contemporáneos. De allí que la cuestión del aborto dentro del tercer trimestre de embarazo deba ser revisada a la luz de los nuevos valores constitucionales trazados por la Constitución de 1988, así como de las transformaciones en las costumbres y una perspectiva más cosmopolita.

La tipificación penal será justificable si: (i) la tutela del derecho a la vida del feto fue adecuada (adecuación); (ii) no existe otro medio que proteja igualmente ese bien jurídico y que sea menos lesivo de los derechos de las mujeres (necesidad), y (iii) la tipificación se justifica a partir de un análisis costo-beneficio (proporcionalidad en sentido estricto).

Subprincipio de adecuación

Conviene analizar si, y en qué medida, la penalización protege la vida del feto. Es notorio que las tasas de abortos realizados en los países en los que el aborto está permitido son muy semejantes a las de los países en que es ilegal. Un estudio reciente del *Guttmacher Institute* y de la Organización Mundial de la Salud demuestra que la penalización no produce un impacto relevante en el número de abortos. Por el contrario, mientras que la tasa anual de abortos en los países en que es legal es del 34 ‰ de mujeres en edad reproductiva, en los países en que el aborto es penalizado, la tasa sube a 37 ‰. Además, se estima que entre 2010 y 2014, en el mundo se realizaron 56 millones de abortos voluntarios por año.

Lo cierto es que la penalización del aborto impacta en las mujeres que padecen complicaciones de salud o que mueren debido al procedimiento. Se trata, pues, de un problema de salud pública grave y oficialmente reconocido, que se acrecienta con la difusión del consumo de medicamentos para interrumpir el embarazo, que el poder público no puede impedir.

Por ello, en la práctica, la penalización del aborto resulta ineficaz cuando de proteger el derecho a la vida del feto se trata. Desde el punto de vista penal, constituye apenas un reproche “simbólico” de la conducta. Pero desde el punto de vista médico, tiene un efecto perverso sobre las mujeres de bajos recursos, privadas de

asistencia. Es preciso dejar bien en claro que el reproche moral del aborto por parte de grupos religiosos o de otra índole es perfectamente legítimo. Todos tienen derecho a expresarse y a defender dogmas, valores o convicciones.

En los temas moralmente decisivos, el papel que le cabe al Estado no es tomar partido o imponer una visión, sino permitir que las mujeres puedan elegir de forma autónoma. El Estado debe estar del lado de quien desea tener a su hijo tanto como de quien no lo desea.

La penalización del aborto, pues, es incapaz de evitar la interrupción del embarazo y, en consecuencia, resulta una medida de dudosa adecuación para la tutela de la vida del feto. Es preciso reconocer, tal como lo hizo el Tribunal Federal alemán, que, considerando “el sigilo relativo al feto, su impotencia y su dependencia y vínculo único con la madre, las chances del Estado de protegerlo serían mayores trabajando junto a la madre” y no tratando a la mujer que desea abortar como una delincuente.

Subprincipio de necesidad

En relación con este principio, es preciso comprobar la existencia de un medio alternativo a la penalización, que proteja el derecho a la vida del feto, pero que ocasione una menor lesión a los derechos de las mujeres.

A este respecto, cabe reconocer que hay otros instrumentos eficaces para proteger los derechos del feto y que, simultáneamente, son menos lesivos de los derechos de la mujer.

Una política alternativa a la penalización implementada con éxito en varios países desarrollados del mundo es la despenalización del aborto en el primer trimestre, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos procedimentales que ayuden a la gestante a tomar una decisión. En Alemania, por ejemplo, la embarazada que pretende abortar debe someterse a una consulta de asesoramiento y a un período de reflexión previo de tres días. Procedimientos semejantes también están previstos en Portugal, Francia y Bélgica.

Asimismo, el Estado debe actuar sobre los factores económicos y sociales que causan el embarazo indeseado o que llevan a las mujeres a abortar. Las dos razones más comúnmente invocadas son la imposibilidad de costear la crianza de los hijos y el drástico cambio en la vida de la madre, que, por ejemplo, la llevaría a perder oportunidades laborales. En estas situaciones, es importante la existencia de una red de apoyo a la embarazada y a su familia, tal como el acceso a guarderías infantiles y el derecho a la asistencia social. Además, un porcentaje de los embarazos no planeados está relacionado con la falta de información y de acceso a los métodos anticonceptivos. Ello puede ser revertido, por ejemplo, mediante programas de planificación familiar, distribución gratuita de anticonceptivos, asistencia especializada a la embarazada y educación sexual.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

En relación con este subprincipio, es preciso verificar si las restricciones a los derechos fundamentales de las mujeres que derivan de la penalización resultan o no compensadas por la protección de la vida del feto.

Cabe reconocer que el peso concreto del derecho a la vida del feto varía de acuerdo con la etapa de su desarrollo en la gestación. El grado de protección constitucional del feto resulta ampliado en la medida en que la gestación avanza y que el feto adquiere viabilidad extrauterina, adquiriendo progresivamente mayor peso concreto. Sopesando los costos y beneficios de la penalización, se hace evidente la ilegitimidad constitucional de la tipificación penal de la interrupción voluntaria de la gestación por violación de los derechos fundamentales de las mujeres y por generar costos sociales (problemas de salud pública y muertes) muy superiores a los beneficios de la penalización.

Tal como declaró la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Roe v. Wade*, el interés del Estado en la protección de la vida prenatal no supera el derecho fundamental de la mujer a someterse a un aborto. En ese mismo sentido, se ubica la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Canadá, que declaró la inconstitucionalidad del artículo del Código Penal que penalizaba el aborto por violación del principio de proporcionalidad. De acuerdo con esta Corte, al impedir que la mujer tome la decisión de interrumpir su embarazo en todas sus etapas, el legislador habría caído en un error al no establecer un estándar capaz de equilibrar, de forma justa, los intereses del feto y los derechos de la mujer.

Por último, nótese que prácticamente ningún país democrático y desarrollado del mundo –Alemania, Estados Unidos de América, Reino Unido, Canadá, Francia, Italia, España, Portugal, Holanda y Australia, por ejemplo– trata la interrupción del embarazo en el primer trimestre como un delito. En efecto, durante este período, el córtex cerebral –que permite que el feto desarrolle sentimientos y racionalidad– aún no se encuentra formado, ni tiene el feto posibilidad de vida fuera del útero materno. Por todo ello, es preciso conferir una interpretación de los arts. 124 y 126 CP conforme a la Constitución, a fin de excluir de su ámbito de incidencia la interrupción voluntaria del embarazo efectuada en el primer trimestre.

En el presente caso, toda vez que el Código Penal data de 1940 –fecha muy anterior a la Constitución de 1988– y la jurisprudencia de este Tribunal no admite la declaración de inconstitucionalidad de una ley anterior a la Constitución, las disposiciones del Código Penal señaladas no pueden ser aceptadas por la Constitución. Como consecuencia, en razón de la no incidencia del tipo penal imputado a los acusados (la interrupción voluntaria del embarazo llevada a cabo en el primer trimestre), se presenta una duda fundada sobre la existencia misma del delito, lo cual remueve la presencia del requisito indispensable para decretar la prisión preventiva en términos del art. 312 CPP.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, hábeas corpus 124.306, sentencia del 29-11-2016, en <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.



BIOÉTICA. FECUNDACIÓN *POST-MORTEM*. **FAMILIA.** DERECHOS DE LOS PADRES *VERSUS* DERECHOS DE LA VIUDA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE ESPERMA CONGELADO DEL FALLECIDO (ISRAEL).

1. Antecedentes del caso: en una sentencia dictada por el Tribunal de Distrito de Lod, Israel, se resolvió que la mitad de los 19 tubos de espermia congelado extraído de un hombre poco después de su muerte –a solicitud de su viuda– pertenecía a sus padres.

La viuda, quien después del fallecimiento de su cónyuge en 2004 había tenido dos hijos con una nueva pareja, interpuso un recurso de apelación contra dicha decisión ante la Suprema Corte de Israel, en el marco de una demanda contra los padres de su difunto cónyuge, el Procurador General y el hospital donde se conservaban los tubos con el espermia congelado. Alegó que los padres de su difunto cónyuge no tenían –conforme a lo dispuesto por la Directiva n° 12202/2003 sobre extracción *post-mortem* de espermia (Directiva)– derecho alguno sobre el espermia congelado. Asimismo, aclaró que el fallecido no deseaba tener hijos que no pudiera criar ni hijos nacidos por inseminación artificial de otra mujer.

Los padres del fallecido, por su parte, afirmaron que en tanto y en cuanto la viuda no deseaba hacer uso del espermia congelado, no tenía derecho a oponerse a la petición que ellos habían presentado para que otra mujer fuera inseminada con dicho espermia. En su opinión, solo el Procurador General tenía derecho a oponerse. Asimismo, alegaron que la Directiva –al no reconocer a los padres el derecho a decidir sobre el uso del espermia extraído de su difunto hijo– no se adecuaba a los cambios en el ámbito familiar que imponen los tiempos actuales. Por último, sostuvieron que el argumento esgrimido por la viuda de que el fallecido no deseaba tener hijos que no pudiera criar contradecía el consentimiento que ella había prestado para la extracción *post-mortem* del espermia.

En primera instancia, el Procurador General rechazó la petición de los padres del fallecido. Reiteró que los objetivos de la Directiva eran el respeto a la voluntad del fallecido y a la de su cónyuge. Por ello, ante la falta de una declaración expresa del cónyuge fallecido (que en el momento de su muerte estaba casado), consideró razonable exigir un estándar más alto en la apreciación de la prueba tendiente a determinar la presunta voluntad de aquel de traer hijos al mundo después de su muerte utilizando su espermia para inseminar a una mujer que no fuera su esposa. Asimismo, sostuvo que cabría aplicar una norma diferente en el caso de una solicitud de los padres de una persona fallecida que al momento de su muerte no hubiera estado casada.

En octubre de 2016, el Estado notificó a la Suprema Corte de un memorándum proveniente del Ministerio de Salud relativo a un proyecto de ley sobre bancos de espermia a ser presentado ante el Parlamento para su consideración. El memorándum propone la reglamentación de todas las actividades desarrolladas por los bancos de espermia en Israel, e incluye un capítulo relativo a la “congelación de espermia para su uso futuro” y otro relacionado con la “extracción y uso del espermia de persona fallecida”. De conformidad con el art. 70(2) del memorándum, a falta de una declaración escrita por el fallecido, “solo su esposa o su pareja estable pueden ser

fecundadas o inseminadas con su esperma...”. Asimismo, el memorándum establece que “los parientes del fallecido, con excepción de su esposa o pareja estable, no tendrán derecho alguno sobre la extracción o el uso de su esperma, a menos que el fallecido fuera soltero o no tuviera una pareja estable en el momento de su deceso, o hubiera dejado instrucciones por escrito al respecto”.

2. Sentencia: se acoge la apelación interpuesta.

El Procurador General solicitó a esta Corte que no se expida sobre el presente caso hasta la finalización del proceso legislativo. Sin embargo, tomando en consideración el tiempo que ha requerido el trámite del proceso, el carácter sensible de la cuestión y la importancia de resolverlo en un plazo razonable, no se hace lugar a dicha solicitud.

Voto concurrente de la Ministra Esther Hayut y de otros tres Ministros

La solicitud presentada por los padres del fallecido de recibir y utilizar el esperma fundándose en el derecho que les asiste en su carácter de abuelos debe ser rechazada. En efecto, salvo pocas excepciones, la ley israelí no reconoce derechos a los abuelos sobre los nietos, siempre y cuando los hijos y sus esposas estén vivos y sean jurídicamente capaces. De ser reconocidos, los derechos de los abuelos –como el derecho a estar en contacto con los nietos– existen solamente en relación con los nietos ya nacidos. Los abuelos no tienen derecho a exigir el nacimiento de un nieto. Por otra parte, en relación con el reconocimiento de la presunta voluntad del fallecido, la jurisprudencia israelí y la Directiva han abierto una brecha sin precedentes en el mundo, dado que en muchos países la extracción y utilización del esperma *post-mortem* está prohibida. Después de analizar los comentarios de los especialistas respecto de los temas éticos presentes y tomando en consideración lo novedoso de la posición jurídica israelí sobre el asunto, con excepción de casos particulares –entre los cuales no figura el presente–, los padres no se encuentran legitimados para esclarecer la voluntad de su difunto hijo si este tenía una pareja estable.

Disidencia del Ministro Hanan Melcer

Ante la ausencia de legislación, la Corte debe analizar el presente caso con arreglo a las disposiciones de la Ley Fundamental: Jerusalén, Capital de Israel, de 1980 (*Foundations of Law*, ley 5780-1980), basándose en la jurisprudencia, en el análisis, o de conformidad con los “principios de libertad, justicia, rectitud y paz de la herencia de Israel”.

Sea que el fallecido expresó su voluntad de ejercer ciertos derechos durante su vida, o que tal voluntad pueda serle atribuida, con base en principios derivados por analogía con la legislación que regula el final de la vida, la herencia y la ley judaica, así como en el análisis de sentencias anteriores de esta Corte, es posible llegar a la conclusión de que la misma ya ha reconocido el derecho a la paternidad fundándose en la necesidad de continuidad que emana de la dignidad y libertad humanas. En efecto, la Corte debe proteger el derecho del fallecido inclusive

después de su muerte y a veces también cuando la voluntad del fallecido está en conflicto con la de quienes viven aún.

SUPREMA CORTE DE ISRAEL, recurso en materia de familia n° 7141/15, sentencia del 22-12-2016, reseña del fallo por LEVUSH, Ruth, en <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/israel-parents-cannot-use-late-sons-frozen-sperm-against-widows-will/>>.



BIOÉTICA. MATERNIDAD SUBROGADA. CONTRATACIÓN. REQUISITO DE EXISTENCIA DE VÍNCULO GENÉTICO. CONSTITUCIONALIDAD. SALUD. ACCESO A LA SALUD REPRODUCTIVA. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. DIGNIDAD HUMANA. MENORES. DERECHO A CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO. INTERÉS SUPERIOR (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: AB es una mujer adulta que, entre 2001 y 2011, se sometió a dieciocho ciclos de fertilización *in vitro* (FIV), todos los cuales resultaron infructuosos. Dichos intentos pasaron por diferentes fases. Cuando tenía poco más de 40 años, AB utilizó sus propios óvulos y el espermatozoides de su esposo; luego, al quedarse sin óvulos propios, utilizó el espermatozoides de su esposo y óvulos de una donante anónima.

En 2002, después de veinte años de matrimonio, AB se divorció. Esta circunstancia, sin embargo, no afectó su voluntad de tener un hijo. Repitió en nueve oportunidades más el proceso de FIV con óvulos y espermatozoides de donantes anónimos. En 2009, cambió de clínica y se sometió a otros cinco ciclos de FIV; quedó embarazada en dos ocasiones, pero al poco tiempo sufrió abortos espontáneos. Entonces, se le informó que en sus condiciones, resultaba muy improbable o casi imposible que pudiera llevar adelante un embarazo exitoso a través de la FIV. AB, entonces, quedó permanente e irreversiblemente infértil en dos sentidos: por su incapacidad de proporcionar sus propios óvulos y por su imposibilidad de llevar a término un embarazo. Más adelante, por recomendación de su ginecólogo, se puso en contacto con una posible madre sustituta. Dada su situación de mujer sola, sin pareja, e imposibilitada de donar sus propios óvulos, no tenía otra opción que utilizar óvulos y espermatozoides de donantes. Sin embargo, al consultar con un abogado, se le informó que, dadas estas circunstancias, no estaba autorizada a celebrar un contrato de subrogación en virtud de lo dispuesto por el art. 294 de la Ley de la Infancia (*Children's Act* de 2005), toda vez que dicho artículo exige que los gametos de por lo menos uno de los padres contratantes sean utilizados para la concepción.

En estado de shock, tristeza y desconcierto, AB promovió, entonces, un recurso de inconstitucionalidad de dicho artículo ante la *High Court* de Pretoria junto con el *Surrogacy Advisory Group*, una asociación de voluntarios constituida por médicos, abogados y otros profesionales con experiencia en el campo de la infertilidad, que en forma gratuita ofrece capacitación, orientación y apoyo, además de promover y proteger los intereses de las madres sustitutas y de los padres contratantes.

Los peticionantes alegaron que el art. 294 de la *Children's Act* viola el Estado de derecho y el derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la intimidad y al acceso a la asistencia sanitaria.

El Ministerio de Desarrollo Social (en adelante, Ministerio) impugnó tales argumentaciones, alegando que en este caso no solo están en juego los derechos de AB, sino también los del potencial niño, quien tiene derecho a conocer su origen genético; que el proceso de adopción vigente en Sudáfrica puede satisfacer la necesidad de AB de tener un hijo; que autorizar a una persona sola e infértil a gestar un niño con el que no tendrá ningún vínculo genético significaría crear un “niño de diseño”, circunstancia contraria al interés público; y que el art. 294 previene la subrogación comercial.

La *High Court* llegó a la conclusión de que el artículo en cuestión viola de manera injustificada los derechos de AB a la igualdad, a la dignidad humana, a la autonomía reproductiva, a la intimidad y al acceso al cuidado de la salud y, en consecuencia, lo declaró inconstitucional e inválido.

De conformidad con el art. 172(2)(a) de la Constitución, los peticionantes recurrieron ante la Corte Constitucional de Sudáfrica a fin de obtener la confirmación de la decisión de la *High Court*. Alegaron que en términos del régimen constitucional vigente, las familias sin un vínculo genético entre padres e hijos son tan legítimas como las que sí lo tienen. Además, el *Surrogacy Advisory Group* trazó una distinción entre “Clase” y “Subclase”: los miembros de la “Clase” son personas que, en su opinión, cumplen con el requisito que marca la distinción plasmado en el art. 295(a) de la *Children's Act*, a saber, que los padres contratantes son incapaces permanente e irreversiblemente de gestar un niño, y que pretenden hacer uso de la subrogación para convertirse en padres; mientras que los de la “Subclase” son aquellos miembros de la “Clase” biológicamente incapaces de contribuir con sus propios gametos a la concepción o que no se encuentran involucrados en una relación de tipo sexual con una persona que sea capaz de hacer dicha contribución. En consecuencia, AB, en razón de ser infértil y de no poder concebir, es miembro tanto de la “Clase” como de la “Subclase”.

Por otra parte, el *Surrogacy Advisory Group* argumentó que el art. 294 de la *Children's Act* viola los derechos de los miembros de la “Clase” a la igualdad de protección ante la ley, a la dignidad humana, a la reproducción autónoma y a la intimidad. Asimismo, sostuvo que a los miembros de la “Subclase” –como AB– se los discrimina y se les niega el acceso a la salud reproductiva.

El Ministerio se opuso a la confirmación de inconstitucionalidad del artículo en cuestión, alegando que el mismo no restringe en forma alguna ninguno de los derechos enumerados por los peticionantes y que, en caso de que sí lo hiciera, dichas limitaciones resultarían justificadas en una sociedad abierta y democrática, basada en la dignidad humana, en la igualdad y en la libertad. Asimismo, reiteró que este artículo protege el mejor interés de los menores, previene la subrogación comercial y el tráfico de niños, y además garantiza que el proceso de adopción no sea “eludido”.

El Centro para la Infancia (*Centre for Child*), tercero interviniente en calidad de *amicus curiae*, sostuvo que el “origen genético” le pertenece al futuro niño. Asimismo, insistió en que se le debe acordar una gran importancia a la autoestima

y a la propia identidad del niño, es decir, a su dignidad y a su mejor interés. Por ello, afirmó que el art. 294 se encuentra racionalmente vinculado a la finalidad de garantizar que los niños conozcan su origen genético, criterio que, por otra parte, se encuentra respaldado por el derecho internacional.

2. Sentencia: se revoca la declaración de inconstitucionalidad del art. 294 de la *Children's Act* de la *High Court* de Pretoria.

Ante todo, es preciso reconocer que el presente caso involucra cuestiones de carácter sensible y reviste cierta complejidad.

Antes de la sanción del Capítulo 19 de la *Children's Act*, en Sudáfrica la subrogación no estaba expresamente regulada por legislación alguna. Además, en la jurisprudencia sudafricana no existen sentencias en las que las partes hayan promovido una acción para suscribir un acuerdo de subrogación.

Sin embargo, el concepto de subrogación no es nuevo. La Biblia, por ejemplo, está repleta de ejemplos de acuerdos similares a los de la subrogación. Asimismo, este tipo de acuerdos ha existido en el derecho consuetudinario africano. También es cierto que las esclavas negras afro-americanas solían actuar como madres sustitutas de sus dueños y, en la antigua Babilonia, el Código de Hammurabi admitía los acuerdos de subrogación, especificando los casos en que estaba permitido y los respectivos derechos de la esposa y de la madre sustituta.

Sin embargo, en el caso *sub examine*, el tipo de subrogación es mucho más acotado. En efecto, la *Children's Act* define al “acuerdo de maternidad subrogada” en los siguientes términos: “se trata de un acuerdo entre una madre sustituta y un padre contratante por el cual la madre sustituta se compromete a ser sometida a fertilización artificial con el propósito de gestar un niño que deberá entregar a aquel en el momento del nacimiento o en un plazo razonable a partir de ese momento. El objetivo es que el niño se convierta en hijo legítimo del padre contratante”.

El presente caso trata del poder del Estado para regular las oportunidades de reproducción asistida que tienen las personas infértiles que no pueden concebir ni quedar embarazadas para tener hijos propios. Resulta irrelevante si el requisito de vínculo genético previsto en el art. 294 de la *Children's Act* resulta pertinente para el criterio jurídico de familia. Además, el régimen normativo del Capítulo 19 debe ser examinado en el marco de la *Children's Act* en su conjunto.

En efecto, las diferencias entre el requisito de vínculo genético que prevé el art. 294 y las normas reguladoras de la FIV son razonables, ya que la exigencia de la donación de gametos en el marco de la subrogación satisface la razonable finalidad de crear un lazo entre el niño y el padre contratante.

Por ello, esta Corte no ratifica la conclusión a la que llegó la *High Court* de Pretoria de que el art. 294 constituye una diferenciación jurídica irracional violatoria del art. 9(1) de la Constitución. Por el contrario, en términos del art. 9(3) de la Carta Magna, la norma impugnada no excluye a los padres contratantes por su infertilidad, sino que les otorga la oportunidad de tener hijos propios contribuyendo con sus gametos a la concepción del niño. Además, si dichos padres no están capacitados para contribuir con sus propios gametos, tienen derecho a escoger otras opciones que la ley concede.

El art. 12(2)(a) de la Constitución garantiza el derecho a tomar decisiones en relación con la reproducción. En efecto, el núcleo del derecho a la autonomía reproductiva se encuentra en el cuerpo mismo de la mujer y no en el de otra mujer. Es por ello que la interpretación de los recurrentes resulta indebidamente forzada, toda vez que el art. 294 no puede ser atacado con base en el art. 12(2)(a) de la Constitución.

Por otra parte, en virtud de lo dispuesto por el art. 27(1) de la Constitución, el requisito de vínculo genético no impide a AB ni a los miembros de la “Subclase” gozar del derecho al acceso a la asistencia sanitaria. Además, la norma impugnada tampoco limita los derechos de AB a la intimidad.

Lo cierto es que en virtud de lo dispuesto por el art. 294, fueron las condiciones biológicas y médicas de AB las que originaron su impedimento. Su caso, teóricamente, podría entrar en el ámbito de aplicación del art. 294 si ella mantuviera una relación con una persona cuyos gametos pudieran ser utilizados para la concepción de un niño, tal como resulta de los términos del acuerdo de subrogación.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso CCT 155/15, *AB and Another v. Minister of Social Development*, sentencia del 29-11-2016, en <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2016/43.html>>.



BIOÉTICA. SALUD. MENORES. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA A UNA MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. CONSENTIMIENTO INFORMADO. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. AMPARO. IMPROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: *Juana*, de 16 años de edad, padece de un “retraso mental grave” como consecuencia de una enfermedad denominada microcefalia. Por ello, según dictamen del neuropediatra, siempre tendrá el comportamiento de una niña de aproximadamente 7 a 10 años. Actualmente, cursa séptimo grado en un colegio público y, debido a los cambios hormonales propios de la pubertad y del comportamiento que observa de sus compañeros, ha expresado a su madre “su deseo de tener novio”. Debido al estado físico y psicológico de la menor, *Lorena* inició los trámites para que su hija comenzara un método de planificación con el propósito de evitar un embarazo no deseado. El médico especialista en neurología ordenó como método de planificación “la ligadura de trompas” o “Pomeroy”; sin embargo, dicho procedimiento no sería autorizado por el Departamento de Ginecología hasta que no exista una orden judicial.

Con fundamento en los hechos expuestos y con el fin de evitar un embarazo, *Lorena* –en representación de su hija *Juana*– promovió una acción de tutela contra Comfamiliar E.P.S., entidad promotora de salud, pues, a su juicio, la negativa de la entidad accionada de realizar el procedimiento quirúrgico “Pomeroy” a su hija vulnera los derechos fundamentales de esta última a la salud y a una vida

digna. Solicitó entonces se ordene a la accionada que, a través del Departamento de Ginecología, autorice u ordene la práctica del procedimiento de planificación “Pomeroy” a su hija *Juana*.

En única instancia, el Juzgado Promiscuo Municipal de Consacá, Nariño, declaró improcedente la acción de tutela. Sostuvo que la Corte Constitucional, en la sentencia T-740/14, ya había señalado que para solicitar la práctica de un procedimiento quirúrgico de esterilización por esta vía, se debían agotar primero ciertos requisitos sustanciales, a saber: (i) un proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador del hijo en situación de discapacidad, y (ii) otro proceso distinto y anterior a la acción de tutela que autorice la práctica del procedimiento. En caso de no agotar estos trámites, la tutela resultaba improcedente. Asimismo, indicó que la misma providencia había establecido la existencia de dos excepciones en las cuales se autoriza el procedimiento quirúrgico de esterilización en menores de edad con discapacidad: 1) cuando exista “un riesgo a la vida de la paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios”, en cuyo caso “se preferirá salvaguardar la vida e integridad de la menor en condición de discapacidad siempre que esta, de manera reflexiva y consiente [sic], no decida lo contrario”; y 2) en caso de que se trate de una discapacidad severa o profunda “en la que puede presentarse la situación de inexistencia de capacidad para emitir consentimiento futuro”. Con tal fundamento, el juez de instancia concluyó que en el caso bajo estudio “diáfananamente fluye la negación de la protección constitucional”, puesto que el diagnóstico médico sobre la discapacidad de *Juana* según la prueba documental producida es de carácter “moderado”, mientras que el presupuesto jurisprudencial exige que sea de un carácter tan “severo” o “profundo” que impida su autodeterminación o consentimiento. Finalmente, indicó que esta tutela adolecía de la autorización del padre y de la autorización judicial para la práctica o intervención quirúrgica de esterilización.

El presente caso fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas en aplicación del criterio de selección objetivo por constituir un asunto novedoso en la jurisprudencia constitucional.

2. Sentencia: se confirma el fallo de instancia que declaró improcedente la acción de tutela, y se ordena: (i) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que preste asesoría integral a la familia de la menor en relación con los métodos de planificación sexual acordes a su situación de discapacidad, y los estándares constitucionales en la materia que rigen los eventos autorizados de esterilización quirúrgica y sobre los requisitos que se deben cumplir para el mismo; y (ii) a Comfamiliar E.P.S. que por medio de una valoración médica especializada determine el grado de discapacidad de la menor, con el fin de establecer el método de planificación (definitivo o temporal) que mejor se ajuste a las condiciones concretas de *Juana* y garantice de forma efectiva sus derechos sexuales y reproductivos.

Se advierte a la accionante que, en caso de que el diagnóstico médico indique la necesidad de un método anticonceptivo definitivo, deberá iniciar el proceso judicial correspondiente ante el Juez de Familia para obtener la autorización judicial,

con base en la cual podrá solicitar a Comfamiliar E.P.S. que le practique a su hija la cirugía denominada “Pomeroy”.

Se ordena no mencionar en el texto público de esta sentencia el nombre de la menor involucrada en los hechos del presente asunto, con el fin de salvaguardar su intimidad. Igualmente, y con el propósito de garantizar mayor sigilo al respecto, también deberán omitirse los nombres de los accionantes y de las demás personas relacionadas con los hechos del caso.

2.1. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la acción de tutela no es el mecanismo específico para obtener la autorización judicial de esterilización definitiva en una persona en situación de discapacidad, pues para ello existe otro trámite judicial específico, ante el de juez de familia, que busca respetar los derechos y garantías de estas personas, al contar con etapas probatorias más amplias y con la necesaria intervención del Ministerio Público en defensa de los intereses de las mismas.

2.2. Por regla general, están prohibidas las esterilizaciones quirúrgicas en menores de edad, incluidos los que se encuentren en situación de discapacidad; sin embargo, se ha determinado que cuando: (i) exista un riesgo inminente de muerte a raíz de un eventual embarazo y frente a la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, y/o (ii) se trate de una discapacidad grave, certificada médicamente, que le impida a la paciente emitir cualquier clase de consentimiento hacia el futuro, aquellas pueden proceder, aclarando que si existen medidas menos lesivas de la autonomía de la persona que la intervención quirúrgica, estas deben primar.

En ese sentido, los padres del menor deberán iniciar un proceso especial tendiente a obtener una autorización judicial ante un juez de familia, donde se pondere la posibilidad de otorgar el consentimiento futuro respecto de la intervención quirúrgica y la condición médica del paciente. Ello, por cuanto debe garantizarse el debido respeto de la autonomía de estas personas, en cuanto constituyen sujetos de especial protección constitucional.

2.3. Por otro lado, esta Corte advierte que todas las personas tienen derecho a una salud sexual y reproductiva, esto es, a disfrutar de una sexualidad sin riesgos de infecciones, enfermedades y/o embarazos no deseados. Para ello, el Estado deberá garantizar el acceso a servicios médicos que garanticen el ejercicio de estos derechos, protegiendo la facultad que tienen las personas de decidir con libertad y autonomía la manera de relacionarse sexualmente y la planificación de la familia.

En consecuencia, las personas pueden acceder a métodos anticonceptivos que eviten embarazos no deseados y/o enfermedades de transmisión sexual; a servicios médicos y/o tratamientos que permitan atender y prevenir infecciones, dolencias y enfermedades venéreas, y a procedimientos que permitan la interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, en los casos legalmente permitidos, sin exigencias inexistentes.

2.4. Por lo expuesto, esta Corte concluye que la presente acción de tutela es improcedente, debido a que existe otro medio judicial idóneo y eficaz para

obtener una autorización judicial para la práctica del procedimiento quirúrgico “Pomeroy”. Siendo así, se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Consacá.

2.5. Sin embargo, se adoptarán medidas para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de la menor.

En este sentido, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá prestar asesoría integral a la familia de la menor sobre los métodos de planificación sexual acordes a su situación de discapacidad y los estándares en la materia que rigen los eventos autorizados de esterilización quirúrgica, incluidos los requisitos que se deben cumplir para ello. Asimismo, Comfamiliar E.P.S. deberá realizar un dictamen médico especializado que determine el grado de discapacidad de *Juana*, con el fin de establecer el método de planificación que mejor se ajuste a sus condiciones médicas y sociales, y salvaguarde sus derechos constitucionales. En caso de que el médico indique la necesidad de un método anticonceptivo definitivo, *Lorena* deberá promover el proceso judicial correspondiente para obtener la autorización judicial y, de esta manera, solicitar a Comfamiliar E.P.S. que le practique a su hija la cirugía “Pomeroy”.

Nota de la Oficina: en relación con este tema, ver sentencia C-131/14 de esta misma Corte en *Investigaciones* 1[2015], pp. 103-121.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por *Lorena* contra Comfamiliar E.P.S., sentencia T-690/16 del 7-12-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-690-16.htm>>.



CONSUMIDORES. CONTRATOS. LEY APLICABLE. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. CONTRATOS DE CONSUMO. **ACCIONES DE CLASE. ARBITRAJE.** ARBITRAJE DE CLASE. CLÁUSULAS QUE PREVÉN LA RENUNCIA A ESTE DERECHO. **FEDERALISMO. LEY.** CONFLICTO DE NORMAS. JERARQUÍA NORMATIVA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: DIRECTV, Inc. y sus clientes suscribieron un acuerdo de prestación de servicios que incluía una cláusula de sometimiento a arbitraje obligatorio y disponía la renuncia al arbitraje de clase. Precisaba que la cláusula de arbitraje en su integridad era nula si, conforme a la “ley de su estado”, cualquier cláusula que previera la renuncia al arbitraje de clase era considerada inoponible. En el acuerdo también se establecía que la cláusula de arbitraje se regía por la Ley Federal de Arbitraje (art. 2 del título 9 del Código de los Estados Unidos), que dispone que cualquier cláusula escrita en un contrato que prevea la resolución de conflictos por medio del arbitraje será considerada válida, irrevocable y de cumplimiento obligatorio.

Cuando los residentes del estado de California suscribieron este acuerdo con DIRECTV, la ley de dicho estado establecía que las cláusulas de renuncia al arbitraje de clase eran nulas (ver *Discover Bank v. Superior Court*, 36 Cal. 4th 148, 113 P. 3d

1100 -2005-). Sin embargo, con posterioridad esta Corte resolvió, en *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* (563 U.S. 333 -2011-), que la Ley Federal de Arbitraje prevalecía sobre el criterio adoptado en *Discover Bank* por los tribunales de California, fundado en el derecho estadual.

Cuando los mencionados residentes de California demandaron a DIRECTV, el tribunal de primera instancia denegó la solicitud de la empresa de someter la cuestión a arbitraje, decisión que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones de California, al considerar que como la ley de California tornaría nula cualquier cláusula que previera la renuncia al arbitraje de clase, la cláusula de arbitraje en su integridad resultaba inoponible en términos del acuerdo. Entendió que la circunstancia de que la Ley Federal de Arbitraje prevaleciera sobre esa ley estadual no modificaba la decisión a adoptar, ya que las partes tienen libertad para someterse, en un contrato, a la ley de California, sin considerar esa prelación de la ley federal en la jerarquía normativa. Estimó asimismo que la expresión “ley de su estado” era, por un lado, una disposición específica a la que deben subordinarse normas más generales y, por el otro, una disposición ambigua que debe interpretarse siguiendo el criterio *contra proferentem* –en el caso, contra DIRECTV–. Por lo tanto, resolvió que, de hecho, las partes habían previsto como derecho aplicable la ley de California, como si no hubiera prevalecido sobre ella el derecho federal.

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

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

Dado que la Ley Federal de Arbitraje prevalece sobre la interpretación de la Cámara de Apelaciones de California, esta debe aplicar la cláusula de arbitraje prevista en el contrato.

(a) Nadie niega que los tribunales inferiores deben seguir el precedente *Concepcion*, pero la aplicación de ese criterio jurídico elemental no resuelve el caso por sí solo, porque las partes tienen libertad para elegir el derecho aplicable a una cláusula de arbitraje, incluyendo la ley de California como si no prevaleciera sobre ella el derecho federal. El tribunal estadual interpretó que el contrato establecía que las partes así lo habían acordado, y la interpretación contractual es normalmente materia regida por el derecho estadual al cual esta Corte remite (ver *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U.S. 468, p. 474 -1989-). La cuestión a resolver en este caso no es si la decisión del tribunal estadual ha interpretado correctamente la ley de California, sino si se condice con lo dispuesto en la Ley Federal de Arbitraje.

(b) La interpretación que hizo la cámara de California no pone a los contratos de arbitraje en “un pie de igualdad con todos los demás contratos” (ver *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440, p. 443 -2006-), ya que los tribunales de dicho estado no interpretarían aquellos contratos que no sean contratos de arbitraje de la misma manera. Varias consideraciones conducen a esta conclusión.

En primer lugar, la expresión “ley de su estado” no es ambigua y tiene, en este caso, su significado habitual: ley estadual válida. En segundo lugar, la

jurisprudencia emanada de los tribunales de California –según la cual “conforme a los principios generales aplicables a los contratos”, las remisiones al derecho estadual incluyen las facultades que tiene la legislatura de California para modificarlo retroactivamente (ver *Doe v. Harris*, 57 Cal. 4th 64, pp. 69-70)– aclara cualquier duda relativa a su interpretación. En tercer lugar, dado que la cámara no sugiere en forma alguna que los tribunales estaduales llegarían a la misma interpretación en cualquier otro contexto, su conclusión parece reflejar el tema a resolver y no un principio general que contemplaría leyes estaduales dejadas sin efecto por otra ley federal. En cuarto lugar, el lenguaje que la cámara utiliza para encuadrar el tema solo está centrado en el arbitraje. En quinto lugar, resulta improbable que los tribunales apliquen en otros contextos el criterio de que el derecho estadual pueda conservar su vigencia en forma independiente después de haber sido legítimamente dejado sin efecto. En sexto lugar, ninguno de los principios de interpretación de los contratos en que se funda la cámara de California sugiere que otros tribunales de dicho estado llegarían, en otros casos, a la misma interpretación. La cámara aplicó el principio de interpretación *contra proferentem*, pero el que no se registre ningún caso similar donde se haya interpretado que la redacción de un contrato en términos semejantes pueda contemplar como derecho aplicable un derecho no vigente indica que el estándar en cuestión no conduciría a los tribunales de California a arribar a una conclusión similar en casos que no se vinculen con el arbitraje.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *DIRECTV, Inc., v. Imburgia et al.*, sentencia del 14-12-2015, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-462_2co3.pdf>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **HOMOSEXUALES. UNIÓN CONVIVENCIAL.** UNIÓN CIVIL INSCRIPTA *VERSUS* UNIÓN CONVIVENCIAL NO INSCRIPTA. **SUCESIONES.** SUCESIONES INTESTADAS. DERECHO DEL CONVIVIENTE A INVESTIR LA CALIDAD DE HEREDERO. **COMMON LAW.** PRINCIPIO *STARE DECISIS* (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: Eric Duplan y Cornelius Daniel Laubscher –una pareja homosexual– convivieron de forma estable asumiendo deberes recíprocos de apoyo mutuo desde el año 2003 hasta 2015, año en que Laubscher falleció. La relación nunca fue inscrita de conformidad con la Ley de Uniones Civiles (*Civil Union Act*, del 30 de noviembre de 2006).

En el momento de la muerte de Laubscher, sus padres ya habían fallecido y él no dejó descendientes ni hijos adoptivos. Su único hermano, Rasmus Elardus Erasmus Laubscher, fue designado albacea de su patrimonio intestado. Entonces, fue preciso determinar si Duplan tenía derecho a heredar el patrimonio intestado de su pareja no obstante la circunstancia de que la relación homosexual nunca hubiera sido inscrita como unión civil.

Duplan sostuvo ante la *High Court* de Pretoria que tenía derecho a heredar no obstante el hecho de que la relación nunca hubiese sido inscrita. Fundó su pretensión en la decisión adoptada una semana antes de la promulgación de la Ley de Uniones Civiles por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso *Gory v. Kolver NO and Others* (CCT28/06 –[2006] ZACC 20–), del 23 de noviembre de 2006 (en adelante, *Gory*). En dicho caso, la Corte Constitucional agregó a la definición de “cónyuge” prevista en la Ley de Sucesiones Intestadas (*Intestate Succession Act*) los siguientes términos:

“(f) 1. Se declara que con efectos a partir del día 27 de abril de 1994, la omisión presente en el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas n° 81/1987 de los términos ‘o conviviente de una pareja homosexual estable cuyos miembros han asumido deberes recíprocos de apoyo mutuo’ a continuación del término ‘cónyuge’, dondequiera que figure en el artículo, resulta inconstitucional e inválida.

”2. Se declara que con efectos a partir del día 27 de abril de 1994, el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas debe interpretarse en el sentido de que los siguientes términos se agregan al mismo a continuación del término ‘cónyuge’, dondequiera que figure en el artículo: ‘o conviviente de una pareja homosexual estable cuyos miembros han asumido deberes recíprocos de apoyo mutuo’.”

Por su parte, el hermano del fallecido afirmó que no obstante la decisión adoptada por la Corte Constitucional en el caso *Gory*, la aplicación de la Ley de Uniones Civiles suponía que solamente las parejas homosexuales que hubiesen inscrito su unión civil tenían derecho a heredar el patrimonio intestado. Por consiguiente, alegó que Duplan, al no haber adquirido la condición de “cónyuge” del difunto según lo establecido en el art. 1(1)(a) de la Ley de Sucesiones Intestadas, carecía de derecho para heredar el patrimonio intestado de su hermano.

La *High Court* de Pretoria observó que, en virtud del principio asociado a la doctrina del *stare decisis*, según el cual los tribunales inferiores deben acatar las decisiones de los tribunales superiores a fin de garantizar predictibilidad, confiabilidad, uniformidad, igualdad, certeza y conveniencia, no estaba en condiciones de apartarse de lo establecido por la Corte Constitucional en el caso *Gory*. Por ello, declaró que Duplan era el único heredero del patrimonio intestado del fallecido y procedió a remover a Rasmus Elardus Erasmus Laubscher de sus funciones como albacea del patrimonio intestado del hermano. Este, entonces, interpuso un recurso ante la Corte Constitucional de Sudáfrica.

2. Sentencia: se rechaza el recurso interpuesto.

En primer lugar, cabe destacar la circunstancia de que Rasmus Elardus Erasmus Laubscher interpuso recurso contra el fallo de la *High Court* de Pretoria directamente ante esta Corte, salteando la instancia del Tribunal Supremo de Apelaciones. En razón de que su planteo exige una interpretación de la interrelación entre la decisión adoptada en el caso *Gory* y la Ley de Uniones Civiles, esta Corte considera que se halla en la condición más apta para interpretar adecuadamente su propia decisión.

El recurrente sostiene que la *High Court* de Pretoria incurrió en error al atenerse al principio del *stare decisis* y al entender que el Poder Legislativo está facultado para modificar lo establecido en el caso *Gory* y reemplazar las decisiones de esta Corte.

El demandado, por su parte, refutó los argumentos del recurrente observando que la decisión en el caso *Gory* no constituía una “medida provisional” cuya vigencia caducaría con la entrada en vigor de la Ley de Uniones Civiles. En su opinión, la modificación del art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas establecida en el caso *Gory* tendría vigencia hasta su revocación o modificación por parte del Parlamento. Asimismo, sostuvo que la Ley de Uniones Civiles no revocó la decisión adoptada en el caso *Gory*, que no son incompatibles entre sí y que es posible su coexistencia. Por otra parte, alegó que la finalidad perseguida en el caso *Gory* se orientaba a que las parejas homosexuales estables tuvieran derecho a heredar el patrimonio intestado a pesar de no haber contraído “matrimonio”. En efecto, actualmente, las personas protegidas por lo establecido en el caso *Gory* también resultan protegidas por la Ley de Sucesiones Intestadas. En opinión del demandado, esta Corte ha afirmado que le corresponde al Poder Legislativo decidir si las parejas homosexuales que no están inscriptas como uniones civiles deberían o no seguir gozando de dicha protección.

Ahora bien, a fin de establecer si el demandado tiene derecho a ser declarado heredero del patrimonio intestado del fallecido, han de considerarse los siguientes aspectos: 1) ¿La decisión en el caso *Gory* es una medida provisional?; 2) ¿Cuál es la interrelación entre la decisión en el caso *Gory* y la Ley de Uniones Civiles?, y 3) ¿Los principios que emanan del caso *Volks NO v. Robinson* son aplicables al presente caso?

En ejercicio de las facultades que le confiere el art. 172 de la Constitución, esta Corte llegó a la conclusión de que el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas era inválido y pretendió subsanarlo. En efecto, era inminente la sanción de una Ley de Uniones Civiles que consagrara los mismos efectos para las parejas homosexuales que para el matrimonio. Por ello, esta Corte consideró que no había razón alguna para hacer una distinción entre parejas heterosexuales no casadas y parejas homosexuales no casadas con respecto a la sucesión intestada.

Lo cierto es que a pesar de estar sujeta a revocación por parte del Parlamento, la decisión adoptada por esta Corte en el caso *Gory* tiene vigencia indefinida toda vez que “[a]nte la ausencia de legislación modificatoria de las normas pertinentes, el efecto de las decisiones de esta Corte en dichas normas...no sufrirá cambios”. La circunstancia de que en diez años el Parlamento no haya modificado el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas no incide en la naturaleza de la decisión. Es por ello que sigue siendo una medida provisional vigente desde el 27 de abril de 1994 y hasta que el Poder Legislativo considere oportuno modificarla.

Con respecto a la interrelación entre la doctrina sentada en *Gory* y la Ley de Uniones Civiles, corresponde en principio evaluar si la sanción de esta última planteó la problemática que se pretendió abordar en el caso *Gory*. Lo cierto es que en el párrafo 29 del caso *Gory*, esta Corte expresó que, a menos que se modifique específicamente, el art. 1(1) de la Ley de Uniones Civiles también es aplicable a las parejas homosexuales estables que han asumido deberes recíprocos de apoyo mutuo pero que no “contraen matrimonio” en virtud de la inexistencia de ningún nuevo permiso o dispensa para hacerlo. En efecto, las parejas homosexuales no tienen derecho a contraer matrimonio y por ende tampoco pueden incluirse en el ámbito de la disposición legal pertinente. Una vez que este impedimento sea removido, entonces

no habrá razón alguna para hacer una distinción entre parejas heterosexuales no casadas y parejas homosexuales no casadas con respecto a las sucesiones intestadas.

Si el Parlamento sanciona una ley que permita a las parejas homosexuales estables gozar del estatus y de los beneficios otorgados a las parejas heterosexuales, entonces el artículo en cuestión continuará aplicándose a las parejas homosexuales estables que han asumido deberes recíprocos de apoyo mutuo pero que no “contraen matrimonio” en virtud del nuevo permiso o dispensa. Toda vez que la legislación sancionada por el Parlamento (la Ley de Uniones Civiles) se encuadra en el ámbito de las condiciones establecidas por esta Corte, es necesario que el Parlamento modifique específicamente el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas, a fin de que la interpretación de esta Corte sea suprimida.

En virtud del art. 13(2) de la Ley de Uniones Civiles, el miembro de una pareja que inscribe una unión de conformidad con dicha ley es considerado “cónyuge” a todos los efectos legales, con excepción del marco normativo que trata específicamente sobre matrimonios civiles y consuetudinarios. El impacto de la Ley de Uniones Civiles sobre la ampliación de la definición de “cónyuge” establecida en el caso *Gory* se manifiesta en que las parejas inscriptas están protegidas por lo establecido en el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas. Por consiguiente, la Ley de Uniones Civiles dio origen a otra categoría de beneficiarios, a saber, las parejas homosexuales estables que han inscripto su unión. Por ello, en la interpretación de esta Corte, las parejas que han inscripto su unión civil están protegidas por derecho propio por la Ley de Uniones Civiles, mientras que las parejas homosexuales estables que han asumido deberes recíprocos de mutuo apoyo pero que no han inscripto su unión en términos de la Ley de Uniones Civiles gozan de la protección otorgada por la decisión adoptada en el caso *Gory*.

En opinión del recurrente, toda vez que la Ley de Uniones Civiles permite a las parejas homosexuales estables “contraer matrimonio”, no hay razón para que lo establecido en el caso *Gory* siga teniendo vigencia. Sin embargo, una correcta lectura del caso *Gory* pone de manifiesto que el mismo procuró remediar la circunstancia de que las parejas homosexuales estables no tenían derecho a heredar un patrimonio intestado en virtud del art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas. Por ello, esta Corte considera que los fundamentos presentes en el caso *Gory* no desaparecieron con la sanción de la Ley de Uniones Civiles.

Ahora bien, por último, cabe evaluar si los principios que emanan del caso *Volks NO v. Robinson* decidido por esta Corte en el año 2005 son aplicables al presente caso. En *Volks*, a uno de los miembros de una pareja heterosexual le fue denegado el derecho a reclamar una pensión alimentaria a partir del patrimonio intestado de su conviviente fallecido. Toda vez que el derecho a reclamar una pensión alimentaria y el derecho a heredar el patrimonio intestado merecen consideraciones diferentes, los hechos en el presente caso no exigen una reconsideración del caso *Volks* porque el mecanismo jurídico resulta diferente. En efecto, revocar la decisión en *Volks* no redundaría en una reparación para las parejas homosexuales estables ni brindaría a las parejas heterosexuales el derecho a heredar el patrimonio intestado. Puede existir una desigualdad en el sentido de que actualmente la Ley de Sucesiones Intestadas no beneficia a las parejas heterosexuales, pero le corresponde al Poder

Legislativo decidir si otorgar a las parejas heterosexuales los mismos derechos o limitar los derechos de las parejas homosexuales estables en virtud de la Ley de Sucesiones Intestadas.

Por todas estas razones, la sanción de la Ley de Uniones Civiles, en particular del art. 13(2)(b), no modificó el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas tal como lo requirió el caso *Gory*. Las uniones civiles celebradas de conformidad con la Ley de Uniones Civiles constituyen una nueva categoría de beneficiarios a los efectos de la Ley de Sucesiones Intestadas, diferentes a las parejas homosexuales estables. En consecuencia, las parejas homosexuales estables continuarán gozando de los derechos hereditarios en virtud de lo establecido en el art. 1(1) de la Ley de Sucesiones Intestadas y de la decisión en el caso *Gory* hasta el momento en que el Poder Legislativo modifique el artículo en cuestión. A esta Corte no le compete proscribir protecciones otorgadas con anterioridad, toda vez que no existe una indicación legislativa clara que lo exija. Hacerlo resultaría en un menoscabo del anhelo de una cultura de respeto de los derechos humanos que esta Corte procura promover.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, *Rasmus Elardus Erasmus Laubscher N. O. v. Eric Jean Spiridion Duplan and Another*, sentencia del 30-11-2016, en <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2016/44.html>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL. **TRANSEXUALES.** CAMBIO DE SEXO. INSCRIPCIÓN REGISTRAL. **DERECHO A LA IDENTIDAD.** ALCANCE. DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. GIRO JURISPRUDENCIAL. **DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. DIGNIDAD HUMANA. AMPARO.** PROCEDENCIA. **ACCESO A LA JUSTICIA** (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga vivió toda su vida con un nombre que se compadece con su sexo biológico, lo que no ha impedido que se identifique con el sexo femenino. Siempre ha estado marcada por la discriminación; durante su infancia, fue objeto de burlas de sus compañeros de clase, mientras que sus maestros, lejos de reprimirlas, las permitían y alentaban. Sus padres rechazaban su comportamiento, con maltrato físico y psicológico, con el propósito de forzarle un comportamiento de varón. Llegada su adolescencia, los cambios en su cuerpo eran contrarios a lo que quería y las ofensas fueron cada vez peores, por lo que cayó en un estado de depresión, soledad e incomprensión en el que incluso consideró la posibilidad de suicidarse. Luego de culminar el colegio, decidió tomar una fisonomía más femenina, para lo cual dejó crecer su cabello, comenzó a maquillarse y vestirse como una mujer, y decidió adoptar, finalmente, el nombre de Ana. Años después viajó a España, donde se sometió a una cirugía de cambio de sexo. De regreso a Lima, a pesar de tener una apariencia femenina, el nombre y sexo consignados en sus documentos de identidad le han venido generando más episodios de discriminación.

Entonces, interpuso una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público a fin de que se la reconozca, en su condición de mujer, como Ana Romero Saldarriaga, y solicitó tanto el cambio de su nombre como de su sexo en su partida de nacimiento y en el DNI. Sostuvo que, desde su infancia, siempre se ha identificado como una mujer, por lo que la negativa del RENIEC a realizar esta clase de modificaciones, así como la inexistencia de procesos judiciales en los que sea factible solicitar la modificación de los datos relacionados con su identidad, afectan su dignidad, su derecho al libre desarrollo de su personalidad y su derecho a la identidad personal.

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín declaró fundada la demanda al considerar vulnerados los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que el nombre y sexo que se registran en los documentos de identificación tienen una relación directa con la identidad de las personas y, por tanto, pueden variar. Además, precisó que al no existir vías previamente establecidas, el proceso de amparo era el idóneo y adecuado para dilucidar la pretensión. Por otra parte, sostuvo que el sexo constituye una unidad biopsicosocial, por lo que es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En dicha línea, dejó sentado que el Estado debe permitir a la parte demandante el cambio de sexo y de nombre, como una medida amplia y razonable, la cual se sustenta en el derecho a la identidad personal y en el respeto a su dignidad. Concluyó afirmando que los procesos judiciales no pueden desconocer esta situación, de modo que es procedente que la parte recurrente pueda exigir el cambio de sus datos sexuales registrables.

El RENIEC apeló dicho decisorio. Sostuvo que Romero Saldarriaga pudo haber reclamado el cambio de nombre y sexo mediante un proceso de conocimiento; y respecto del fondo de la pretensión, sostuvo que el Tribunal Constitucional cuenta con doctrina jurisprudencial en la que ha precisado que no es factible la modificación de la identidad sexual en el DNI.

La Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín revocó la sentencia apelada y declaró la improcedencia de la pretensión de cambio de nombre, basándose en que existen otras vías igualmente satisfactorias donde la parte recurrente puede hacer valer el referido derecho, pues el proceso de amparo es eminentemente subsidiario y residual. En lo que respecta a la pretensión vinculada con el pedido de cambio de sexo, precisó que es el Juez de Paz Letrado el competente para autorizar la modificación.

Entonces, Romero Saldarriaga interpuso un recurso de agravio constitucional contra la sentencia precedentemente mencionada, y adujo que en Perú no existe vía procesal alguna en la que sea posible solicitar el cambio de nombre y de sexo a favor de las personas transexuales, por lo que mal haría en reconducirse la presente controversia a la justicia ordinaria.

2. Sentencia: se declara fundada en parte la demanda, al haberse acreditado la afectación del derecho fundamental de acceso a la justicia de la parte recurrente.

Se deja sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 139/2013-PA/TC.

Se declara improcedente la demanda respecto al pedido de cambio de nombre y de sexo, dejando a salvo el derecho de la parte recurrente a fin de que lo pueda hacer valer en la vía judicial que corresponda.

2.1. Doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 139/2013-PA y el derecho a la tutela procesal efectiva

En la STC 139/2013-PA/TC, se estableció, como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, además, se asoció con la idea de que cualquier alteración de la identidad en función de ese criterio debía ser entendida como un “trastorno” o una “patología”.

Este Tribunal estima que es pertinente analizar, a la luz de este caso, si la postura jurisprudencial antedicha debe ser proseguida. Cabe recordar que la labor jurisdiccional está sujeta a una constante evolución, lo que implica, entre otras cosas, que posiciones que antes fueron asumidas hoy puedan ser dejadas de lado, ya que los derechos, por el transcurso del tiempo y su incidencia en la transformación de las sociedades, necesitan nuevos ámbitos de protección que antes habían sido invisibilizados.

Esta situación es aún más notoria en lo que se refiere a la interpretación de un documento como la Constitución, cuyas disposiciones jurídicas suelen estar marcadas por la ambigüedad y la indeterminación. Esta textura abierta y compleja determina que la labor interpretativa goce de una posición privilegiada en el Estado constitucional, ya que será indispensable que los operadores jurisdiccionales actualicen y den contenido a dicho programa normativo con la finalidad de no desamparar a las personas por aspectos o cuestiones que, en su momento, no fueron objeto de discusión en los debates de los creadores de dicho documento.

Entra en debate, entonces, la conveniencia de modificar la línea jurisprudencial desarrollada en la sentencia mencionada y, en consecuencia, la posibilidad de reconocer qué alcance tiene el derecho a la identidad personal. Esta situación, como tal, no fue expresamente debatida en la Constitución de 1993 y, aunque anteriormente este Tribunal haya establecido sus alcances, nada impide que dicho pronunciamiento sea reexaminado, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Los justiciables difícilmente podían acceder a un reconocimiento judicial de sexo, ya que la doctrina jurisprudencial del Tribunal, al dilucidar los alcances del derecho a la identidad personal, bloqueaba esta posibilidad de acceso. En efecto, si se considera que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley según los principios constitucionales, de conformidad con la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por este Tribunal, existía una elevada probabilidad de desestimar los pedidos vinculados al cambio de sexo, ya que esa doctrina jurisprudencial permitía que los jueces desestimasen dichas solicitudes.

Este Tribunal advierte que esta interpretación del derecho a la identidad personal suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial. Ello es así, en esencia, por dos razones:

(i) No puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad: en la STC 139/2013-PA, el Tribunal asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Sin embargo, en la actualidad existen evidencias científicas de que no es así. Este nuevo entendimiento del transexualismo también ha sido ratificado por distintos tribunales internacionales: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (casos *Karen Atala vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*); la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) (sentencias *Van Kuck vs. Alemania* y *Goodwin vs. Reino Unido*); y, a nivel de organismos internacionales, las Naciones Unidas (Consejo de Derechos Humanos, Informe anual del Alto Comisionado para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General A/HRC/29/23, publicado el 4 de mayo de 2015). Dichas entidades internacionales han coincidido en que el género encuentra un espacio particular de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha obedecido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y al principio de igualdad y no discriminación. En consecuencia, el transexualismo debe ser entendido como una “disforia de género” (término utilizado para referirse a la incongruencia percibida entre la propia identidad de género y el sexo atribuido al propio cuerpo, y todos los problemas que se derivan de ello), mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 139/2013-PA.

(ii) Existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo. La doctrina jurisprudencial desarrollada por este Tribunal vinculaba a los jueces a entender el sexo como un componente exclusivamente estático, por lo que se les restaba discrecionalidad para analizar los casos en los que se solicitaba la modificación del sexo en los documentos de identidad. Sobre ello, este Tribunal advierte que una interpretación rígida e inmutable de los derechos que la Constitución reconoce puede bloquear el acceso a la justicia. En este caso, a través del establecimiento de cierta doctrina jurisprudencial, se pretendió cerrar definitivamente el debate en torno a la posibilidad de solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad. Esa no es labor de este Tribunal; antes bien, sus pronunciamientos, aparte de proteger el programa normativo trazado por la Constitución, también deben permitir que los jueces actúen como custodios de ella. En ese sentido, establecer un contenido pétreo e inamovible de lo que debe entenderse por el derecho a la identidad personal constituye una barrera para la labor interpretativa de la judicatura ordinaria. De este modo, la aprobación de esta doctrina jurisprudencial supuso, en los hechos, el intento de cierre de la labor interpretativa en el Poder Judicial.

Así las cosas, la realidad biológica no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues este, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe siempre ser determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza

humana a una mera existencia física, y ello obviaría que el ser humano es un ente también psíquico y social. Tampoco es viable que el juez civil esté obligado a asumir que el hecho de permitir a una persona modificar su sexo legal (asignado por el Estado sobre la base del sexo biológico) para que se armonice con su sexo real (el que el sujeto desarrolla como parte de su identidad) contravendría el orden de las cosas por alterar sin “motivos suficientes” los registros civiles correspondientes y, con ello, la seguridad jurídica, ya que, como ha entendido la CEDH, en una afirmación que este Tribunal comparte, esta modificación en el registro civil y en los documentos de identidad de una persona no genera afectaciones al interés público, no interfiere con la función registral, ni afecta el derecho de sucesiones o las relaciones laborales ni la justicia penal (CEDH, *Christine Goodwin vs. Reino Unido*).

Este Tribunal advierte que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano y que, por ello, le permiten distinguirse de otras personas. La decisión de no seguir los patrones convencionales que permiten identificar a una persona como hombre o mujer es un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad. Este mismo criterio ha sido asumido por la CIDH en los casos *Karen Atala vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*, en los cuales se precisó que la idea de la identidad de género encuentra cobijo en el art. 1.1 de la Convención Americana. En un sentido similar, la OEA también ha instado a los Estados a adoptar las medidas necesarias para combatir la discriminación y cualquier forma de violación de derechos humanos en contra de las personas en razón este motivo.

En conclusión, este Tribunal estima que los jueces tienen un especial margen de apreciación en la interpretación de los alcances del derecho a la identidad personal, por lo que, también en este extremo, corresponde dejar sin efecto los lineamientos que habían sido trazados en la STC 139/2013-PA, a fin de que, en el desarrollo de los procesos en la vía ordinaria, los jueces puedan tomar en cuenta los recientes alcances con relación a este derecho.

2.2. Consecuencias de la variación de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 139/2013-PA/TC

Lo aquí resuelto, con los fundamentos que anteceden, supone un apartamiento de la doctrina constitucional que se había fijado en la STC 139/2013-PA/TC. Esto también implica que, a futuro, se encontrará garantizado el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos en sus documentos de identidad, el cual se había visto irrazonable y desproporcionadamente restringido con los criterios desarrollados en el referido pronunciamiento.

El apartamiento de esta doctrina jurisprudencial permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales, ya que no existirá ningún impedimento, ni legal ni jurisprudencial, para garantizar estos derechos. En efecto, con la superación de la doctrina jurisprudencial

establecida en la referida sentencia, los jueces ya tienen la posibilidad real y efectiva de conocer en las solicitudes de cambio de sexo.

A nivel procesal, las consecuencias de esta modificación de criterio serán las siguientes: (i) en relación con las solicitudes de cambio de sexo en el DNI que fueren presentadas luego de la publicación de esta sentencia, y mientras los órganos emplazados no adopten procedimientos especiales para esta clase de pedidos, la vía idónea y adecuada será la contenida en el art. 546.6 del Código Procesal Civil (el cual regula el proceso sumarísimo), proceso en el que el juez está facultado para interpretar el derecho a la identidad personal de conformidad con las pautas reconocidas en esta sentencia. La elección de este conducto se sustenta tanto en la necesidad de tutelar de manera urgente los derechos involucrados, como en la posibilidad de evitar cualquier clase de dilación por el desarrollo complejo y extendido del proceso; (ii) respecto de aquellas solicitudes que fueron presentadas por la vía del amparo antes de la publicación de esta sentencia, y que actualmente se encuentran en trámite, operará la reconducción del proceso a la vía regulada en el art. 546.6 del Código Procesal Civil, con el propósito de que los órganos competentes, a través del despliegue de la actividad probatoria que corresponda, emitan un pronunciamiento de fondo a fin de tutelar, de ser el caso, los derechos a los que se ha hecho mención.

2.3. Se advierte que la parte demandante no ha acudido ni a la vía administrativa ni a la judicial para solicitar el cambio de su nombre y sexo en los documentos de identidad. Al respecto, del art. 5.2 del Código Procesal Constitucional se desprende que procede acudir a la vía especial y urgente del proceso de amparo para solicitar la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos; esto es, si no existe una “vía igualmente satisfactoria”. El examen de esta causal de improcedencia no supone verificar, simplemente, si existen “otras vías judiciales” mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida.

Para determinar la existencia de vías igualmente satisfactorias, este Tribunal ha establecido que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” que la vía del proceso constitucional de amparo si, en un caso concreto, se demuestra de manera copulativa el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho, (ii) que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada, (iii) que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad, y (iv) que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias. En sentido inverso, la ausencia de cualquiera de estos presupuestos revelará que no existe una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía constitucional quedará habilitada para la emisión de un pronunciamiento de fondo.

2.4. En lo que respecta a la solicitud de cambio de sexo, conforme a lo dispuesto en el art. 546.6 del Código Procesal Civil, se tramitarán ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que “no tienen una vía procedimental propia, son

inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo”, por lo que se concluye – conforme a la nueva doctrina jurisprudencial– que sí existe una vía judicial en la que es posible solicitar la modificación del sexo en los documentos de identidad.

Asimismo, este Tribunal advierte que antes de esta sentencia no se había garantizado el derecho a la tutela procesal efectiva, ya que, debido a la vigencia de la doctrina jurisprudencial anterior, los distintos órganos jurisdiccionales interpretaron, en muchos casos, que el derecho a la identidad de género y la posibilidad del cambio de sexo no encontraban sustento alguno en la Constitución. Superados tales criterios, este Tribunal deja sentado que ya no existe ningún obstáculo ni legal ni jurisprudencial que impida admitir esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria.

En consecuencia, corresponde dejar a salvo el derecho de la parte recurrente a fin de que, si lo estimara conveniente, lo haga valer en el marco de un proceso que cuente con mayor actividad probatoria, de conformidad con los parámetros que han sido expuestos en esta sentencia.

2.5. Por otro lado, con relación al cambio de nombre, es conveniente advertir que la pretensión de su rectificación no puede equipararse a la de su cambio, pues rectificar significa subsanar un error u omisión en el que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre lo que se pretende es cambiar una denominación personal en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el juez si considera que los motivos que fundamentan la solicitud se encuentran justificados.

En el presente caso, este Tribunal aprecia que el art. 749.9 del Código Procesal Civil regula la posibilidad de solicitar la rectificación de nombre mediante un proceso no contencioso, el cual, de conformidad con el art. 750 del mismo Código, es de competencia del Juez de Paz Letrado o de Notario. En cuanto al pedido de cambio de nombre, previsto en el art. 29 del Código Civil –que es lo que en este caso se solicita–, lo correspondiente es que, a fin de que la persona pueda hacer valer en una misma vía su solicitud, también sea tramitado por el proceso sumarísimo, junto el pedido de cambio de sexo en los documentos de identidad.

De hecho, en los pronunciamientos que este Tribunal ha emitido en casos similares a este, se ha dejado en claro que las personas transexuales pueden realizar esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria. Así, se ha autorizado el cambio de nombre en casos análogos y se ha reconocido que, en esta clase de situaciones, la vía judicial ordinaria también puede admitir estos pedidos. Ello permite concluir que, en relación con este extremo del petitorio, también existe una vía judicial igualmente satisfactoria en la que la parte recurrente puede hacer valer el derecho que ahora invoca, por lo que corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo.

Nota de la Oficina: ver también, en relación con este tema, Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Hämäläinen v. Finland*, 16-7-2014, y Corte Constitucional de Italia, sentencia n° 170/2014, 10-6-2014, en *Investigaciones 2* [2014], pp. 34 y 36, respectivamente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, exp. n° 06040-2015-PA/TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana

Romero Saldarriaga), sentencia del 21-10-2016, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>>.



DERECHO A LA IGUALDAD. SISTEMA DE CASTAS. INTOCABLES. DISCRIMINACIÓN LIGADA A LA INTOCABILIDAD. TIPIFICACIÓN PENAL. **DIGNIDAD HUMANA. PROCESO PENAL.** LIBERTAD BAJO FIANZA ANTICIPADA. DENEGACIÓN A PERPETRADORES DE DELITOS RELACIONADOS CON LA PRÁCTICA DE LA INTOCABILIDAD (INDIA).

1. Antecedentes del caso: el 4 de mayo de 2009, Manju Devi promovió una demanda ante el Tribunal de Begusarai (estado de Bihar, India) invocando los arts. 323, 354 y 452 del Código Penal de la India (CP) y el art. 3(1)(xi) de la *Scheduled Castes and Scheduled Tribes Act* de 1989 (Ley de Prevención de Atrocidades contra las Castas y Tribus Registradas, en adelante, Ley).

En ella alegó haber sufrido un intento de ultraje a su honor por parte de Onkarjit Singh Ahluwalia y de otros dos hombres, que habían ingresado en su casa. Tras vencer su resistencia, la habían empujado al suelo y la habían insultado, llamándola “*harijan*” y “*dhobi*” en alusión a su casta, y, antes de retirarse, la habían amenazado de muerte si comentaba lo sucedido.

Los atacantes fueron procesados por comisión de los delitos denunciados. Entonces, impugnaron esta decisión ante la *High Court* de Patna, la cual los dejó en libertad bajo fianza anticipada.

En este estado, Manju Devi recurrió esta resolución ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto y se revoca la decisión de la *High Court* de Patna. A partir del día de la fecha, los recurrentes tienen un plazo de cuatro semanas para presentarse ante el tribunal interviniente y solicitar se les conceda la libertad bajo fianza prevista normalmente.

Del análisis del presente recurso surge que la recurrente pertenece a la casta de los intocables y que, en el momento del incidente, trabajaba como empleada doméstica. Los demandados la insultaron con los siguientes términos denigrantes: “Tu, *harijan*, *dhoban*, sobrevives gracias a nuestras sobras; hoy te destruiremos”.

Ahora bien, la Ley fue promulgada con el fin de prevenir la comisión de atrocidades contra los miembros de las castas y tribus de intocables y de instituir tribunales especiales para el juzgamiento de los delitos previstos en ella y para acordar ayuda y rehabilitación a las víctimas de los mismos.

El art. 2 de la Ley define como “atrocidad” el delito punible conforme a lo dispuesto en su art. 3. El art. 3(1) (penas previstas para los delitos atroces) dispone: “Todo aquel que, no siendo miembro de las castas y tribus de intocables: (i) obligue a un miembro de las castas y tribus de intocables a beber o a ingerir sustancias no comestibles o repugnantes; (ii) actúe con el propósito de damnificar, insultar o molestar a algún miembro de las castas y tribus de intocables vertiendo heces, deshechos, cadáveres de animales o cualquier otra sustancia repugnante en sus cercanías o vecindario; (iii) le quite coactivamente la ropa a un miembro de las

castas y tribus de intocables, o lo obligue a pasearse desnudo o con la cara o el cuerpo pintados, o cometa algún acto semejante contrario a la dignidad humana; (iv) ocupe o cultive ilegalmente tierras de un miembro de las castas y tribus de intocables, o que a este le hayan sido asignadas por alguna autoridad competente; (v) expropie ilegalmente la tierra de un miembro de las castas y tribus de intocables, o interfiera en el goce de sus derechos sobre la tierra o el agua; (vi) obligue o incite a un miembro de las castas y tribus de intocables a la mendicación o a alguna forma semejante de trabajo forzado que no sea un servicio público obligatorio impuesto por el Gobierno; (vii) obligue o imponga a un miembro de las castas y tribus de intocables a votar o no votar por un determinado candidato o a votar de una forma no prevista por la ley; (viii) promueva una demanda falsa, maliciosa o vejatoria, o inicie acciones judiciales penales o de otra índole contra un miembro de las castas y tribus de intocables; (ix) brinde información falsa o carente de seriedad a un funcionario público, a raíz de la cual este haga uso de su legítima potestad para damnificar o molestar a un miembro de las castas y tribus de intocables; (x) intencionalmente insulte o intimide a un miembro de las castas y tribus de intocables en un lugar público con el fin de humillarlo; (xi) haga uso de la fuerza contra una mujer perteneciente a las castas y tribus de intocables, o la agrede con la intención de ultrajar su honor; (xii) esté en una posición que le permita dominar la voluntad de una mujer perteneciente a las castas y tribus de intocables y la utilice para explotarla sexualmente sin su consentimiento; (xiii) contamine el agua de cualquier manantial, reservorio o cualquier otra fuente utilizada por los miembros de las castas y tribus de intocables de manera que no pueda usarse con normalidad; (xiv) deniegue a algún miembro de las castas y tribus de intocables el derecho de paso a un lugar público o le impida el uso o el acceso a un lugar público, u (xv) obligue a un miembro de las castas y tribus de intocables a abandonar su casa, su aldea u otro lugar de residencia, será castigado con una pena de prisión de entre 6 meses y 5 años, y con una multa.

Cierto es que el art. 17 de la Constitución de la India trata especialmente la abolición de la “intocabilidad”, prohíbe su práctica en cualquier forma y prevé que la imposición de cualquier incapacidad derivada de la “intocabilidad” constituye un delito.

Es en este contexto que se adoptaron algunas disposiciones especiales en la Ley, por ejemplo, el art. 18, el cual no autoriza a otorgar la libertad bajo fianza anticipada. Por ello, la exclusión del art. 438 CP –que prevé tal figura procesal– debe ser interpretada en el contexto de las condiciones sociales que dan origen a los delitos previstos en la Ley y en el marco de la posibilidad de que si se les concede la libertad bajo fianza anticipada a los perpetradores de tales atrocidades, estos pueden amenazar e intimidar a sus víctimas, e impedir el enjuiciamiento. En este sentido, resulta pertinente referirse a la Exposición de Motivos de la Ley, que aclara: “No obstante las medidas tomadas para mejorar sus condiciones socioeconómicas, los miembros de las castas y tribus de intocables siguen siendo vulnerables. En efecto, se les niegan derechos civiles, están sujetos a humillaciones, molestias y actos denigrantes, pierden su vida o sus posesiones en incidentes brutales, y son víctimas de graves crímenes que responden a razones histórico-sociales y económicas”. Por ello, la *High Court* de Patna ha cometido un grave error al otorgar una fianza anticipada a los demandados.

Gracias a la difusión de la educación, los miembros de las castas y tribus de intocables han tomado conciencia de su situación y están procurando hacer valer sus derechos, circunstancia que no es bienvenida por los demás. Cuando ellos hacen valer sus derechos, se resisten a las prácticas de “intocabilidad”, exigen salarios mínimos o se niegan a realizar trabajos forzados, los intereses creados intentan intimidarlos y aterrorizarlos. Cuando intentan preservar el respeto y el honor de sus mujeres, provocan el enojo de las clases dominantes y de los poderosos.

En los últimos tiempos, ha habido un incremento de la comisión de atrocidades contra las personas de las castas y tribus de intocables que consisten, por ejemplo, en obligarlas a ingerir excrementos humanos, en ataques o en matanzas masivas, y en violaciones de mujeres. Además, las leyes existentes, como la Ley de Protección de los Derechos Civiles de 1955 y las disposiciones del Código Penal, han demostrado ser inadecuadas para controlar la comisión de dichos delitos. Por ello, resulta necesaria la aprobación de leyes especiales dirigidas a controlar y disuadir la comisión de esos delitos por personas no pertenecientes a dichas castas y tribus.

Por otra parte, el término “atrocidad” debería definirse y deberían adoptarse medidas estrictas que prevean sanciones más graves para la comisión de dichas atrocidades. A este respecto, cabe recordar que se ha propuesto requerir a los Estados y Territorios de la Unión la adopción de medidas preventivas y punitivas para proteger a las castas y tribus de que sean víctimas de atrocidades, y brindarles ayuda y asistencia para su rehabilitación.

En este contexto, es fácil comprender los hechos del presente caso. Los términos “*harijan*” y “*dhobi*” son usados con frecuencia por personas pertenecientes a las castas altas para insultar a los intocables. Sin embargo, en la actualidad, llamar a una persona de este modo resulta ofensivo y abusivo. En rigor, estas expresiones no son utilizadas para indicar una casta, sino para insultar o humillar intencionalmente a alguien. Como ciudadanos de este país, siempre deberíamos tener presente en nuestro corazón y en nuestra mente que ningún pueblo o comunidad debe ser insultado y que no deben ser heridos los sentimientos de nadie.

Si bien Constitución de la India ha abolido la “intocabilidad”, dadas las actitudes que llevan a la comisión de delitos contra los miembros de las castas y tribus de intocables, no faltan motivos para temer que si el beneficio de la libertad bajo fianza anticipada se concede a las personas que presuntamente han cometido dichos delitos, es posible que las mismas hagan un uso indebido de esta libertad aterrorizando a sus víctimas y entorpeciendo el curso de una investigación adecuada. Es en este contexto que el art. 18 ha sido agregado a la Ley. En efecto, los delitos enumerados en su art. 3 son, a los ojos de la sociedad, cuando menos denigratorios e impiden a los miembros de las castas y tribus de intocables llevar un vida digna y conservar su autoestima. Tales delitos son cometidos con el fin de humillar y subyugar a dichas personas para mantenerlas en un estado de servidumbre y no pueden ser comparados con los delitos previstos en el Código Penal.

Nota de la Oficina: la libertad bajo fianza anticipada es una figura prevista en una disposición de la legislación penal de la India que permite a los presuntos delincuentes solicitar la libertad bajo fianza antes de haber sido arrestados e imputados de un delito. La disposición

solo resulta aplicable a los sospechosos que esperan ser detenidos sin orden judicial por un delito en el que la fianza está tradicionalmente prohibida.

SUPREMA CORTE DE LA INDIA, *Manju Devi v. Onkarjit Singh Ahluwalia and Others*, sentencia del 24-3-2017, en <<http://www.lawyerservices.in/Manju-Devi-Versus-Onkarjit-Singh-Ahluwalia--Omkarjeet-Singh-and-Others-2017-03-24>>.



DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DETENCIONES ARBITRARIAS. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: Serdar Mohammed (“SM”) fue capturado por las fuerzas británicas en Afganistán el 7 de abril de 2010. Según el Gobierno, su captura tuvo lugar en el curso de una operación planeada en la que se registraron diez horas de tiroteo, durante el cual se vio escapar a SM mientras se deshacía de una granada propulsada por cohete y municiones. El Gobierno alega que el Servicio de Inteligencia lo había identificado como un comandante talibán de alto rango. SM fue detenido en instalaciones británicas hasta el 25 de julio de 2010, cuando fue entregado a las autoridades afganas. Su detención puede dividirse en tres períodos: (i) las primeras 96 horas; (ii) el plazo transcurrido entre el 11 de abril y el 4 de mayo de 2010, durante el cual fue interrogado, y (iii) el período entre el 4 de mayo y el 25 de julio, durante el cual permaneció detenido hasta su entrega a las autoridades afganas.

Abd Ali Hameed Al-Waheed fue capturado por las fuerzas británicas en Basrah, Irak, el 11 de febrero de 2007, en el domicilio de su esposa. El Gobierno alega que en el lugar se encontraron materiales para la producción de armamentos explosivos. Al-Waheed estuvo detenido en un centro de detención militar británico durante seis semanas y media, y fue liberado cuando, a raíz de un procedimiento de revisión interno, se llegó a la conclusión de que no sería factible procesarlo.

La relación entre el art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el derecho internacional constituye una de las tres cuestiones preliminares que hay que resolver en el caso *Serdar Mohammed*.

La *High Court* sostuvo que las fuerzas británicas tenían facultades para detener a prisioneros solo durante el plazo que resultara necesario para entregarlos a las autoridades afganas; y, más allá de ese plazo, por no más de 96 horas. En consecuencia, resolvió que la detención de SM había violado el art. 5, incs. 1 y 4 CEDH. La *Court of Appeal* llegó a la misma conclusión, aunque con fundamentos diferentes.

En el caso *Al-Waheed*, los jueces de la *High Court* coincidieron en que, en la medida en que la pretensión estuviera fundada en una violación del art 5.1 CEDH, tanto el juez inferior interviniente como la *Court of Appeal* estaban obligados a desestimarla en virtud de la decisión adoptada por la Cámara de los Lores en el caso *Al-Jedda*. Por ello, se concedió un recurso de “per saltum” ante la Suprema Corte, saltando la instancia de la *Court of Appeal*.

Lord Toulson entendió en la resolución de todas las cuestiones planteadas en las apelaciones, con excepción de aquellas relativas al alcance y a las exigencias procesales del art. 5, incs. 1 *c*) y/o *f*), 3 y 4 de la Convención vinculadas a la detención de Serdar Mohammed. Cuando este juez se jubiló, el 26 de octubre de 2016, Lord Hodge pasó a resolverlas.

La Suprema Corte dictó, en relación con este tema, tres sentencias simultáneas.

2. Sentencia: por mayoría de 7 votos contra 2, se desestima el recurso de Al-Waheed y se hace parcialmente lugar al recurso interpuesto por el Gobierno en el caso *Serdar Mohammed*. La mayoría resuelve que las fuerzas británicas tenían atribuciones para capturar y detener prisioneros durante plazos que superen las 96 horas si ello resultaba necesario por razones imperiosas de seguridad, pero que el procedimiento seguido en este caso para realizar las detenciones no cumplió con lo dispuesto por el art. 5.4 CEDH, dado que no se acordó a los prisioneros un derecho efectivo a impugnar sus detenciones.

La primera cuestión radica en determinar si las fuerzas británicas tenían atribuciones legales para detener a SM por más de 96 horas. Los posibles fundamentos jurídicos de dichas facultades son el derecho internacional consuetudinario y/o las atribuciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La mayoría de esta Corte considera innecesario expresar una opinión categórica en cuanto a si el derecho internacional consuetudinario autoriza la detención de combatientes en un conflicto armado no internacional (“CANI”). Lord Reed opina que en la actualidad no existe una norma de esta índole en el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la mayoría de este Tribunal sostiene que la facultad de capturar y detener combatientes enemigos por razones imperiosas de seguridad es un poder implícito en las resoluciones del Consejo de Seguridad pertinentes, a saber, las Nros. 1546 (2004) en Irak y 1386 (2001) respecto de Afganistán. La mayoría (salvo Lord Mance) llega también a la conclusión de que la política de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (“ISAF”, por sus siglas en inglés) que limita la detención a un plazo de 96 horas no se aplicaba individualmente a los Estados participantes en Afganistán y que, por lo tanto, el Reino Unido tenía derecho a adoptar su propia política en materia de detenciones. Lord Mance, por su parte, considera que las resoluciones otorgaban facultades para realizar detenciones a la ISAF, no a los Estados participantes, pero llega a la misma conclusión que la mayoría en cuanto a la legitimidad de la política de detenciones del Reino Unido, fundándose en que la ISAF había aceptado tácitamente que el Reino Unido adoptara esta política.

La siguiente cuestión radica en determinar si es posible conciliar estas conclusiones en términos del derecho internacional público con el art. 5 CEDH. La Corte Europea de Derechos Humanos pudo “adaptar”, en el caso *Hassan v. Reino Unido*, las seis causales permitidas que habilitan a realizar detenciones en términos del art. 5 a las facultades reconocidas por el derecho internacional público para tales actos en el curso de un conflicto armado internacional (“CAI”). La mayoría de nuestra Corte sostiene que el mismo criterio se aplica a un conflicto armado no internacional cuando la fuente que legitima las detenciones es una resolución del Consejo de Seguridad. Las seis causales que permiten la privación de la libertad

de los individuos contempladas en el art. 5.1 CEDH se establecieron teniendo en cuenta tiempos de paz, y su enumeración no puede considerarse taxativa en un contexto de conflicto armado. Persiguen el objetivo de “proteger a los individuos contra la arbitrariedad”. Este objetivo se logra si existe un fundamento jurídico para las detenciones y si las atribuciones para realizarlas no se ejercen con un criterio indebidamente amplio, confuso o discrecional. El procedimiento que rigió los arrestos militares en Afganistán fue suficientemente claro y preciso para satisfacer los estándares del art. 5.1. Por lo tanto, el art. 5.1 no impedía que un Estado miembro de la Convención actuara conforme a las atribuciones que surgían de una resolución del Consejo de Seguridad.

Una mayoría (conformada por Lord Sumption, Lady Hale, Lord Wilson, Lord Hodge, Lord Reed y Lord Kerr) considera que la detención de SM durante el segundo período entre el 11 de abril y el 4 de mayo de 2010 no estaba fundada en ninguno de los supuestos enumerados en el art. 5.1. En ningún momento SM permaneció detenido estando en curso un proceso de “extradición” a las autoridades afganas, ya que la entrega a las autoridades civiles de Afganistán no constituía una extradición en términos del art. 5.1 *f*). Ninguno de los períodos en que estuvo detenido solo a los fines de ser investigado por el Servicio de Inteligencia carece de fundamento en términos del art. 5.1 *c*) o de la pertinente resolución del Consejo de Seguridad. Lord Mance, Lord Hughes y Lord Neuberger consideran que si la detención de SM durante alguno de los períodos cayera dentro del ámbito de aplicación del art. 5.1 *f*) (modificado –si fuera necesario– en términos del fallo *Hassan*), debería ser sometido a juicio. Lord Mance también habría sometido a juicio la cuestión de si el art. 5.1 *c*) fundaba la detención durante el segundo período.

Sin embargo, una mayoría (integrada por Lord Sumption, Lady Hale, Lord Wilson, Lord Mance, Lord Hughes, Lord Neuberger y Lord Toulson) sostiene que deberían someterse a juicio cuestiones tales como: (*i*) si la investigación conducida por el Servicio de Inteligencia realmente constituyó el único fundamento de la detención de SM durante el segundo período, o si hubo razones imperiosas de seguridad que también concurrieron para justificarla en términos del art. 5, interpretado y modificado, en cuanto resulte necesario, conforme al criterio adoptado en *Hassan*, teniendo en cuenta la resolución pertinente del Consejo de Seguridad; y (*ii*) si la detención de SM durante el tercer período comprendido entre el 4 de mayo y el 25 de julio de 2010 cae dentro del ámbito de aplicación de art. 5.1 *c*) o si estaba justificada por razones imperiosas de seguridad en términos del art. 5, interpretado y modificado, en cuanto resulte necesario, teniendo en cuenta la resolución pertinente del Consejo de Seguridad.

La cuestión de la compatibilidad del art. 5.3 también debe ser resuelta en juicio.

Una mayoría sostiene que no es necesario que el Reino Unido deba determinar si existe un derecho a realizar detenciones en el derecho afgano para buscar sustento en el art. 5, interpretado y modificado, en cuanto resulte necesario, teniendo en cuenta la resolución pertinente del Consejo de Seguridad.

Conforme a lo que dispone el art. 5.4, el estándar mínimo de protección contra la arbitrariedad es el mismo al establecido en los arts. 43 y 78 de la Cuarta

Convención de Ginebra: un órgano imparcial que intervenga desde el comienzo de las actuaciones y en forma regular conforme al debido proceso. Un proceso justo requería que SM tuviera acceso a un recurso efectivo para impugnar su detención. Una mayoría de esta Corte (integrada por Lord Sumption, Lady Hale, Lord Wilson, Lord Hodge, Lord Reed y Lord Kerr) sostiene que hubo una violación de la exigencia que requiere acordar suficientes garantías de imparcialidad y de justicia para proteger al detenido contra la arbitrariedad en dos aspectos: el proceso careció de independencia y no permitió la participación del detenido. Lord Mance, Lord Hughes y Lord Neuberger consideran que, en relación con estos dos aspectos, la cuestión debería ser sometida a juicio a la luz de las opiniones que expresan, tal como lo decidió la *Court of Appeal*.

La mayoría considera que la determinación de si hubo una violación de los estándares procesales exigidos por el art. 5.4 no otorgará necesariamente a SM un derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos. Un proceso en instancia de revisión diferente bien podría haber conducido a que SM permaneciera detenido en el Reino Unido o fuera entregado a las autoridades afganas.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Abd Ali Hameed Al Waheed v. Ministry of Defence* y *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, sentencia del 17-1-2017, en <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0219-press-summary.pdf>>.



DERECHO ADMINISTRATIVO. EXPROPIACIÓN. INDEMNIZACIÓN. VALOR DEL MONTO INDEMNIZATORIO. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍA DEL JUEZ NATURAL. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMA CONCENTRADO. COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL. SEGURIDAD JURÍDICA (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: después de la destrucción de la Segunda Guerra Mundial no se construyeron en Berlín nuevos edificios residenciales en el lote de tierra identificado como B, ni en uno cercano, únicos lotes no desarrollados en la manzana en cuestión. En 1993, el área fue declarada zona de reurbanización. La reglamentación en cuestión se fundó, *inter alia*, en la necesidad de asegurar la existencia de espacios verdes y en que los terrenos no urbanizados fueran reservados como espacios abiertos de dominio público. En 2004, se rechazó el permiso para construir en el lote B presentado por sus propietarios. Entonces, estos solicitaron a la municipalidad que adquiriera el terreno. La autoridad administrativa lo valuó en € 105.500. De acuerdo con un dictamen pericial, esta suma correspondía a su valor de mercado basado en el uso real que en ese momento tenía. Sin embargo, si se hubiera tratado de un lote en el que se pudiera construir –lo cual era admisible por ese entonces–, su valor habría sido de € 225.000. La autoridad administrativa alegó que el factor determinante para optar por el valor más bajo de indemnización era que el lote no había sido urbanizado durante el plazo de siete años previsto en el art. 42,

incs. 2 y 3 del Código Federal de Edificación (BauGB). Entonces, los propietarios interpusieron una acción judicial.

El proceso judicial ante los tribunales ordinarios terminó con una sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) según la cual los propietarios tenían derecho a una indemnización de € 225.000, fundada en el argumento de que, cuando el proyecto que posteriormente culmina en una expropiación no está acompañado de una restricción general a determinados usos dentro de la zona de planificación, los propietarios tienen derecho a una indemnización que refleje el uso autorizado, pese al límite de siete años establecido en el art. 42, incs. 2 y 3 del Código Federal de Edificación. El tribunal consideró que esta regla también se aplica si se rechaza un permiso de construcción por estar en contradicción con los objetivos perseguidos por la reurbanización; y la referencia del art. 95, inc. 2, nº 7 BauGB debía interpretarse también en este caso acorde con la Constitución.

La autoridad administrativa interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto. En consecuencia, se revoca la sentencia apelada y se reenvía el caso al Tribunal Supremo Federal.

2.1. Según la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional Federal, nada impide que la parte que plantea el recurso de inconstitucionalidad sea una persona jurídica de derecho público, habida cuenta de que estas gozan de la garantía del juez natural consagrada en el art. 101.1.2 de la Ley Fundamental (LF), así como del derecho a un juicio justo previsto en el art. 103.1 LF si en el ejercicio de sus funciones oficiales son parte en un proceso judicial. Las personas jurídicas, en general, no pueden buscar sustento en los arts. 1 al 17 LF. Sin embargo, el art. 101, inc. 1, frase 2 LF también contiene principios procesales objetivos que se aplican a todos los procesos judiciales y, por lo tanto, deben beneficiar a toda persona que, en términos de la legislación procesal pertinente, pueda ser parte del proceso o estar indirectamente afectada por él. Esta norma se basa en la concepción de que la función de las decisiones judiciales en un Estado de derecho solo se justifica si estas están tomadas satisfaciendo las exigencias de un procedimiento ordenado que son indispensables para adoptar una decisión judicial equitativa.

Estos principios se aplican incluso si las normas procesales relevantes autorizan a las autoridades públicas a ser parte en procesos que tramitan ante los tribunales ordinarios, como sucede en este caso. Si la ley permite que una autoridad pública sea parte en un proceso judicial en lugar del organismo del que ella depende, la autoridad pública está legitimada para tomar todas las medidas procesales y para ejercer todos los derechos procesales. Conforme a esta regla, las autoridades públicas que son parte en procesos judiciales no pueden verse privadas de las garantías judiciales en dichos procesos. En estos autos, el art. 222, inc. 1, 2º frase BauGB autorizaba al accionante a participar plenamente en el proceso judicial inicial en lugar del organismo del que ella depende, puesto que, al ser la autoridad expropiante, fue quien realizó el acto administrativo que fijó el monto de la indemnización por el lote expropiado. Por lo tanto, en el proceso inicial, el

actor gozaba de la garantía del juez natural y puede denunciar una violación a este derecho a través de un recurso de inconstitucionalidad.

El actor no está legitimado, sin embargo, a hacer un planteo de inconstitucionalidad fundado en una supuesta violación al principio de que los tribunales están sujetos a la ley y al de la división de poderes (art. 20, inc. 2, frase 2 LF), porque el Tribunal Supremo Federal supuestamente no solo diferenció incorrectamente el art. 14, inc. 1 del art. 3 LF, sino también traspasó los límites en que puede hacer una elaboración judicial de las normas. Excepto en unos pocos casos que no resultan aquí aplicables, el Estado y sus subdivisiones no pueden buscar sustento en derechos fundamentales de naturaleza material.

2.2. El Tribunal Supremo Federal violó la garantía del juez natural del accionante (art. 101.1.2 LF) al hacer una interpretación inadmisibles de que la ley se compadece con la Constitución, en lugar de cumplir con su obligación de remitir la causa a este Tribunal Constitucional Federal según lo dispuesto por el art. 100.1 LF.

No toda trasgresión errónea de los límites impuestos a los tribunales ordinarios constituye una violación al art. 101.1.2 LF. Para que esta exista, el tribunal ordinario debe haber dejado de reconocer por completo la importancia y ámbito de aplicación de esta garantía o debe haber aplicado las normas procesales relevantes de forma objetivamente arbitraria. Los tribunales ordinarios también violan el art. 101.1.2 LF cuando no cumplen su deber constitucional de remitir el caso a este Tribunal Constitucional Federal, privando así a una de las partes de su derecho al juez natural, que en este caso concreto es este Tribunal Constitucional Federal. En especial, los tribunales ordinarios violan la garantía del juez natural si se abstienen de remitir a este Tribunal Constitucional un caso relativo a una disposición jurídica que, a otros efectos, considerarían inconstitucional porque interpretan de forma inadmisibles que se compadece con la Constitución.

En el presente caso, el Tribunal Supremo Federal hizo una interpretación correcta de la importancia del art. 101.1.2 LF como una garantía equivalente a un derecho fundamental, así como el alcance de la garantía resultante del juez natural. Si bien la sentencia impugnada guarda silencio a este respecto, el Tribunal Supremo Federal de ninguna manera ignoró la posibilidad de un deber de remisión. Sin embargo, en concordancia con su línea jurisprudencial, rechazó implícitamente la necesidad de esa remisión en razón de las supuestas atribuciones que tenía para el Código en términos de la Constitución.

Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal efectivamente violó la garantía del juez natural al asumir inadmisiblemente como posible una interpretación que se compadeciera con la Constitución sin aplicar el art. 95.2.7 BauGB, el cual consideró inconstitucional, y al no remitir el caso a este Tribunal Constitucional Federal en violación del art. 100.1 LF.

En principio, no todos los errores que cometen los tribunales ordinarios al aplicar las disposiciones relativas a la competencia constituyen una violación constitucional. Sin embargo, el deber de remisión consagrado en el art. 100.1 LF –a diferencia de otras disposiciones relativas a la competencia– no se basa en un mero acto del Parlamento, sino que posee rango constitucional. La disposición tiene

por objeto impedir que los tribunales ordinarios dejen sin efecto la intención del legislador al no aplicar las leyes aprobadas. Las leyes sancionadas y promulgadas en el marco de la Ley Fundamental deben cumplirse, a menos que este Tribunal Constitucional Federal haga una determinación general de que son nulas o inválidas. Por otra parte, no puede haber fallos judiciales contradictorios con respecto a la aplicabilidad de leyes específicas. El deber de remisión también tiene por objeto evitar la inseguridad jurídica y la fragmentación legal que podría surgir si los tribunales inferiores adoptaran decisiones divergentes.

La importancia de estos objetivos perseguidos por la Constitución justifica que generalmente se considere una violación del art. 100.1 LF no meramente como un error inofensivo en la aplicación de la ley, sino como una privación a la parte de su derecho al juez natural en violación de la garantía constitucional. Por lo tanto, cuando se trata de la aplicación de la ley *per se*, no se requiere que los tribunales ordinarios cometan un error particularmente grave para que la falta de remisión de un caso a esta Corte Constitucional Federal dispuesto por el art. 100.1 LF simultáneamente constituya una violación a la garantía del juez natural consagrada en el art. 101.1.2 LF. Lo que resulta decisivo es si la forma en que los tribunales ordinarios aplicaron la ley al caso específico –*v.gr.* no remitiéndolo e interpretando que la ley se compadece en ese caso con la Constitución– era admisible.

De acuerdo con estos criterios, el Tribunal Supremo Federal violó el art. 101.1.2 LF al negarse a remitir la causa a este Tribunal Constitucional Federal para el ejercicio del control de constitucionalidad.

El deber de remisión en términos del art. 100.1 LF existe cuando el tribunal ordinario está convencido de que la ley que resulta esencial para su decisión es inconstitucional, a menos que esta pueda ser interpretada de una forma que se compadezca con la Constitución. Para que exista este deber, no es suficiente, sin embargo, que el tribunal ordinario simplemente dude de la inconstitucionalidad de la ley en cuestión. Sin embargo, en el caso *sub examine* el Tribunal Supremo Federal tenía este convencimiento. La sentencia impugnada se remite a la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo Federal sobre la cuestión elaborada sobre la base de su convicción de que las otras cláusulas pertinentes de la ley tendientes a limitar el daño relacionado con la planificación eran también inconstitucionales. En este caso, hizo una aplicación extensiva de estos principios para que se apliquen a la presente causa, en la que se negaba un permiso de construcción porque estaba en conflicto con los objetivos perseguidos por la reurbanización prevista.

Contrariamente a lo que resulta de la decisión del Tribunal Supremo Federal, obviamente no es posible hacer en este caso una interpretación que se compadezca con la Constitución.

La redacción del art. 95.2.7 BauGB no contiene expresión alguna que pueda justificar que el Tribunal Supremo Federal haya hecho esa interpretación restrictiva conforme a la cual algunos casos no entran en el ámbito de aplicación de la disposición. La redacción de esta no permite una interpretación conforme a la cual los valores de mercado de las parcelas que están excluidas en virtud de lo dispuesto por los arts. 40 al 42 BauGB deban ser tenidos en cuenta en determinadas circunstancias después

de todo. Siendo una sola la disposición que se aplica a las otras disposiciones, esa restricción tampoco puede estar basada en su contexto.

Sin embargo, son el fin de la disposición y la intención del legislador –tal como surge de los antecedentes legislativos– los que impiden esa restricción. Durante el proceso legislativo de 1976 que condujo a la inclusión del período de siete años, una mayoría parlamentaria sobre planificación del desarrollo regional, construcción y desarrollo urbano encontró que una amplia indemnización pagada con base en el valor de mercado de la parcela, pese a que esta no se estuviera usando realmente en la mayor medida posible, frecuentemente habría mutilado los proyectos de planificación. Los municipios normalmente se hallaban impedidos de realizar incluso las obras urgentes porque no habrían podido pagar las indemnizaciones resultantes. A results del proceso legislativo, la indemnización por daños y perjuicios relacionados con la planificación se limita al uso real de la parcela; una compensación por usos autorizados pero que no se han realizado solo puede pretenderse si se solicita dentro del período de siete años.

La presunción del Tribunal Supremo Federal en el proceso inicial de que el art. 95.2.7 BauGB podría interpretarse conforme a la Constitución trastocó los límites de una interpretación admisible, y, por lo tanto, resulta relevante en términos constitucionales. Si bien este error no es grave y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal en más de una década solo encontró poca oposición doctrinaria, lo cierto que los presupuestos de una interpretación admisible de que una ley se compeadece con la Constitución claramente no fueron satisfechos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 2142/11, sentencia del 16-12-2014, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/bvg15-005.html>>.



DERECHO AMBIENTAL. MEDIO AMBIENTE. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO. EXTRACCIÓN DE ÁRBOLES QUEMADOS Y DERRIBADOS EN UN INCENDIO DE UN ÁREA PROTEGIDA. **AMPARO.** AMPARO AMBIENTAL. MEDIDAS PRECAUTORIAS. **DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. **SENTENCIA.** DEBER DE MOTIVACIÓN (REPÚBLICA DOMINICANA).

1. Antecedentes del caso: Ariel Sing, Juan Manuel Morel, María Isabel Serrano Diná, Beatriz Ferrer y Frarman García, a través de una publicación realizada por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales en el periódico *El Nuevo Diario*, tomaron conocimiento de un proyecto para la instalación de un aserradero en el Parque Nacional “Juan Bautista Pérez Rancier”, de Valle Nuevo, Municipio de Constanza, Provincia La Vega, donado por el gobierno de Taiwán, cuyo propósito era extraer y aprovechar la madera de los troncos quemados en un incendio que había tenido lugar en 2014 dentro de la indicada área protegida.

Entonces promovieron una acción de amparo preventivo contra el Ministerio y su titular, Bautista Rojas, a fin de que se prohibiera la instalación del aludido

aserradero, salvaguardando así su derecho fundamental al disfrute de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y la preservación de las fuentes acuíferas necesarias para garantizar el desarrollo de la vida en el país.

El 3 de noviembre de 2014, la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, mediante sentencia 457-2014, declaró la admisibilidad formal de dicha acción por haber sido hecha conforme a la ley, pero la rechazó en cuanto al fondo porque decidió que no se habían vulnerado derechos fundamentales.

Los accionantes interpusieron entonces un recurso de revisión de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que dicha sentencia carecía de motivación.

2. Sentencia: se declara admisible, en cuanto a la forma, el recurso de revisión de amparo interpuesto por Ariel Sing, Juan Manuel Morel, María Isabel Serrano Diná y Frarman García contra la sentencia 457/2014.

Se acoge, en cuanto al fondo, el recurso de revisión incoado y, en consecuencia, se revoca en todas sus partes dicha sentencia.

Se declara admisible la acción de amparo preventivo promovida por los nombrados contra el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales; se acoge dicha acción y, en consecuencia, se rechaza la instalación de un aserradero dentro del área comprendida en el Parque Nacional “Juan Bautista Pérez Rancier”, de Valle Nuevo, ubicado en el Municipio de Constanza, Provincia La Vega, y se dispone el desmantelamiento inmediato de cualquier instalación que haya sido establecida al efecto.

2.1. Verificado el cumplimiento de los requisitos de plazo y de forma, el presente recurso de revisión de sentencia de amparo resulta admisible. Asimismo, en atención a las constancias obrantes en el expediente y a los argumentos de las partes involucradas, este Tribunal advierte que existe una especial trascendencia o relevancia constitucional de la cuestión planteada, en vista de la importancia de esta para fijar criterios respecto a la pertinencia del amparo preventivo en materia ambiental.

2.2.1. Este Tribunal ya se ha pronunciado respecto de la debida motivación de las sentencias. Así, ha expresado que el cabal cumplimiento del deber de motivación de las sentencias que incumbe a los tribunales requiere: *a)* desarrollar de forma sistemática los medios en que fundamentan sus decisiones; *b)* exponer de forma concreta y precisa cómo se produce la valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que corresponde aplicar; *c)* manifestar las consideraciones pertinentes que permitan determinar los razonamientos en que se fundamenta la decisión adoptada; *d)* evitar la mera enunciación genérica de principios o la indicación de las disposiciones legales que hayan sido violadas o que establezcan alguna limitante en el ejercicio de una acción, y *e)* asegurar que la fundamentación de los fallos cumpla la función de legitimar las actuaciones de los tribunales frente a la sociedad a la que va dirigida la actividad jurisdiccional. Asimismo, este Tribunal ha reiterado que los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, consagrados en los arts. 68 y 69 de la Constitución, tienen, como una de sus garantías principales, la debida motivación de las decisiones emitidas por los tribunales nacionales. En este sentido, los tribunales

tienen la obligación de dictar decisiones motivadas como parte de la sujeción a la garantía constitucional del debido proceso.

Esta obligación implica la existencia de una correlación entre el motivo invocado, la fundamentación y la propuesta de solución; es decir, no basta la mera enunciación genérica de los principios sin la exposición concreta y precisa de cómo se produce la valoración de los hechos, las pruebas y las normas previstas que se aplicarán. Una sentencia carece de fundamentación cuando no se exponen los motivos que justifican el análisis del juez en cuanto a su decisión y las razones jurídicas que la determinan, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión, con una argumentación clara, completa, legítima y lógica, así como la aplicación de la normativa vigente y aplicable al caso.

2.2.2. En vista de la problemática derivada del presente conflicto, este Tribunal estima que, efectivamente, el juez de amparo solo se limitó a consignar las alegaciones de las partes en la señalada acción de amparo preventivo, pero sin dar respuesta debidamente motivada a los argumentos expuestos por los accionantes, particularmente respecto a los posibles daños que ocasionaría al medio ambiente la instalación de un aserradero en el Parque Nacional “Juan Bautista Pérez Rancier”, con el supuesto propósito de aprovechar la madera de los troncos de árboles quemados y que habían resultado abatidos por un incendio.

2.2.3. Por lo expresado, corresponde revocar la sentencia 457-2014 expedida por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo por falta de motivación. Este Tribunal ha establecido el precedente de no solo acoger los recursos de revisión cuando estime sus condiciones satisfechas, sino también de conocer el fondo de las acciones de amparo cuando, a su juicio, la salvaguarda de los derechos fundamentales así lo requiera.

Esta medida radica en que la justicia constitucional, cuyo objetivo principal consiste en garantizar la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales, debe guiarse por los principios rectores contenidos en el art. 7 de la Ley n° 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales y, respecto a la especie, particularmente por los principios procesales de celeridad, efectividad y oficiosidad.

2.3. Los accionantes adujeron que el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales ha vulnerado su derecho fundamental a un medio ambiente sano, exponiendo a un grave peligro de deterioro al Parque Nacional “Juan Bautista Pérez Rancier” al afectar su equilibrio ecológico con la pretendida intención de instalar en él un aserradero. Asimismo, sostuvieron que resultaba necesario contar con al menos tres informes científicos sobre el impacto ocasionado por el mencionado incendio forestal de 2014 para evaluar y determinar si dicho Ministerio debería abstenerse de propiciar, desarrollar o permitir la instalación en esa importante área protegida de un aserradero destinado al supuesto aprovechamiento de troncos dejados por el incendio anteriormente ocurrido en ella. Puntualmente, expresaron que la extracción de troncos quemados y derribados no solamente perjudica al bosque naciente después

del incendio, sino que también el arrastre de dichos troncos causa un grave daño a las otras especies vegetales y a los pinos pequeños del entorno, y que el sistema de transporte de los troncos con maquinarias deja una capa de petroquímicos altamente tóxicos para el ecosistema del parque nacional.

2.4. La Constitución de la República Dominicana expresa que: *i*) son patrimonio de la Nación los recursos naturales no renovables que se encuentren en el territorio y en los espacios marítimos bajo jurisdicción nacional, los recursos genéticos, la biodiversidad y el espectro radioeléctrico (art. 14); *ii*) el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida, el consumo humano del agua tiene prioridad sobre cualquier otro uso, y el Estado promoverá la elaboración e implementación de políticas efectivas para la protección de los recursos hídricos de la Nación. Asimismo, las cuencas altas de los ríos y las zonas de biodiversidad endémica, nativa y migratoria son objeto de protección especial por parte de los poderes públicos para garantizar su gestión y preservación como bienes fundamentales de la Nación, y los ríos, lagos, lagunas, playas y costas nacionales pertenecen al dominio público y son de libre acceso, observándose siempre el respeto al derecho de propiedad privada. La ley regulará las condiciones, formas y servidumbres en que los particulares accederán al disfrute o gestión de dichas áreas (art. 15); *iii*) la vida silvestre, las unidades de conservación que conforman el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y los ecosistemas y especies que contiene constituyen bienes patrimoniales de la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles, y los límites de las áreas protegidas solo pueden ser reducidos por ley con la aprobación de las dos terceras partes de los votos de los miembros de las cámaras del Congreso Nacional (art. 16); *iv*) el Estado reconoce los derechos e intereses colectivos y difusos, los cuales se ejercen en las condiciones y limitaciones establecidas en la ley. En consecuencia, protege la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna, de la flora y del medio ambiente (art. 66); *v*) es deber del Estado prevenir la contaminación, proteger y mantener el medio ambiente en provecho de las presentes y futuras generaciones, y, en consecuencia, toda persona tiene derecho –tanto de modo individual como colectivo– al uso y goce sostenible de los recursos naturales, a habitar en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de las distintas formas de vida, del paisaje y de la naturaleza. En este sentido, los poderes públicos deben prever y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales, la responsabilidad objetiva por daños causados al medio ambiente y a los recursos naturales y exigir su reparación. Asimismo, deben cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas a lo largo de la frontera marítima y terrestre (art. 67).

Asimismo, la Ley n° 64-00 dispone: *i*) respecto a la creación de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, que los estudios de evaluación de impacto ambiental y los informes ambientales serán los instrumentos básicos para la gestión ambiental; *ii*) respecto a las áreas protegidas, que estas constituyen una porción de terreno y/o mar especialmente dedicada a la protección y mantenimiento de elementos significativos de biodiversidad y de recursos naturales y culturales asociados, manejados por mandato legal y otros medios efectivos; *iii*) que el establecimiento de

las áreas protegidas obliga a preservar los ecosistemas naturales representativos de las diversas regiones biogeográficas y ecológicas del país; y *iv*) que las áreas protegidas son patrimonio del Estado, debiendo ser administradas según sus categorías, zonificación y reglamentación, basándose en planes de manejo aprobados por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con la participación de la comunidad y sus organizaciones, en la gestión y manejo de las mismas.

2.5. Resulta incontrovertible que las evaluaciones relativas al impacto del medio ambiente constituyen una herramienta técnica útil aplicable a todos los países. Con las mismas se procura demostrar que, en determinadas actividades, se cumplen las normas medioambientales vigentes y se adoptan las medidas precautorias orientadas a reducir a su mínima expresión aquellas que resultan inevitables.

En este punto, debemos precisar que las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente –al tener un alcance general que traspasa el ámbito nacional por propugnar, como parte del sostenimiento ecológico del planeta, la protección de los recursos ecosistémicos, hidrológicos y de biodiversidad existentes en cada Estado– configuran un derecho colectivo y difuso de alcance supranacional, que encierra el compromiso de que cada nación le otorgue preponderancia a la aplicabilidad de las mismas en aquellos casos en que una actividad pueda o esté afectando de forma negativa ese sostenimiento, o ponga en riesgo el resguardo ecológico del país.

En este orden de ideas, también resulta oportuno señalar que el art. 7.11 de la Ley n° 137-11 prevé el principio rector de oficiosidad del sistema de justicia constitucional, al expresar que todo juez o tribunal –como garante de la tutela judicial efectiva– debe adoptar de oficio las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente.

2.6. Siguiendo las normas, principios y razonamientos antes expuestos, así como la ponderación de los documentos anexos y la información recabada, este Tribunal advierte: 1) que, realmente, existe la posibilidad de la instalación del aserradero que denuncian los accionantes, lo cual podría causar serios daños al medio ambiente de la indicada área protegida; 2) que permitir la tala de los pinos y otras especies vegetales en dicha área afectaría gravemente la hidrografía de la isla, ya que en este valle nace el 80% de los ríos del país; 3) que como consecuencia de lo anterior, el ecosistema de dicho parque podría resultar irremisiblemente deteriorado, afectando el nacimiento de los principales ríos del país, lo cual lesionaría de manera irreversible el medio ambiente en República Dominicana.

En su comparecencia ante la comisión de magistrados del Tribunal Constitucional, el representante del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales expresó que con la instalación del aludido aserradero solo se pretende aprovechar unos 200 árboles que resultaron dañados y abatidos por el incendio que ocurrió en dicho lugar en el año 2014.

Por su parte, el ingeniero forestal Eleuterio Martínez –en su calidad de perito seleccionado por la Academia de Ciencias de la República Dominicana, que también compareció ante la indicada comisión de magistrados– presentó un informe en

el que manifestó los siguientes argumentos: *i)* que ningún material de un parque nacional es aprovechable, y más en este caso, cuando el incendio se supone que lo provocó un rayo; *ii)* que esos pinos y esa zona deben dejarse sin tocar para que sea la propia naturaleza que la regenere; *iii)* que el uso de aserraderos viola el marco jurídico que rige los parques nacionales, que prohíbe la extracción y aprovechamiento de materiales; *iv)* que la extracción de troncos quemados y derribados perjudica al bosque en recuperación post incendio, en parte por el arrastre de los troncos que altera los ecosistemas de microorganismos que trabajan en regenerar la vida del bosque, causando un grave daño a las otras especies vegetales y a los pinos pequeños del entorno; *v)* que debemos ser conscientes de la amenaza que constituye instalar un aserradero en esta zona. No se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada; *vi)* que la instalación de un aserradero y movilización de troncos pone en riesgo 66 especies de aves, 48 de mariposas, 29 de reptiles y 17 de anfibios, además de 531 especies de flora de las cuales 138 son endémicas de la Hispaniola; *vii)* que el hecho de extraer los señalados árboles produciría daños irreversibles a la zona, ya que la propia naturaleza se encarga de restablecer el área afectada por el incendio, sin la necesidad de que interfiera la mano del hombre.

2.7. Por todo lo dicho, este Tribunal estima que ha quedado plenamente comprobado que de instalar un aserradero en el Parque Nacional “Juan Bautista Pérez Rancier” –zona protegida como reserva científica desde 1983 y como parque nacional desde 1996–, se estaría vulnerando la protección del antes referido derecho colectivo y del medio ambiente consagrado en el art. 66 de nuestra Constitución, en vista del inminente y grave riesgo que pende sobre dicha área.

Así, este Tribunal estima que la acción de amparo preventivo interpuesta por los accionantes constituye la vía más apropiada para obtener la protección de los derechos colectivos y del medio ambiente en el caso que nos ocupa, razón por la cual procede declarar su admisibilidad en cuanto a la forma y su acogimiento en cuanto al fondo, al tiempo de revocar la referida sentencia de amparo 457-2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, recurso de revisión constitucional en materia de amparo incoado por Ariel Sing, Juan Manuel Morel M., Isabel Serrano y Frarman García c. sentencia 457-2014 dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, sentencia TC/0021/17 del 18-1-2017, en: <<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files//documentos/TC-0021-17.pdf>>.



DERECHO CONTRAVENCIONAL. NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA COMO TIPO PENAL. PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN (CHILE).

1. Antecedentes del caso: el 19 de noviembre de 2015, y en el marco de un proceso penal, el Ministerio Público imputó a Juvenal Gómez Gómez los delitos de conducción en estado de ebriedad con resultado de daños, en calidad de autor, y la

negativa de someterse a la prueba de alcoholemia (art. 195 *bis*, inc. 1, de la Ley de Tránsito, conforme a la modificación introducida por la ley N° 20.770, conocida como “Ley Emilia”).

Juvenal Gómez Gómez solicitó que dicha normativa sea declarada inaplicable por inconstitucional. Sostuvo que en el marco de los objetivos perseguidos por la Ley Emilia, esta creó un nuevo tipo penal consistente en la negativa injustificada a realizarse la prueba de alcoholemia, negativa que antes de la modificación importaba una presunción de ebriedad, y estimó que su aplicación podría generar responsabilidad penal, lo que importaría vulnerar los arts. 1° y 19.3, incs. 6 y 7 de la Constitución. Aludió a su derecho a un proceso e investigación racional y justo, y a que la ley no puede presumir *iuris et de iure* la responsabilidad penal, entendiendo esta preceptiva como la consagración de una afectación a la garantía de presunción de inocencia o al derecho a la no autoincriminación, garantías que la ley debe resguardar en el marco de un debido proceso para ajustar el ejercicio del *ius puniendi* estatal a la Carta Fundamental, pues el imputado no debe demostrar su inocencia, sino que es el órgano persecutor estatal quien debe probar su culpabilidad. Además, sostuvo que la norma impugnada infringe la Constitución, toda vez que, bajo amenaza de pena, compele al imputado a colaborar con la investigación penal, obligándolo a configurar prueba en su propia contra. En definitiva, postuló que la ley no puede obligarlo a realizarse pericias que lo autoincriminen y que al forzarlo a realizarse la prueba de alcoholemia, el art. 195 *bis* citado vulnera la dignidad personal garantizada en la Constitución, al tiempo que la norma legal quebranta el debido equilibrio entre la persecución penal y los derechos del imputado, pues se constituye en una forma de compeler que, en caso de negarse, configura el delito.

El Ministerio Público solicitó el rechazo del requerimiento y señaló que tanto antes como después de las modificaciones introducidas por la Ley Emilia, la Ley de Tránsito ha contemplado obligaciones y cargas para los conductores que se condicen con la naturaleza peligrosa de la actividad de manejar vehículos motorizados; que la obligación de someterse a las pruebas y la sanción a la conducta de negarse injustificadamente a ello siempre han existido, antes bajo amenaza de configurar una presunción probatoria y hoy bajo amenaza de consecuencias punitivas; que el requerimiento de inaplicabilidad de autos adolece de defectos que llevan a su necesario rechazo; y que la aplicación del precepto impugnado no es equiparable a autoincriminarse, sino que únicamente importa colaborar con una pericia técnica, de resultado incierto. Y concluye que la norma impugnada no infringe el debido proceso, ni la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, ni menos la dignidad de la persona.

2. Sentencia: se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad. No se condena con costas al requirente por haber tenido motivo plausible para litigar.

2.1. En el caso en análisis, no resulta pertinente la invocación del debido proceso, ya que no surge cómo podría afectarse dicha garantía teniendo en consideración que se trata de normas de aplicabilidad directa para todos y su desarrollo legislativo se efectúa de manera singularizada como sistema para los distintos procedimientos;

tampoco se despliegan razonamientos que puedan calificarse como derechos constitucionales, simplemente por tratarse la norma de una configuración legal de los bienes jurídicos protegidos por el legislador.

2.2. Gómez Gómez arguyó que la afectación del principio o presunción de inocencia se vincula con una garantía autónoma, al expresar “que otros autores [la] consideran incluida en el debido proceso, como es el derecho a la no autoincriminación”, pretendiendo que se produciría una suerte de carga para el imputado de un ilícito de demostrar su inocencia y no del Estado, quien tiene la carga, a través del *ius puniendi*, de probar la culpabilidad.

Tal aseveración carece de sustento constitucional. Se trata de una afirmación relacionada con la carga de la prueba, materia que escapa a la competencia de este órgano, puesto que lo que el legislador ha hecho en este caso al establecer la figura delictiva del art. 195 *bis*, inc.1, de la Ley N° 18.290 de Tránsito es generar un tipo penal, cuyos caracteres y elementos normativos y fácticos aparecen en su descripción legal, lo que significa que la conducta descrita en la norma punitiva recién citada configura un injusto típico; en cambio, la presunción de inocencia constituye una “regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.

Por lo demás, lo que la ley exige es que se practique la prueba de alcoholemia sin que exista la obligación del imputado de confesar su participación en el accidente de que se trata, lo que lleva a sostener que no se afecta su trato “como inocente”.

2.3. Siendo el principio de culpabilidad una de las bases fundamentales del derecho penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional, el art. 19.3 de la Carta Fundamental, al expresar que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, está consolidando el principio de “dignidad humana”, en la medida en que, en un sentido amplio, bajo la expresión “principio de culpabilidad” pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen en común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra por el hecho que la motiva. En sentido procesal, solo es “culpable” quien no es “inocente”, y la enervación de la “presunción de inocencia” –garantía constitucional fundamental proclamada en el art. 19.3, incs. 8 y final, de la Constitución– requiere la prueba de la “culpabilidad” del imputado, que en este sentido incluye la prueba de todos los elementos del delito. En resumen, el principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, en el sentido de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten “culpar”, esto es, imputar a alguien el daño ocasionado por el delito, presupuestos que afectan a todas las categorías del concepto del delito.

En el caso concreto, la norma impugnada describe una conducta típica definida por la negativa a la realización de una obligación impuesta por el legislador para proteger el bien jurídico “seguridad vial”. No estamos en presencia de una presunción de culpabilidad, sino de una sanción impuesta a la negativa de cumplimiento de una obligación que se inserta en un tipo penal. En tal caso, no

aparece vulnerado el art. 19.7 de la Constitución referido a la libertad personal y seguridad individual, pues es el órgano acusador quien debe probar la ejecución de la conducta punible, de forma tal que no puede existir incompatibilidad con la prohibición constitucional de presumir la responsabilidad penal. En el caso de mérito, se trata de una acción –negarse a la práctica de un examen– que tiene como consecuencia o efecto una sanción penal.

2.4. El deber de someterse a la realización de la prueba de alcoholemia –examen de resultado incierto– no es asimilable a la limitación de autoincriminación que recae sobre la obligación de declarar bajo juramento sobre un hecho propio.

La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que la prohibición constitucional de autoincriminación requiere que se trate de una causa criminal, donde la obligación pese sobre un imputado o acusado y que la declaración se exija bajo juramento y respecto de un hecho propio, presupuestos incumplidos en la norma impugnada, en la medida en que no presupone la hipótesis referida en la garantía constitucional de proscripción de la obligación de declarar sobre un hecho propio.

La figura penal impugnada deriva del ejercicio de una potestad de policía dirigida a la comprobación de que los conductores de vehículos motorizados conduzcan en normal estado de temperancia, potestad que puede ser ejercida incluso en forma independiente al acaecimiento de un delito doloso o culposo, y cuyo fundamento es la protección de determinados bienes jurídicos que pudieren verse afectados en el ejercicio de una actividad lícita pero riesgosa, cuyo ejercicio es regulado por el legislador.

2.5. El art. 195 *bis*, inc. 1 de la Ley de Tránsito prescribe que “la negativa injustificada de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el art. 182, será sancionada con multa de 3 a 10 Unidades Tributarias Mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes”.

La conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad son elementos constitutivos del delito en cuestión, de manera que cumplidos estos presupuestos, cabe atribuir responsabilidad por un hecho delictivo, circunstancia que lleva a inferir que el precepto impugnado no vulnera la garantía de presunción de inocencia ni la prohibición de autoincriminación, en tanto su aplicación, en su fase de juzgamiento, debe efectuarse conforme a las reglas generales de persecución penal y de prueba penal garantizadas constitucional y legalmente. El artículo cuestionado no establece excepción alguna al régimen general de la prueba penal y de persecución penal, el cual queda incólume según se constata en el caso concreto, cuyo juzgamiento se efectuará conforme a la normativa de aplicación general, que contiene suficientes garantías para resguardar la presunción de inocencia e interdicción de la autoincriminación. De este modo, las reglas de imputación penal invocadas en la acusación recogen como elementos propios de su cariz normativo que se trata de un delito de peligro concreto, propias del ámbito que el legislador ha regulado particularmente como es el tránsito público, sujetándolas a exigencias, cargas y obligaciones para quienes participen en

él. Se trata de la reglamentación del ejercicio de un derecho –participar en el tránsito público– bajo ciertas circunstancias, donde el Estado otorga a sus ciudadanos el ejercicio de una actividad riesgosa, como es la conducción de vehículos motorizados, pero regulada extensivamente, de forma tal que el tipo penal cuestionado adquiere independencia del delito de manejo en estado de ebriedad o influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas por parte del conductor, transformándose en un ilícito propio del incumplimiento de deberes en una actividad de riesgo, que el legislador imputa objetivamente como un ilícito penal.

Lo relevante del delito es su lesividad, la que no viene dada por el daño material que produce a un determinado bien, sino por su capacidad de poner en duda la validez del derecho mismo: el delito lesiona la “cosa universal”, lo que se asocia a una peligrosidad de la acción para la sociedad, cuyo grado dependerá tanto de la magnitud del delito como del grado de la representación y conciencia de la validez de las leyes dentro de la sociedad. Es a partir de Jakobs que el Estado debe tener la obligación de velar por la satisfacción de las pretensiones penales y, además, la obligación de brindar justicia, al imponer infracciones de prohibiciones o incumplimientos de mandatos, solo resguardadas con el principio de legalidad penal, de forma que la figura implícita de lesión del deber se sustenta en dos aspectos: el interés social, del Estado o la comunidad, establecido como fin del Estado; segundo, como elemento aglutinador de la comunidad, en una fusión entre derecho y moral, tanto en la fundamentación de las normas como en las formas de su acatamiento.

2.6. Por lo expuesto, este Tribunal no acogerá el requerimiento, por no configurarse las causales invocadas por el requirente desde la perspectiva constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Juvenal Gómez Gómez respecto del art. 195 *bis*, inc. 1°, de la Ley 18.290, en la causa penal seguida en su contra ante el Juzgado de Garantía de Castro, rol N° 2936-15-INA, sentencia del 20-10-2016, en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=3344>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO ADUANERO. OBLIGACIÓN DE DECLARACIÓN DE CAPITALES. APLICABILIDAD EN ZONAS INTERNACIONALES DE TRÁNSITO. AEROPUERTOS (UNIÓN EUROPEA – FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: en 2010, la sociedad Intercontinental encomendó a Oussama El Dakkak que transportara dólares estadounidenses de Cotonú (Benín) a Beirut (Líbano) por avión en un viaje con escala en el aeropuerto de Roissy-Charles-de-Gaulle (Francia). Durante su escala en ese aeropuerto, El Dakkak fue sometido a un control por agentes aduaneros, quienes descubrieron que estaba en posesión de USD 1.607.650 y de EUR 3.900 en dinero efectivo. El Dakkak fue investigado por incumplimiento de la obligación impuesta por el Reglamento (CE) n° 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero en efectivo de la Unión, a toda persona

física que entre o salga de ella de declarar cualquier importe igual o superior a EUR 10.000 que transporte en dinero en efectivo.

Como el procedimiento penal se anuló por un vicio procesal, El Dakkak e Intercontinental solicitaron a los tribunales franceses la reparación del perjuicio sufrido. A su juicio, El Dakkak no había incumplido la obligación de declaración prevista por el Reglamento, ya que esta no resulta aplicable cuando un pasajero únicamente está en tránsito, en la zona internacional de un aeropuerto situado en la Unión Europea, durante un viaje entre un país no perteneciente a la Unión Europea y otro país no perteneciente a la Unión Europea.

La Corte de Casación francesa, que conoce de este asunto, consultó entonces al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si en esta situación era posible considerar que El Dakkak entró en la Unión y que, por tanto, está sometido a la obligación de declaración establecida por el Reglamento.

2. Sentencia: la obligación de declaración de cualquier importe en efectivo igual o superior a EUR 10.000 prevista en el Reglamento (CE) n° 1889/2005 es aplicable en las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los Estados miembros.

Ante todo, el concepto de entrada en la Unión designa el desplazamiento de una persona física de un lugar que no forma parte del territorio de la Unión a un lugar que forma parte de él. Así, los aeropuertos de los Estados miembros forman parte del territorio de la Unión, y el Reglamento no excluye la aplicabilidad de la obligación de declaración en las zonas internacionales de tránsito de dichos aeropuertos, como tampoco ninguna disposición de los Tratados excluye estas zonas del ámbito de aplicación territorial del derecho de la Unión ni prevé ninguna excepción relativa a ellas.

De ello se deduce que debe considerarse que ha entrado en la Unión y está sometida a la obligación de declaración toda persona que, como El Dakkak, desembarca de una aeronave procedente de un Estado no perteneciente a la Unión Europea en un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro y permanece en la zona internacional de tránsito de dicho aeropuerto antes de embarcar a bordo de otra aeronave con destino a otro Estado que tampoco pertenece a la Unión Europea.

La aplicabilidad de la obligación de declaración en las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en territorio de la Unión se compadece también con el objetivo perseguido por el Reglamento, a saber, disuadir y evitar la introducción en el sistema financiero de dinero ilícito y la inversión de dicho dinero tras su blanqueo. Habida cuenta de este objetivo, el concepto de “persona física que entre en la [Unión] o salga de ella” debe ser interpretado en forma amplia, ya que, de no ser así, se pondría en peligro la efectividad del sistema de control de los movimientos de dinero en efectivo que entra o sale de la Unión y, por consiguiente, la realización del objetivo que persigue el Reglamento. Además, carece de pertinencia el hecho de si El Dakkak había cruzado o no una frontera exterior de la Unión.

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-17/16, *Oussama El Dakkak e Intercontinental SARL c. Administration des douanes et droits indirects*, sentencia del 4-5-2016, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190321&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=267517>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO DEL TRABAJO. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. LIBERTAD DE CULTO. PROHIBICIÓN DE LLEVAR SIGNOS VISIBLES DE NATURALEZA POLÍTICA, FILOSÓFICA O RELIGIOSA EN EL LUGAR DE TRABAJO. PROHIBICIÓN DEL USO DEL PAÑUELO ISLÁMICO EN EL ÁMBITO LABORAL (UNIÓN EUROPEA – BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: G4S es una empresa privada que presta servicios de recepción y acogida a clientes tanto del sector público como del sector privado. El 12 de febrero de 2003, Samira Achbita, musulmana, comenzó a trabajar allí como recepcionista en términos de un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Regía en ese momento en el seno de dicha empresa una norma no escrita en virtud de la cual los trabajadores no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. En abril de 2006, Achbita comunicó a sus superiores jerárquicos que, a partir de entonces, tenía la intención de llevar un pañuelo islámico durante las horas de trabajo. En respuesta, la Dirección de G4S le informó que no toleraría el uso de tal pañuelo porque ostentar signos políticos, filosóficos o religiosos era contrario a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir. Un mes más tarde, tras un período de baja por enfermedad, Achbita comunicó a su empleador que reanudaría su actividad laboral el 15 de mayo y que llevaría un pañuelo islámico. Días más tarde, la asamblea de G4S aprobó una modificación del reglamento interno, que entró en vigor el 13 de junio de 2006, redactada en los siguientes términos: “Se prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de estas en el lugar de trabajo”, esto, un día después de que Achbita fuera despedida en razón de su persistente voluntad manifestada de llevar, como musulmana, el pañuelo islámico en su lugar de trabajo. Percibió una indemnización por despido equivalente a tres meses de salario y las ventajas adquiridas en virtud del contrato de trabajo.

Achbita demandó a G4S por despido ante el Tribunal Laboral de Amberes, Bélgica, el cual desestimó la demanda. Entonces, recurrió dicha resolución ante el Tribunal Laboral Superior de Amberes, el cual desestimó la apelación al considerar que el despido no podía considerarse improcedente, ya que la prohibición general de llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no suponía una discriminación directa, y tampoco se había observado

ninguna discriminación indirecta o violación de la libertad individual o de la libertad de religión. En cuanto a la inexistencia de discriminación directa, destacó que era manifiesto que Achbita no había sido despedida por profesar la fe musulmana, sino por persistir en su intención de hacerla patente durante las horas de trabajo llevando un pañuelo islámico. Destacó que la norma del reglamento interno conculcada por Achbita tiene un alcance general, puesto que prohíbe a cualquier trabajador llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo y que ningún hecho permitía suponer que G4S hubiera adoptado una postura más conciliadora con algún otro asalariado en situación análoga, en particular con algún trabajador con otras convicciones religiosas o filosóficas que se hubiese negado repetidamente a respetar esa prohibición.

Ante esto, Achbita planteó un recurso de casación. El Tribunal de Casación de Bélgica suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la siguiente cuestión prejudicial: ¿debe interpretarse el art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas?

2. Sentencia: en el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones.

En cambio, tal norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen determinadas convicciones, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá verificar al órgano jurisdiccional remitente.

2.1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En el caso, el tribunal remitente solicita que se dilucide si dicha norma debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico –dimanante de una norma interna de una empresa privada que impide de forma general el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo– constituye discriminación directa, prohibida por esa Directiva.

2.2. En primer lugar, de conformidad con el art. 1, la Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos

de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A tenor del art. 2.1, “se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1”. El art. 2.2 *a*) puntualiza que a efectos de lo dispuesto en el art. 2.1, existe discriminación directa cuando una persona es tratada de manera menos favorable en relación con otra persona en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el art. 1, entre los que se incluye la religión.

Sin embargo, el legislador de la Unión se remite, en el considerando 1 de la mencionada Directiva, a los derechos fundamentales tal como se garantizan en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), que, en su art. 9, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Asimismo, el legislador de la Unión se remite igualmente a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del derecho de la Unión. Pues bien, entre los derechos que proceden de esas tradiciones comunes y que han sido reafirmados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta), se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en su art. 10.1. Dado que la CEDH y la Carta recogen una acepción amplia del concepto de religión, cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva, de modo que procede interpretar que el concepto de religión que figura en el art. 1 de la misma cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa.

2.3. En segundo lugar, es necesario determinar si la norma interna controvertida en el litigio principal ocasiona una diferencia de trato entre los trabajadores en función de la religión o de las convicciones de estos y, de ser así, si esa diferencia de trato constituye discriminación directa en el sentido del art. 2.2 *a*) de la Directiva.

En este caso, la norma interna controvertida en el litigio principal tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por lo tanto, atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones. Por consiguiente, debe considerarse que dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos. En autos, no hay constancia de la que se desprenda que la aplicación de la norma interna impugnada a Achbita haya sido diferente de la aplicación de esta norma a cualquier otro trabajador. Por lo tanto, procede concluir que una norma interna como la controvertida en el litigio principal no establece una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones en el sentido del art. 2.2 *a*) de la Directiva.

2.4. El hecho de que el órgano jurisdiccional remitente haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose únicamente a determinadas disposiciones del derecho de la Unión no impide que este Tribunal le proporcione todos los criterios de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce. A este respecto, corresponde a este Tribunal deducir del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión, los elementos del derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio.

En el caso de autos, no puede descartarse que el tribunal remitente llegue a la conclusión de que la norma interna controvertida en el litigio principal establece una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones en el sentido del art. 2.2 *b)* de la Directiva si se acredita –extremo que le corresponderá comprobar– que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen determinadas convicciones. No obstante, con arreglo al art. 2.2 *b)*, inc. *i)* de la Directiva, tal diferencia de trato no constituirá discriminación indirecta en el sentido del art. 2.2 *b)* de dicha Directiva si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esa finalidad son adecuados y necesarios.

2.5. Aunque corresponde al juez remitente determinar si, y en qué medida, la norma interna controvertida en el litigio principal es conforme con las exigencias mencionadas, este Tribunal debe proporcionar al juez nacional respuestas útiles y es competente para dar indicaciones que permitan a ese juez resolver el litigio concreto del que conoce.

En primer lugar, en cuanto al requisito de la existencia de una finalidad legítima, procede señalar que ha de considerarse legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el art. 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes. La interpretación de que la persecución de tal finalidad permite restringir, con ciertos límites, la libertad de religión viene corroborada además por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 9 de la CEDH (TEDH, sentencia *Eweida y otros c. Reino Unido*).

En segundo lugar, en cuanto al carácter adecuado de una norma interna como la controvertida en el litigio principal, cabe apuntar que el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática. A este respecto, corresponderá al tribunal remitente comprobar si G4S había establecido, con anterioridad al despido de Achbita, un régimen general e indiferenciado de prohibición del uso visible de signos de

convicciones políticas, filosóficas o religiosas para los miembros de su personal que estaban en contacto con sus clientes.

En tercer lugar, en cuanto al carácter necesario de la prohibición controvertida en el litigio principal, procede verificar si esta se limita a lo estrictamente necesario. En concreto, ha de comprobarse si la prohibición del uso visible de cualquier signo o prenda de vestir que pueda asociarse a una creencia religiosa o a una convicción política o filosófica atañe únicamente a los trabajadores de G4S que están en contacto con los clientes. En tal caso, dicha prohibición deberá considerarse estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida. En el caso de autos, en lo que respecta a la negativa de una trabajadora como Achbita a renunciar a llevar un pañuelo islámico durante el desempeño de sus actividades profesionales en contacto con los clientes de G4S, corresponderá al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para esta, G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. Incumbirá al tribunal remitente, a la luz de todos los elementos en autos, sopesar los intereses presentes y limitar las restricciones de las libertades de que se trata a lo estrictamente necesario.

Notas de la Oficina: 1) ver comentario al fallo por SERRANO FALCÓN, Carolina, “A propósito del uso del pañuelo musulmán (hiyab) en la empresa privada: el TJUE avala la política de neutralidad religiosa en las empresas, pero con límites”, en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, julio-agosto 2017, nº 31-32, pp. 74-80; 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-157/15, *Samira Achbita c. Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y G4S Secure Solutions NV*, sentencia del 14-3-2017, en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188852&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=272952>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. DERECHO TRIBUTARIO. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO. EXENCIONES. AGRUPACIONES AUTÓNOMAS DE PERSONAS (UNIÓN EUROPEA – LUXEMBURGO).

1. Antecedentes del caso: en el Derecho de la Unión, en virtud de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, del 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, modificada por la Directiva 2010/45/UE del Consejo, del 13 de julio de 2010, las prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el territorio de un Estado miembro por un sujeto pasivo que actúe como

tal se encuentran gravadas por el impuesto al valor agregado (IVA). Sin embargo, el art. 132 de la mencionada Directiva establece una exención, si se cumplen ciertas condiciones, para las prestaciones de servicios realizadas por agrupaciones autónomas de personas (en adelante, “AAP”), es decir, agrupaciones de empresas o de personas que entregan bienes o prestan servicios a sus miembros de forma independiente, que tienen personalidad jurídica o que, sin tenerla, actúan bajo una denominación propia, como agrupación, frente a sus miembros y frente a terceros. A los fines de gozar de dicha exención, las mismas deben ejercer “una actividad exenta, o para la cual no tengan la cualidad de sujeto pasivo, con objeto de proporcionar a sus miembros los servicios directamente necesarios para el ejercicio de esa actividad”.

Según la normativa luxemburguesa, los servicios prestados por una AAP en beneficio de sus miembros están exentos del pago de IVA no solo cuando dichos servicios sean directamente necesarios para el ejercicio de actividades exentas, sino también cuando tales servicios se utilicen para operaciones gravadas cuyo volumen anual de negocios (sin impuestos) no supere el 30% –o incluso el 45% en algunos casos– de su volumen de negocios anual total (impuestos excluidos). Asimismo, según dicha normativa, los miembros de una AAP que realicen actividades gravadas hasta un máximo del 30% de su volumen anual de negocios (impuestos excluidos) están autorizados a deducir, del IVA que ellos mismos han devengado, el IVA facturado a la AAP en concepto de bienes y servicios prestados no a los miembros, sino a la propia AAP para las necesidades de sus propias actividades. Por último, la normativa luxemburguesa prevé que en caso de operaciones realizadas por un miembro de una AAP en nombre propio pero por cuenta de la AAP, queda excluida del ámbito de aplicación del IVA la operación de ese miembro consistente en imputar a la AAP los gastos realizados por tal concepto.

En el marco de un procedimiento administrativo previo, la Comisión Europea llamó la atención del Gran Ducado de Luxemburgo sobre la aparente incompatibilidad de su régimen interno del IVA relativo a las AAP con varias disposiciones de la Directiva 2006/112, y emitió un dictamen en el que instaba al Estado miembro a adoptar las medidas que resultaran necesarias para ajustar su normativa al derecho de la Unión.

El Gran Ducado de Luxemburgo alegó que el régimen luxemburgués que prevé que los miembros de una AAP puedan realizar operaciones gravadas hasta de un 30% del volumen de negocios pretende hacer aplicable en la práctica un régimen que, si estuviera sujeto a otros requisitos de aplicación, se convertiría en económicamente inviable. A este respecto, dicho Estado miembro consideró que los gastos realizados en común por los miembros de una AAP, a través de esta, son gastos generales y que no sería realista exigir una diferencia de trato del IVA aplicable a los servicios prestados por la AAP en función de que correspondan a la parte imputable a las actividades gravadas o a la parte imputable a las actividades exentas de los miembros, a la luz de las dificultades y de las cargas prácticas y administrativas generadas por tal exigencia.

Frente al no cumplimiento en forma cabal por parte del Estado miembro del requerimiento de adaptar su legislación interna a la Directiva 2006/112, la Comisión interpuso entonces un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para

que este declare que Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha Directiva.

2. Sentencia: se declara admisible el recurso y se resuelve que el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2006/112.

Cabe recordar, en primer lugar, que cualquier exención del IVA constituye una excepción al principio general según el cual todo servicio prestado a título oneroso por un sujeto pasivo está sujeto a dicho impuesto. En el caso *sub examine*, según determina claramente la Directiva, solo las prestaciones de servicios realizadas por una AAP que sean directamente necesarias para el ejercicio de las actividades exentas de sus miembros pueden gozar de la exención del pago de IVA. De ello se deduce que, al establecer el derecho interno de Luxemburgo que los servicios prestados por una AAP en beneficio de sus miembros quedan exentos del pago del impuesto no solo cuando dichos servicios sean directamente necesarios para el ejercicio de actividades exentas, sino también cuando tales servicios se utilicen para operaciones gravadas cuyo volumen anual de negocios no supere determinado porcentaje de su volumen de negocios anual total, Luxemburgo no ha transpuesto correctamente la Directiva sobre el IVA.

Por otro lado, cabe recordar que la AAP es un sujeto pasivo autónomo diferente de sus miembros, que presta servicios de manera independiente. Habida cuenta de este carácter autónomo de la AAP respecto de sus miembros, estos últimos no pueden, contrariamente a los que permite el derecho luxemburgués, deducir de la cuota del IVA de la que son deudores el IVA devengado o pagado por los bienes que se le entregan o por los servicios que se le prestan a la AAP (y no directamente a ellos). De ello se deriva que Luxemburgo tampoco ha transpuesto correctamente la Directiva en cuestión en este aspecto.

En tercer lugar, este Tribunal de Justicia señala que, precisamente debido al carácter autónomo de la AAP en relación con sus miembros, cualquier operación entre la AAP y uno de sus miembros debe considerarse una operación entre dos sujetos pasivos, por lo que está comprendida en el ámbito de aplicación del IVA. De ello se deduce que la imputación a la AAP, por uno de sus miembros, de gastos en que dicho miembro incurrió en nombre propio pero por cuenta de la AAP constituye una operación gravada. Así lo dispone el art. 28 de la Directiva 2006/112, creando la ficción jurídica de dos prestaciones de servicios idénticas realizadas consecutivamente. En consecuencia, Luxemburgo también ha transpuesto inadecuadamente la Directiva al establecer en su derecho interno que las operaciones realizadas por un miembro en su propio nombre pero por cuenta de la AAP puedan quedar excluidas del ámbito de aplicación del IVA.

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-274/15, *Comisión Europea c. Gran Ducado de Luxemburgo*, sentencia del 4-5-2017, en <www.curia.europa.eu>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. PRINCIPIO DE PRIMACÍA. **DERECHO TRIBUTARIO.** DELITOS TRIBUTARIOS. EVASIÓN FISCAL. FRAUDE DEL “CARRUSEL DEL IVA”. **ASOCIACIÓN ILÍCITA. PROCESO PENAL.** PRESCRIPCIÓN. PLAZOS ESTABLECIDOS POR LA NORMATIVA NACIONAL QUE PUEDEN DAR LUGAR A LA IMPUNIDAD DE LOS DELITOS (UNIÓN EUROPEA – ITALIA).

1. Antecedentes: Ivo Taricco y otros particulares están procesados en Italia por haber constituido y organizado, entre 2005 y 2009, una asociación ilícita por medio de la cual llevaron a cabo montajes jurídicos fraudulentos de tipo “carrusel del IVA”. Por intermedio de sociedades instrumentales y documentos falsos, dichas personas adquirirían bienes, concretamente botellas de champagne, sin abonar IVA. Esta operación permitía a la sociedad Planet S.R.L. –en lo sucesivo, Planet– disponer de dichas botellas a un precio inferior al del mercado, productos que podía revender a sus clientes, falseando de este modo este último.

Planet recibió supuestamente facturas emitidas por las sociedades instrumentales por operaciones inexistentes. Sin embargo, estas sociedades no presentaron la declaración anual de IVA o, cuando sí lo hicieron, no realizaron los pagos correspondientes. En cambio, Planet incluyó las facturas emitidas por las sociedades instrumentales en su contabilidad, deduciendo indebidamente el IVA indicado en las mismas y, por consiguiente, presentó declaraciones anuales del IVA fraudulentas.

Después de varios incidentes procesales en el asunto y de desestimar las numerosas excepciones formuladas por los imputados en el marco de la audiencia preliminar, un tribunal dictó, por un lado, un auto de sobreseimiento respecto de uno de los imputados, Goranco Anakiev, puesto que las infracciones controvertidas habían prescrito; y, por otro lado, un auto de procesamiento contra los demás acusados, ordenando asimismo la celebración de una audiencia contradictoria.

Los delitos de que se acusa a los imputados se castigan con pena de hasta seis años de prisión. En cambio, el delito de asociación ilícita, tipificado en el art. 416 del Código Penal, del que también podría declararse culpables a los imputados, se castiga con una pena de prisión de hasta siete años para los promotores de la asociación y de hasta cinco años para los meros partícipes. De ello se desprende que para los promotores de la asociación ilícita, el plazo de prescripción es de siete años, y para los demás, de seis. El último acto procesal que interrumpió el plazo de prescripción fue una providencia que fijó fecha para la celebración de la audiencia preliminar. El plazo de prescripción no podría prorrogarse más allá de siete años y seis meses o, en el caso de los promotores de la asociación ilícita, más allá de ocho años y nueve meses, contados a partir de la comisión de los hechos delictivos.

Parte de las acciones penales promovidas contra los imputados se extinguieron por prescripción, mientras que el resto de las acciones prescribirá, a más tardar, el 8 de

febrero del 2018, antes de que pueda dictarse resolución definitiva habida cuenta de la complejidad de la investigación y de la duración del procedimiento. En Italia, esta situación no es poco habitual debido a la configuración del derecho italiano, ya que, en la fecha en que se produjeron los hechos controvertidos, el ordenamiento nacional solo preveía la prórroga del plazo de prescripción en tan solo una cuarta parte de su duración inicial (esto es, entre 7 y 8 años en total en el caso de autos, un plazo insuficiente para obtener una resolución judicial definitiva). De ello se desprende que las demás personas sospechosas de haber cometido fraude al IVA de varios millones de euros podrían quedar impunes debido a la expiración del plazo de prescripción.

A pesar de la interrupción de la prescripción por “disposiciones nacionales controvertidas”, el Tribunal de Cuneo (Italia), que conoce del litigio principal, consultó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si, al garantizar de hecho la impunidad de personas y sociedades que infringen las disposiciones penales, el derecho italiano ha introducido un nuevo supuesto de exención del IVA no contemplado por el derecho de la Unión Europea.

2. Sentencia: la legislación italiana puede afectar los intereses financieros de la Unión al impedir en materia de fraude grave al IVA la imposición efectiva y disuasoria de sanciones debido a la existencia de un plazo global de prescripción demasiado breve.

Habida cuenta de estos elementos, el órgano jurisdiccional italiano deberá verificar si el derecho italiano controvertido permite sancionar, de manera efectiva y disuasoria, los casos de fraude grave que afecten los intereses financieros de la Unión Europea. Así pues, si el juez italiano llega a la conclusión de que un número considerable de casos de fraude grave podrían quedar impunes desde el punto de vista penal debido a que las disposiciones en materia de prescripción impiden, por regla general, la adopción de resoluciones definitivas, podría declararse el derecho italiano contrario al art. 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que obliga a los Estados miembros a combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas y, en particular, a adoptar a los fines de combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas tomadas para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses. Los recursos propios de la Unión Europea incluyen, en particular, en virtud de lo dispuesto por el art. 2, apartado 1, de la Decisión 2007/436/CE, Euratom del Consejo, del 7 de junio de 2007, sobre el sistema de recursos propios de las Comunidades Europeas, a los recursos propios consignados en el presupuesto de la Unión Europea como ingresos derivados de “la aplicación de un tipo uniforme válido para todos los Estados miembros a las bases imponibles del IVA armonizadas, determinadas con arreglo a normas de la Comunidad”.

En el supuesto de que el juez italiano llegue a la conclusión de que se ha vulnerado el art. 325 TFUE, deberá garantizar la plena eficacia del derecho de la Unión, dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones nacionales controvertidas. En efecto, en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión, el artículo produce el efecto de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente.

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-105/14, *Ivo Taricco y otros*, sentencia del 8-9-2015, en <www.curia.europa.eu>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. RESPONSABILIDAD CIVIL. DAÑOS Y PERJUICIOS. TRANSPORTE AÉREO. COMPENSACIÓN A LOS PASAJEROS EN CASO DE DENEGACIÓN DE EMBARQUE Y DE CANCELACIÓN O GRAN RETRASO DE LOS VUELOS. EXENCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. ALCANCE (UNIÓN EUROPEA – REPÚBLICA CHECA).

1. Antecedentes del caso: el 10 de agosto de 2013, Marcela Pešková y Jiří Peška viajaron de Burgas (Bulgaria) a Ostrava (República Checa) en un vuelo operado por la compañía aérea checa Travel Service. Antes de despegar con destino a Ostrava, el avión ya había efectuado los trayectos de Praga a Burgas, de Burgas a Brno (República Checa) y de Brno a Burgas.

Durante el vuelo de Praga a Burgas, se detectó una avería técnica en una válvula cuya reparación demoró una hora y cuarenta y cinco minutos. Según Travel Service, la aeronave colisionó poco después con un ave durante el aterrizaje del vuelo de Burgas a Brno, por lo que fue necesario hacer un control del estado técnico del aparato. Dicho control fue llevado a cabo, en un primer momento, por una empresa local autorizada al efecto. Sin embargo, el propietario del avión –la empresa Sunwing– insistió en que un técnico de Travel Service se desplazara a Brno desde otra ciudad checa con el fin de verificar si la aeronave estaba efectivamente en condiciones de volar. Al final, en ninguno de esos dos controles se encontraron desperfectos ni daños en los motores o en otras partes de la aeronave. Como consecuencia de esas dos incidencias inesperadas, el vuelo de Pešková y Peška llegó a Ostrava con un retraso de cinco horas y veinte minutos.

Entonces, Pešková y Peška promovieron una demanda ante el Tribunal de Distrito de Praga 6 (República Checa) en la que reclamaban a Travel Service el pago de 6.825 coronas checas (aproximadamente € 250), fundándose en el art. 7, ap. 1, letra a) del Reglamento n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, normativa que les confería el derecho a esa indemnización, ya que su vuelo había llegado a su destino con un retraso superior a tres horas.

En este contexto, el Tribunal de Distrito de Praga 6 (República Checa) planteó varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular, si la colisión entre una aeronave y un ave es una “circunstancia

extraordinaria” que, al producirse, puede eximir a la compañía aérea de su obligación de compensación en caso de que el vuelo se retrase tres horas o más. En efecto, según el Reglamento n° 261/2004, considerando 14, el transportista aéreo no está obligado a pagar una compensación si el retraso se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables al efecto.

2. Sentencia: la colisión entre una aeronave y un ave constituye una circunstancia extraordinaria que puede eximir al transportista aéreo de su obligación de compensar a los pasajeros si se produce un gran retraso del vuelo. Sin embargo, cuando un experto autorizado a tal efecto ha comprobado, tras la colisión, que la aeronave de que se trata está en condiciones de volar, el transportista no podrá justificar el retraso invocando la necesidad de efectuar un segundo control.

Las circunstancias extraordinarias en el sentido del Reglamento citado corresponden a acontecimientos que, por su naturaleza o su origen, no son inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo y escapan al control efectivo de este. Por el contrario, no constituye una circunstancia extraordinaria la prematura deficiencia de algunas piezas de una aeronave, puesto que esa avería sigue estando intrínsecamente ligada al sistema de funcionamiento del aparato. En efecto, los transportistas aéreos tienen la responsabilidad de garantizar el mantenimiento y el buen funcionamiento de la aeronave.

Una colisión entre una aeronave y un ave y los eventuales daños provocados por esa colisión no están intrínsecamente ligados al sistema de funcionamiento del aparato, por lo que dicha colisión no es, por su naturaleza o su origen, inherente al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo y escapa a su control efectivo. Por consiguiente, la colisión entre una aeronave y un ave constituye una circunstancia extraordinaria en el sentido del Reglamento.

En este contexto, cabe recordar que el transportista aéreo solo está exento de su obligación de indemnizar a los pasajeros si consigue acreditar, por un lado, que la cancelación o el retraso del vuelo igual o superior a tres horas se debió a una circunstancia extraordinaria que no podría haberse evitado incluso tomando todas las medidas razonables y, por otro, que se adoptaron todas las medidas para evitar que las circunstancias extraordinarias a las que tuvo que hacer frente dicho transportista provocaran la cancelación del vuelo en cuestión o un retraso igual o superior a tres horas.

En lo que atañe a la cuestión de si Travel Service adoptó todas las medidas razonables tras la colisión para evitar el retraso de su vuelo, resulta pertinente señalar que la aeronave de que se trata parece haber sido objeto de un control en el aeropuerto de Brno por un experto local autorizado a tal efecto conforme a la normativa aplicable. En esas circunstancias, este Tribunal de Justicia considera que no era necesario un segundo control de seguridad, de modo que el retraso derivado de este último control no está justificado a efectos de la exención de la obligación de indemnizar a los pasajeros prevista por el Reglamento.

En cuanto a la cuestión de si Travel Service adoptó todas las medidas razonables para prevenir la mencionada colisión, este Tribunal de Justicia insiste en

que dicho transportista no puede verse obligado a adoptar medidas que le impongan aceptar sacrificios insoportables para la capacidad de la empresa. Sin embargo, aun cuando el transportista aéreo pueda estar obligado a adoptar algunas medidas preventivas para reducir e incluso prevenir los riesgos de eventuales colisiones de aves, no es responsable de que otras entidades (en particular, los gestores de aeropuerto o los controladores aéreos competentes) incumplan sus obligaciones de adoptar las medidas preventivas que les competan.

Por último, en caso de que el retraso de una aeronave se deba no solo a una circunstancia extraordinaria que no podría haberse evitado incluso adoptando medidas tendientes a la resolución de la situación y que fue objeto, por parte del transportista aéreo, de todas las medidas razonables para evitar sus consecuencias (colisión entre aeronave y un ave), sino también a otra circunstancia no comprendida en dicha categoría cuya concurrencia le es imputable (problema técnico de la aeronave), el retraso vinculado a la circunstancia extraordinaria debe descontarse del tiempo total de retraso en la llegada del vuelo para apreciar si la parte del retraso imputable al transportista es igual o superior a tres horas y, por lo tanto, ha de ser objeto de una compensación.

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-315/15, *Marcela Pešková y Jiří Peška c. Travel Service a.s.*, sentencia del 4-5-2017, en <www.curia.europa.eu>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. RETIRO DE LA UE. DEVOLUCIÓN DE COMPETENCIAS (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el art. 50 del Tratado de la Unión Europea dispone, en pocas palabras, que si un Estado miembro decide retirarse de la Unión Europea (UE) “de conformidad con sus normas constitucionales”, el mismo debe notificar esa intención (en adelante, “la notificación”), y que los Tratados que rigen la UE “dejarán de aplicarse” a dicho Estado miembro dentro de los dos años posteriores. Como resultado del referéndum de junio de 2016, el gobierno británico se propone ejercer sus facultades exclusivas para retirarse de la UE mediante la notificación de su decisión de retirarse de los Tratados de la UE.

La cuestión principal de estos recursos radica en determinar si tal notificación puede, con arreglo a las normas constitucionales del Reino Unido, ser legalmente realizada por los Ministros del Gobierno sin contar con autorización previa emanada de una ley del Parlamento. Las remisiones de Irlanda del Norte y las intervenciones del Procurador General del Gobierno de Escocia y del Abogado General de Gales

para el Gobierno de Gales plantean cuestiones adicionales acerca de si los términos en los cuales se ha resuelto estatutariamente la devolución de competencias requieren la consulta o el acuerdo de los Parlamentos nacionales a los que se han transferido dichas competencias antes de realizar la notificación; o si, por el contrario, limitan las atribuciones del Gobierno para hacerlo (en adelante, “cuestiones relativas a la devolución de competencias”).

Las normas constitucionales del Reino Unido son materia de su derecho interno, cuyo alcance –según todas las partes– debe ser determinado por los jueces del Reino Unido. Las pretensiones planteadas en este proceso nada tienen que ver con cuestiones políticas tales como el fondo de la decisión de retirarse de la UE, la oportunidad y los términos para hacerlo, o los detalles de cualquier relación futura que exista entre el Reino Unido y la UE.

Los recurrentes alegan que, en virtud de la bien arraigada regla de que las facultades exclusivas no pueden extenderse a actos que generen modificaciones en el derecho interno del Reino Unido, y de que el retiro de los Tratados de la UE modificaría el derecho interno, el Gobierno no puede realizar la notificación a menos que esté previamente autorizado para hacerlo por una ley del Parlamento. La resolución de esta controversia depende de una interpretación adecuada de la Ley de las Comunidades Europeas de 1972 (*European Communities Act 1972*, en adelante, “ECA”, por sus siglas en inglés), que incorporó al régimen jurídico británico las obligaciones que el Reino Unido tenía en términos de los Tratados de la UE por entonces existentes, junto con otras leyes posteriormente sancionadas relacionadas con posteriores Tratados de la UE que establecieron su entrada en vigor, y la Ley de Referéndum de la Unión Europea de 2015 (*European Union Referendum Act 2015*).

Las cuestiones relativas a la devolución de competencias requieren que esta Corte determine si los términos de la *Nothern Ireland Act* de 1998 (en adelante, “NIA”), y los acuerdos asociados, exigen la existencia de legislación primaria y el acuerdo de la Asamblea de Irlanda del Norte y/o del pueblo de Irlanda del Norte antes de poder realizar la notificación. Conforme a cada uno de los acuerdos de devolución de competencias a Irlanda del Norte, Escocia y Gales, los Parlamentos nacionales a los que se han transferido dichas competencias tienen obligaciones relativas a observar el derecho de la UE, y existe una convención (la Convención Sewel) que dispone que el Parlamento del Reino Unido normalmente no ejercerá su derecho a legislar en relación con las materias que han sido objeto de devolución sin el acuerdo del Parlamento nacional al que se han transferido dichas competencias.

La pretensión principal fue planteada en un proceso promovido contra el Secretario de Estado encargado del Departamento para la Salida del Reino Unido de la Unión Europea. La *Divisional Court* de Inglaterra y Gales declaró que el Secretario de Estado no tenía atribuciones para realizar esta notificación sin contar con autorización previa del Parlamento. El Secretario de Estado apeló esta decisión ante la Suprema Corte.

Las pretensiones de Irlanda del Norte fueron resueltas en forma acumulada por un juez de la *High Court* de Irlanda del Norte, quien desestimó las cuestiones relativas a la devolución de competencias y, ante la solicitud del Procurador General de Irlanda del Norte, sometió cuatro cuestiones a la consideración de la

Suprema Corte. Por su parte, la *Court of Appeal* de Irlanda del Norte planteó una cuestión adicional.

2. Sentencia: se desestima por 8 votos contra 3 la apelación del Secretario de Estado. Para notificar la decisión del Reino Unido de retirarse de la Unión Europea, los ministros deben contar con autorización previa emanada de una ley del Parlamento.

En cuanto a las cuestiones relativas a la devolución de competencias, se resuelve, en forma unánime, que el art. 1 y el art. 75 NIA no son aplicables al presente caso, y que la Convención Sewel no impone ninguna obligación legalmente exigible.

2.1. Los términos de la ECA, ley mediante la cual el Reino Unido se adhirió a la Unión Europea, no autorizan el ejercicio por parte de los ministros de ninguna atribución para retirarse de los Tratados de la Unión Europea sin autorización emanada de ley previa del Parlamento.

El art. 2 ECA establece un procedimiento dinámico a través del cual el derecho de la UE pasa a constituir una fuente del derecho del Reino Unido y prevalece sobre el resto de las otras fuentes internas, incluyendo las leyes. En la medida en que la ECA permanezca vigente, sus efectos dan lugar a que el derecho de la UE se constituya en una fuente independiente y prevaleciente del derecho interno. Funciona como una transferencia parcial de atribuciones legislativas, como una asignación de competencias legislativas del Parlamento a las instituciones de la UE, a menos que, y hasta tanto, el Parlamento decida lo contrario.

Es sabido que el derecho interno del Reino Unido sufrirá modificaciones cuando el Reino Unido deje de formar parte de los Tratados de la UE, y que los derechos que el derecho de la UE acuerda a los residentes del Reino Unido se verán afectados.

El Gobierno alega que la Ley de 1972 no excluye que los ministros tengan atribuciones para retirar al Reino Unido de los Tratados de la UE, y que, en realidad, el art. 2 de esta ley promueve el ejercicio de dicha atribución, ya que otorga vigencia al derecho de la UE solo en la medida en que no se ejerza dicha atribución para retirarse de la UE. Sin embargo, existe una diferencia esencial entre las variaciones que sufra el derecho del Reino Unido como resultado de modificaciones operadas en el derecho de la Unión Europea, y aquellas que son consecuencia del retiro de los Tratados de la UE. El retiro produce un cambio fundamental en las normas constitucionales del Reino Unido porque elimina el derecho de la UE como fuente. Semejante cambio fundamental será el efecto inevitable que producirá la notificación de la decisión de retirarse de la UE. La Constitución del Reino Unido exige que dichos cambios adquieran vigor por ley emanada del Parlamento.

La circunstancia de que el retiro de la UE eliminaría algunos derechos que en el ámbito interno gozan actualmente los residentes del Reino Unido torna inadmisibles que el Gobierno retire al Reino Unido de los Tratados de la UE sin acuerdo previo del Parlamento.

Durante el trámite legislativo que dio lugar a la aprobación de la ECA, el Parlamento pudo haber autorizado a los ministros a retirar al Reino Unido de los

Tratados de la UE, pero, para ello, debería haberlo hecho en términos claros. Lo cierto es que no solo no existe dicha autorización en términos claros, sino que las disposiciones de la ECA establecen que los ministros no tienen dicha atribución. El retiro no está autorizado por el art. 2, el cual prevé que los ministros participen del proceso legislativo de la UE: retirarse de la UE sería hacer precisamente lo contrario.

La circunstancia de que los ministros sean responsables de sus actos ante el Parlamento no constituye una respuesta en términos constitucionales si, en primer lugar, la facultad de actuar no existe, y cuando (tal como se le ha pedido a esta Corte que presuma) el ejercicio de tal atribución sería irrevocable y prevalecería sobre cualquier acto parlamentario.

La legislación posterior relativa a la UE y los sucesos posteriores a 1972 –entre los cuales se encuentran la introducción de controles parlamentarios en relación con decisiones de los ministros del Reino Unido en la esfera de la UE relacionadas con las competencias de la UE o sus procesos de toma de decisiones, pero no con la notificación en términos del art. 50(2)– se compadecen completamente con una presunción del Parlamento de que no existía ninguna atribución para retirarse de los Tratados sin que existiera una ley que así lo autorizara.

El referéndum de 2016 tiene una gran gravitación política. Sin embargo, su importancia jurídica se encuentra determinada por lo que el Parlamento dispuso en la ley que lo autorizó; y lo cierto es que dicha ley simplemente determinó que se lleve a cabo el referéndum, sin especificar las consecuencias que el mismo tendría. Las modificaciones en el derecho que resulten necesarias para implementar el resultado del referéndum deben realizarse de la única manera autorizada por la Constitución del Reino Unido, a saber, por ley. El Gobierno acepta que la resolución de la Cámara de los Comunes del 7 de diciembre de 2016, que llamaba a los ministros a realizar la notificación en términos del art. 50 antes del 31 de marzo de 2017, constituye un acto político que no afecta las cuestiones planteadas en los recursos interpuestos.

2.2. Cuestiones relativas a la devolución de competencias

Las leyes relativas a la devolución de competencias (*devolution Acts*) fueron aprobadas por el Parlamento con base en la presunción de que el Reino Unido sería miembro de la UE, pero éstas no exigen que el Reino Unido continúe siéndolo. Las relaciones con la UE y otras cuestiones vinculadas con las relaciones exteriores están reservadas al Gobierno del Reino Unido y al Parlamento, y no a las instituciones a las que se han transferido competencias. El retiro de la UE provocará modificaciones en lo que hace a las competencias de estas últimas instituciones y eliminará las obligaciones de observar el derecho de la UE.

Dada la decisión de la mayoría de los jueces de esta Suprema Corte de que es necesario que exista legislación primaria para que el Reino Unido pueda retirarse de la UE, no resulta necesario que esta Corte determine si la NIA impone un requisito diferente a dicha legislación.

La decisión de retirarse de la UE no es una función que desempeñe el Secretario de Estado de Irlanda del Norte relativa a Irlanda del Norte en términos del art. 75 NIA. Además, el art. 1 NIA, que acordó al pueblo de Irlanda del Norte el derecho

de decidir si quiere seguir formando parte del Reino Unido o pasar a formar parte de una Irlanda Unida, no establece ningún otro cambio en el estatus constitucional de Irlanda del Norte.

Dado el efecto que la aplicación de la Convención Sewel a la decisión de retirarse de la UE produce sobre las competencias devueltas, la Convención funciona como una restricción política a la actividad del Parlamento del Reino Unido. Por lo tanto, juega un rol importante en la operatividad de la Constitución del Reino Unido. Sin embargo, el control de su alcance y de su operatividad no cae dentro de las atribuciones en materia constitucional propias del Poder Judicial. Los Parlamentos nacionales a los que se han transferido competencias carecen de poder de veto de la decisión del Reino Unido de retirarse de la UE.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, sentencia del 24-1-2017, en <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-press-summary.pdf>>.



DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. SEGURIDAD SOCIAL. EXTRANJEROS. INMIGRANTES. MADRES NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES DE MENORES CIUDADANOS DE LA UNIÓN. **LIBERTAD DE CIRCULACIÓN.** DERECHO DE RESIDENCIA COMO REQUISITO PARA ACCEDER A PRESTACIONES DE ASISTENCIA SOCIAL Y FAMILIARES. DERECHO DE RESIDENCIA DERIVADO. **MENORES.** INTERÉS SUPERIOR. **DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR** (UNIÓN EUROPEA – PAÍSES BAJOS).

1. Antecedentes del caso: la Sra. Chávez-Vílchez, ciudadana venezolana, en 2007-2008 entró con un visado de turismo en los Países Bajos para visitar al Sr. Koopman, nacional neerlandés. El 30 de marzo de 2009, la pareja tuvo una hija, Angelina, a la que Koopman reconoció y que, por tanto, posee nacionalidad neerlandesa. Los tres vivieron en Alemania hasta 2011. En junio de 2011, Koopman instó a Chávez-Vílchez a abandonar su domicilio con la hija de ambos. Chávez-Vílchez y su hija se fueron de Alemania y posteriormente acudieron a un centro de acogida de emergencia del municipio de Arnhem (Países Bajos), donde residieron durante cierto tiempo. Chávez-Vílchez ha asumido desde entonces la guarda y custodia de su hija y ha declarado que Koopman no contribuye a la manutención ni a la educación de esta. Sin embargo, al momento de solicitar la percepción de prestaciones de asistencia social y familiares ante las autoridades neerlandesas competentes, le fue denegada con base en que, al carecer de permiso de residencia, no tenía, en virtud de la normativa nacional, derecho a percibir tales prestaciones.

La situación de otras siete personas, ciudadanas de países que no son miembros de la Unión, presenta similitudes con la Chávez-Vílchez: se trata de madres de uno o varios menores de nacionalidad neerlandesa, cuyos padres tienen también nacionalidad neerlandesa. Todos esos menores han sido reconocidos por sus padres, pero viven principal o exclusivamente con sus madres. Sin embargo, estos asuntos presentan diferencias en lo que respecta a las relaciones entre los progenitores

y los menores en materia de derecho de custodia y de contribución a los gastos de manutención, a la situación de las madres en relación con su derecho de residencia en el territorio de la Unión y a la propia situación de los menores. Además, a diferencia del caso de Chávez-Vílchez, los hijos menores de las otras siete personas nunca han ejercido su derecho a la libre circulación, dado que residen desde su nacimiento en el Estado miembro de su nacionalidad (a saber, los Países Bajos).

El Tribunal Central de Apelación de los Países Bajos, que conoce en los litigios relativos a la negativa de las autoridades neerlandesas a conceder prestaciones de asistencia social y prestaciones familiares a las citadas madres, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales: ¿las personas de que se trata pueden, como madres de un menor ciudadano de la Unión, adquirir un derecho de residencia en virtud de lo dispuesto por el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –por el que se crea una ciudadanía de la Unión– en las circunstancias específicas de cada una de ellas, a saber, estando encargadas del cuidado diario y efectivo de sus hijos menores de edad? En caso afirmativo, las interesadas podrían eventualmente beneficiarse de una prestación de asistencia social o de prestaciones familiares en términos de la normativa neerlandesa. A tal efecto, ¿qué importancia ha de atribuirse al hecho de que la carga legal, económica o afectiva no recaiga por completo en la madre y, además, no se excluya que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, pueda estar en condiciones de hacerse cargo del menor? En tal supuesto, ¿deberá acreditar el progenitor nacional de un país tercero que el otro progenitor no puede asumir la guarda y custodia del menor, de suerte que este se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si se denegara el derecho de residencia a aquella?

2. Sentencia: un ciudadano de un país que no es miembro de la Unión puede, en su condición de progenitor de un hijo menor de edad que posee ciudadanía europea, invocar un derecho de residencia derivado en la Unión. La circunstancia de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, pueda asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor constituye un elemento pertinente, pero no basta por sí misma para denegar un permiso de residencia. Para ello, es necesario poder determinar que entre el menor y el progenitor ciudadano de un país no miembro de la UE no existe una relación de dependencia tal que una decisión que deniegue el derecho de residencia a este último obligaría al menor a abandonar el territorio de la Unión.

Cabe destacar, con carácter preliminar, que como ha señalado reiteradamente este Tribunal, aun cuando el órgano jurisdiccional remitente ha limitado sus cuestiones a la interpretación del art. 20 TFUE, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal le proporcione todos los elementos de interpretación del derecho de la Unión, con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ellos. En este sentido, en lo que aquí interesa, la situación de la Sra. Chávez-Vílchez y de su hija, las cuales han ejercido su derecho de libre circulación, debe analizarse, para empezar, a la luz del art. 21 TFUE, relativo a la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos en el territorio de los Estados miembros, y de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus

familias a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Corresponde al órgano jurisdiccional neerlandés apreciar si se cumplen los requisitos establecidos en dicha Directiva sobre este extremo, de modo que Chávez-Vílchez pueda invocar un derecho de residencia derivado. De no ser así, su situación y la de su hija deberán examinarse a la luz del art. 20 TFUE, al igual que las de las demás personas de que se trata.

A este respecto, cabe recordar la jurisprudencia de este Tribunal según la cual el art. 20 TFUE se opone a medidas nacionales, incluidas las decisiones que deniegan el derecho de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por su estatuto. Sin embargo, cabe poner de relieve que estas disposiciones no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de un tercer país. En efecto, los eventuales derechos conferidos a tales nacionales no son derechos propios de esos nacionales, sino derechos derivados de los que tiene el ciudadano de la Unión. La finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión.

En los casos de autos, la eventual obligación de las madres de abandonar el territorio de la Unión podría privar a sus hijos menores del disfrute efectivo del contenido esencial de esos derechos, al obligar a los propios menores a abandonar el territorio de la Unión, cuestión que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional neerlandés. Para apreciar ese riesgo, es preciso determinar cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor, y si la carga legal, económica o afectiva de dicho menor es asumida por el progenitor nacional de un tercer país, esto es, si existe una relación de dependencia efectiva entre el menor y el progenitor que es ciudadano de un país que no es miembro del Unión Europea. Al examinar estos extremos, las autoridades deben tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, reconocido en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en conjunción con el interés superior del niño, reconocido en el art. 24.2 de la referida Carta.

La circunstancia de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello constituye un elemento pertinente, pero no es suficiente por sí misma para poder declarar que no existe entre el progenitor que es ciudadano de un país que no es miembro de la Unión Europea y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión si a ese ciudadano de un país que no es miembro de la Unión se le denegase el derecho de residencia. En efecto, una declaración de esas características debe basarse en el respeto del interés superior del niño tomando en consideración el conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, su edad, su desarrollo físico y emocional, la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país que no es miembro de la Unión, así como el riesgo que separarlo de este último entrañaría para el equilibrio del niño.

En lo que atañe a la carga de prueba, el progenitor que es nacional de un Estado que no es miembro de la Unión Europea debe aportar datos que permitan

apreciar si una decisión que le deniegue un derecho de residencia privaría a su hijo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión, obligándolo a abandonar el territorio de la Unión.

No obstante, pese a esta carga de la prueba que recae sobre el progenitor nacional de un país que no es miembro de la Unión, las autoridades nacionales competentes deben garantizar que la aplicación de una normativa de derecho interno relativa a la carga de la prueba no ponga en peligro el efecto útil del art. 20 TFUE. A esos efectos, las autoridades nacionales deben efectuar las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor ciudadano de ese Estado miembro, si este es o no realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y si está dispuesto a ello, y si existe o no una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor ciudadano de un país que no es miembro de la Unión que una decisión que deniegue el derecho de residencia a este último privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión al obligarlo a abandonar el territorio de la Unión.

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-133/15, *H.C. Chávez-Vilchez y otros c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank y otros*, sentencia del 10-5-2017, en <www.curia.europa.eu>.



DERECHO DE REUNIÓN. ACAMPES DE PROTESTA. RESTRICCIONES. CUMBRE DEL G-20 (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el accionante registró un evento planificado, en su carácter de organizador, que debía tener lugar del 30 de junio al 9 de julio de 2017 bajo la forma de un acampe de protesta de tenor político en el parque ferial de la ciudad de Hamburgo. Se esperaba que participaran alrededor de 10.000 personas de todo el mundo, que vivirían y dormirían en 3.000 carpas. Dada su duración, el acampe pretendía ser un lugar de continua y evidente protesta durante día y noche contra el encuentro de jefes de Estado y de gobierno del Grupo de los 20 principales países industrializados y economías emergentes (Cumbre del G-20).

La Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo no calificó el acampe de protesta planificado como una reunión y prohibió su realización fundándose en una prohibición de la Ley de Parques de acampar en parques y espacios de recreación públicos.

El tribunal administrativo interviniente en el control de legalidad de la prohibición impuso a la Ciudad la obligación de autorizar el campamento de

protesta hasta tanto aquella adoptara una decisión que se compadeciera con el derecho de reunión.

Tras el recurso promovido por la Ciudad, el Supremo Tribunal Administrativo rechazó el recurso planteado por el accionante fundándose en que el acampe de protesta no constituía una forma de ejercicio del derecho de reunión garantizada por el art. 8(1) de la Ley Fundamental (LF).

El accionante solicitó entonces al Tribunal Constitucional Federal la adopción de una medida cautelar, a los fines de lograr su objetivo de obligar a la ciudad de Hamburgo a autorizar la organización, instalación y realización del acampe de protesta.

2. Sentencia: como medida precautoria, este Tribunal impone a la ciudad de Hamburgo la labor de decidir, fundándose en el derecho de reunión, autorizar o no el acampe de protesta planificado en el parque de la ciudad. El Tribunal ha resuelto en este sentido basado en la realización de un balance de las consecuencias que tendría cada una de estas alternativas.

No es materia de decisión la cuestión de si y en qué medida el acampe de protesta puede ser restringido o incluso prohibido por razones de seguridad pública.

2.1. El Tribunal Constitucional Federal puede decidir provisionalmente una cuestión a través de una medida precautoria cuando esto resulta necesario para evitar perjuicios graves, violencia inminente o por otras razones importantes de interés público (art. 32(1) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). La perspectiva de éxito en el proceso principal no debe ser tomada en consideración a menos que la demanda promovida en dicho proceso resulte inadmisibile *in limine* o manifiestamente infundada. Si el resultado del proceso principal sigue estando abierto, el Tribunal Constitucional Federal debe realizar un balance de las consecuencias de cada alternativa.

2.2. El recurso de inconstitucionalidad no resulta inadmisibile *in limine* ni manifiestamente infundado. Antes bien, plantea cuestiones de difícil resolución que aún no han sido aclaradas en la jurisprudencia de este Tribunal y que no pueden ser ponderadas en forma definitiva en el marco de un proceso tendiente a la adopción de medidas precautorias. En consecuencia, aún no resulta claro si y en qué medida el campamento de protesta goza de la protección del derecho de reunión garantizado por el art. 8(1) LF.

Por lo tanto, se debe adoptar una decisión fundada en un balance de las consecuencias de las diversas alternativas, que favorece parcialmente la pretensión del accionante.

Si no se adoptara una medida precautoria y en el proceso principal se decidiera que al menos algunos aspectos del acampe de protesta gozan de la protección del derecho de reunión y, en consecuencia, al menos en términos generales, son permisibles, el accionante no podría – conforme al estado actual de la situación– ejercer su derecho fundamental a la libertad de reunión bajo la forma de un acampe de protesta. Con ello, su derecho de reunión quedaría permanentemente subvalorado frente a un evento político de gran importancia.

Si, en cambio, se adoptara una medida precautoria y la ciudad de Hamburgo fuera obligada a autorizar la instalación, realización y desmantelamiento del acampe de protesta entre el 28 de junio y el 11 de julio de 2017, y si en el proceso principal se decidiera que el acampe de protesta planificado no goza de la protección a la libertad de reunión, el público no solo se vería privado de usar un espacio recreativo durante aproximadamente tres semanas, sino que a las autoridades públicas también se les generaría, sin motivo alguno, el riesgo de que se produzca un daño permanente al parque.

Haciendo un balance de las consecuencias de estas alternativas, se hace evidente la necesidad de adoptar una solución conciliadora en el marco de las medidas precautorias que permita al accionante realizar el acampe de protesta con ocasión de la Cumbre del G-20 con la mayor libertad posible, y a la vez prevenir la producción de daños permanentes al parque de la ciudad y minimizar los riesgos que ello puede generar a las autoridades públicas. En consecuencia, se debe ordenar, como medida precautoria, que la autoridad que deba decidir autorizar o no la manifestación considere el acampe de protesta planificado por el accionante a la luz de las normas que rigen el derecho de reunión. Para hacerlo, dicha autoridad ha de contar con el margen de discrecionalidad apropiado que le permita –en la medida de lo posible, en cooperación con el organizador del evento– limitar las dimensiones del campamento y también imponer restricciones a fin de prevenir la producción de daños graves y permanentes al parque de la ciudad. Si no es posible hacerlo de una forma que se compadezca con la consecución de los objetivos perseguidos por el accionante –lo cual parece bastante factible de acuerdo con las constancias del expediente y que puede, por lo demás, plantearse particularmente por razones de seguridad pública (las cuales no han sido consideradas aún en este caso)–, la autoridad puede asignar otro lugar para realizar el acampe de protesta planificado que resulte lo más próximo posible a lograr el impacto que persigue el accionante.

A este respecto, la autoridad puede asimismo imponer restricciones que prevengan tantos daños como sea posible en el lugar alternativo de realización del evento, incluso limitando las dimensiones del acampe planificado cuando ello resulte necesario. A esos efectos, la autoridad también puede considerar en qué medida resultan necesarios todos los elementos atinentes a la infraestructura que pretende utilizar el accionante para brindar apoyo a elementos de la manifestación de matiz político que son incuestionablemente inherentes a un acampe y en qué medida resultan excesivos. En particular, las autoridades pueden prohibir el montaje de carpas e instalaciones que, sin relación alguna con la expresión de opiniones, solo tienen por objeto alojar a personas que quieren participar en convocatorias en algún otro lugar.

Dado que la presente resolución solo trata las cuestiones jurídicas planteadas en el proceso inicial, se deja de lado el tratamiento de cuestiones relativas a potenciales amenazas que puedan surgir del evento planificado. Las autoridades siguen estando en libertad para adoptar decisiones ulteriores en relación con esta materia, particularmente a los fines de garantizar la seguridad pública, teniendo presentes los estándares constitucionales generales. No se plantea aquí si y en qué medida las autoridades públicas pueden imponer otras restricciones o incluso prohibir el campamento de protesta.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 *BvR* 1387/17, sentencia del 28-6-2017, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-051.html>>.



DERECHO DEL TRABAJO. CYBERSLACKING. FACULTADES DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL EMPLEADOR. SANCIONES DISCIPLINARIAS. DESPIDO. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. VIOLACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA CORRESPONDENCIA DEL TRABAJADOR. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – RUMANIA).

1. Antecedentes del caso: el ciudadano rumano Bogdan Mihai Bărbulescu vive en Bucarest. Entre agosto de 2004 y agosto de 2007, trabajó como ingeniero en ventas en una empresa privada de su ciudad. Por orden de su empleador, creó una cuenta de Yahoo Messenger –un servicio de chat *online*– para responder las consultas de los clientes.

El art. 50 del reglamento interno de la empresa prohibía el uso de los insumos electrónicos de la misma en los siguientes términos: “Cualquier alteración del orden y de la disciplina en las oficinas de la empresa será estrictamente prohibida, en particular, el uso –con fines personales– de computadoras, fotocopiadoras, teléfonos, telex o fax”.

Bărbulescu fue notificado de dicho reglamento así como de una circular del 3 de julio de 2007 dirigida a los empleados de la empresa, cuyas disposiciones relevantes rezaban como sigue: “1. [...] Vengan a trabajar y a ocuparse de asuntos profesionales y empresariales y no de sus problemas personales. No pasen tiempo en Internet, ni utilizando el teléfono o el fax, tratando asuntos no vinculados con el trabajo o con sus tareas. Así lo dictan [la educación], el sentido común y la ley. El empleador tiene el deber de supervisar y controlar el trabajo de los empleados y de aplicar sanciones ante cualquier infracción. La conducta impropia será cuidadosamente vigilada y sancionada. 2. En razón de repetidas infracciones disciplinarias frente a su superior, [así como] del uso con fines personales de Internet, teléfono y fotocopiadora, su negligencia y su falta de cumplimiento de las tareas, la Srta. B. A. ha sido despedida. [...] ¡No incurran en el mismo error!...”.

El 13 de julio de 2007, se le informó a Bărbulescu que sus comunicaciones por Yahoo Messenger estaban siendo vigiladas y que existían pruebas de que estaba utilizando Internet con fines personales, incumpliendo, por ende, el reglamento interno de la empresa. Bărbulescu, por su parte, informó a su empleador que estaba usando Yahoo Messenger solo con fines laborales. El empleador, acto seguido, le presentó cuarenta y cinco páginas con transcripciones de mensajes –de contenido personal y, en algunos casos, íntimo– que aquel había intercambiado con su hermano y con su novia durante el período en que había sido vigilado. Bărbulescu alegó que, en su opinión, el empleador había cometido un delito, a saber, la violación de la confidencialidad de su correspondencia.

El 1º de agosto del mismo año, el empleador rescindió el contrato de trabajo de Bărbulescu. Este, entonces, impugnó esta decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de Bucarest solicitando que se dejara sin efecto su despido, que se ordenara a su empleador el pago de los salarios dejados de percibir, la reincorporación a su empleo y el pago de 100.000 lei rumanos (equivalente a unos 30.000 euros) por los daños causados por la modalidad del despido. Asimismo, invocó la decisión que la Corte Europea de Derechos Humanos había adoptado en *Copland v. the United Kingdom* para alegar que las comunicaciones telefónicas y electrónicas realizadas por un empleado desde su lugar de trabajo se encuadraban en los conceptos de “vida privada” y “correspondencia” protegidos por lo establecido en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). También sostuvo que su despido había sido ilegal y que el control de sus comunicaciones y el acceso a su contenido comportaban una violación a la ley penal.

El 7 de diciembre de 2007, el tribunal de primera instancia rechazó la solicitud de Bărbulescu fundándose en que el empleador había cumplido con el procedimiento previsto en materia de despidos en el Código de Trabajo; que los empleadores tenían derecho a establecer un reglamento para el uso de Internet –herramienta que los empleados tenían a disposición para uso profesional– y que Bărbulescu había sido debidamente notificado del reglamento de la empresa.

Bărbulescu recurrió, entonces, ante el Tribunal de Apelaciones de Bucarest, sosteniendo que el tribunal de primera instancia no había realizado un balance de los intereses en juego.

El 17 de junio de 2008, el tribunal de apelaciones desestimó el recurso y confirmó la decisión del tribunal inferior. Fundándose en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, sostuvo que al haber advertido a Bărbulescu y a sus colegas que los insumos electrónicos de la empresa no debían ser usados con fines personales, el empleador había actuado razonablemente y que el control de las comunicaciones de Bărbulescu había sido el único modo de determinar si este había cometido una infracción disciplinaria.

Bărbulescu, entonces, recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos alegando una violación del art. 8 de la Convención. Sostuvo que la decisión de su empleador de despedirlo después de haber controlado y leído sus comunicaciones por Internet comportaba una violación de su privacidad. Asimismo, alegó que los tribunales nacionales no habían protegido su derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia.

2. Sentencia: se declara por once votos contra seis que ha habido una violación del art. 8 de la Convención. Asimismo, se declara por dieciséis votos contra uno que la constatación de esta violación constituye una satisfacción justa suficiente del daño moral reclamado por el recurrente.

De la jurisprudencia de esta Corte se deduce que las comunicaciones efectuadas desde el lugar de trabajo o desde el hogar se encuadran en los conceptos de “vida privada” y “correspondencia” establecidos en el art. 8 de

la Convención (ver *Halford v. the United Kingdom* y *Copland v. the United Kingdom*). En el presente caso, el servicio de mensajes instantáneos de Internet en cuestión es una de las formas de comunicación que permite a las personas tener una vida social privada. Al mismo tiempo, el envío y la recepción de comunicaciones se enmarcan en el concepto de “correspondencia” incluso cuando se envían desde la computadora del lugar de trabajo. Sin embargo, en este caso, el empleador advirtió al recurrente y a sus colegas que se abstuvieran de realizar actividades privadas en la empresa, pero lo cierto es que, antes de que se realizara el control de sus comunicaciones, el recurrente no fue advertido de que este tendría lugar.

Por otra parte, pese a que el propio recurrente había creado la cuenta de Yahoo Messenger y era la única persona que conocía su clave de acceso, el empleador había accedido a la misma. De todos modos, las instrucciones de un empleador no pueden reducir por completo la vida social privada en el lugar de trabajo. El respeto de la vida privada y de la privacidad de la correspondencia sigue existiendo, aun cuando estos derechos puedan verse restringidos en su ejercicio en la medida en que sea necesario. Por todo ello, cabe afirmar que, en este caso, el art. 8 de la Convención resulta aplicable.

La medida impugnada —a saber, el control de las comunicaciones del recurrente, que fue causal de su despido— fue tomada por una empresa privada pero ha sido admitida para su examen por los tribunales nacionales, por lo que debe ser examinada en términos de las obligaciones positivas que tiene el Estado. En efecto, se solicitó a las autoridades nacionales la realización de un balance de los intereses en juego, en particular, del derecho del recurrente al respeto de su vida privada, por un lado, y del derecho del empleador a tomar medidas tendientes a garantizar el buen funcionamiento de la empresa, por el otro.

Los tribunales nacionales hicieron expresa referencia al derecho del recurrente al respeto de su vida privada y a los principios jurídicos aplicables, y evaluaron si al recurrente se le había dado la oportunidad de exponer sus argumentos. El tribunal de apelaciones, en particular, hizo referencia a la Directiva europea pertinente y a los principios en ella establecidos, en particular, a los de necesidad, finalidad, transparencia, legitimidad, proporcionalidad y seguridad.

Sin embargo, los tribunales nacionales no determinaron si el recurrente había sido previamente notificado de la posibilidad de que su empleador introdujera medidas de vigilancia. En efecto, el tribunal de primera instancia simplemente observó que, poco antes de que se le impusiera la sanción disciplinaria, se había llamado la atención de todos los empleados, notificándolos de que otra empleada había sido despedida por utilizar Internet, el teléfono y la fotocopidora con fines personales. El tribunal de apelaciones, por su parte, observó que el recurrente había sido advertido de que no debía utilizar los insumos electrónicos de la empresa con fines personales.

Siguiendo los estándares europeos, es dable afirmar que para calificar como previo aviso a la advertencia de un empleador, esta debe ser dada antes de iniciarse el procedimiento de control, especialmente cuando implica el acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.

Resulta evidente, entonces, que el recurrente no fue informado con antelación del alcance y de la naturaleza del control ejercido por el empleador o de la posibilidad de que el empleador pudiera llegar a tener acceso al contenido de sus mensajes.

Por otra parte, los tribunales nacionales no evaluaron el alcance del control ni el grado de invasión que este importaba en la privacidad del recurrente, pese a que el empleador había registrado en tiempo real todas las comunicaciones de Bărbulescu durante el período de vigilancia y había impreso su contenido.

Los tribunales nacionales tampoco ponderaron suficientemente si habían existido razones legítimas que justificaran la vigilancia de las comunicaciones del recurrente. En particular, el tribunal de primera instancia hizo referencia a la necesidad de evitar que el sistema IT de la empresa resultara dañado o que la empresa tuviera que responsabilizarse de eventuales actividades ilegales *online*, situaciones estas que no dejaban de ser puramente hipotéticas, ya que no existían indicios de que el recurrente hubiera expuesto a la empresa a ninguno de esos riesgos.

Tampoco evaluaron los tribunales nacionales si el objetivo perseguido por el empleador podía ser alcanzado mediante métodos menos invasivos, ni consideraron la gravedad de las consecuencias del control de las comunicaciones y de los subsiguientes procedimientos disciplinarios, en particular, de la circunstancia de que, al ser despedido, el recurrente había sido objeto de la sanción disciplinaria más severa.

Por todas estas razones, cabe afirmar que las autoridades nacionales no protegieron adecuadamente el derecho del recurrente al respeto de su vida privada y la confidencialidad de la correspondencia y, por consiguiente, no realizaron un balance adecuado de los intereses en juego.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Case of Bărbulescu v. Romania*, sentencia del 5-9-2017, en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177082>>.



DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO DE HUELGA. ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT) convocó a una huelga general de todos los trabajadores y funcionarios del Estado del ente público Radio Televisión Madrid y sus sociedades para el día 29 de septiembre de 2010. Ese día, Telemadrid no emitió ninguna programación debido a la ausencia del personal que adhirió a la huelga, y la señal emitida fue un cartón anunciando la existencia de la huelga, la cual salía del departamento de continuidad al emisor o codificador A de Abertis. La señal puede ser emitida desde el codificador A o desde el codificador de reserva B, y es Retevisión, Abertis, quien una vez remitida la señal activa uno u otro codificador a fin de que se reparta la señal a los televidentes.

Sin embargo, ese día se transmitió un partido de la Champions League con una duración aproximada de una hora y cuarenta y cinco minutos, pues a la hora prevista, llegó la señal de ese partido desde el estadio de la mano de la

Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA) y sin locución. Siendo así, se planteó la posibilidad de emitir el partido, dado que había un trabajador en control central. A la vista de ello, una vez que llegó la señal a la antena de Telemadrid, ese trabajador, que tenía por funciones –entre otras– conmutar señales, envió la señal al locutorio, el cual se encontraba encendido desde el día anterior al no haberse apagado como consecuencia de la huelga. Allí, el locutor, que tampoco hizo huelga, llevó a cabo la locución, devolviéndose la señal automáticamente a control central, desde donde se envió al departamento de grafismo en lugar de al departamento de continuidad, como es habitual. Allí, el coordinador, utilizando una máquina de uso habitual en el departamento de grafismo, insertó en la misma la “mosca” con el símbolo de Telemadrid. La señal captó la “mosca” y volvió a control central automáticamente. En lugar de enviarse la señal, como normalmente ocurre, del departamento de continuidad al codificador A, se utilizó el codificador B o línea de reserva; control central es quien normalmente la envía a tal codificador. De este modo, el trabajador de control central conmutó la señal que volvía automáticamente desde el departamento de grafismo y la envió por la línea que va al codificador B, siendo así que por el codificador A la señal emitió un cartón negro y por el codificador B emitió el partido. Un trabajador de la empresa que no hizo huelga y que estaba encargado de esa labor llamó a Abertis y les dijo que activaran el codificador B, que normalmente se utiliza en casos excepcionales. En consecuencia, el partido de la Champions League se transmitió desde Telemadrid.

El sindicato CGT promovió una demanda contra la empresa Ente Público Radio Televisión Madrid y su sociedad Televisión Autonomía Madrid S.A. Alegó que lo ocurrido constituyó un acto de sabotaje interno de la empresa, al sustituir a los trabajadores de los departamentos de continuidad y de grafismo que estaban en huelga por otros trabajadores que los suplantaron en sus funciones, dando lugar a un supuesto de esquirolaje que vulneró el derecho fundamental de huelga directamente relacionado con el derecho de libertad sindical.

El Juzgado de lo Social de Madrid desestimó la demanda, al entender que esta actuación en modo alguno se considera vulneradora del derecho de huelga. Destacó que el propio sindicato había calificado a la huelga como exitosa y la escasa duración de la emisión del partido en relación con el resto de la jornada en la que Telemadrid no emitió programación alguna, hechos que revelan que tal incidente no obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga ni el éxito de la huelga en la empresa. Por otro lado, advirtió que los trabajadores que no habían hecho huelga ese día y que habían colaborado en la emisión del partido no habían cumplido funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente, y que la emisión final del partido había sido posible a través del codificador B o línea de reserva, que si bien solo se utiliza en casos excepcionales, es una posibilidad técnica con la que cuenta la empresa para poder desarrollar su actividad. Por tanto, determinó que lo único que había sucedido era que con los medios técnicos que la empresa tenía a su alcance y con los trabajadores no huelguistas que tienen derecho a trabajar y a no adherir a la huelga, se había llevado a cabo esta emisión en un espacio breve de tiempo en relación con la duración de programación diaria.

El sindicato CGT interpuso un recurso de suplicación.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo desestimó, señalando que el empresario debe respetar el derecho de huelga pero no está obligado a colaborar o a favorecer la misma; y que en tanto la actuación empresarial el día de la huelga se había limitado a servirse de los medios de los que se disponía habitualmente, la misma no merecía la calificación de actuación contraria al derecho fundamental a la huelga, sino la de conducta lícita y conforme a derecho.

El sindicato interpuso un recurso de casación para unificación de doctrina, que fue desestimado por el mismo tribunal.

Entonces, el sindicato interpuso una demanda de amparo alegando que se habían vulnerado los arts. 14, 24 y 28 de la Constitución española (CE), al entender que durante el día de la huelga se habían sustituido a los trabajadores de la empresa de forma interna y conforme a un comportamiento abusivo, y se habían utilizado medios técnicos de uso no habitual en la empresa que permitieron la retransmisión del partido de la Champions League.

2. Sentencia: se desestima el amparo solicitado.

2.1. Se admite el presente recurso de amparo apreciando su especial trascendencia constitucional, porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal. En efecto, este Tribunal se ha pronunciado sobre la prohibición de que los trabajadores de la empresa realicen durante la huelga funciones distintas a las que normalmente desempeñan (SSTC 123/1992 y 33/2011), pero no sobre la utilización, durante la huelga, de medios técnicos de uso no habitual en la empresa.

2.2. Para abordar el análisis de las cuestiones planteadas, parece necesario precisar, en primer lugar, que, aun cuando en la demanda se alude a la vulneración del art. 28 CE, es claro que con ello el sindicato recurrente quiere referirse, en realidad, a una vulneración del derecho de huelga del art. 28.2 CE y no del derecho de libertad sindical, cuya eventual afectación no se argumenta en punto alguno de la demanda. La mera cita como precepto también presuntamente vulnerado del art. 14 CE, sin desarrollo argumental alguno, no tiene otro alcance que el de reforzar el carácter discriminatorio que el sindicato recurrente pretende atribuir a lo que considera una sustitución interna de trabajadores durante la huelga, no planteando en realidad cuestión alguna relacionada con un eventual tratamiento desigual o discriminatorio respecto de otra u otras personas o por alguno de los motivos prohibidos en el art. 14 CE o en la ley, razón por la cual prescindiremos de su análisis en la presente sentencia. Y por lo que se refiere a la vulneración del art. 24 CE, constituye un agravio manifiestamente redundante respecto de la alegación del art. 28.2 CE, pues la cita del art. 24.1 CE se plantea como un supuesto error de aplicación de determinadas consecuencias jurídicas a un relato de hechos probados, debiendo, por ello, entenderse subsumida esta vulneración en el ámbito propio del derecho de huelga.

En definitiva, el agravio sustantivo del sindicato recurrente debe ser reconducido, así, a la de vulneración del derecho de huelga (art. 28.2 CE).

2.3. Delimitado en los términos anteriormente expuestos el objeto del presente proceso de amparo, la cuestión consiste en resolver si se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no les eran propias y por utilizar medios técnicos de uso no habitual en la empresa para retransmitir el partido de la Champions League el día de la huelga.

El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), establece que “en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo”. Se prohíbe así la contratación de trabajadores que pasen a desempeñar las tareas dejadas de realizar por los huelguistas, lesionando, de tal manera, los efectos de la medida adoptada por estos, lo que se conoce con el nombre de “esquirolaje externo”.

Este Tribunal en sus precedentes SSTC 123/1992 y 33/2011 ha ampliado la prohibición de esquirolaje a la realización, por trabajadores ya vinculados a la empresa antes de la huelga, de funciones distintas a las que normalmente desempeñan o bien utilizando el empresario las facultades empresariales en materia de movilidad (STC 123/1992), o bien aceptando voluntariamente la realización de servicios distintos (STC 33/2011). La potestad directiva del empresario permite la movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas casi siempre de carácter excepcional. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad, cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga mediante la colocación de personal cualificado en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil, y puede privarlos materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo “social”, que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual se encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia. En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras tareas diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el derecho de huelga. Por tanto, para apreciar la vulneración del derecho de huelga, es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para

ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista.

2.4. Con el objeto de determinar si la doctrina constitucional expuesta es o no aplicable al presente supuesto, es preciso recordar que la presunta vulneración del derecho de huelga se produce por la emisión de un partido de la Champions League el día de la huelga.

En las presentes actuaciones, se ha acreditado el modo de transmisión en un día normal y el modo en que se llevó a cabo el día de la huelga: en el primer caso, una señal va directamente del departamento de continuidad al codificador A –que es el que normalmente se utiliza– y otra señal va a control central, donde un trabajador la envía también al codificador B o de reserva; en el segundo caso, únicamente se envió la señal de control central al codificador B, porque en el departamento de continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y, por eso, la señal no se pudo enviar al codificador A. Conforme señala el Juzgado de lo Social, y reproduce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid indicando expresamente su “valor de hecho probado”, así como también posteriormente pone de relieve el Tribunal Supremo, los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. El trabajador de control central conmutó señales dentro de sus funciones, y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador, que aun cuando dada su específica función de coordinador normalmente se encarga de controlar el trabajo en los departamentos que coordina –entre otros, el de grafismo–, lo cierto es que supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la “mosca” de Telemadrid que figura en la emisión. Lo que hizo este trabajador fue generar la “mosca” y, en lugar de remitirla al departamento de continuidad –que suele ser el que añade la “mosca” a la emisión a través de un programa automático–, la insertó en una máquina sita en el departamento de grafismo y luego devolvió automáticamente la señal a control central. El locutor no hizo huelga. Estos son los presupuestos fácticos que constan en las resoluciones recurridas de los que debemos partir, “toda vez que, como ha sido reiterado en numerosas ocasiones [...], este Tribunal no puede entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega se ha producido la vulneración”.

Habiendo constatado que las resoluciones impugnadas asumen, con valor de hecho probado, que los trabajadores que no hicieron huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente, la alegada vulneración del derecho de huelga por este motivo debe ser rechazada.

2.5. Por otra parte, se advierte que si bien los trabajadores no realizaron funciones que no les correspondían, sí siguieron un procedimiento distinto al habitual.

La emisión del partido fue posible a través del codificador B, que se utiliza en casos excepcionales y que constituye una línea de reserva, en lugar de hacerse por el codificador A, que es el habitual. Por otro lado, la “mosca” (símbolo de Telemadrid) fue insertada en una máquina ubicada en el departamento de grafismo

en lugar de hacerse en el departamento de continuidad, que es el que tiene línea directa e independiente con el codificador A; y como allí todos los trabajadores habían adherido a la huelga, la emisión no pudo realizarse por dicho codificador ni el símbolo de Telemadrid pudo ser añadido en ese departamento.

Se utilizó, así, un medio técnico con el que contaba la empresa, pero que solo se utiliza en casos excepcionales. Y lo mismo sucedió con la máquina del departamento de grafismo, donde el coordinador, que tenía entre sus funciones generar la “mosca”, insertó dicho símbolo. Normalmente, aquel se introduce en el departamento de continuidad, pero el día de la huelga se introdujo en el departamento de grafismo. Se han utilizado, por tanto, medios técnicos con los que contaba la empresa, pero que no son de uso habitual, y se ha seguido un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido de fútbol el día de la huelga.

2.6. La duda que se nos plantea en el presente supuesto es si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración del derecho de huelga y puede asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas.

En este sentido, resulta interesante resaltar que no existe en los ordenamientos propios del entorno español ninguna previsión que ampare una lectura del derecho de huelga que abarque lo que aquí se pretende.

2.7. En el presente recurso de amparo, la empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de la Champions League el día de la huelga, y para ello se sirvió de trabajadores no huelguistas que siguieron realizando las funciones propias de su categoría. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que la empresa haya contratado a otros trabajadores para realizar las funciones de los huelguistas ni en el que el empresario haya modificado las funciones que vienen realizando los no huelguistas.

Los precedentes SSTC 123/1992 y 33 /2011 han considerado que constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* del empresario la sustitución interna de los trabajadores no huelguistas durante la huelga. Sin embargo, en el presente supuesto no estamos ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario –pues los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las que tenían asignadas–, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa.

No hay duda de que la libertad del empresario, en lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad, una actividad que es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga, pero a la vez instrumental al ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma.

Por otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios ya existentes en la

empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.

El respeto al contenido esencial del derecho de huelga comporta limitaciones importantes a la conducta del empresario durante la huelga, entre las que se encuentra la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas (art. 6.5 RDLRT). Pero ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga, ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. Lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma. El empresario tiene que soportar un daño como consecuencia de la huelga –derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste–, pero sería desproporcionado exigirle que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. Asimismo, la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo que les reconoce el art. 6.4 RDLRT y la jurisprudencia constitucional (STC 37/1998).

2.8. En consecuencia, en el presente supuesto no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no adhirieron a la huelga. Los medios técnicos ya existían –no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga– y los trabajadores que no adhirieron a la huelga no realizaron funciones distintas a las que les correspondían.

Nota de la Oficina: ver comentario al fallo de TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, “La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico”, en *Trabajo y Derecho*, nº 30, junio 2017, pp. 82-86. ISSN 2386-8090.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo promovido por la Confederación General del Trabajo c. el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo del 26 de noviembre de 2013, sentencia del 2-2-2017, en <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_007/2014-01168STC.pdf>.



DERECHO DEL TRABAJO. PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. **DERECHO A LA IGUALDAD.** ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA. ELEMENTOS. **MUJER.** DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE EMBARAZO EN EL ÁMBITO LABORAL. **PERSONAS CON DISCAPACIDAD.** DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. **AMPARO.** PROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso

1.1. Expediente T-5492366

El 24 de febrero de 2014, Lizeth Christina Landínez Tami fue nombrada en el cargo de Citador Grado 3 en Descongestión, adscripta al Juzgado 2º Civil Municipal de Descongestión de Barrancabermeja. En diciembre de 2015, se hizo saber a todo el personal de los juzgados de descongestión que no tendrían continuidad para el año 2016 por falta de presupuesto, lo que generó la respectiva desvinculación laboral. Landínez Tami sostuvo haber informado a la titular del despacho y a la Dirección Ejecutiva Seccional de Bucaramanga su embarazo, que sus servicios médicos estaban suspendidos y que no contaba con los recursos económicos necesarios para mantenerse a sí misma y a su hijo por nacer. Siendo así, encontrándose en la semana 30 de gestación y con fecha probable de parto para el 19 de marzo de 2016, promovió una acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial Seccional de Bucaramanga, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social, solicitando se ordenara su reintegro al cargo que venía desempeñando y el pago de la indemnización respectiva.

La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander sostuvo que Landínez Tami ocupaba un cargo de modo transitorio, circunstancia que le era conocida, y que su desvinculación no se fundaba en su estado de gravidez. Respecto a su reincorporación, indicó que resultaba incompetente para la creación de cargos, reubicación o nombramientos. Y respecto de la tutela, señaló que era improcedente para el cobro de prestaciones sociales y salarios dejados de percibir, salvo que se lograra acreditar un perjuicio irremediable, condición que no estaba demostrada en el caso.

En primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que no se había acreditado que la desvinculación hubiese ocurrido en razón del embarazo y que tampoco se habían vulnerado los derechos a la salud o a la seguridad social, toda vez que Landínez Tami podía recurrir al Sistema de Seguridad Social en Salud, que es gratuito, garantizando así el derecho a la salud que le asiste. Finalmente, señaló que Landínez Tami cuenta con otro mecanismo de defensa para atacar el acto administrativo que considera violatorio de sus derechos. Este fallo fue objeto de recurso.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó esta decisión con argumentos similares.

1.2. Expediente T-5523434

María Clara Ortiz Montoya ocupaba desde el 9 de febrero de 2015 con carácter provisorio el cargo de Escribiente Municipal en el Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Envigado, Antioquia. Manifestó que el 19 de octubre de 2015 se realizó una prueba de embarazo que arrojó resultado positivo, por lo que de manera inmediata procedió a informar tal situación a su superior jerárquico.

En noviembre de 2015, atento a que fue desvinculada del cargo como empleada de descongestión por 3 días, promovió una acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y la Dirección Ejecutiva Seccional de Medellín, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la integridad física, a la estabilidad laboral reforzada, a la maternidad, y al mínimo vital y móvil. El Juzgado Laboral del Circuito de Medellín decidió tutelar sus derechos fundamentales y ordenó el pago de la seguridad social hasta la fecha de parto, con el fin de obtener licencia de maternidad.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia afirmó ser incompetente respecto del pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, correspondiendo ello a la Dirección Seccional de la Rama Judicial de Antioquia. El Consejo Superior de la Judicatura solicitó la improcedencia de la acción por existir una causal objetiva, razonable, relevante y suficiente para la finalización de la relación laboral, ya que la actora conocía el límite temporal de su empleo por la transitoriedad de las medidas de descongestión, cuyos efectos desaparecen con la expiración del plazo.

En primera instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín concedió la protección de los derechos reclamados y ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que, de existir vacantes en el Distrito Judicial de Antioquia o Medellín en un cargo igual o equivalente al que ocupaba Ortiz Montoya, realizara los trámites necesarios para que aquella fuera nombrada provisoriamente hasta tanto el cargo resultara definitivo mediante el sistema de carrera; de no resultar posible efectuar el reintegro por la ausencia de vacante, debía proceder a cancelar el valor correspondiente a los salarios dejados de percibir por la funcionaria desde que fuera retirada hasta cuando el parto se produjera, y tres meses más, sin perjuicio de continuar pagando los aportes a la entidad promotora de salud (E.P.S.) a la que aquella se encontraba afiliada mientras el menor cumpliera un año de vida.

La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín solicitó que se revocara la decisión de primera instancia.

En segunda instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión del juez de primera instancia, al entender que no había existido transgresión de ningún derecho fundamental, dada la legalidad indiscutible de la desvinculación del servicio.

1.3. Expediente T-5523437

Elizabeth Castro Murcia trabajó para el Estado desde 1992, y desde 1996 en la Rama Judicial, siendo su último cargo el de Profesional Universitario Grado 14 en Descongestión desde el 1° de septiembre de 2005. Se encuentra vinculada como cotizante a la E.P.S. Famisanar Villavicencio y a la Administradora Colombiana de Pensiones. Sufre de síndrome de Kienbock, túnel carpiano y artrosis, patologías que el Ministerio de Trabajo ha calificado de origen laboral y que asegura fueron adquiridas en el desempeño de sus funciones. El 20 de junio de 2014, Castro Murcia se sometió a una cirugía con el fin de buscar una mejoría a su padecimiento; sin embargo, como el deterioro en su estado de salud avanzó, el 17 de abril de 2015 se realizó una segunda operación, razón por la que desde el 20 de junio de 2014 hasta el 10 de febrero de 2016 fue incapacitada por su E.P.S. El 10 de enero de 2015, cumplió los 180 días de incapacidad ininterrumpida, por lo que la E.P.S. Famisanar asumió el pago de las incapacidades otorgadas hasta esa fecha, la cual hacía el respectivo recobro al empleador.

El 5 de febrero de 2015, la Dirección Seccional de Administración Judicial resolvió suspender el pago por nómina de cualquier emolumento salarial y prestacional a su favor a partir del 23 de enero de 2015.

Elizabeth Castro Murcia promovió acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Meta y la Dirección Ejecutiva Seccional de Villavicencio por estimar vulnerados sus derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la estabilidad laboral reforzada.

El Tribunal Administrativo del Meta amparó sus derechos y ordenó al Fondo de Pensiones Colpensiones “pagar las incapacidades laborales que se generen a partir del día 181 de incapacidad hasta tanto no se haga el pronunciamiento de la pensión de invalidez y su inclusión en nómina de pensionados, si a ellos hubiere lugar, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado”.

La Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio alegó que Colpensiones es la entidad que debe asumir las cargas derivadas de la incapacidad de la accionante, en razón de que el vínculo de servicio entre esta y la Rama Judicial ya no se encuentra vigente por haberse extinguido, el 31 de diciembre de 2015, la medida de descongestión que sustentaba el nombramiento de la actora, situación que se encontraba prevista por la norma que dispuso la creación del cargo que ella ocupaba.

Colpensiones manifestó que se trata de un hecho superado por carencia actual de objeto, puesto que a la actora se le consignaron las incapacidades que se le debían mediante depósito bancario en su cuenta bancaria.

En primera instancia, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio declaró improcedente el amparo bajo el argumento de que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial—el proceso laboral administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho—, ya que solo tratándose de personas con estabilidad laboral reforzada es factible acudir al amparo constitucional en reemplazo de la acción de reintegro. Añadió que la circunstancia de que la actora haya tenido varias discapacidades desde 2014 no le da

derecho a la estabilidad laboral reforzada, en tanto no puede considerarse como una persona discapacitada. Por lo demás, es evidente que la ruptura del vínculo laboral se dio por causas ajenas a las incapacidades de la accionante, debido a que el cargo de descongestión al que estaba vinculada llegó a su término el 31 de diciembre de 2015.

Castro Murcia recurrió la sentencia.

En segunda instancia, el 6 de abril de 2016 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia, al entender que la actora dispone de las acciones judiciales ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que se determine la procedencia de las pretensiones que aquí se reclaman.

Los mencionados casos fueron seleccionados para su revisión.

2. Sentencia

I. En el expediente T-5492366, se revoca la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar se concede la protección de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de Landínez Tami.

Se ordena a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander que tome las medidas necesarias para reconocer a Landínez Tami el valor de los salarios dejados de percibir desde que fue retirada hasta tres meses después del parto, y pague las cotizaciones a la E.P.S. a la cual se encontraba afiliada desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

II. En el expediente T-5523434, se revoca la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en su lugar se confirma parcialmente la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín mediante la cual se concedió el amparo.

Se ordena a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia que tome las medidas necesarias para reconocer a Ortiz Montoya el valor de los salarios dejados de percibir desde que fue retirada hasta tres meses después del parto, y pague las cotizaciones a la E.P.S. a la cual se encontraba afiliada desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

III. En el expediente T-5523437, se confirma la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual no se hizo lugar al amparo invocado por Castro Murcia contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Meta y la Dirección Ejecutiva Seccional de Villavicencio.

2.1. Corresponde a esta Corte determinar: (i) si la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de dos mujeres en estado de embarazo, al haberlas desvinculado de su trabajo por finalización de las medidas de descongestión que sustentaban el cargo que ocupaban (exptes. T-5492366 y T-5523434); y (ii) si esa misma entidad desconoció el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de una mujer que fue desvinculada de su trabajo por terminación de las medidas de descongestión que habían creado su cargo mientras se encontraba en un período de incapacidad

(expte. T-5523437). Para ello, la Sala comenzará por reiterar su jurisprudencia constitucional en relación con la procedencia de la acción de tutela en procura de la estabilidad laboral reforzada por embarazo y la acción de tutela como medio excepcional para la protección de la estabilidad laboral reforzada respecto de las personas en condición de discapacidad.

2.1.1. Procedencia de la acción de tutela en procura de la estabilidad laboral reforzada por razón del embarazo

El art. 53 de la Constitución Política (CP) entiende que la estabilidad en el empleo es una garantía colectiva que se deriva de la fórmula de Estado social de derecho, consagrada en el Preámbulo de la Constitución. Sobre esa base y teniendo en cuenta la especial protección que confirió la CP a ciertos individuos por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta (mujeres embarazadas, personas en situación de discapacidad), esta Corte, con el objeto de superar las condiciones de desigualdad en el ámbito laboral, confirió a estos trabajadores el derecho a la estabilidad laboral reforzada. Dicha disposición es respaldada por el art. 239 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), que prohíbe el despido de la trabajadora embarazada o en período de lactancia, al igual que prevé la presunción de despido por dicha causa si el mismo se llegare a presentar dentro de este período sin autorización de la autoridad competente. Asimismo, tiene derecho a una indemnización en caso de que el despido se haya producido sin el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente. De igual forma, el art. 240 CST ordena al empleador a acudir a un inspector de trabajo antes de despedir a una mujer en aquella situación, para que este decida la constitucionalidad y legalidad de la medida. Es así que con la intervención del inspector de trabajo se busca constatar que la desvinculación de la trabajadora sea por un motivo propio del servicio y no una medida discriminatoria.

Esta Corte ha señalado que la vulneración del derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada genera un riesgo contra la seguridad material y emocional de la madre y del que está por nacer, generando la procedencia del amparo tutelar como mecanismo idóneo y eficaz para obtener su protección.

Por otra parte, esta Corte ha decidido, como manifestación de la protección objetiva, asegurar el amparo de los derechos de las mujeres en estado de gravidez sin distinguir si el contrato es a término indefinido, a término fijo o por obra o labor contratada, con el objeto de evitar abusos por parte del empleador en la implementación de una u otra alternativa laboral, y sin perjuicio de que el empleador haya tenido o no noticia del embarazo, y eximir a la mujer de situaciones complejas desde el punto de vista probatorio que terminan por dejarla sin protección. Una de las medidas de protección es el reintegro o renovación del contrato; no obstante, cuando ello sea fácticamente imposible porque han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral, corresponde al juez constitucional aplicar medidas de protección sustitutivas, como el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, la licencia de maternidad y el pago de los salarios dejados de percibir desde el momento en que la trabajadora dejó de trabajar hasta después de tres meses del parto, además de que se realicen las cotizaciones correspondientes

al Sistema de Salud desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida. Si bien la acción de amparo por regla general no tiene como fin el pago de sumas de dinero, el art. 29 del Decreto 2591/1991 habilita al juez constitucional a dar dicha orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela. En ese sentido, reiterada jurisprudencia ha establecido que en los casos de protección laboral reforzada de la mujer embarazada, una de las órdenes tendientes a hacer efectiva la acción de amparo es la del pago de las obligaciones propias de la seguridad social y de los salarios que fueron dejados de percibir, así como aquellos a los que se tenga lugar.

2.1.2. *La acción de tutela como medio excepcional para la protección de la estabilidad laboral reforzada respecto a los discapacitados*

El art. 13 CP impone al Estado el deber de proteger de manera especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que se realicen contra ellas. El art. 47 CP impone asimismo al Estado promover una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, proporcionándoles la atención especializada que requieren. Y el art. 54 CP, finalmente, consagra la obligación del Estado y de los empleadores de “ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”. Por otra parte, el art. 26 de la Ley 361/1997 dice que “[e]n ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así, mismo *ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo*”. No obstante, quienes fueron despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación sin el cumplimiento de tal requisito, “*tendrá derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar*”, de acuerdo con el CST y demás normas modificatorias, complementarias o aclaratorias.

Así las cosas, esta Corte constató la existencia en el ámbito de las relaciones laborales de un verdadero derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de aquellas personas que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas están en circunstancia de debilidad manifiesta; estableció que la estabilidad laboral reforzada “constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales...”, y agregó que “con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”. Asimismo, en el precedente T-198/2006, extendió la protección de las personas que se encuentran en una situación de discapacidad, no limitándola solo a casos de invalidez.

Por otra parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas elaboró un criterio sobre la discapacidad y encomendó a los Estados la tarea de proteger a las personas que se encuentran en tal situación frente a cualquier tipo de discriminación en el mercado laboral (Resolución 48/96). En la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporada a la legislación interna mediante la Ley 762/2002, se precisa el concepto de discapacidad como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

Esta Corte ha establecido una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez: podría afirmarse que la primera es el género, mientras que la segunda es la especie y, en consecuencia, no siempre que existe discapacidad, necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida. En este sentido, discapacidad no puede asimilarse necesariamente a pérdida de capacidad laboral; así, personas con un algún grado de discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral.

De acuerdo con lo expuesto, las normas tanto nacionales como internacionales buscan proteger a las personas que se encuentran en estado de discapacidad. Esto acontece cuando un individuo no puede desarrollarse laboralmente en condiciones óptimas de salud, por lo que se ve la necesidad de salvaguardar sus derechos para que pueda permanecer en el empleo sin ningún tipo de obstáculos. La Corte ha reconocido a favor de las personas que están en condición de debilidad manifiesta o indefensión como consecuencia de padecimientos físicos, sensoriales o psicológicos el beneficio de una “estabilidad laboral reforzada”, garantizándoles “la permanencia en el empleo (...) luego de haber adquirido la respectiva limitación (...), como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”. La sentencia T-263/2009 estableció como elementos que configuran la estabilidad laboral reforzada los siguientes: (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) el derecho a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad; (iii) el derecho a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral, y (iv) el derecho a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran discapacitadas o afectadas en su estado de salud opera sin importar el tipo de relación laboral existente. El empleador solo podrá desvincular al trabajador que presenta una disminución física o psíquica cuando medie autorización del inspector de trabajo y por causa distinta a la de su padecimiento. Se puede así concluir que se trata de un tipo de protección relativa y no absoluta, pues si el trabajador incurriera en una justa causa para dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo, el empleador se encuentra facultado para tramitar la autorización de despido ante la autoridad competente. Ahora bien, este Tribunal ha expuesto “que en aquellos casos en los que el juez de tutela encuentre acreditado que la terminación del contrato de trabajo de quien ha sufrido mengua

en su estado de salud no ha sido llevada a cabo con la autorización por parte de la autoridad administrativa, deberá dar aplicación a la presunción (...) en virtud de la cual se ha de asumir que la causa de dicha desvinculación es, precisamente, la desmejora de su salud y, por consiguiente, de la disminución de su capacidad laboral”. Finalmente, es importante reiterar que el beneficio de la estabilidad laboral reforzada no solo debe entenderse como el mecanismo que impide terminar con la relación laboral al trabajador que se encuentra en condición de debilidad manifiesta, sino además como garantía que implica el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo adecuado a su condición de salud en el que “pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente”. Sin embargo, ha de agregarse que en caso de que el empleador evidencie que existe un principio de razón suficiente que lo exonere de efectuar dicha obligación, puede eximirse de cumplirla.

2.2. Análisis del caso concreto

2.2.1. Expediente T-5492366

Landínez Tami fue desvinculada de su cargo mientras se encontraba embarazada debido a que se suprimió su cargo de Citador Grado 3 en el Juzgado Segundo Municipal de Descongestión de Barrancabermeja como consecuencia de la terminación de la medida de descongestión por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander expuso que la accionante estaba en un cargo de descongestión con carácter transitorio, aspecto que no desconocía al momento en que fue nombrada, por lo que su relación contractual estaba condicionada a la prórroga o terminación de las medidas de descongestión, pero que su cese en ningún momento fue a raíz de su estado de gravidez. La Dirección Ejecutiva Seccional de la Administración Judicial de Bucaramanga señaló que la culminación de la relación laboral con la accionante se dio en los términos del Acuerdo PSAA15-10413 del 30 de noviembre de 2015, el cual fue prorrogado hasta el 31 de diciembre del mismo año, donde se contemplaba, entre otros, el cargo de Citador Grado 3 que ocupaba Landínez Tami, razón por la que fue desvinculada desde el 1° de enero de 2016.

Esta Sala concluye que la desvinculación de Landínez Tami no obedeció a un trato discriminatorio como consecuencia de su estado de gravidez, sino a una situación objetiva, general y legítima, como es la expiración del período por el cual había sido creado su cargo, por lo que no es fácticamente posible ordenar el reintegro de la nombrada. No obstante, al haberse realizado la desvinculación de la accionante dentro del período de embarazo y sin autorización del inspector de trabajo, dicha actuación configura una violación a los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y a la vida de la criatura que está por nacer. Siendo así, al no ser posible el reintegro, puede la Sala adoptar en favor de la actora medidas sustitutivas de protección. Por otra parte, no procede el pago de la indemnización establecida en el art. 239 del Código Sustantivo de Trabajo, ya que la causa que motivó la terminación laboral fue objetiva, general y legítima.

Por ello, esta Sala protegerá los derechos fundamentales invocados por la accionante, procederá a revocar el fallo de tutela de segunda instancia y ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander que tome las medidas necesarias para reconocer a Landínez Tami el valor de los salarios dejados de percibir, desde cuando fue retirada hasta tres meses después del parto, y pague las cotizaciones a la E.P.S. a la cual se encontraba afiliada, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

2.2.2. Expediente T-5523434

Ortiz Montoya estaba embarazada cuando quedó desvinculada laboralmente en el cargo de Escribiente en el Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Envigado (Antioquia) por la terminación de la medida de descongestión por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia expuso que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura emitió algunos acuerdos, los cuales crearon con carácter permanente, trasladaron y transformaron algunos despachos judiciales en el territorio nacional, actos administrativos revestidos de legalidad. Adicionalmente, agregó que mediante la sentencia 798 del 24 de noviembre de 2015, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Medellín tuteló los derechos fundamentales de la accionante, ordenando el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en caso de que no se prorrogara el cargo de descongestión. El Consejo Superior de la Judicatura indicó que la finalización de la relación laboral fue una causal objetiva, razonable, relevante y suficiente, ya que la actora conocía el límite temporal de su empleo por la transitoriedad de las medidas de descongestión, cuyos efectos desaparecen con la expiración del plazo. Asimismo, adujo que el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Medellín tuteló los derechos fundamentales de la peticionante.

Esta Corte ha manifestado que la temeridad se configura cuando hay concurrencia e identidad de partes, de hechos y de pretensiones, sin existir razones que justifiquen la presentación de una nueva demanda. En el caso, se estima que Ortiz Montoya no ha incurrido en temeridad, ya que las acciones de tutela formuladas contra las demandadas permiten concluir que la identidad de objeto o pretensión plantea contextos diferentes. La primera solicitud de tutela tuvo como origen la desvinculación laboral entre el 31 de octubre y el 3 de noviembre de 2015, donde la accionante pretendía su vinculación al Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión sin solución de continuidad, con el fin de que no se afectaran sus derechos laborales y prestacionales; en tanto el presente asunto se refiere a la disolución contractual a partir del 1° de enero de 2016. A pesar de que en ambas situaciones lo que busca la accionante es la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, debido a su condición de mujer trabajadora en estado de embarazo, hay identidad de partes pero no existe una identidad de objeto, ya que las demandas no buscan la satisfacción de una misma pretensión. Por esto, se evidencia que la actuación realizada por la accionante se ciñe a los postulados de la buena fe, motivo por el cual no debe ser considerada como temeraria.

La desvinculación de la demandante no obedeció a un trato discriminatorio como consecuencia de su estado de gravidez, sino a una situación objetiva que no dependía de la liberalidad del empleador. Sin embargo, al tener lugar dentro del período de embarazo y sin autorización del inspector de trabajo, dicha actuación configura una violación a los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en embarazo y a la vida de la criatura por nacer.

Se observa que: *a)* Ortiz Montoya prestaba servicios en la Rama Judicial, en calidad de Escribiente, desde el 9 de febrero de 2015; *b)* antes de que el Consejo Superior de la Judicatura suprimiera el Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Envigado, Ortiz Montoya informó sobre su estado de gestación a su superior jerárquico; *c)* la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura prorrogó solo hasta el 31 de diciembre de 2015 al Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Envigado, despacho donde la demandante se encontraba vinculada. Además: *d)* era conocido por la actora que el cargo era provisional y que el despacho judicial era de descongestión, por lo que no era de carácter permanente; *e)* en el momento en que se suprimió el juzgado sobre la base de la finalización de la medida de descongestión, según el acuerdo proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se encontraba en estado de embarazo; *f)* la desvinculación se realizó durante el período de gestación, y *g)* sin mediar autorización del inspector de trabajo.

Por ello, se evidencia que la terminación del trabajo no constituyó un acto discriminatorio por su condición de mujer en estado de gravidez, sino que la decisión fue adoptada sobre la base de una razón objetiva, general y legítima, como es la expiración del período por el cual fue creado el referido juzgado de descongestión, por lo que no es fácticamente posible ordenar el reintegro de la actora.

Sin embargo, las mujeres trabajadoras en estado de gestación –atento a la especial protección constitucional de la que gozan– no tienen la obligación de soportar la carga que se deriva de la finalización de un vínculo laboral por causas objetivas. Por ello, al no ser posible el reintegro, puede la Sala adoptar en favor de la actora medidas sustitutivas de protección. Asimismo, se advierte que el pago de la indemnización establecida en el art. 239 del Código Sustantivo de Trabajo no procede, ya que la causa que motivó la terminación laboral fue objetiva, general y legítima.

Por ello, se protegerán los derechos fundamentales invocados por la accionante, se revocará el fallo de tutela de segunda instancia y se ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia que tome las medidas necesarias para reconocer a Ortiz Montoya el valor de los salarios dejados de percibir, desde cuando fue retirada y hasta tres meses después del parto, y pague las cotizaciones a la E.P.S. a la cual se encontraba afiliada la actora, desde el momento de su retiro hasta cuando el bebé cumpla un año de vida.

2.2.3. Expediente T-5523437

Castro Murcia promovió acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Meta y la Dirección Ejecutiva Seccional de

Villavicencio, por considerar vulnerados sus derechos al mínimo vital, a la salud y a la estabilidad laboral reforzada, al haber quedado desvinculada laboralmente en ocasión de la supresión del cargo en el que había sido nombrada como consecuencia de la terminación de las medidas de descongestión que dieron origen a la relación de trabajo, cuando se encontraba en un período de incapacidad médica.

Esta Sala entiende que las entidades demandadas no transgredieron los derechos fundamentales reclamados por Castro Murcia, ya que su desvinculación no obedeció a un trato discriminatorio como consecuencia de las incapacidades de la peticionante, sino a una situación objetiva que no dependía de la liberalidad del empleador, puesto que la terminación del contrato se dio porque no fueron prorrogadas las medidas de descongestión. Ello, por cuanto no existe un nexo entre la terminación del contrato y el estado de salud de la accionante. Se destaca que no se trata de una persona que se encuentre en una situación de invalidez o de discapacidad calificada de tal magnitud que configure en favor de la solicitante una protección constitucional reforzada, toda vez que su estado de salud, si bien es apremiante, no genera un nivel grave de vulnerabilidad que justifique la actuación del juez de tutela.

En efecto, las medidas de protección desarrolladas por la jurisprudencia de esta Corte están diseñadas para garantizar de manera excepcional los derechos fundamentales de aquellas personas que por su delicada situación de salud requieran un amparo laboral reforzado, ya que su desvinculación pondría en grave riesgo su mínimo vital, su integridad personal y su derecho a la salud. Estas condiciones no están acreditadas en el presente caso, ya que la accionante no padece de una enfermedad grave que se encuentre calificada y le impida llevar su vida en condiciones regulares. Además, su mínimo vital no está comprometido, toda vez que está acreditado en el expediente que le fueron canceladas las incapacidades que se encontraban pendientes de pago por parte de Colpensiones, por lo que no se encuentra en estado de indefensión. Asimismo, de cumplir con los requisitos legales, podría solicitar una pensión de invalidez a su favor.

Su despido obedeció a causas ajenas a su condición de salud, puesto que se trata de motivos objetivos y razonables fundados en la terminación de las medidas de descongestión, situación sobre la cual la actora tenía conocimiento, ya que su vinculación con la Rama Judicial tenía vocación transitoria. En consecuencia, existe una justa causa para terminar la vinculación de la accionante, por lo cual no es procedente la pretensión de reintegro, bajo el entendimiento de que no es titular de la protección laboral reforzada. En consecuencia, se confirmará el fallo de segunda instancia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acciones de tutela acumuladas interpuestas por: Lizeth Christina Landínez Tami c. La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y la Dirección Ejecutiva Seccional de Bucaramanga (expte. T-5492366); María Clara Ortiz Montoya c. la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia y la Dirección Ejecutiva Seccional de Medellín (expte. T-5523434); y Elizabeth Castro Murcia c. la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Meta y la Dirección Ejecutiva Seccional de Villavicencio (expte. T-5523437), sentencia T-353/16 del 6-7-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-353-16.htm>>.



DERECHO DEL TRABAJO. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. **DERECHO A LA IGUALDAD. MUJER.** DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE EMBARAZO EN EL ÁMBITO LABORAL. **AMPARO** (España).

1. Antecedentes del caso: Nuria Ruiz Gómez trabajaba haciendo tareas de limpieza con contrato laboral indefinido para Euroлимп S.A. (hoy, Ferroser Servicios Auxiliares S.A.) con jornada parcial de veinte horas semanales en el Centro de Salud Dr. Tolosa Latour de Chipiona (Cádiz). Entre el 28 de marzo de 2010 y el 28 de marzo de 2011, hizo uso de una licencia médica por embarazo de riesgo. Entretanto, el 5 de julio de 2010 la empleadora contrató con carácter indefinido a Isabel Rodríguez Gil para desempeñar igual tarea, pero con una jornada laboral de treinta horas semanales y con destino en el nuevo Centro de Salud del Arroyo, sito en la misma localidad de Chipiona.

Cuando Ruiz Gómez se reincorporó a su puesto de trabajo y tuvo conocimiento de la existencia del nuevo contrato y de la ampliación de la jornada semanal que preveía, instó a la empresa a trasladarla al nuevo centro de trabajo y a ampliarle la jornada semanal de 20 a 30 horas, invocando su derecho preferente a ocupar dicho destino y en las mismas condiciones laborales que tenía la nueva trabajadora. Ante el silencio de la empleadora y tras una conciliación infructuosa, Ruiz Gómez promovió una demanda contra Euroлимп S.A. ante el Juzgado de lo Social N° 3 de Jerez de la Frontera a fin de que se declarara su derecho preferente a ocupar el nuevo puesto de trabajo y se le acordara también una indemnización de € 7,01 diarios a partir de la fecha en la que instó a Euroлимп S.A. en los términos ya expuestos. Dicho tribunal dictó sentencia en la que hizo lugar íntegramente a las pretensiones de Ruiz Gómez, reconoció el derecho de esta a ver incrementada su jornada semanal de trabajo y a ser adscripta de inmediato al nuevo centro de trabajo desde el día en que había formulado su reclamación a la empleadora, y condenó a la empresa Euroлимп S.A. a abonar a la demandante la suma reclamada en concepto de daños y perjuicios, ocasionados por el desconocimiento de su preferencia frente a Isabel Rodríguez Gil. El juez no solo advirtió la infracción del art. 23 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales Comerciales para la Provincia de Cádiz, aplicable al caso, que reconocía a los trabajadores vinculados a las empresas del sector por contratos de trabajo a tiempo parcial un derecho de preferencia frente a terceros “en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones que incrementen el número de horas de prestación de servicios”, sino que, además, declaró ilegal e inconstitucional aquella actuación de la empleadora porque había vulnerado el derecho fundamental de igualdad (art. 14 de la Constitución española –CE–) y su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, lo que encuentra su explicación únicamente en el mero dato, harto rechazable, de la baja laboral de la actora, una baja solo posible en atención a su condición de mujer, ya que lo era por embarazo de riesgo.

Ferroser Servicios Auxiliares S.A. (por sucesión empresarial de la anterior Euroлимп S.A.) interpuso recurso de suplicación.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla hizo lugar al recurso, revocó la sentencia impugnada y absolvió a la recurrente de las pretensiones deducidas en su contra.

Entonces, Ruiz Gómez interpuso una acción de amparo contra esta última sentencia. Alegó la vulneración del art. 14 CE, al considerar conculcado gravemente su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, por haber visto relegado su derecho a la ampliación de su jornada semanal por estar de baja por riesgo en el embarazo en el momento en que la empresa había necesitado realizar nuevas contrataciones, lo cual había resultado irrespetuoso del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La Sala Segunda, Sección Cuarta del Tribunal Constitucional declaró admisible el recurso de amparo, en razón de la especial trascendencia constitucional, toda vez que brinda la oportunidad para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, en el sentido de profundizar en el contenido de la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo reconocido en el art. 14 CE.

2. Sentencia: se declara admisible el recurso de amparo promovido por Nuria Ruiz Gómez, se declara que se ha vulnerado el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), se la restablece en su derecho y, a tal fin, se anula la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

2.1. El art. 14 CE reconoce el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, y el legislador ordinario, en aras de garantizar la efectividad de dicho derecho fundamental y en sintonía con la normativa europea en vigor que busca la igualdad de trato y de no discriminación por razón de sexo, aprobó la Ley Orgánica 3/2007 (LO 3/2007) relativa a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que transpuso al ordenamiento interno dos directivas en materia de igualdad de trato, a saber: la Directiva 2002/73/CE de reforma de la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Después de consagrar, con carácter general, el citado principio de igualdad de trato (art. 3) y de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, así como en las condiciones de trabajo (art. 5), la LO 3/2007 establece, en lo que ahora es de interés, los conceptos de lo que se entiende por discriminación directa e indirecta (art. 6) para continuar disponiendo en su art. 8, bajo la rúbrica “discriminación por embarazo o maternidad”, que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

En el mismo sentido, el vigente Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, reconoce como derecho del trabajador el de “no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo,

o una vez empleados, por razón de sexo” y, en su siguiente art. 17.1, la nulidad e ineficacia, entre otros, de los actos del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta.

Por su parte, la doctrina de este Tribunal, de modo reiterado, ha declarado que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Más concretamente, en relación con el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, este Tribunal ha declarado también que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. Desde luego, el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, pero sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundados en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora. Asimismo, para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística. De esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer, se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se tomen decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras circunstancias que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad.

En efecto, el ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos. Por ello, para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, este Tribunal ha establecido un estándar mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato.

2.2. Expuesta la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, se impone ahora el enjuiciamiento de la cuestión de fondo suscitada por la demandante y, en concreto, determinar si la sentencia de la Sala de lo Social impugnada ha vulnerado el derecho fundamental invocado.

Se advierte que la sentencia recurrida no dio la relevancia que merecía el análisis y aplicación al caso de autos del art. 14 CE y centró su argumentación en el análisis del art. 23 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales Comerciales de la provincia de Cádiz, de aplicación en la causa, resolviendo el conflicto procesal desde la perspectiva de la legalidad ordinaria. En este sentido, la Sala interpretó su contenido sobre la base de dos presupuestos de hecho que venían declarados probados en la sentencia de instancia y que no habían sido controvertidos: que la actora se hallaba en situación de baja por incapacidad temporal cuando la empresa empleadora de la que aquella dependía contrató a una nueva trabajadora, siendo el lugar de trabajo de la ahora demandante el Centro de Salud Dr. Tolosa Latour; y que la nueva trabajadora fue contratada para desempeñarse en el nuevo centro de salud, por lo que fue entonces cuando nació la “necesidad” de dicha contratación, a lo que agrega que no existió la preferencia de la actora. La exposición de ambos presupuestos de hecho no es seguida de una argumentación que vincule a aquellos con la posterior afirmación que hace la Sala de que no existió una “preferencia” de la actora para ocupar el nuevo puesto de trabajo, sin que corresponda a este Tribunal deducir conclusión alguna acerca de la conexión o relación que haya podido establecer la Sala entre aquellos dos presupuestos de hecho y el juicio de valor que, acerca de la preferencia invocada, entiende que no tiene la demandante. Sin embargo, sí es posible deducir del análisis del proceso judicial que la problemática planteada por la pretensión de la actora y el debate que se suscitó entre las partes a consecuencia de aquella han tenido, no solo en la instancia sino también en sede de suplicación, una dimensión constitucional que excede del mero juicio de interpretación y aplicación de un precepto convencional que ha hecho la Sala, pues lo que la demandante ha invocado en todo momento es su derecho como trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo y lo que la entidad empleadora ha rebatido como parte contraria es que tal discriminación no se ha producido porque la contratación de la nueva trabajadora habría derivado de nuevas necesidades empresariales de cobertura del servicio de limpieza en otro centro de salud que había quedado incorporado *ex novo* a la relación de los que tenía asignados anteriormente.

A lo largo de todo el proceso judicial, Ruiz Gómez ha insistido en que su embarazo y posterior maternidad han motivado un trato discriminatorio y peyorativo en su relación laboral, al haberle impedido la entidad empresarial hacer efectivo el derecho de preferencia que le reconocía el art. 23 del convenio colectivo de aplicación, después de que se hubiera reincorporado a su actividad laboral y hubiera solicitado en fecha inmediatamente posterior el ejercicio y aplicación de ese derecho. Desde la perspectiva del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo que ha sido invocado, la actuación empresarial denunciada, con independencia de si quedó o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria por parte de la citada entidad, debe ser examinada de forma objetiva, esto es, ha de ser

valorada desde la perspectiva de si la decisión empresarial de no haberle reconocido a la actora el derecho preferente que invocaba, una vez que hubo cesado en la situación de baja por incapacidad temporal, la ha perjudicado efectivamente por su condición de mujer, debido a que, al tiempo de la nueva contratación, estaba aquella en situación laboral de baja por embarazo de riesgo y posterior maternidad y no había podido ejercitar entonces aquel derecho de preferencia que sí hubiera podido haberlo hecho de haber estado en normal actividad.

Pues bien, del relato no controvertido de hechos probados, se aprecia que la trabajadora ha sufrido, en efecto, un perjuicio o trato peyorativo en sus condiciones laborales, que si bien no se ha producido al tiempo de su reincorporación respecto de las que ya tenía reconocidas al momento de tener que pasar a la situación de baja laboral, sí lo ha sido por el efecto negativo ulterior de habersele impedido que pudiera ejercitar un derecho de preferencia que le reconocía el convenio colectivo de aplicación para que le fueran concedidas otras condiciones de horario de trabajo semanal y puesto de trabajo que, de acuerdo con sus intereses, reputaban como mejores que las que ya tenía y que habría podido alcanzar si se hubiera encontrado en situación de activo laboral en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de establecer una nueva jornada de trabajo semanal ampliada para prestar servicio en un nuevo puesto de trabajo.

Además, esta situación de perjuicio o trato peyorativo viene derivada de su condición de mujer, porque la circunstancia de no haber podido ejercitar el derecho preferente de opción que le atribuía el convenio colectivo en la fecha en que surgió la necesidad empresarial de cubrir nuevos servicios y ampliar la jornada semanal de trabajo se debió en exclusiva al hecho de hallarse en situación de baja laboral por embarazo de riesgo y ulterior maternidad, única situación en la que solo es posible encontrarse una persona si es mujer.

Ruiz Gómez habría podido ejercitar aquel derecho convencional de no haberse encontrado su contrato suspendido por la baja laboral motivada por el embarazo de riesgo que le había sido diagnosticado; luego, la misma se hallaba en una situación de peor condición que el resto de sus compañeros de trabajo a tiempo parcial que se hallaran en actividad al momento de surgir la necesidad empresarial.

En definitiva, la entidad empleadora debería haberle dado en algún momento a la actora la oportunidad de ejercitar ese derecho preferente para, de este modo, darle un tratamiento igualitario respecto del resto de sus compañeros de trabajo a tiempo parcial, que sí tuvieron esa oportunidad.

La falta de comunicación por parte del empresario a la trabajadora en situación de baja temporal a fin de que esta ejerciera o no su derecho de preferencia al tiempo de haberse suscitado la nueva necesidad empresarial, obviándola como trabajadora a tiempo parcial de la empresa que era, así como la negativa a reconocerle dicho derecho al momento de su reincorporación, por haberse cubierto la necesidad tras la contratación de una persona externa, provocaron como efecto peyorativo que la demandante perdiera su oportunidad de poder ejercer aquel derecho preferencial de incrementar su jornada laboral semanal y su traslado a otro centro, como así lo había pretendido al haberlo solicitado después de su reincorporación a la actividad laboral.

2.3. Procede, pues, declarar que la conducta empresarial vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación empresarial así juzgada ocasionó una discriminación directa por razón de sexo, lo que condujo a que la trabajadora resultara perjudicada por su condición de mujer, tras la baja por embarazo y maternidad, al habersele impedido el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales que le reconocía el convenio colectivo aplicable al ramo de su actividad laboral, colocándola en una clara desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que, en definitiva, contraviene el derecho fundamental reconocido en el art. 14 CE.

En lo que respecta al alcance del otorgamiento del amparo, bastará con acordar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo nº 2723-2015 promovido a instancia de Nuria Ruiz Gómez contra la sentencia del 9 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sentencia del 16-1-2017, en <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_003/STC%20Y%20VP%202723-2015.pdf>.



DERECHO INFORMÁTICO. INTERNET. REDES SOCIALES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ALCANCE. LÍMITES. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO AL HONOR. DEBER DE RECTIFICACIÓN POR PARTE DEL TRANSGRESOR COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. DERECHO A LA IMAGEN. DIGNIDAD HUMANA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. AMPARO. PROCEDENCIA. ESTADO DE INDEFENSIÓN. REQUISITO DE INMEDIATEZ (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: en el año 2011, Lucía había solicitado un préstamo de dinero a Esther, el cual, a la fecha de presentación de la tutela –26 de diciembre de 2014–, no había sido pagado. Dos semanas antes de esta fecha, Esther publicó en el muro de su perfil de la red social *Facebook* una foto de Lucía junto al siguiente texto: “Hace más de tres años a (Lucía) le preste (*sic*) una plata. Hasta el momento no se digna por pagármela (*sic*), me borra mensajes, no me contesta el celular, me evita a cada momento. Me vi en la obligación de ponerla en este medio para que así sea un poco más delicada y me pague. Que sepa que yo le preste (*sic*) la plata, no se la regale...”. Al día siguiente, Lucía se comunicó por vía telefónica con Esther para solicitar el retiro de la publicación, argumentando que con dicho actuar se atentaba contra su honra y buen nombre, sumado a que contaba con otros medios idóneos para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación. Esther desatendió la solicitud y hasta la fecha de presentación de la tutela insistía en mantener la publicación a la cual tienen acceso sus amigos, familiares y conocidos.

Entonces, Lucía presentó una acción de tutela contra Esther, con el objeto de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre y a la intimidad, los cuales estimaba vulnerados por haber publicado

la demandada en la red social *Facebook* afirmaciones relacionadas con la ausencia de pago de la obligación dineraria que había contraído con esta última. En consecuencia, solicitó que se ordenara a Esther retirar la publicación y la foto de la accionante que subió en su perfil de *Facebook* relacionada con el no pago de una obligación dineraria a cargo de la actora.

En respuesta, Esther solicitó denegar el amparo requerido; afirmó que el 7 de abril de 2011 Lucía había suscripto una letra de cambio a su favor sin establecer fecha para el pago de la obligación. Posteriormente, Lucía no dio más respuesta a sus llamados, mensajes y correos, dirigidos a que saldara la deuda existente. Había intentado también ubicarla por medio de familiares, pues se requería poner a “la vista” la letra de cambio para poder acudir a su cobro por vía judicial, lo cual había resultado imposible. Así, había publicado en su perfil de la red social *Facebook* que la demandante se había rehusado a cumplir su obligación, adjuntando una foto de esta última. Sostuvo que el fin de la publicación nunca había sido generar deshonra o afectar el buen nombre y la imagen de la accionante, sino recordarle la existencia de la obligación. Consideró que no había habido vulneración de derecho alguno, pues no habían existido manifestaciones o afirmaciones irrespetuosas o que faltaran a la verdad, sumado a que la publicación correspondía a su derecho a la libertad de expresión y se había efectuado a través de un medio de comunicación legal, el cual permite el derecho de respuesta de la demandante y aclarar o controvertir la información.

El Juzgado 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, el 7 de enero de 2015 negó el amparo pretendido, con el argumento de que no se había presentado lesión a los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre de la accionante, toda vez que la información publicada en la red social *Facebook* se ajustaba a la verdad, tal como se había admitido en la demanda de tutela. Por otro lado, sostuvo que las afirmaciones realizadas no se habían publicado a través de un medio indebido, sino en el muro de la red social *Facebook* de la accionada, y que no se configuraba la indefensión en este caso, debido a que la actora contaba con otras alternativas para satisfacer sus pretensiones.

Lucía impugnó dicha decisión: sostuvo que Esther contaba con otros medios para hacer valer su obligación; señaló que se habían vulnerado sus derechos fundamentales, pues había sido sometida a una censura social que había afectado su reputación personal y familiar y su credibilidad en materia de actividades comerciales; y que, si bien la publicación relacionaba algunos hechos ciertos, estos no deberían haber trascendido la esfera privada, lo que conllevó una transgresión de su intimidad. Por ende, el medio utilizado era desproporcionado. Por otro lado, sostuvo que el juez no había contado con suficientes elementos de juicio para determinar la veracidad de lo publicado; había omitido cumplir con su deber de realizar una ponderación de la información publicada, pues el escenario propicio para obtener el pago de una obligación es un proceso ejecutivo; ni tampoco había analizado el tema de la indefensión, al pasar por alto los graves efectos que pueden resultar de una publicación de este tipo en las redes sociales y frente a los cuales los mecanismos para contrarrestarlos son inexistentes, por cuanto quien tiene el control sobre la página en que se realizó la publicación es única y exclusivamente la

demandada, de ahí que le resultara imposible aclarar o eliminar afirmaciones que afectan sus derechos fundamentales.

En segunda instancia, el Juzgado 5° Penal del Circuito de Pasto, mediante sentencia del 12 de febrero de 2015, revocó aquella decisión al considerar que, al contar la accionada con un amplio margen de control sobre la publicación y la fotografía de la actora, esta se encontraba en estado de indefensión. Además, señaló que existía una vulneración, toda vez que Lucía no había autorizado el uso de su imagen; y que aceptar la interpretación de la demandada y del juez de instancia implicaría una renuncia indefinida al manejo de la propia imagen, permitiendo que sea utilizada indiscriminadamente sin que la persona conserve la garantía de disponer sobre ella. Sostuvo también que se habían vulnerado los derechos al buen nombre y a la honra de la actora, en la medida en que lo publicado por la demandada había afectado gravemente la imagen pública de aquella. Concluyó que la publicación había causado graves afectaciones en la vida social y familiar de la actora, viéndose expuesta también a posibles comentarios ofensivos y denigrantes. En esa medida, el tribunal ordenó a Esther que retirara “de la red social Facebook y de cualquier otro medio de publicidad la imagen de la actora junto con el mensaje anexo, y se abstenga en el futuro de divulgarlas y publicarlas mediante cualquier medio”.

El caso fue escogido para revisión por la Sala de Selección N° 9, por auto del 28 de septiembre de 2015, y adjudicado a la Sala 4° de Revisión.

2. Sentencia: se confirma parcialmente la sentencia de alzada. Se ordena a Esther que al término de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, publique en el muro de su perfil de *Facebook* la correspondiente disculpa por la afectación causada, dirigida a Lucía, publicación que deberá estar habilitada para el mismo número de personas que en su oportunidad tuvieron acceso al primer mensaje y durante el lapso en el que este último permaneció publicado, es decir, dos meses y ocho días, a menos que, durante los tres (3) días siguientes a la notificación del presente proveído, la actora le manifieste que desiste de que se haga la publicación. Se advierte al Juzgado 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, tribunal de primera instancia, que a efectos de darle la oportunidad a la demandante para que ejercite su opción de desistir o no de la publicación a la que se alude en el inciso anterior, deberá notificar esta providencia a ambas partes, en la misma fecha.

Corresponde determinar si la demandada vulneró los derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la honra de la actora al publicar en su perfil de *Facebook* afirmaciones relacionadas con la falta de pago de una obligación dineraria a cargo de la demandante. Para ello, habrán de considerarse los precedentes del Tribunal con relación a la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares en situación de indefensión, los derechos a la intimidad, honra, imagen y buen nombre, el derecho fundamental a la libertad de expresión, sus alcances y sus límites, y el derecho al buen nombre, a la intimidad y a la honra en la red social *Facebook*.

Para que la acción de tutela proceda contra particulares, se deben verificar ciertos supuestos entre los cuales se encuentra el estado de indefensión por parte del afectado. En ese sentido, el hecho de publicar información a través de medios de

comunicación de alto impacto social como la red social *Facebook* –que trascienden la esfera privada del individuo– configura un estado de indefensión, pues quien lo genera tiene un amplio poder de disposición y control sobre lo que publica. A ello se suma que la actora no contó con un mecanismo efectivo que le permitiera restablecer sus derechos prontamente. Teniendo en cuenta estas dos circunstancias, es palmario el estado de debilidad manifiesta de la actora frente a la demandada, por lo cual la tutela se torna procedente.

Por su parte, la demandada sostiene que lo manifestado en su publicación forma parte de su derecho a la libertad de expresión, el cual no puede ser coartado, al amparo del art. 20 de la Constitución y demás tratados internacionales sobre derechos humanos que lo reconocen y han sido ratificados por Colombia. De ser así, se configuraría un conflicto de derechos de orden constitucional –libertad de expresión y los derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre–, en el cual se debe presumir que el primero, por regla general, debe prevalecer. Sin embargo, tal presunción admite ser desvirtuada cuando se evidencie que el otro derecho en juego cobra mayor peso. Bajo esa línea, la jurisprudencia de esta Corte, al igual que pronunciamientos internacionales al respecto, han sostenido que la libertad de expresión no es un derecho que carece de límites, pues las frases injuriosas que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes, y que evidencien una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino, por el contrario, difamatorio, parcial y erróneo, entre otros, no son cubiertas por la protección establecida en el art. 20 de la Constitución. Por lo tanto, dicho conflicto resulta inexistente y, en consecuencia, se descarta la necesidad de realizar un test de proporcionalidad.

La protección y los límites antes señalados también son aplicables a Internet y a las redes sociales, en este caso *Facebook*, y el hecho de que la actora sea usuaria de dicha plataforma hace que sus derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre, a la imagen y a la honra se encuentren en mayor riesgo de ser vulnerados. Se estima que el mensaje difundido en el que se pone de manifiesto que una persona no es juiciosa con el cumplimiento de sus obligaciones afecta la reputación y el concepto que de ella tienen los demás individuos de la sociedad, además de destacarse que el mensaje puede ser parcializado y no ajustado del todo a la verdad.

Esta Sala entiende que el mensaje publicado atentó contra el derecho a la intimidad de la actora, no solo porque expuso al público un dato personal como lo es una supuesta negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que forma parte de su esfera privada, sino también porque la accionante no manifestó su autorización para que dicha información fuera revelada. Aunado a ello, no se logra identificar el posible interés en conocer tal información por parte de quienes tienen acceso al muro de la demandada. Siendo así, las características de tal publicación hacen que resulte desmedida y evidencia una intención dañina, pues si la finalidad era recordarle a la actora la existencia de la obligación, hubiera podido optar por enviar un mensaje privado teniendo en cuenta que dicha red social lo permite; sin embargo, al optar por el modo público, generó un descrédito de la honra y buen nombre de la actora de manera injustificada e innecesaria.

Sumado a lo anterior, junto al mensaje divulgado se publicó una fotografía de la actora sin que mediara su consentimiento o, a falta de este, sin que existiera una orden de la autoridad competente para que la misma fuera objeto de disposición por parte de terceros, lo que, sumado a lo difundido, atenta en mayor medida en contra de su imagen y su buen nombre. Por lo dicho, lo publicado por la demandada no puede enmarcarse dentro de la protección consagrada en el art. 20 de la Constitución, sumado a que no se logró identificar un fin legítimo en la misma. Por este motivo –se repite–, no existe un conflicto entre los derechos alegados y la libertad de expresión.

No obstante, se considera pertinente señalar que cuando se presenta este tipo de situaciones, dado que la libertad de expresión guarda primacía frente a ciertos derechos, debe estudiarse en cada caso concreto si las circunstancias fácticas se enmarcan o no dentro de los límites establecidos para tal garantía y no realizar una censura previa de manifestaciones como las aquí estudiadas, pues tal actuación se encuentra expresamente prohibida por nuestra Carta Política.

En estos términos, se observa que los derechos alegados, la honra, el buen nombre y la intimidad, fueron afectados de manera importante o, en otras palabras, fueron resquebrajados. En ese sentido, es necesario tomar las medidas necesarias para que dichas garantías se restablezcan de manera adecuada.

En ese orden de ideas, si bien el juez de segunda instancia acertó al amparar los derechos de la actora y ordenar el retiro de la imagen y el mensaje publicado en el perfil de *Facebook* de la demandada, dicha medida resulta insuficiente para restablecer los derechos vulnerados, pues a pesar de la eliminación de lo divulgado, la reputación de la actora o el concepto que de ella tienen la sociedad, su familia o quienes forman parte de su entorno ya ha sido alterado en forma negativa, situación que no va a cambiar con la sola exclusión de dicho mensaje de la red social.

Es por esto que la Corte en situaciones similares, donde se evidencia la vulneración al buen nombre, la intimidad y a la honra en el marco de aquello que no se encuentra amparado por la libertad de expresión, ha ordenado al transgresor de los derechos realizar una rectificación o el ofrecimiento de disculpas a los afectados, según sea el caso, bajo las mismas circunstancias en las que se difundió el mensaje vulnerador. Para ello, tal rectificación debe cumplir como mínimo con dos condiciones: el reconocimiento de la falta cometida y un despliegue informativo equivalente, siempre y cuando el titular de los derechos que han sido quebrantados lo considere pertinente, en aras de evitar una nueva exposición al público de situaciones que forman parte de la esfera privada de la persona.

Así las cosas, luego de evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la honra de Lucía, se confirmará parcialmente la sentencia dictada en segunda instancia, ordenando también como medida simbólica que Esther publique en el muro de su perfil de *Facebook* la correspondiente disculpa por la afectación causada, dirigida a la actora, publicación que deberá estar habilitada para el mismo número de personas que en su oportunidad tuvieron acceso al primer mensaje y durante un lapso igual al que este último permaneció publicado, es decir, dos meses y ocho días. No obstante, para que dicha publicación se realice, se debe

contar con la correspondiente autorización de la actora, quien, de considerar que la misma en los términos anteriores es inconveniente, lo debe manifestar a la demandada, antes de culminar el tercer día siguiente a la notificación de esta providencia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-050/16, *Lucía c. Esther* [nombres no verdaderos], sentencia del 10-2-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>>.



DERECHO INFORMÁTICO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO A LA INFORMACIÓN. INTERNET. BLOQUEO DE SITIOS EN INTERNET. DERECHO DE ACCESO A INTERNET (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: Serkan Cengiz, Yaman Akdeniz y Kerem Altıparmak son ciudadanos turcos nacidos en 1974, 1968 y 1973 y viven en Izmir, Estambul y Ankara (Turquía), respectivamente. Todos tienen cargos académicos en diferentes universidades, donde enseñan Derecho.

Conforme a la ley que regula las publicaciones en Internet y combate los delitos que allí se cometen, en mayo de 2008, el tribunal de primera instancia en lo penal de Ankara ordenó bloquear el acceso al sitio de Internet *YouTube* porque consideró que, conforme a la legislación, el contenido de diez páginas de ese sitio (diez videos) violaban la prohibición de ultrajar la memoria de Atatürk.

Considerando que esta restricción interfería con su derecho a recibir o impartir información e ideas, Cengiz, Akdeniz y Altıparmak, en su calidad de usuarios de *YouTube*, solicitaron que la decisión fuera dejada sin efecto y que se levantara el bloqueo. También denunciaron que la medida impactaba en sus actividades académicas profesionales y que había un interés público en tener acceso a Internet. Además, especificaron que seis de las diez páginas en cuestión habían sido borradas y que a las otras cuatro ya no se podía tener acceso desde Turquía.

El tribunal de primera instancia en lo penal de Ankara rechazó su solicitud con base en que la orden de bloqueo se había dictado legalmente y que los solicitantes carecían de legitimación activa para cuestionar esas decisiones. Observó que ya no se podía tener acceso a los videos en cuestión desde Turquía, pero que ellos no habían sido borrados de la base de datos del sitio web y que, por lo tanto, aún podían ser objeto de acceso por parte de los usuarios del mundo. Por ello, confirmó la decisión recurrida.

Posteriormente, el 17 de junio de 2010 el tribunal de primera instancia en lo penal de Ankara dictó una nueva orden de bloqueo. Akdeniz y Altıparmak solicitaron que la decisión fuera dejada sin efecto, pero fue confirmada por el tribunal.

El sitio web de *YouTube* estuvo bloqueado desde el 5 de mayo de 2008 hasta el 30 de octubre de 2010, fecha en que la Procuración levantó el bloqueo a pedido de la empresa titular de los derechos de autor de los videos en cuestión.

El 20 de julio de 2010 y 27 de diciembre de 2010, se sometió el caso a la Corte Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia

Artículo 10 (libertad de expresión)

La orden de bloqueo global del 5 de mayo de 2008 a *YouTube* impuesta por el tribunal de primera instancia en lo penal de Ankara no estaba directamente dirigida contra Cengiz, Akdeniz y Altıparmak. Por lo tanto, los recursos que estas personas interpusieron contra dicha orden han sido desestimados por los tribunales nacionales. En ellos, los recurrentes, como usuarios activos, se agravan del impacto que la orden de bloqueo ha tenido en su derecho a la libertad de recibir e impartir información e ideas.

En primer lugar, resulta necesario determinar si los peticionantes tienen estatus de víctima, tal como exige la Convención. En relación con ello, cabe destacar que Cengiz, Akdeniz y Altıparmak han usado activamente *YouTube* con fines profesionales, en especial para “descargar” o acceder a videos que utilizan en su trabajo académico. *YouTube* es una plataforma única que permite la difusión de información de interés específico, particularmente sobre cuestiones políticas y sociales. Por lo tanto, constituye una importante fuente de comunicación, y la orden de bloqueo impidió el acceso a información específica que no es posible recibirla de otro modo. Además, la plataforma ha dado lugar al surgimiento del periodismo ciudadano, que posibilita difundir información no transmitida por los medios tradicionales.

En consecuencia, esta Corte reconoce que en este caso *YouTube* ha constituido un medio importante por el cual Cengiz, Akdeniz y Altıparmak podían ejercer su derecho a recibir e impartir información e ideas y que ellos legítimamente pueden denunciar haberse visto afectados por la orden de bloqueo pese a que esta no estuviera directamente dirigida a ellos. La Corte Constitucional, por su parte, también ha reconocido a Akdeniz y a Altıparmak el estatus de víctimas, en su calidad de usuarios activos en el contexto de la orden de bloqueo en relación con *Youtube*, luego de la presentación de estas solicitudes.

Conforme a la opinión de esta Corte, la orden de bloqueo puede considerarse una injerencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio de los derechos garantizados por el art. 10.

Cabe observar que la orden de bloqueo se impuso en términos del art. 8 (1) de la ley n° 5651.

En la sentencia que esta Corte dictó en el caso *Ahmet Yıldırım c. Turquía* (n°3111/10), ya se había resuelto que la mencionada ley no autoriza el bloqueo al acceso a todo un sitio de Internet con base en uno de sus contenidos.

Conforme a lo dispuesto por el art. 8 (1), solo puede imponerse una orden de bloqueo a una publicación específica cuando existen razones para sospechar que, por su contenido, es configurativa de un delito o infracción taxativamente enunciada en la ley. A partir de esto, se llega a la conclusión de que en este caso no había ninguna disposición que autorizara al tribunal de primera instancia en lo penal de Ankara a imponer una orden de bloqueo global al acceso a *YouTube*. En consecuencia, la injerencia cometida no satisface el requisito de legalidad exigido por la Convención, y Cengiz, Akdeniz y Altıparmak no han gozado de un nivel adecuado de protección.

Artículo 6 (derecho a un juicio justo)

Dado que esta Corte ha examinado las cuestiones jurídicas y principales en términos del art. 10, no resulta necesario tomar una decisión separada en relación con la admisibilidad o el mérito de la denuncia en términos del art. 6.

Artículo 46 (fuerza vinculante y ejecución de las sentencias)

Luego de la presentación de estas solicitudes, la ley 5651 ha sido reformada y ahora permite el dictado de órdenes de bloqueo de todo un sitio de Internet cuando se satisfacen las condiciones establecidas en su art. 8 A 3). Dado que la nueva ley no fue concretamente aplicada en este caso, esta Corte no considera necesario pronunciarse en relación con el art. 46 de la Convención.

Artículo 41 (satisfacción equitativa)

La conclusión de que ha existido una violación constituye *per se* suficiente reparación del daño no patrimonial sufrido por Cengiz. Se rechazan las pretensiones de satisfacción equitativa presentadas por Akdeniz y Altıparmak.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, casos 48226/10 y 14027/11, *Cengiz y otros c. Turquía*, sentencia del 1-12-2015, en <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"ite-mid":\["001-158948"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.



DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. MENORES. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. RESTITUCIÓN. INTERÉS SUPERIOR. PONDERACIÓN DE LA INTEGRACIÓN DEL MENOR EN EL NUEVO MEDIO. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. VIOLENCIA DE GÉNERO (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la menor O.K.V., nacida el 17 de diciembre de 2009, en agosto de 2013 había sido desplazada de Suiza a España por su madre D.V.D. sin el consentimiento de su padre Ph.K.

Este último, con fecha 7 de noviembre de 2013, promovió una acción de sustracción internacional a fin de que la niña sea restituida a Suiza. La madre de la menor se opuso, el proceso se tornó contencioso y se remitió el expediente a conocimiento del juzgado de primera instancia de Madrid. Planteada la competencia objetiva, dicho tribunal se inhibió a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, donde continuó bajo los autos de sustracción internacional de menores 1/2013.

Por aplicación del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 y mediante auto del 14 de abril de 2014, el juzgado consideró que la menor tenía su residencia habitual en Suiza, donde convivía con sus padres; estableció que se había producido un traslado ilícito en los términos del Convenio y estimó la excepción prevista en

el art. 13 *b*) –de conformidad con la cual el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución de un menor si “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”–; valoró las denuncias formuladas por la madre contra el padre por violencia de género –tanto en España como en Suiza– y explicó que “no es razonable desvincular la actual estancia de la niña en España de las poderosas razones que llevaron a su madre en agosto de 2013 a desplazarse hasta este país y renunciar a regresar a Suiza tras las vacaciones”, para finalmente invocar el interés superior del menor y concluir en el riesgo de acceder a la restitución antes de que los tribunales penales se pronuncien sobre la cuestión. Por ello, desestimó la solicitud de retorno de la menor.

El padre de la menor apeló, e intervino la Audiencia Provincial de Madrid. Esta concluyó que no podía vislumbrar la situación de riesgo para la menor, que se debían adoptar medidas para protegerla de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, procediendo a establecer los mecanismos que permitan garantizar la restitución de la menor al Estado en que tenga su residencia habitual. Se consideró acreditada la retención ilícita –dado que el padre jamás había consentido el traslado de la niña en calidad de cotitular de la patria potestad, a la que no había vuelto a ver desde hacía varios meses–, hecho incuestionable, cuya modificación había de acordarse debiendo de estarse al interés superior de la menor, que constituye el principio base de todo el derecho relativo a los mismos, y que se ha conformado como uno de los principios esenciales del derecho moderno de la persona y de la familia. Por todo ello procede la solicitud formulada por Ph.K. y, en consecuencia, se ordenó la restitución inmediata de la menor O.K.V. a Suiza, a su residencia habitual, en el domicilio paterno. Consecuentemente, la Audiencia dejó sin efecto la prohibición de salida del territorio español de la menor, oportunamente acordada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Madrid.

La madre de la menor formuló incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, el que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid el 21 de mayo de 2015, al entender que las cuestiones suscitadas pretendían en realidad una revisión y nueva valoración de lo razonado en el auto del 31 de marzo de 2015.

Entonces, D.V.D. presentó un amparo ante el Tribunal Constitucional, en el que solicitó que se declare que la resolución judicial recurrida, y las que traen causa de la misma, vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) y al derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que se la restablezca en sus derechos, que se declare la nulidad del auto del 31 de marzo de 2015 y de cuantas resoluciones traen causa del mismo, y que se retrotraigan las actuaciones al momento previo al dictado del mencionado auto. También solicitó la suspensión del auto recurrido.

2. Sentencia: se estima el amparo solicitado por D.V.D.

Se declara que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

Se declara la nulidad del auto del 31 de marzo de 2015 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, así como del auto del 13 de abril de 2015 y la providencia del 21 de mayo de 2015, que no hace lugar al incidente de nulidad de actuaciones formulado por la demandante de amparo.

Se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva, respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Este Tribunal admite a trámite esta demanda y acuerda la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas al apreciar la urgencia excepcional, toda vez que dicha ejecución produciría un perjuicio de imposible o muy difícil reparación que haría perder su finalidad al amparo.

El análisis constitucional del caso de autos se constriñe a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, respecto de la que este Tribunal solo puede practicar un control externo, que se limita a la constatación de una motivación suficiente, razonable, no arbitraria ni incurra en error patente, con expresa exclusión de un pretendido derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de la norma aplicada; y, si de la valoración del caudal probatorio se trata, a la constatación de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. Habida cuenta de la afectación de una menor, el control de este Tribunal se extiende a comprobar que la motivación incluya de forma expresa un juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor.

Pues bien, vista la motivación del auto recurrido, se observa que este parte del marco normativo del Convenio de La Haya de 1980, que explica de forma motivada las razones por las que considera que concurre un traslado ilícito, así como por las que entiende que no estamos ante un consentimiento al traslado en los términos del Convenio, lo que conduce a la desestimación de la excepción al retorno prevista en el art. 13 *a*). El auto también descarta la excepción al retorno prevista en el art. 13 *b*) –grave riesgo para el menor–, para culminar ordenando el retorno en atención al interés del menor. Es respecto de la motivación relativa a estas dos cuestiones que la demandante en amparo hace alegaciones concretas.

Con carácter previo, conviene abordar la otra queja, referida a la contradicción del auto recurrido con otras resoluciones judiciales dictadas por los tribunales españoles, en concreto, el auto del Juzgado de Violencia contra la Mujer, de fecha 15 de abril de 2014, que está firme y atribuye la guarda y custodia a la madre, y el auto del 23 de junio de 2014, que deniega el reconocimiento en España de las resoluciones judiciales suizas que otorgan la guarda y custodia al padre. El mismo sentido tiene otro argumento expresado en la demanda, consistente en subrayar que el auto ignora el denominado “laberinto procedimental” en que se incardina el procedimiento de restitución.

Con este planteamiento, puede entenderse que no es irrazonable, por no ser decisiones inconciliables, denegar el reconocimiento en España de las resoluciones judiciales suizas que establecen medidas provisionales y ordenar la restitución de la menor, ni puede apreciarse irrazonabilidad en la motivación

cuando la resolución española de guarda y custodia que se reputa como contradictoria con la orden de restitución se ha dictado en un procedimiento de medidas puramente provisionales cuya vocación no es ni prejuzgar las definitivas ni comprometer la obligación de inmediata restitución del menor. En este sentido, el auto recurrido culmina la fundamentación “recordando, en todo caso los contenidos de los artículos 16 y 17 del Convenio de La Haya”, y conforme a este último, en lo que ahora interesa, el solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor no podrá justificar la negativa a la restitución.

Al contrario, al margen de un análisis de legalidad ordinaria sobre las resoluciones judiciales que nos está vetado, en un análisis constitucional de motivación presidido por el interés superior del menor, lo relevante es que las medidas provisionales fueron adoptadas por el Juzgado de Violencia tras la denegación de la restitución, pero con la oportunidad defensiva del recurso de apelación abierta, que efectivamente se utilizó y que dilató la situación de pendencia hasta el auto ahora recurrido del 31 de marzo de 2015.

Estas medidas provisionales sirvieron para estabilizar la frágil situación provisional de la menor, incura en un procedimiento de restitución que se prolongaba, así como para preservar, en estas circunstancias complejas, su derecho a relacionarse con ambos progenitores (art. 8 CEDH) y, de la misma manera, sirvieron al interés del padre, que ha tenido un régimen de visitas en España durante la tramitación del procedimiento de restitución.

La vulneración denunciada se sustenta principalmente sobre dos alegaciones: a) la falta de valoración de las circunstancias actuales de la menor, en orden a ponderar el interés superior de esta para detener la restitución inmediata prevista por el Convenio, y b) la discrepancia con la valoración de la Audiencia de la denuncia de la parte recurrente por violencia doméstica, en orden a determinar la excepción a la restitución del art. 13 b) del Convenio.

Al objeto de valorar la suficiencia y razonabilidad de la motivación del auto, hay que partir del sistema del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Así, conforme a la Exposición de Motivos, el Convenio obedece al deseo “de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita”. Este Tribunal recuerda la finalidad del Convenio y, en aras de ello, el ordenamiento español “arbitra un procedimiento cuya duración no debería exceder de seis semanas (art. 11), que pretende, simplemente, la restitución del menor trasladado ilegalmente, pero sin que la decisión adoptada en este procedimiento afecte al fondo de los derechos de custodia que sobre el menor puedan ostentarse (art. 19). De ello se sigue que nos hallamos ante un proceso de tramitación urgente y de carácter sumario o provisional, ya que la resolución que se dicte no prejuzga los derechos de custodia sobre el menor, que deberán dilucidarse en otro proceso y por el Tribunal que resulte competente en cada caso” (STC 120/2002).

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado que se puede conseguir una interpretación armónica del Convenio de La Haya de 1980 y del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: en primer lugar, que los factores que pueden constituir una excepción al retorno inmediato del niño en aplicación de los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya, en particular cuando son invocados por una de las partes, sean realmente tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional requerido. Este órgano jurisdiccional debe adoptar una decisión suficientemente motivada sobre este punto, que permita al Tribunal verificar que estas cuestiones se han examinado de manera eficaz; en segundo lugar, estos factores deben ser evaluados a la luz del art. 8 del Convenio Europeo.

En este contexto, abordando ya la alegación de falta de ponderación de la situación actual de la menor que la demanda anuda a una indebida valoración del interés superior de la misma, hay que añadir que el Convenio de La Haya de 1980 incluye en su art. 12 una previsión específica sobre la valoración de la integración del menor en el nuevo medio y determina que, ante un traslado o retención ilícitos, si “en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor”, mientras que “[l]a autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente”.

Por todo ello, la integración del menor constituye un elemento de ponderación imprescindible en relación con el objeto y fin del Convenio y de conformidad con sus previsiones, por lo que su valoración es esencial cuando se trata del procedimiento de inmediata restitución.

En estas condiciones, el auto reproduce textualmente el art. 12 del Convenio, que otorga un valor determinado a la integración del menor en el nuevo medio como elemento de ponderación de la decisión sobre la restitución, y aprecia que, confirmado el traslado ilícito y sin que concurren las causas excepcionales para detenerlo previstas en el art. 13 *a)* y *b)*, unido a la constatación de la pérdida de relación con el padre durante meses, el interés del menor se corresponde con el retorno, lo cual constituye la asunción de la valoración del interés del menor que subyace en el sistema del Convenio.

En este punto, el art. 12 permite valorar “la integración del menor en el nuevo medio”, a fin de rechazar la devolución, cuando ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento, lo que no sucede en este caso. Se trata de una previsión que trata de hacer efectivo el superior interés del menor de modo coherente con el carácter urgente del procedimiento de devolución configurado en el propio Convenio y que, por razón del tiempo, no permitiría, de haberse interpuesto y resuelto el procedimiento diligentemente en el plazo máximo de seis semanas (art. 11 del Convenio), una integración real del menor en un nuevo medio.

En este caso, el procedimiento se promueve trascurridos apenas tres meses desde que tuvo lugar el hecho que le da origen. Su definitiva terminación, sin embargo, hasta la resolución del recurso de apelación, se retrasa a abril de 2015, lo que supone que desde los hechos acaecidos en agosto de 2013 hasta la finalización del procedimiento han transcurrido casi veinte meses. En este prolongado período de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio del superior interés de la menor al que antes nos referíamos.

Hemos de reparar en que en el caso examinado, circunstancialmente excepcional, la dilación del procedimiento judicial no se ha debido ni a la tardanza en su iniciación ni al comportamiento del promotor del incidente, sino a diversas vicisitudes procesales entre las que se destaca la declinatoria por falta de competencia objetiva, al existir denuncias de violencia de género. En todo caso, este Tribunal, con la decisión que ahora adopta, se limita a constatar que la lamentable dilación del procedimiento tendiente a la restitución, en las circunstancias excepcionales que presenta el caso enjuiciado, cualesquiera que fuesen las causas y los responsables de dicha demora, no puede menoscabar el interés superior de la menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio. Resulta obligada, por tanto, que esta valoración sea decisiva.

En consecuencia, la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE.

Esta conclusión es, por lo demás, acorde con las exigencias derivadas del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) en los términos expresados en la jurisprudencia del TEDH precitada, en cuanto obliga a los órganos judiciales nacionales a expresar una decisión suficientemente motivada que refleje un examen eficaz de las causas alegadas como excepción al retorno del menor. Tales omisiones son determinantes para concluir estimando la vulneración del derecho fundamental de la demandante en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lesión del art. 24 CE.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo 2937/2015, sentencia del 1-2-2016, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_006/2015-02937STC.pdf>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CONFLICTOS ARMADOS. AMNISTÍA. LÍMITES. PROHIBICIÓN DE AMNISTIAAR CIERTOS DELITOS. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. CRÍMENES DE GUERRA. REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS. ACCESO A LA JUSTICIA. DEBIDO PROCESO. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES (EL SALVADOR).

1. Antecedentes del caso: José Benjamín Cuéllar Martínez, Pedro Antonio Martínez González e Ima Rocío Guirola, por un lado, y Jorge Alberto Amaya Hernández, por el otro, promovieron acciones tendientes a que se declare la inconstitucionalidad, por vicios de forma y de contenido, de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 (en adelante, Ley de Amnistía de 1993), procesos que han sido acumulados.

En dichas demandas, se sostuvo que ciertos preceptos de la ley impugnada violan la Constitución (CN) y, en tal sentido, se expresó: a) que dicho procedimiento se habría realizado sin respetar los requisitos de publicidad, contradicción, libre debate y discusión del procedimiento legislativo, lo que, como vicio de forma, afectaría la validez de toda la ley (arts. 85 y 135 CN); b) que al establecer una amnistía amplia, absoluta e incondicional, y al extender su ámbito de aplicación subjetiva, dicha ley habría impedido la investigación efectiva, el juzgamiento y, en su caso, la sanción de los responsables de violaciones a derechos fundamentales (art. 2, inc.1 CN); c) que, por lo mismo, dicha ley violaría el principio constitucional de complementariedad de la CN con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), en cuanto este último establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos reconocidos en convenios y la prohibición de amnistiar ciertos delitos (art. 144, inc. 2 CN, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el art. 4 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (en adelante, Protocolo II)); d) que la ley alcanzaría a hechos en los que no se habría determinado su correspondencia con las categorías de delitos comprendidos por la CN como amnistiables, ni la culpabilidad o la responsabilidad penal de sus autores (arts. 12 y 131.26 CN); y e) que al extinguir la responsabilidad civil, se impediría el ejercicio del derecho a la indemnización civil por daños morales y violaría el principio constitucional de complementariedad de la CN con el DIDH, en cuanto este establece el deber estatal de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención Americana, así como la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos (arts. 2, inc. 3, y 144, inc. 2 CN, en relación con los arts. 1 y 2 de la Convención Americana).

La Asamblea Legislativa justificó la constitucionalidad de la Ley de Amnistía de 1993. Sostuvo que la finalidad de la ley fue “alcanzar la reconciliación y la unificación de la familia salvadoreña”, y que “el Legislador de esa época consideró conveniente [...] que la única forma de poner fin al odio, al sufrimiento, actitudes confrontativas, es a través de la concesión de una amnistía general, inmediata, a favor de todas las personas, que de una u otra forma se vieron involucradas en la comisión

de hechos violentos”. También afirmó que dicha ley fue emitida en cumplimiento del art. 131.26 CN, y que “aunque no fue sometida a un proceso de consulta y discusión nacional, sí gozó de la aprobación de los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa en ese momento histórico”.

El Fiscal General de la República sostuvo que es de conocimiento público que esta ley fue aprobada en su momento por la Asamblea Legislativa mediante el voto unánime de los diputados y, por tanto, tal aprobación resultaría válida y legítima, independientemente del tiempo utilizado para su discusión. Consideró que no hubo falta de debate, sino que fue votada por unanimidad al tener un contenido que los diputados ya conocían y que además llenaba no solo sus aspiraciones y la de sus partidos, sino un sentir nacional, y que fue “un resultado directo de la negociación y una condición para la implementación de los Acuerdos de Paz”. Asimismo, sobre la base de lo dicho en sentencia del 26 de septiembre de 2000, dijo: (i) que la Ley de Amnistía de 1993 se adecua a los delitos que pueden ser amniables dentro del texto de la CN; (ii) respecto de los efectos de la amnistía sobre la responsabilidad civil, que el art. 4 e) admite una interpretación conforme a la CN; (iii) sobre la supuesta violación del acceso a la protección jurisdiccional, que no hay impedimento a la investigación efectiva, juzgamiento y sanción de los responsables, y que existen procesos judiciales pendientes de resolución sobre hechos ventilados en la guerra. De ahí que, jurídicamente, a partir de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Constitucional, no hubo limitaciones al derecho al acceso a la jurisdicción y tutela legal efectiva.

2. Sentencia

1) Se declara inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 1 de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993 (en adelante, Ley de Amnistía de 1993), en la parte que expresa: “Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos...”, porque dicha extensión objetiva y subjetiva de la amnistía es contraria al derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial – protección de los derechos fundamentales– y al derecho a la reparación integral de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH), pues impide el cumplimiento de las obligaciones estatales de prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción y reparación integral, y de esa manera viola los arts. 2, inc. 1, y 144, inc. 2 de la Constitución Nacional (CN), en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 4 del Protocolo II de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (en adelante, Protocolo II).

2) Se declara inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 4 e) de la Ley de Amnistía de 1993, en la parte que dispone: “La amnistía concedida por esta ley, extingue en todo caso la responsabilidad civil”, porque impide la reparación integral de las víctimas, particularmente el derecho a la indemnización por daños

morales, reconocido en los arts. 2, inc. 3, y 144, inc. 2 CN, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana.

3) Se declara inconstitucional por conexión, de un modo general y obligatorio, el art. 6 de la Ley de Amnistía de 1993, en la parte que deroga el inc. 1 del art. 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, porque dicha disposición reproduce el contenido inconstitucional de la parte final del art. 1 de la Ley de Amnistía de 1993, lo cual implica una vulneración al derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional, y a las obligaciones internacionales del Estado frente a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH cometidos por ambas partes.

4) Se declaran inconstitucionales por conexión, de un modo general y obligatorio, los arts. 2, 3, 4, 5 y 7 de la Ley de Amnistía de 1993, porque se dirigían a concretizar el alcance de la amnistía que se ha determinado contraria a la CN y han perdido su sentido por desaparecer su objeto.

5) Para los efectos de esta sentencia, se entenderá que: (i) los hechos que quedan excluidos de la amnistía son los atribuidos a ambas partes que puedan ser calificados como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH. Las partes en el conflicto aceptaron como excluidos de la amnistía los casos contenidos en el Informe de la Comisión de la Verdad, así como aquellos otros de igual o mayor gravedad y trascendencia que pudieran ser imputados a ambas partes, y que fueran objeto de investigación y enjuiciamiento por las autoridades competentes, ninguno de los cuales ha prescrito; (ii) tampoco han prescrito –y por lo tanto los sujetos involucrados no gozan de amnistía y están sujetos a investigación, juzgamiento y sanción– todos los casos relacionados con los hechos sucedidos desde el 1° de junio de 1989 hasta el 16 de enero de 1992 relativos a funcionarios públicos, civiles o militares, en los términos y condiciones que establece el art. 244 CN; (iii) las expresiones invalidadas por ser inconstitucionales han sido expulsadas del ordenamiento jurídico salvadoreño y no podrán ser aplicadas por ninguna autoridad administrativa o judicial, ni invocadas a su favor por ningún particular o servidor público, ni continuar produciendo efectos en diligencias, procedimientos, procesos o actuaciones relativos a hechos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH; (iv) no podrá invocarse el tiempo de vigencia de tales disposiciones para entorpecer, demorar o negar el ejercicio efectivo e inmediato de los derechos reconocidos en las normas constitucionales e internacionales analizadas en esta sentencia. Ninguna de esas cláusulas, ni otras semejantes, en cuanto a su contenido y sus efectos, podrá volver a ser incorporada por la Asamblea Legislativa en una eventual legislación secundaria relacionada con las medidas de la justicia transicional salvadoreña; (v) cobra vigencia a partir de la notificación de la presente sentencia la Ley de Reconciliación Nacional (aprobada mediante el Decreto Legislativo 147/1992) en lo que no contradiga la presente sentencia.

6) En los arts. 1 y 2 de la Ley de Amnistía de 1993, no existe el motivo de inconstitucionalidad alegado respecto a la supuesta contradicción con los arts. 12 y 131, ord. 26 CN, pues, por una parte, la amnistía es una medida jurídica que no solo extingue la responsabilidad penal judicialmente declarada mediante una condena,

sino también la acción penal en curso o incluso la que esté pendiente de ejercicio, impidiendo que una persona sea sometida a proceso.

7) Se sobresee la pretensión de inconstitucionalidad planteada en cuanto al vicio de forma, por la supuesta contradicción del procedimiento legislativo de la Ley de Amnistía de 1993 con los arts. 85 y 135 CN, debido a que la argumentación de los demandantes es insuficiente para justificar el examen constitucional de dicho procedimiento.

2.1. Pretensión de inconstitucionalidad por vicio de forma

Respecto del vicio de forma alegado por los demandantes, se recuerda que el principio democrático implica que las decisiones políticas expresadas en las leyes deben alcanzarse mediante procedimientos respetuosos del pluralismo y favorables al ejercicio de la contraloría ciudadana. La Asamblea Legislativa no es solo un órgano de Estado que adopta sus decisiones por mayoría, sino una institución representativa del pluralismo político de la sociedad, donde su diversidad de visiones e intereses queda reflejada. Consecuentemente, lo que se precisa en la discusión de un proyecto de ley es que se genere, que exista o que sea permitida efectivamente la oportunidad de la deliberación y la expresión de las diferentes corrientes de pensamiento representadas en la Asamblea en relación con la ley en proceso de formación. Esta oportunidad de discusión y deliberación se limita o se niega cuando una actuación específica impide u obstaculiza la intervención crítica, propositiva o simplemente expresiva de un diputado o de un grupo de ellos en relación con el tema bajo tratamiento. Siendo así, esta Sala considera que el motivo de inconstitucionalidad relativo a supuestos vicios en el procedimiento legislativo de la Ley de Amnistía de 1993 carece de fundamento suficiente para justificar un análisis detenido de dicho procedimiento, puesto que la demanda refiere una supuesta insuficiencia del tiempo empleado para la discusión y el debate del objeto de la ley, pero no menciona exclusiones o impedimentos destinados a evitar la participación en dicha etapa; tampoco proporciona argumentos que permitan comprobar que el tiempo empleado fue irrazonable o insuficiente, no obstante la complejidad de la regulación en juego; y, finalmente, niega que haya habido debate público, mientras que, por el contrario, invoca fuentes periodísticas que divulgaron a la ciudadanía los antecedentes y la presentación de la propuesta legislativa.

Debido a estos vacíos o defectos de la pretensión de inconstitucionalidad por vicio de forma, esta será rechazada mediante una decisión de sobreseimiento.

2.2. Carácter restrictivo de la amnistía

2.2.1. La CN salvadoreña establece que la amnistía solo puede ser concedida por la Asamblea Legislativa “por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte” (art. 131, ord. 26 CN), lo cual no puede ser interpretado de manera irrestricta, ni contra la CN –especialmente la disposición que reconoce el derecho a la vida y a la integridad personal, así como el derecho a su conservación y defensa (art. 2)– ni contra la disposición que prohíbe conceder amnistía para violaciones, infracciones

o alteraciones de la CN (art. 244). Tampoco puede contrariar los principios y disposiciones del derecho internacional ni la jurisprudencia internacional. En el Código Penal (arts. 31 y 45) y en el Código Procesal Penal (arts. 104 y 106) se regulan los efectos de la amnistía para los delitos comunes y se determina que extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la condena, e incluso extingue la responsabilidad civil, siempre que se respeten los parámetros y disposiciones constitucionales y los estándares del derecho internacional vigente y de la jurisprudencia internacional aplicable en el país.

En los Acuerdos de Paz firmados el 16 de enero de 1992 y sus precedentes, no se hizo ninguna alusión expresa a la amnistía. Por el contrario, en ellos se pactaron cláusulas tendentes a combatir la impunidad y garantizar la justicia en las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el conflicto armado (Acuerdo sobre Derechos Humanos firmado en San José de Costa Rica el 26 de julio de 1991; Acuerdo de México del 27 de abril de 1991, por el que se creó la Comisión de la Verdad, a la cual se le reconoció el mandato de investigar graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, y cuyas recomendaciones los firmantes se comprometieron expresamente a cumplir; la Ley de Reconciliación Nacional del 23 de enero de 1992, que contempló que no gozarían de la amnistía las personas que, según el informe de la Comisión de la Verdad, hubieran participado en graves hechos de violencia ocurridos desde el 1° de enero de 1980).

La anterior disposición fue derogada mediante la Ley de Amnistía de 1993, negando con ello lo pactado expresamente en los Acuerdos de Paz y en la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, que surgió precisamente en el marco de aquellos acuerdos.

2.2.2. La amnistía se reconoce expresamente en el Protocolo II: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, disposición que no es de efectos absolutos e irrestrictos. Como se expresa en su art. 6.5, incluso la amnistía “más amplia posible” nunca podría ser absoluta, irrestricta e incondicional, pues la mayor extensión pretendida tiene siempre el límite de lo “posible”, el cual debe ser determinado por el legislador en cada proceso político dirigido a aplicar dicha medida, tomando en cuenta los compromisos constitucionales e internacionales adquiridos por el Estado salvadoreño al poner en vigor tratados de derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario, en relación con la protección efectiva de los derechos fundamentales y la erradicación de la impunidad. Dicho Protocolo II fue ratificado por El Salvador, por lo cual es ley de la república y estuvo vigente durante todo el conflicto armado.

Para identificar algunas de las modalidades de violaciones a derechos fundamentales excluidas de la posibilidad de amnistía, es necesario transcribir a continuación los dos primeros apartados del art. 4 del Protocolo II, en los que se dispone lo siguiente: “*Trato humano. Garantías fundamentales.* 1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona,

su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. 2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; b) los castigos colectivos; c) la toma de rehenes; d) los actos de terrorismo; e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor; f) la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas; g) el pillaje; h) las amenazas de realizar los actos mencionados”.

Por lo dicho, y a efectos de fijar los límites de la amnistía, las conductas que constituyan cualquier forma de incumplimiento de dichas garantías y prohibiciones, y que hayan tenido carácter generalizado o sistemático, deben considerarse crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, en su caso, aunque su tipicidad penal en el derecho interno tenga o haya tenido distinta denominación al tiempo de su ocurrencia.

La persecución penal de tales crímenes internacionales no puede implicar de ningún modo una expresión de retroactividad desfavorable, pues *junto con la obligación convencional vigente de abstenerse de tales conductas, estas fueron precedidas, además, por la descripción típica de la legislación penal correspondiente, de modo que los responsables o autores mediatos e inmediatos de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad estaban en condiciones de conocer el carácter delictivo de su comportamiento y tenían la obligación de impedir su realización*. La calificación jurídico-penal, por lo tanto, debe ajustarse a la ley del tiempo de su comisión, aunque por sus características y contexto, esas conductas pertenezcan, además, a la categoría internacional de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o crímenes internacionales de carácter imprescriptible.

2.2.3. En los instrumentos convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se considera expresamente la institución de la amnistía. No obstante, importantes tratados de derechos humanos de la OEA y de la ONU han positivado normas sobre derechos fundamentales de carácter inderogable y han establecido deberes para los Estados Partes, a fin de asegurar el respeto, la garantía y tutela judicial efectiva de tales derechos, en toda circunstancia, incluidos los conflictos armados.

Así, la Convención Americana (arts. 4, 5 y 6) y el PIDCP (arts. 4, 6 y 7) reconocen los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal con la consecuente protección contra la tortura; y reconocen su carácter inderogable y su condición de normas del *ius cogens* o derecho imperativo internacional.

Los derechos de protección contra la tortura y contra la desaparición forzada de personas también están reconocidos en instrumentos convencionales específicos en los que se establece la obligación de los Estados Partes de tomar medidas legislativas y de otra índole para investigar, sancionar y erradicar estas graves

violaciones de derechos humanos (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Por ello, no puede obviarse la responsabilidad de los Estados de brindar protección y garantía efectiva a las víctimas de tortura, de desaparición forzada y de ejecuciones sumarias o arbitrarias, ni puede desconocerse la obligación de tomar las medidas necesarias para su investigación, sanción y total erradicación; por lo que se colige que los autores materiales e intelectuales de tales violaciones no pueden gozar de amnistía, indulto o beneficiarse de causales de exclusión de responsabilidad penal, por ser incompatible con las obligaciones que han contraído los Estados Partes de los tratados internacionales de derechos humanos, entre los cuales figura El Salvador.

2.2.4. La amnistía y su incompatibilidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos también ha sido objeto de desarrollo en la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –sin desconocer el derecho soberano que tienen los Estados de decretar amnistías en situaciones de postconflicto armado– se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de ciertas leyes de amnistía con el derecho internacional y con las obligaciones internacionales de los Estados, debido a que constituyeron uno de los obstáculos invocados por algunos Estados para no cumplir con su obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos; asimismo, sostuvo que son inadmisibles la amnistía, la prescripción y los excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos –tortura, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y desapariciones forzadas–, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el DIDH.

Respecto a la Ley de Amnistía de 1993, la CIDH (*caso El Mozote c. El Salvador*) afirmó que aquella ha tenido como consecuencia la instauración y perpetuación de una situación de impunidad debido a la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo asimismo los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación de adecuar su derecho interno a lo previsto en ella. Dada la incompatibilidad entre la Ley de Amnistía de 1993 y la Convención Americana, las disposiciones que impiden la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos sucedidas en el presente caso carecen de efectos jurídicos, por lo que no son un obstáculo para la investigación de los hechos y la identificación, juzgamiento y castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana que puedan haber ocurrido durante el conflicto armado en El Salvador.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un caso contencioso contra El Salvador, concluyó que la aplicación de la Ley de Amnistía eliminó la posibilidad de emprender investigaciones judiciales tendientes a establecer

la responsabilidad, y violó el derecho de los allegados a la víctima y de toda la sociedad a conocer la verdad sobre los hechos (caso *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez c. El Salvador*).

De todo lo anterior se colige que, si bien la CN, el DIH, el DIDH, el Derecho Internacional Penal y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos permiten la adopción de amnistías, incluso a la cesación de las hostilidades militares tras la finalización de conflictos armados —como el que sucedió en El Salvador en la década de los ochenta—, ello no implica que los Estados estén habilitados para decretar amnistías irrestrictas, absolutas e incondicionales, desconociendo las obligaciones constitucionales e internacionales que tienen en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de investigar, identificar a los responsables materiales e intelectuales, y sancionarlos conforme a su derecho interno, desconociendo, además, el deber de reparar integralmente a las víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, que son imprescriptibles según el derecho internacional y la jurisprudencia internacional. Así, la CIDH en reiteradas sentencias ha sostenido que las “autoamnistías” decretadas para favorecer la impunidad de los más graves crímenes cometidos contra la humanidad y los derechos fundamentales no son compatibles con la Convención Americana.

2.3. *Crímenes de lesa humanidad y derecho a la tutela judicial efectiva*

2.3.1. Los crímenes de lesa humanidad son actos graves que denotan un sentimiento de crueldad para con la existencia humana, un sentido de envilecimiento de la dignidad y de destrucción de los valores humanos y de los derechos inderogables o normas del *ius cogens* internacional, por lo que constituyen auténticos crímenes de Estado y crímenes internacionales, ya que atentan gravemente contra el género humano. Son de carácter imprescriptible según el derecho internacional, por lo cual son inoponibles las medidas de orden interno que impidan la investigación, el esclarecimiento de la verdad, la aplicación de una justicia independiente, y que nieguen la justicia y la reparación integral a las víctimas; están sujetos en toda circunstancia a la persecución, extradición, juzgamiento y sanción penal de los responsables, por lo que no pueden ser objeto de amnistía o indulto. La doctrina, el derecho y la jurisprudencia internacional consideran que tales crímenes son cometidos contra la humanidad, razón por la cual existe un interés público nacional e internacional de prevenirlos, investigarlos, identificar a los responsables materiales e intelectuales, y sancionarlos penalmente, en proporción a la gravedad y a los efectos que producen.

El carácter imprescriptible de estos crímenes da lugar a la activación de la jurisdicción universal para enfrentar y superar la impunidad, y asegurar la justicia, la verdad y la reparación integral de las víctimas. Tal carácter ha sido reconocido por la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad de las Naciones Unidas, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar y sancionar a los responsables de los

crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna excluyente de responsabilidad penal.

2.3.2. La jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que el derecho a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional de los derechos fundamentales (art. 2, inc. 1 CN) es una garantía constitucional esencial, porque sin ella los restantes derechos de las personas se degradarían a un “simple reconocimiento abstracto”. El derecho de acceso a la justicia y el derecho a la protección judicial son derechos con una función instrumental, es decir, que sirven como medio para la realización efectiva y pronta, o para dar vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica de la persona humana.

La eficacia de los derechos fundamentales depende de la existencia y funcionamiento real o efectivo de la mencionada garantía. La dimensión subjetiva de este derecho implica una obligación correlativa a cargo del Estado de garantizar la protección de los derechos o asegurar su eficacia. Es desde esa perspectiva que los arts. 1.1 y 2 CADH y 2 PIDCP establecen a cargo de los Estados Partes el deber de respeto y garantía de los derechos, así como la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. La interpretación de esas obligaciones internacionales coincide con el núcleo principal de la interpretación constitucional del art. 2, inc. 1 CN. Sin embargo, dado que lo relevante en el presente caso es el alcance de la garantía cuando las violaciones a los derechos se han consumado, es pertinente retomar los criterios interpretativos sobre este punto en particular.

En una decisión que constituye punto de referencia obligado de la jurisprudencia del sistema interamericano sobre este tema, se estableció que el deber de respeto y garantía de los derechos protegidos implica: “Organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*). Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha interpretado que el hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación de los derechos reconocidos en el Pacto puede ser de por sí una vulneración a este; y cuando las investigaciones revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Esas obligaciones surgen con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional. En similar sentido, la ONU ha sostenido (Resolución 60/147 de la Asamblea General) que la obligación de asegurar que se respeten las normas del DIDH y del DIH comprende el deber de: “Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional [...]. Dar a quienes afirman ser víctimas [...] un acceso equitativo y efectivo a la justicia [...] con independencia de

quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; y [...] proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación [...]. En los casos de violaciones manifiestas [...] que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas”.

Las exigencias del derecho a la protección y garantía del Estado implican como obligaciones el aseguramiento de los aspectos siguientes: (i) la prevención de las violaciones de los derechos humanos, que conlleva el deber de tomar medidas a fin de evitar la repetición de las mismas; (ii) la investigación de las violaciones con el fin de esclarecer lo ocurrido y determinar quiénes han sido sus responsables; (iii) el enjuiciamiento de los autores materiales e intelectuales; (iv) la sanción de los culpables de las violaciones, es decir, el establecimiento de la culpabilidad de los autores y sus consecuencias proporcionales; y (v) la reparación integral de las víctimas por los daños materiales e inmateriales ocasionados por la violación.

Esta Sala considera que debe realizarse una ponderación entre: (i) la necesidad de asegurar ciertos intereses públicos legítimos, y (ii) la obligación estatal irrenunciable de investigar y sancionar las violaciones de derechos fundamentales, al menos respecto de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, independientemente de quiénes hayan sido los responsables y del tiempo transcurrido desde su comisión. Frente a tales intereses y obligaciones, corresponde analizar si la amnistía constituye una medida idónea y proporcional a los fines legítimos que el legislador pretendió garantizar mediante su adopción.

2.3.3. La CN (art. 2) reconoce un catálogo de derechos fundamentales para la existencia humana que son parte integrante de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos resulten eficaces, la CN debe también reconocer un derecho que posibilite su realización efectiva y pronta, y para tal propósito la CN consagró un derecho de protección en la conservación y defensa de derechos. Así, el derecho a la verdad solo es posible si se garantiza —a través de investigaciones serias, exhaustivas, responsables, imparciales, integrales, sistemáticas y concluyentes por parte del Estado— el esclarecimiento de los hechos y la correspondiente sanción. Y de tal disposición se deriva el derecho de las víctimas de tener acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial.

Por otra parte, los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos constitucionalmente consagrados (art 245 CN). Sin embargo, los particulares también pueden realizar actos que afecten derechos constitucionales de las personas como si se tratase de autoridades en sentido formal, pues existen casos en que, si bien la decisión de un particular escapa del concepto tradicional de acto de autoridad, puede producir una limitación definitiva y unilateral de derechos fundamentales de un tercero.

Se advierte, entonces, que ante la vulneración de derechos fundamentales, tanto por aquellos que tenían la calidad de funcionarios públicos, como por los particulares armados que en una situación de predominio respecto de la población

civil restringieron, afectaron o, incluso, anularon el efectivo ejercicio de los derechos a terceros, es necesario el resarcimiento o reparación de los daños que dichas actuaciones y omisiones provocaron en las víctimas. Tal reparación también debe cumplir una función preventiva y de combate a la impunidad, lo que va más allá del resarcimiento de las consecuencias que tuvo el hecho ilícito generado por los agresores y la imposición de penas y sanciones.

De tal manera que debe garantizarse una *reparación integral* a las víctimas de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad cometidos por ambas partes, reparación que *conlleva*: (i) *el restablecimiento o restitución de los derechos conculcados*; (ii) *el resarcimiento*; (iii) *la compensación de los daños ocasionados*; (iv) *la indemnización de daños y perjuicios*; (v) *la rehabilitación y readaptación de la víctima*; (vi) *la satisfacción y reivindicación de las víctimas*; (vii) *las garantías de no repetición*; y (viii) *el conocimiento público de la verdad*, entre otras formas de reparación.

2.4. Responsabilidad del Estado salvadoreño

Los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico y su protección y tutela efectiva son una responsabilidad ineludible del Estado salvadoreño, incluso en situaciones de conflicto armado interno. Por lo tanto, las víctimas de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH –cometidos por ambas partes en el conflicto armado– tienen derecho de acceso a la justicia y a gozar de tutela judicial; a que se investiguen, esclarezcan y sancionen tales crímenes; a que se conozca la verdad sobre lo sucedido; y a obtener reparación integral por los daños materiales y morales sufridos. El Estado salvadoreño, en consecuencia, está obligado en toda circunstancia a brindar protección, respeto y garantía a la persona humana y a sus derechos fundamentales (arts. 1 y 2 CN).

Por lo tanto, las obligaciones que emanan del orden constitucional e internacional en materia de derechos fundamentales son incompatibles con la adopción de medidas legislativas –como las amnistías absolutas, irrestrictas e incondicionales– tendentes a anular la justicia y la reparación a las víctimas, ocultar la verdad y favorecer la impunidad, ya que se trata de crímenes y violaciones de derechos fundamentales de carácter inderogable, cuya responsabilidad no puede disculparse con el pretexto de que el juzgamiento de tales crímenes entorpecería el logro de la paz en el país.

2.5. Aparato organizado de poder

En los casos contenidos en el informe de la Comisión de la Verdad, no nos encontramos frente a comportamientos individuales y aislados, sino ante la existencia de estructuras de carácter militar, paramilitar e insurgente que desencadenaron graves violaciones a los derechos fundamentales de la población, que contaban con una cúpula de la cual emanaban esas órdenes y que ejercían control de las actividades de los subordinados. Siendo así, y atento a la gravedad de los delitos en cuestión, ellos no pueden considerarse sujetos a la amnistía.

2.6. *Autoría mediata*

El Código Penal establece la posibilidad de imputar hechos causados por ejecutores directos a quienes ejercen un dominio de voluntad sobre ellos, como ha acontecido contra dirigentes, superiores, cabecillas o líderes, sin que ello determine la no responsabilidad penal de los mandos subordinados que ejecutaron materialmente las acciones delictivas. Ello así, pues esta clase de delitos no pueden analizarse desde un criterio netamente individual, sino que estamos en presencia de fenómenos colectivos o de violaciones masivas al DIDH y al DIH, en los que el organizador intelectual tiene a su disposición una “maquinaria” personal con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a una decisión autónoma del actor directo, quien simplemente presta una disposición –dolosa– de cumplir tal cometido.

2.7. *Análisis de la constitucionalidad de la Ley de Amnistía de 1993*

2.7.1. La Ley de Amnistía de 1993 formula el alcance de la amnistía de manera “amplia, absoluta e incondicional” e incluye los hechos a que se refiere el art. 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992 (graves hechos de violencia ocurridos desde el 1° de enero de 1980). De acuerdo con el alcance de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, esta Sala considera que dicha extensión objetiva y subjetiva de la amnistía es contraria al derecho de protección jurisdiccional y no jurisdiccional (arts. 2, inc. 1°, y 144, inc. 2° CN, en relación con los arts. 1.1 y 2 CADH, 2.2 PIDCP y 4 del Protocolo II), porque impide el cumplimiento de las obligaciones estatales de prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción y reparación de las graves violaciones a los derechos fundamentales.

Asimismo, al comprender dentro de la amnistía la extinción “en todo caso [de] la responsabilidad civil”, contradice el derecho a la indemnización por daño moral –art. 2, inc. 3° CN–, porque obstaculiza e impide precisamente una forma de reparación o remedio que la CN y el DIDH invocado sí garantizan en los casos de graves violaciones a los derechos fundamentales.

De igual forma, se desconoce a las víctimas de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, sucedidas en el contexto del conflicto armado, el derecho a la reparación integral reconocido en el DIDH y desarrollado por la jurisprudencia constitucional e internacional a que se ha hecho referencia en esta sentencia.

En consecuencia, los arts. 1 y 4, letra e) de la Ley de Amnistía de 1993 deben declararse parcialmente inconstitucionales, en cuanto al contenido normativo de la expresión: “amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos”, contenida en el art. 1 de la Ley de Amnistía de 1993; y de la cláusula: “extingue en todo caso la responsabilidad civil”, contenida en el art. 4, letra e) de la Ley de Amnistía de 1993.

A partir de esta sentencia, las expresiones invalidadas por ser inconstitucionales serán expulsadas del ordenamiento jurídico salvadoreño y no podrán ser aplicadas por

ninguna autoridad administrativa o judicial, ni ser invocadas a su favor por ningún particular o servidor público, ni continuar produciendo efectos en diligencias, procedimientos, procesos o actuaciones relativos a hechos que constituyan graves y sistemáticas violaciones del DIDH y del DIH cometidas durante el conflicto armado de El Salvador por ambas partes. Tampoco podrá invocarse el tiempo de vigencia de tales disposiciones como pretexto para entorpecer, demorar o negar el ejercicio efectivo e inmediato de los derechos reconocidos en favor de las víctimas por las normas constitucionales e internacionales analizadas en esta sentencia.

2.7.2. En el presente caso, se ha determinado que es inconstitucional la parte final del art. 1 de la Ley de Amnistía de 1993, que incluye dentro del alcance objetivo y subjetivo de la amnistía los hechos referidos en el art. 6 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992. Ahora bien, ese mismo contenido inconstitucional se repite en el art. 6 de la Ley de Amnistía de 1993. La derogatoria del art. 6, inc. 1 de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, contenida en el art. 6 de la Ley de Amnistía de 1993, cumple la misma función normativa que la parte final del art. 1 de la citada Ley de Amnistía de 1993, es decir, la función de expandir o extender el campo de aplicación de la amnistía de manera irrestricta, hasta incluir casos o hechos que nunca debieron ser beneficiados con esa medida por constituir supuestos de graves y sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales y crímenes internacionales de carácter imprescriptible.

Por esta razón, también deberá declararse su inconstitucionalidad por conexión, únicamente en lo relacionado a la derogatoria del art. 6, inc. 1° de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, ya que el contenido del art. 6 de la Ley de Amnistía de 1993 prácticamente coincide o repite el contenido inconstitucional de la parte final del art. 1 de la Ley de Amnistía de 1993.

Como efecto de esta decisión, el citado art. 6, inc. 1° de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992 recobrará su vigencia, en cuanto a excluir del ámbito de aplicación de la amnistía los hechos y las personas investigados en el Informe de la Comisión de la Verdad.

Así, al declararse la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 4 de la Ley de Amnistía de 1993, y al disponer la reviviscencia de la Ley de Reconciliación Nacional de 1992, esta Sala considera que las disposiciones restantes de la ley impugnada pierden igualmente su sentido, por desaparecer su objeto. Por ello, los arts. 2, 3, 4, 5 y 7 de dicha ley también serán declarados inconstitucionales por conexión.

2.7.3. Con relación a la contradicción alegada entre los arts. 1 y 2 de la Ley de Amnistía de 1993, y los arts. 12 y 131, ord. 26 CN, la pretensión debe ser desestimada. Ello así, pues la amnistía es una medida jurídica que no solo extingue la responsabilidad penal judicialmente declarada mediante una condena, sino también la acción penal en curso o incluso la que esté pendiente de ejercicio, impidiendo que una persona sea sometida a proceso. Los demandantes basan su argumento en una idea de amnistía que prácticamente la confundiría con el indulto, al exigir una condena penal previa e individualizada para que la medida tenga lugar. Mientras que el indulto y la conmutación de la pena están determinados por circunstancias

individuales o personales de los beneficiados, la amnistía se decide principalmente por el tipo de hechos que se eligen como supuestos para su aplicación.

2.8. Otros efectos de esta sentencia

2.8.1. Dado que la amnistía está reconocida por la CN y por el DIH, y constituye un instrumento útil y necesario para la paz y la reconciliación nacional para garantizar la seguridad jurídica de las personas que de conformidad con la Constitución pueden ser comprendidas por *la Ley de Amnistía de 1993*, debe entenderse que sigue siendo aplicable y debe continuar favoreciendo únicamente a quienes no hayan participado en hechos que constituyan crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, cometidos por ambas partes bajo el amparo de un aparato organizado de poder, sin que ello signifique la no responsabilidad penal del ejecutor –como autor directo o coautor– ni tampoco de aquellos que dieron las órdenes –como autores mediatos–. Esto deberá ser individualizado en los supuestos particulares por las autoridades administrativas encargadas de la investigación y por las autoridades judiciales competentes; pero en ningún caso podrá tomarse en consideración dentro del respectivo proceso penal los arts. 1 y 4, letra e) de la Ley de Amnistía de 1993, que por esta sentencia se declaran inconstitucionales y como consecuencia se expulsan del ordenamiento jurídico salvadoreño de manera general y obligatoria.

2.8.2. Se advierte necesaria una regulación complementaria para una genuina transición democrática hacia la paz, que respete la dignidad humana y los derechos fundamentales de las víctimas, en especial, los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial, el derecho a la reparación integral, el derecho a la verdad y la garantía de no repetición de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH, debiéndose garantizar el derecho al debido proceso de las personas investigadas y enjuiciadas por los hechos cometidos durante el conflicto armado y que no pueden gozar de la amnistía conforme a los parámetros dictados en la presente sentencia. Por ello, la Asamblea Legislativa deberá regular los medios para garantizar el acceso a la información pública sobre los hechos; disponer de los recursos para dar respuesta a las exigencias de las víctimas y sus familiares y de la sociedad salvadoreña; y considerar las medidas de reparación integral a las víctimas para garantizar su satisfacción, compensación y reivindicación, así como las medidas de no repetición de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ello no impide que el juzgador –en cada caso concreto– adopte en sus resoluciones aquellas medidas de reparación que considere pertinentes en orden a garantizar los derechos fundamentales de las víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH.

2.8.3. En la admisión de la primera de las demandas de este proceso, se aclaró que esta Sala no podía pronunciarse sobre la nulidad de los actos normativos que son objeto de impugnación, pues ello conduciría a emitir pronunciamientos con efectos declarativos, lo que es incompatible con la naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad, pues el resultado estimatorio de una sentencia, dictada

en un proceso de contraste normativo, se circunscribe a la constatación de la disconformidad de la disposición impugnada con la CN y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico desde tal declaratoria. Sin embargo, tomando en cuenta el carácter irrestricto y absoluto de los términos y efectos en que fue formulada la Ley de Amnistía de 1993, es innegable que su vigencia ha constituido un obstáculo procesal para la investigación, el juzgamiento, la condena o la ejecución de la pena de los responsables de los hechos que la CN y el derecho internacional prohíbe amnistiar, es decir, hechos que configuran crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH. La vigencia de la Ley de Amnistía de 1993 hasta la fecha de notificación de esta sentencia es incompatible con el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal, de la pena o de los procedimientos que corresponden o corresponderían a tales hechos, y que pudieran invocarse para impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción o el cumplimiento de esta en los casos en que haya sido determinada. Por lo tanto, no podrá invocarse el tiempo de vigencia de tales disposiciones como pretexto para entorpecer, demorar o negar el ejercicio efectivo e inmediato de los derechos reconocidos en las normas constitucionales e internacionales analizadas en esta sentencia.

2.9. Vigencia de la persecución penal

Para garantizar la eficacia de esta sentencia, es indispensable aclarar el efecto que podría tener el transcurso del tiempo, desde la comisión de los hechos respectivos, sobre la no prescripción de las potestades estatales de persecución penal (*ius puniendi*).

Los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH se caracterizan por su especial connotación que trasciende el sufrimiento de las víctimas particulares de cada hecho y afectan la condición esencial de *todos los seres humanos*, es decir, su dignidad. En vista de que la dignidad humana es la base fundamental de la obligación de los Estados por integrar una comunidad internacional pacífica y civilizada, la represión legal *efectiva* de esos delitos forma parte de los intereses comunes esenciales del orden jurídico nacional e internacional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en diversas resoluciones ha exhortado a los Estados que no han suscripto ni ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (como es el caso de El Salvador) a que se abstengan de cualquier acto que esté en contradicción con los objetivos fundamentales de esa Convención. Asimismo, su Resolución 3074 (Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad) prevé la investigación, enjuiciamiento y castigo de esos hechos, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido. Así, se ha considerado que “el efectivo castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para combatir y prevenir crímenes semejantes, proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, fomentar la confianza, contribuir a la cooperación entre los pueblos, así como a la

paz y a la seguridad internacional”, y que “la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de la ONU, así como a las normas del derecho internacional universalmente reconocidas”. El Salvador es un Estado miembro de las Naciones Unidas desde el 24 de octubre de 1945, por lo que, conforme al mencionado principio de buena fe, está obligado a cumplir las obligaciones contraídas al interior de la ONU.

Como consecuencia de la obligación internacional de asegurar la represión legal efectiva de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, la imprescriptibilidad de dichos delitos se afirma como expresión de un reconocimiento común y consuetudinario de los Estados, elevado a la categoría de principio imperativo de Derecho Internacional (*ius cogens*), general y obligatorio, independientemente de su incorporación en convenciones específicas o en el derecho interno, es decir, sin necesidad de un vínculo específico, derivado de un tratado internacional determinado. Además, es importante resaltar que el Protocolo II estableció prohibiciones “en todo tiempo y lugar” relativas al trato humano y a las garantías fundamentales que deben observarse en los conflictos armados internos o conflictos sin carácter internacional.

Asimismo, puede afirmarse que la aplicabilidad de los plazos de prescripción respecto a los delitos exceptuados del alcance de la amnistía únicamente podría tener lugar durante el tiempo en que haya existido una efectiva posibilidad de investigación, procesamiento, persecución o enjuiciamiento de tales delitos. Es decir que *esos hechos tampoco podrían prescribir mientras existan impedimentos objetivos –de facto o de derecho– que constituyan para las víctimas una imposibilidad de acceso a la justicia y obtener protección jurisdiccional*. Durante los años 1980 a 1992, el país vivió un conflicto armado interno durante el cual se cometieron crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH por ambas partes, tiempo en el cual la situación de violencia afectó el funcionamiento real de las instituciones encargadas de otorgar protección jurisdiccional y no jurisdiccional a las víctimas de esos delitos, hasta el punto que el ejercicio de sus derechos representaba un riesgo para su vida e integridad personal y la de los funcionarios que se mostraran receptivos a sus demandas de justicia. Dado ese contexto de profunda debilidad e inoperancia del sistema de justicia (constatado por la Comisión de la Verdad en su Informe y por la CIDH), no puede considerarse que las víctimas de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH hayan tenido una oportunidad real de ejercer, promover o requerir acciones penales por los delitos que les afectaron.

Finalmente, tomando en cuenta el carácter irrestricto y absoluto de los términos y efectos en que fue formulada la Ley de Amnistía de 1993, es innegable que su vigencia, junto con otros criterios, ha constituido uno de los obstáculos procesales para la investigación, el juzgamiento, la condena o la ejecución de la pena de los responsables de los hechos que la Constitución y el derecho internacional prohíbe amnistiar. En consecuencia, a los hechos prohibidos por el art. 4 del Protocolo II no puede aplicárseles el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal, de la pena o de los procedimientos que corresponden o corresponderían a tales hechos, y que pudieran invocarse para impedir la investigación, enjuiciamiento y sanción o el

cumplimiento de la pena en los casos en que hubiere sido determinada. Igual criterio debe aplicarse respecto a la prescripción de las acciones civiles correspondientes.

Los efectos de la presente sentencia con relación a las personas que sean o resultaren responsables de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH se aplicarán a dichas personas, independientemente de si se trata de miembros o ex-integrantes de los órganos estatales, civiles, policiales o militares; de las estructuras paramilitares que operaban en el marco del conflicto bélico; o miembros de grupos guerrilleros que combatieron durante ese conflicto, incluidos los terceros, apoyados, instigados o tolerados por ambas partes.

2.10. *Casos excluidos de la amnistía*

Esta Sala considera necesario establecer que, para los efectos de esta sentencia, se entenderá que los hechos que quedan excluidos de la amnistía son los atribuidos a ambas partes que puedan ser calificados como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constitutivos de graves violaciones al DIH. Las partes en el conflicto aceptaron como excluidos de la amnistía “los graves hechos de violencia ocurridos desde el 1° de enero de 1980, cuya huella sobre la sociedad, reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, independientemente del sector al que pertenecieren”. Por lo tanto, los hechos excluidos de la amnistía tras la finalización del conflicto armado son los casos contenidos en el Informe de la Comisión de la Verdad, así como aquellos otros de igual o mayor gravedad y trascendencia que pudieran ser imputados a ambas partes y que fueran objeto de investigación y enjuiciamiento por las autoridades competentes, todos los cuales, por los efectos de la presente sentencia y por la gravedad de los mismos, no han prescrito. Tampoco han prescrito, y por lo tanto no gozan de amnistía y están sujetos a investigación, juzgamiento y sanción, todos los hechos sucedidos desde el 1° de junio de 1989 hasta el 16 de enero de 1992 relativos a las personas –funcionarios públicos, civiles o militares– en los términos y condiciones que establece el art. 244 CN. En consecuencia, cobra vigencia plena la Ley de Reconciliación Nacional, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 147 del 23 de enero de 1992.

Nota de la Oficina: en disidencia, se pronunció el magistrado José Belarmino Jaime Flores. Considera que la Ley de Amnistía de 1993 no debe ser declarada inconstitucional por dos razones: de conveniencia nacional y de tipo jurídico. Sobre la primera, indica que es atribución de la Asamblea Legislativa conceder la amnistía, y que debe hacerlo sobre la base de las motivaciones sociales del momento y pensando en los intereses nacionales, no personales. Los delitos cometidos por ambas partes durante el conflicto armado eran y son merecedores de sanciones legales; sin embargo, se dispuso la amnistía con el objetivo de lograr una reconciliación nacional. Opina que declarar su inconstitucionalidad podría provocar desórdenes –y hasta el sometimiento a proceso penal de algunos actuales diputados que en tiempos de guerra hayan actuado en alguno de los bandos–, lo que, eventualmente, podría derivar en una situación de ingobernabilidad. Sobre la segunda, sostiene que la inconstitucionalidad implica: a) confundir los efectos –entre inconstitucionalidad y nulidad–; b) declarar la imprescriptibilidad de la acción penal, lo que viola principios constitucionales; c) hacer prevalecer tratados internacionales por sobre la CN, obviando deliberadamente reservas expresas conte-

nidas en los primeros; d) tratar inadecuadamente el derecho a la verdad y a la indemnización civil; e) abrir una puerta al doble juzgamiento, atento a que no respeta situaciones jurídicas consolidadas; f) recurrir a una figura –la reviviscencia–, sin una adecuada explicación. En consecuencia, considera que viola los arts. 246, 145 y 149 CN –principio de supremacía constitucional sobre la legislación secundaria, incluso los tratados internacionales–; el art. 21 CN –principio de irretroactividad de las leyes–; los arts. 2 y 17 –principio de seguridad jurídica y no apertura de causas fenecidas–, y el art. 11 –prohibición de doble juzgamiento–. Concluye que así como en materia penal el descubrimiento de la verdad real no puede conseguirse vulnerando garantías fundamentales, del mismo modo, en materia constitucional, el Máximo Tribunal no puede exceder su competencia ni dejar de lado otros preceptos constitucionales que también está obligado a garantizar. Por tal razón, aunque reconoce que existe la posibilidad de que las personas que cometieron violaciones a derechos fundamentales durante el conflicto armado no sean enjuiciadas penalmente en el país, admite que tal circunstancia es ajena a la actividad jurisdiccional de este Tribunal; por ende, tampoco es algo que este pueda controlar en un proceso de inconstitucionalidad. Así, en busca de la justicia material, la Sala de lo Constitucional no puede desnaturalizar el proceso de inconstitucionalidad, exceder su propia competencia, ni desconocer y ordenar que se inobserven garantías constitucionales previstas para todo proceso jurisdiccional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Sala de lo Constitucional, incs. 44/2013 y 145/2013, procesos constitucionales acumulados en los que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, sentencia del 13-7-2016, en <http://static.ow.ly/docs/Amnist%C3%ADa-Sentencia%20versi%C3%B3n%20final_51gl.pdf>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CONFLICTOS ARMADOS. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. INMUNIDAD SOBERANA. ACTOS *IURE IMPERII*. Oponibilidad en procesos por daños y perjuicios derivados de hechos ilícitos en el marco de un conflicto armado. TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: un gran número de personas demandó al Ministerio de Defensa y al Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Mancomunidad de Naciones (en adelante, “el Gobierno”) alegando haber sido ilegalmente detenidas o maltratadas por fuerzas del Reino Unido o de los Estados Unidos durante los conflictos armados en Irak y Afganistán. En vista de que las demandas contienen pretensiones fundadas en normas iraquíes o afganas que rigen la responsabilidad extracontractual, el Gobierno opuso, entre otras defensas, la doctrina de los actos *iure imperii*. Se planteó, entonces, como cuestión preliminar, determinar si esta doctrina resulta aplicable en estos casos, antes de la intervención de los tribunales inferiores.

El Gobierno alegó que ciertos actos políticos realizados por un Estado soberano no pueden ser juzgados por los tribunales ya que se trata de cuestiones políticas no justiciables, pero también que la invocación de los actos *iure imperii* constituye una defensa frente a una demanda de daños y perjuicios cuando

un extranjero demanda al Gobierno ante los tribunales británicos por actos gubernamentales realizados en el exterior con arreglo a la política del Reino Unido en la conducción de sus relaciones exteriores.

Los accionantes alegaron que la doctrina de los actos *iure imperii* constituye un estándar de no justiciabilidad de aplicación restrictiva, solo aplicable a determinados actos políticos propios de la conducción de las relaciones exteriores, no extensible a decisiones adoptadas en relación con la detención o traslado de individuos particulares.

La *High Court* resolvió que las pretensiones eran justiciables, pero declaró que la doctrina de los actos *iure imperii* era oponible en las demandas de daños y perjuicios.

La *Court of Appeal*, por su parte, hizo lugar a los recursos interpuestos por los demandantes. Resolvió que la mencionada doctrina constituía una defensa oponible en procesos en materia de responsabilidad civil así como un estándar de no justiciabilidad, pero solo aplicable si el Gobierno lograba demostrar que existían razones imperiosas de política pública para rehusarse a aplicar el derecho extranjero relativo a la responsabilidad extracontractual. El Gobierno no cumplió con esta carga probatoria en el caso de Mohammed, que es el único en el cual, hasta el momento, se han alegado hechos y ofrecido pruebas.

2. Sentencia: se hace lugar, por unanimidad, a los recursos promovidos por el Gobierno, y se resuelve que, en la medida en que las demandas por daños y perjuicios aquí en cuestión están fundadas en actos de naturaleza inherentemente gubernamental relativos a la conducción de operaciones militares de la Corona en el extranjero, estos actos constituían actos *iure imperii*. Por esta razón, el Gobierno no puede ser declarado responsable por los daños y perjuicios por ellos producidos.

Un acto *iure imperii* es un acto para el cual la Corona tiene una prerrogativa política en materia de conducción de sus relaciones exteriores realizado en el marco de sus relaciones con otro país o con los ciudadanos de este. El principio de que frente a demandas fundadas en actos ilícitos cometidos por funcionarios estatales, no es oponible generalmente como defensa la existencia de una necesidad del Estado ha regido desde el siglo XVIII. Los primeros casos, sin embargo, revelaron que existía una excepción que amparaba los actos cometidos en el exterior contra un extranjero que habían sido autorizados o ratificados por la Corona. También se vislumbraba que esta doctrina incluía dos estándares: uno, la no justiciabilidad de actos de la Corona que gozaban de ciertas prerrogativas en materia de conducción de sus relaciones exteriores, y otro, que acordaba al Gobierno o a sus funcionarios una defensa frente a demandas fundadas en actos del Estado cometidos en el extranjero. No hay razón para dudar de la existencia del primer estándar, pero la cuestión planteada a esta Corte consiste en si, como alega el Gobierno, la doctrina también constituye una defensa frente a una cuestión que, a otros efectos, es justiciable.

Si se limitara la doctrina a un estándar de no justiciabilidad, sería necesario adoptar un concepto más amplio de no justiciabilidad que abarcara aspectos vinculados con la conducción de operaciones militares en el extranjero, así como la decisión de carácter altamente político de llevarlas a cabo. Los tribunales pueden

necesitar ponderar pruebas y establecer los hechos a los fines de determinar si los actos en cuestión están comprendidos en esta categoría. Sin embargo, la doctrina debe quedar estrictamente limitada a los actos que constituyen un supuesto de ejercicio de poder soberano, de naturaleza inherentemente gubernamental, cometidos en el extranjero, previa autorización o con posterior ratificación de la Corona, en el marco de la conducción de sus relaciones exteriores. Los actos de esta categoría deben estar tan estrechamente vinculados con esa política de gobierno como para resultar necesarios para su consecución. Ello abarca, al menos, la conducción de operaciones militares que son lícitas en el derecho internacional. El Gobierno reconoce que esta doctrina no resulta aplicable a actos de tortura o de maltrato a detenidos.

En cuanto a los actos alegados en el presente caso, la detención de los accionantes por parte de las fuerzas de la Corona y su traslado fuera de la custodia británica fueron medidas adoptadas conforme a una política formulada deliberadamente contra personas sospechadas, con fundamentos razonables, de ser insurgentes en el contexto y consecución de operaciones militares en el extranjero en el marco de un conflicto armado y, por lo tanto, constituyeron actos *iure imperii*, por los cuales el Gobierno no puede ser declarado responsable en procesos promovidos por daños y perjuicios fundados en el *common law*.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Rahmatullah (No. 2) v. Ministry of Defence and another; Mohammed and others v. Ministry of Defence and another*, sentencia del 17-01-2017, en <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0002-judgment.pdf>>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. EXTRANJEROS. EXPULSIÓN COLECTIVA DE EXTRANJEROS. **INMIGRANTES.** INMIGRANTES ILEGALES. REPATRIACIÓN. **DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.** DETENCIONES ARBITRARIAS. **DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. PLAZO RAZONABLE (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ITALIA).

1. Antecedentes del caso: en septiembre de 2011, tres ciudadanos tunecinos, Saber Ben Mohamed Ben Ali Khlaifia, Fakhreddine Ben Brahim Ben Mustapha Tabal y Mohamed Ben Habib Ben Jaber Sfar, dejaron su país junto a otros connacionales rumbo a las costas italianas a bordo de una barcaza precaria. Después de algunas horas en alta mar, fueron interceptados por los guardacostas italianos, quienes los acompañaron hasta la isla de Lampedusa. Allí fueron trasladados al *Centro di Soccorso e Prima Accoglienza* (CSPA), situado en Contrada Imbriacola, donde recibieron los primeros auxilios y las autoridades procedieron a su identificación. Fueron alojados en un sector reservado a los tunecinos adultos. Según los tres inmigrantes, el lugar estaba sucio, tenían que comer afuera sentados en el piso, estuvieron hacinados y fueron obligados a dormir en el suelo debido a la escasez de camas y a la mala calidad de los colchones. Por otra parte, afirmaron que estaban permanentemente vigilados por la policía, y que resultaba imposible tener contacto con el exterior.

Los tres tunecinos permanecieron en ese lugar hasta el 20 de septiembre, cuando se desencadenó una fuerte revuelta entre todos los inmigrantes. Las instalaciones fueron destruidas por el fuego y los tres tunecinos fueron trasladados a un complejo deportivo en Lampedusa para pernoctar. En la madrugada del día siguiente, junto a otros inmigrantes, lograron eludir la vigilancia policial y caminar hasta el centro de Lampedusa. Desde allí, con otros mil ochocientos inmigrantes, comenzaron a manifestarse por las calles de la isla. Tras ser detenidos por la policía, los tres tunecinos fueron llevados, primero, al CSPA y posteriormente al aeropuerto de Lampedusa para ser embarcados hacia Palermo. Estuvieron algunos días en dos barcos amarrados en el puerto de esa ciudad. Uno de ellos fue llevado al buque *Vincent* con otras 190 personas, mientras que los otros dos fueron llevados al *Audace* junto a otras 150 personas. Khlaifia, Tabal y Sfar alegaron que fueron confinados a las áreas del restaurant y que nunca pudieron acceder a las cabinas, que debían dormir en el piso y esperar horas para utilizar los baños, y que solo podían salir a cubierta dos veces por día durante unos pocos minutos. Afirmaron también que fueron objeto de insultos y malos tratos por parte de la policía que los vigilaba, y que nunca recibieron información de las autoridades.

A fines de septiembre, fueron llevados al aeropuerto de Palermo para ser trasladados a Túnez. Antes de embarcar, fueron recibidos por el Cónsul de Túnez, quien –según afirman– solo procedió a registrar su identidad de conformidad con el acuerdo celebrado entre Italia y Túnez en abril de ese año. Manifestaron también que durante su estadía en Italia no recibieron documento alguno.

El gobierno italiano emitió órdenes escritas en italiano con traducción al árabe denegando el ingreso a los tres inmigrantes tunecinos, acompañadas por un documento donde constaba que los tres inmigrantes se habían negado a firmar o a recibir una copia. Al llegar al aeropuerto de Túnez, Khlaifia, Tabal y Sfar fueron liberados.

Algunas asociaciones contra el racismo presentaron un reclamo por los malos tratos que habían sufrido los inmigrantes durante su permanencia en los barcos en el puerto de Palermo. Asimismo, se promovieron acciones penales contra personas desconocidas por abuso de poder y detención ilegal. Sin embargo, el 1° de julio de 2012, el juez de instrucción preliminar de Palermo desestimó todas las acusaciones.

Khlaifia, Tabal y Sfar presentaron, entonces, un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos invocando una violación de los arts. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad), 5.2 (derecho a ser informado en el plazo más breve posible de los motivos de su privación de la libertad), 5.4 (derecho a una rápida decisión sobre la legalidad de su detención), 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 4 del Protocolo n° 4 (prohibición de expulsión colectiva de extranjeros), y 13 (derecho a un recurso efectivo), considerado en conjunción con los arts. 3 y 5 y con el art. 4 del Protocolo n° 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

El 1° de septiembre de 2015, una Sala de la Segunda Sección de la Corte Europea de Derechos Humanos decidió por unanimidad que había habido una violación de los arts. 5.1, 5.2 y 5.4 de la Convención, no así del art. 3 en relación con las condiciones en que los inmigrantes habían estado a bordo del *Vincent* y del *Audace*. Por cinco votos contra dos, la Sala declaró que sí había habido una violación

del art. 3 en relación con las condiciones en que los inmigrantes habían sido reclusos en el CSPA, y de los arts. 4 del Protocolo n° 4 y 13, considerado en conjunción con el art. 3 y con el art. 4 del Protocolo n° 4.

En diciembre del mismo año, el gobierno italiano solicitó que el caso fuera remitido a la Gran Sala de la Corte Europea, y el 1° de febrero de 2016 esta accedió a la solicitud.

Cuatro asociaciones presentaron sus comentarios por escrito: la *Coordination Française pour le droit d'asile*, el *Centre for Legal Rights and Pluralism* de la Universidad McGill, el Centro AIRE (*Advice on Individual Rights in Europe*), y el Consejo Europeo para los Refugiados y los Exiliados.

2. Sentencia: se declara por unanimidad que ha habido una violación de los arts. 5.1, 5.2, 5.4 y 13 considerado en conjunción con el art. 3 de la Convención, pero que no ha habido una violación del art. 3. Asimismo, se declara por 16 votos contra 1 que no ha habido una violación del art. 4 del Protocolo n° 4 ni del art. 13 considerado en conjunción con este. Por 15 votos contra 2, se condena a Italia a pagar a cada recurrente el monto de € 2.500 en concepto de daño moral y, por unanimidad, a pagar € 15.000 a los recurrentes en conjunto, en concepto de costas y gastos.

Art. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad)

Toda vez que el art. 14 del Decreto Legislativo italiano n° 286/1998 no constituyó la base legal de la privación de la libertad de los recurrentes en razón de que los inmigrantes habían sido reclusos en un CSPA y no en un Centro de Identificación y Expulsión (CIE), como prevé dicho decreto, el fundamento jurídico del gobierno italiano para ordenar la permanencia de los recurrentes en Lampedusa fue el acuerdo bilateral de 2011 entre Italia y Túnez. Sin embargo, el texto completo de dicho acuerdo no se hizo público, razón por la cual no estuvo al alcance de los recurrentes, quienes, en consecuencia, no pudieron prever las consecuencias de su aplicación. Por ello, cabe inferir que la escasa información disponible respecto de los acuerdos celebrados en diferentes momentos entre Italia y Túnez no pudo constituir un fundamento jurídico claro y previsible de la detención de los recurrentes. Esta circunstancia fue confirmada por un informe de la Comisión Especial de Derechos Humanos del Senado italiano, según el cual, a menudo, la permanencia de un inmigrante en el CSPA de Lampedusa se extiende por más de veinte días sin que medie una decisión judicial formal con respecto al estatus de la persona detenida. Por su parte, el subcomité *ad hoc* de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa creado con el fin de tratar la llegada masiva de inmigrantes ilegales, solicitantes de asilo y refugiados a las costas del sur de Europa recomendó expresamente que las autoridades italianas deberían definir con claridad el fundamento jurídico de las detenciones *de facto* en los CSPA de Lampedusa.

Lo cierto es que las personas reclusas en un CSPA no gozan de los beneficios de ser ubicado en un CIE, donde las decisiones en materia de detención de inmigrantes de carácter administrativo están sujetas a control judicial y deben ser validadas por un

juez de paz. El juez de instrucción preliminar de Palermo determinó que la autoridad policial solo había registrado la presencia de los inmigrantes en el CSPA sin dictar una orden que dispusiera su ubicación y que lo mismo había sucedido con respecto a su traslado a los barcos. En consecuencia, los recurrentes no solo fueron privados de su libertad sin un fundamento jurídico claro y accesible, sino que también fueron privados de gozar de las garantías fundamentales del *habeas corpus*, de conformidad, por ejemplo, con el art. 13 de la Constitución italiana.

Toda vez que la detención de los recurrentes no fue aprobada por decisión judicial o administrativa alguna, cabe determinar que fueron privados de gozar dichas garantías. La privación de su libertad, en consecuencia, no respetó el principio general de seguridad jurídica y resulta incompatible con el objetivo de proteger al individuo frente a las arbitrariedades.

Art. 5.2 (derecho a ser informado en el plazo más breve posible de los motivos de la detención)

Dado que la detención de los recurrentes no tuvo un fundamento jurídico claro y accesible, no se comprende de qué forma las autoridades les habrían podido informar las razones legales de la privación de su libertad o brindarles suficiente información que les permitiera impugnarlas judicialmente.

Las órdenes de denegación de entrada a los recurrentes no contenían referencias a su detención ni a los motivos legales y fácticos de dicha medida. Aparentemente, además les fueron notificadas tardíamente. En consecuencia, la condición de información “en el plazo más breve posible” no se ha cumplido. Ha habido, por ello, una violación del art. 5.2.

Art. 5.4 (derecho a un recurso judicial efectivo a fin de obtener un pronunciamiento sobre la legalidad de la detención)

Toda vez que los recurrentes no fueron notificados de los motivos por los que habían sido privados de su libertad tanto en el CSPA como a bordo de los barcos en Palermo, se infiere que el ordenamiento jurídico italiano no les brindó un recurso para obtener una sentencia judicial sobre la legalidad de su privación de la libertad. Ha habido, pues, una violación del art. 5.4.

Art. 3 (prohibición de la tortura)

Con respecto a las condiciones en que los recurrentes permanecieron detenidos en el CSPA, es preciso señalar que dicho centro no es apto para estadías de varios días. Más allá de eso, dos días después del arribo de los recurrentes, se desató una revuelta entre los inmigrantes y el centro fue devorado por las llamas. No cabe presumir que las autoridades italianas se hayan comportado en modo ineficiente o negligente.

Los recurrentes no reclamaron haber sido deliberadamente maltratados por las autoridades del CSPA ni que la comida o el agua fueran insuficientes. El tipo de trato que ellos objetaron no excedió el nivel de gravedad requerido para que quede encuadrado en el marco del art. 3 de la Convención. En consecuencia, las condiciones

en las que permanecieron en el CSPA de Lampedusa no llegan a constituir tratos inhumanos o degradantes.

En lo referente a las condiciones en las que permanecieron en los barcos, las alegaciones de los recurrentes no están basadas en ningún elemento objetivo, sino solo en su propio testimonio.

Cuando las alegaciones de malos tratos resultan discutibles y están basadas en pruebas que pueden ser corroboradas, la carga de la prueba recae sobre el Gobierno, pero en el presente caso dichas pruebas no existen. Por ello, las condiciones en que permanecieron los recurrentes en los barcos *Vincent y Audace* no constituyen tratos inhumanos o degradantes.

Art. 4 del Protocolo n° 4 (prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros)

La circunstancia de que un gran número de extranjeros haya estado sujeto a decisiones similares no implica necesariamente que haya existido una expulsión colectiva, siempre que las personas en cuestión hayan tenido la oportunidad de presentar individualmente argumentos contra su expulsión ante las autoridades competentes.

Los recurrentes no negaron haber sido identificados en dos oportunidades, a saber, por parte de los funcionarios italianos y por el Cónsul tunecino.

Con respecto a las condiciones de la primera identificación en el CSPA, el Gobierno alegó que consistió en una entrevista individual realizada junto a un intérprete o mediador cultural, después de la cual las autoridades llenaron una “ficha informativa” con los datos personales y las circunstancias específicas de cada inmigrante.

El Gobierno brindó una explicación plausible para justificar su imposibilidad de presentar las fichas informativas de los recurrentes. En efecto, alegó que dicha documentación había sido destruida durante el incendio en el CSPA. Por otra parte, los recurrentes no negaron la afirmación del Gobierno de que noventa y nueve “operadores sociales”, tres trabajadores sociales, tres psicólogos y ocho intérpretes y mediadores culturales trabajaran en el CSPA. De ello se infiere que la intervención de dichas personas facilitó la comunicación y el mutuo entendimiento entre los inmigrantes y las autoridades italianas.

Los recurrentes tuvieron la oportunidad, tanto en el CSPA como en los barcos, de notificar a las autoridades italianas las razones por las que deseaban permanecer en Italia o por las que no debían ser repatriados. En efecto, setenta y dos inmigrantes que se encontraban en el CSPA en el momento de la revuelta manifestaron su voluntad de pedir asilo. Con ello, impidieron su repatriación y fueron trasladados a otros centros de acogida. Por ello, no hay motivos para suponer que las autoridades italianas habrían negado una respuesta a la presentación de legítimos impedimentos para la repatriación de los tres tunecinos.

El art. 4 del Protocolo n° 4 no garantiza el derecho a una entrevista individual en todas las circunstancias. Se cumple con las exigencias de la disposición cuando cada extranjero tiene la posibilidad de argumentar en contra de su expulsión y cuando dichos argumentos han sido examinados por las autoridades del Estado demandado.

Los recurrentes permanecieron en Italia alrededor de doce días y, durante ese lapso de tiempo, tuvieron la posibilidad de solicitar la atención de las autoridades italianas en relación con cualquier circunstancia relativa a su situación que les permitiera permanecer en Italia. Además, la identificación realizada por el Cónsul confirmó la nacionalidad de los inmigrantes y les dio la última oportunidad para presentar objeciones a su expulsión.

En lo que respecta al carácter simple y estándar de las órdenes de denegación de entrada, lo cierto es que los recurrentes no tenían ningún documento de viaje válido, y tampoco manifestaron temor alguno a ser sometidos a malos tratos en caso de tener que retornar a su país ni que existieran impedimentos legales para su expulsión. Las órdenes, en efecto, resultan legítimas en razón de la nacionalidad de los recurrentes, de la constatación de que habían cruzado la frontera italiana ilegalmente y por la inexistencia de cualquiera de las situaciones previstas en el Decreto Legislativo n° 286/1998. En consecuencia, la repatriación de los tres inmigrantes no constituye una “expulsión colectiva”. Toda vez que los inmigrantes fueron identificados en dos oportunidades y su nacionalidad fue determinada, les fue concedida la posibilidad efectiva de presentar argumentos en contra de su expulsión.

Art. 13 (derecho a un recurso efectivo) considerado en conjunción con el art. 3

Dado que el Gobierno no acordó a los inmigrantes recurso alguno para denunciar las condiciones en las que se encontraban en el CSPA o en los barcos, ha habido una violación del art. 13 considerado en conjunción con el art. 3 de la Convención.

Art. 13 considerado en conjunción con el art. 4 del Protocolo n° 4

Es preciso señalar que las órdenes de denegación de entrada indicaban expresamente que las personas en cuestión tenían derecho a recurrir ante el juez de paz de Agrigento. En ese contexto, el juez tenía la posibilidad de examinar cualquier denuncia relativa a la falta de evaluación de la situación personal del inmigrante y, por ende, del carácter “colectivo” de la expulsión. Sin embargo, ese tipo de recurso no habría suspendido la ejecución de las órdenes de denegación de entrada.

Cuando un recurrente no alega la eventualidad de tener que enfrentarse con situaciones violatorias de los arts. 2 o 3 de la Convención en el país de destino, la expulsión del territorio del país demandado no lo expone a un perjuicio de carácter potencialmente irreversible. En efecto, no existe ese riesgo si, por ejemplo, alega que la expulsión puede vulnerar su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Consideraciones similares también son aplicables cuando un recurrente alega que la expulsión ha sido “colectiva”, pero no denuncia que la misma lo expone al riesgo de un perjuicio irreversible, violatorio de los arts. 2 o 3 de la Convención.

La Convención, en efecto, no impone al Estado una obligación absoluta de garantizar automáticamente un recurso de carácter plenamente suspensivo, sino que exige solamente acordar a la persona en cuestión la posibilidad efectiva de impugnar la decisión de expulsión mediante un examen suficientemente cabal de su denuncia por parte de un tribunal nacional independiente e imparcial. En el caso en cuestión,

el juez de paz de Agrigento cumplió con esos requisitos. La circunstancia de que el recurso contra una decisión de expulsión carezca de efecto suspensivo no constituye *per se* una violación del art. 13 cuando el recurrente no ha alegado un riesgo real de que los derechos garantizados por los arts. 2 y 3 de la Convención sean vulnerados en el país de destino. Por ello, no ha habido una violación del art. 13 considerado en conjunción con el art. 4 del Protocolo n° 4.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso n° 16483/12, *Khlaifia and Others v. Italy*, sentencia del 15-12-2016, en <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageiso-code":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-170054"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.



DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. TRATADOS. TRATADOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL. SUPRANACIONALIDAD. COMPETENCIAS CONCURRENTES. ACTOS COMUNITARIOS *ULTRA VIRES*. RESTRICCIONES. SOBERANÍA. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL. **DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (HUNGRÍA).**

1. Antecedentes del caso: en diciembre de 2015, el Comisionado para los Derechos Fundamentales solicitó a la Corte Constitucional de Hungría que se expidiera en abstracto sobre la constitucionalidad de la Decisión del Consejo (UE) 2015/1601 del 22 de septiembre de 2015, formulando las siguientes cuestiones:

1. La prohibición de expulsión de Hungría establecida en el art. XIV (1) de la Ley Fundamental de Hungría (*“Los ciudadanos húngaros no serán expulsados del territorio de Hungría y podrán regresar a él en cualquier momento. Los extranjeros que permanezcan en territorio húngaro solo podrán ser expulsados en virtud de una decisión legal. Se prohíbe la expulsión colectiva”*) ¿solo prohíbe dicha acción a las autoridades húngaras o también prohíbe que estas promuevan la expulsión en otros Estados?

2. En virtud del art. E) (2) de la Ley Fundamental de Hungría (*“Con el fin de participar en la Unión Europea como Estado Miembro y con base en un tratado internacional, Hungría puede, en la medida necesaria para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que emanan de los Tratados Constitutivos, ejercer algunas de sus competencias dispuestas en la Ley Fundamental conjuntamente con otros Estados Miembros, a través de las instituciones de la Unión Europea*), ¿los organismos, entes e instituciones estatales están facultados u obligados a adoptar los actos jurídicos de la Unión Europea (UE) que entren en colisión con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución húngara? Si no lo estuvieran, ¿qué órgano estatal puede determinar ese hecho?

3. En virtud del art. E) (2) de la Ley Fundamental de Hungría, ¿el ejercicio de facultades necesarias puede restringir la implementación de actos *ultra vires*? Si los organismos, entes e instituciones estatales no están facultados o no están obligados a adoptar la legislación *ultra vires* de la UE, ¿qué órgano estatal puede determinar ese hecho?

4. ¿Los arts. XIV (1) y E) de la Ley Fundamental de Hungría deben interpretarse en el sentido de que autorizan o prohíben a los organismos, entes e instituciones

húngaros –en el marco jurídico de la UE– facilitar el traslado de un gran número de extranjeros que permanecen legalmente en uno de los Estados Miembros, sin su consentimiento expreso o implícito, y sin la aplicación de criterios personalizados y objetivos durante su selección?

2. Sentencia: se declara admisible la petición.

El control de constitucionalidad de las reservas que se formulen en relación con los derechos fundamentales se funda en los arts. E) (2) y I (1) de la Ley Fundamental. Este último establece que los derechos fundamentales inviolables e inalienables del hombre deben ser respetados, y que la obligación principal del Estado es protegerlos. Sobre esta base y tomando como referencia las decisiones recaídas en el caso *Solange* y la orden del Tribunal Constitucional Federal de Alemania 2 BvR 2735 del 15 de diciembre de 2015, así como la necesidad de cooperación con la UE y la supremacía de su legislación, resulta imposible renunciar a la defensa de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales como última *ratio*. Toda vez que el Estado se encuentra sujeto a los derechos fundamentales, la fuerza vinculante de estos derechos también resulta aplicable en los casos en que el poder público, de conformidad con lo establecido en el art. E) de la Ley Fundamental de Hungría, es ejercido en forma concurrente con las instituciones de la UE o con otros Estados Miembros.

Con respecto al control de constitucionalidad de los actos comunitarios *ultra vires*, la misma está reservada a esta Corte, con excepción de aquellos posibles actos del Parlamento o del Gobierno en contra de alguna disposición ilegítima de la legislación de la UE. De acuerdo con lo establecido en el art. E) (2), existen dos restricciones fundamentales a las competencias ejercidas concurrentemente, a saber: que no pueden vulnerar la soberanía de Hungría (control de constitucionalidad relativo al límite impuesto por la soberanía) ni la identidad constitucional (control de constitucionalidad relativo al límite impuesto por la identidad). Esta perspectiva emana de la interpretación de la Declaración Nacional de la Ley Fundamental y del art. E), que hace referencia a un “tratado internacional”, a saber, el art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea.

El control de constitucionalidad relativo al límite impuesto por la soberanía posee un fundamento constitucional, toda vez que se basa en el art. B) (1) de la Ley Fundamental, el cual establece que Hungría es un Estado independiente, democrático y de derecho. En efecto, el concepto de “soberanía nacional” (poder soberano, territorio y población) emana de dicha norma. Sus incisos (3) y (4) establecen en los siguientes términos el principio de soberanía popular: “La fuente de la que emanará el poder público será el pueblo” y “[e]l poder será ejercido por el pueblo mediante la elección de sus representantes o, en casos excepcionales, de manera directa”. El art. E) (2) de la Ley Fundamental no debería dejar vacío de contenido al art. B).

Por otra parte, existe una presunción de soberanía no delegada en relación con la apreciación del ejercicio concurrente de otras competencias que ya han sido conferidas a la UE con anterioridad. El ejercicio de competencias en el marco de la UE no tiene por qué resultar en una pérdida de la posibilidad de supervisión final del poder público por parte del pueblo, tal como se encuentra establecido en los arts. E) (4) y XXIII (7). En efecto, el art. E) (4) de la Ley Fundamental establece que para que

el reconocimiento de la fuerza vinculante de un tratado internacional sea autorizado, se requiere el voto de dos tercios de los Miembros de la Asamblea Nacional, lo cual pone de manifiesto el ejercicio indirecto de la soberanía popular. El art. XXIII (7) de la Ley Fundamental establece que todo aquel que tenga derecho al sufragio en las elecciones de los Miembros de la Asamblea Nacional tendrá derecho a participar en los referéndums nacionales.

La control de constitucionalidad relativo al límite impuesto por la identidad se realiza a través del art. E) (2) de la Ley Fundamental, con base en el art. 4.2. del Tratado de la Unión Europea. Cabe admitir que la protección de la identidad constitucional le corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se basa en la cooperación continua, el mutuo respeto y la igualdad.

La identidad constitucional coincide con la identidad constitucional propia de Hungría. Su contenido debe determinarse caso por caso sobre la base de la Ley Fundamental como un todo, y su aplicación, de conformidad con lo establecido en el art. R) (3), el cual exige que la interpretación de la Ley Fundamental esté en consonancia con sus finalidades, con la Declaración Nacional allí contenida y con los logros de la Constitución histórica de Hungría.

La identidad constitucional propia de Hungría contiene valores tales como las libertades, la división de poderes, la forma republicana de gobierno, el respeto por la autonomía de las leyes públicas, la libertad religiosa, la legalidad, el parlamentarismo, la igualdad ante la ley, el reconocimiento del Poder Judicial y la protección de las diferentes nacionalidades presentes en Hungría. Todos ellos coinciden con los valores constitucionales modernos y universales, y con los logros de la Constitución histórica húngara en la que se fundamenta el ordenamiento jurídico nacional.

La protección de la propia identidad constitucional también puede manifestarse en conexión con ámbitos que caracterizan a las condiciones de vida de los ciudadanos, en particular, en la esfera privada de su propia responsabilidad, y la seguridad política y social, que se encuentran protegidas por los derechos fundamentales, así como en los ámbitos en los que se puede encontrar la presencia lingüística, histórica y cultural de Hungría.

La identidad constitucional propia de Hungría es un valor fundamental que no ha sido creado sino solo reconocido por la Ley Fundamental y que no puede ser dejado de lado en virtud de un tratado internacional. La defensa de la identidad constitucional propia de Hungría le corresponde a esta Corte en la medida en que Hungría goza de soberanía. De ello se deduce que la soberanía y la identidad constitucional concuerdan en muchos puntos y que, por ende, el ejercicio del control de constitucionalidad relativo a ambos límites debe ser encarado teniendo en cuenta ambos conjuntamente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, decisión 22/2016 (XII.5.), comentario al fallo por DRINÓCZI, Tímea, “The Hungarian Constitutional Court on the Limits of EU Law in the Hungarian Legal System”, *International Journal of Constitutional Law Blog*, 29/12/2016, en <<http://www.iconnectblog.com/2016/12/the-hungarian-constitutional-court-on-the-limits-of-eu-law-in-the-hungarian-legal-system/>>.



DERECHO PENAL. DERECHO PENAL DE AUTOR. PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE. **PENAS.** DETERMINACIÓN DE LA PENA. **PENA DE MUERTE. PROCESO PENAL.** GARANTÍAS PROCESALES. **DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UNA ASISTENCIA JURÍDICA EFICAZ (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: un tribunal estadual de Texas condenó a muerte a Duane Buck por homicidio. En términos del derecho de dicho estado, el jurado solo podía imponer esta pena si consideraba, en forma unánime y más allá de toda duda razonable, que era probable que el procesado reincidiera en la comisión de actos de violencia. El presidente del tribunal designó como perito al psicólogo Dr. Walter Quijano para que evaluara a Buck. A los efectos de la elaboración de su informe tendiente a determinar cuál era la probabilidad de que Buck volviera a cometer actos de violencia en el futuro, el Dr. Quijano consideró una serie de factores estadísticos, entre ellos, la raza del procesado, y si bien en última instancia manifestó no considerar que Buck pudiera ser peligroso en el futuro, lo cierto es que en su informe también señaló que, estadísticamente, tenía mayores probabilidades de cometer actos de violencia por ser de raza negra. En la parte pertinente, la pericia decía: “**Raza.** Negra: probabilidad aumentada”. Pese a conocer el contenido de este informe, el abogado de Buck hizo subir al estrado al Dr. Quijano, oportunidad en que este declaró que se sabe que la raza es un factor “que predice la futura peligrosidad”. En cuanto terminó su declaración, esta fue admitida como medio de prueba por el tribunal. Por su parte, la fiscalía repreguntó al Dr. Quijano acerca de sus conclusiones sobre la raza y la violencia, y fundó su alegato final en esta declaración. Durante la deliberación, el jurado solicitó y recibió los informes periciales admitidos como prueba, entre los cuales estaba el del Dr. Quijano. El veredicto del jurado fue una condena a muerte.

Buck alegó que la producción de esta prueba por parte de su abogado defensor había violado su derecho a contar con un asesoramiento jurídico eficaz, derecho que le acuerda la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, pero no formuló dicho agravio en la primera actuación procesal a nivel estadual que había impulsado después de su condena. Mientras dicho procedimiento estaba en trámite, llegó a esta Corte en recurso el caso *Saldano v. Texas* (530 U.S. 1212 -2008-), causa en la cual el Dr. Quijano había declarado que la pertenencia del recurrente a la comunidad hispana había gravitado a favor de declarar su futura peligrosidad. El estado de Texas admitió que el fallo recurrido había incurrido en un error y esta Corte revocó la sentencia objeto de recurso. Poco después, el Procurador General de Texas emitió una declaración pública en la que identificaba seis casos similares en los que el Dr. Quijano había declarado. *Buck* era uno de ellos. En los otros cinco, el Procurador General admitió que se había incurrido en un error y accedió a que se dictara una nueva sentencia. Sin embargo, cuando Buck promovió una segunda acción de hábeas corpus ante un tribunal estadual fundado en que su abogado no lo había defendido eficazmente dado que había hecho declarar al Dr. Quijano, el estado de Texas no admitió que se había incurrido en un error, y el tribunal desestimó la pretensión de Buck porque lo consideró un abuso procesal, puesto que no había formulado dicho agravio en su primer hábeas corpus.

Buck interpuso entonces un recurso de hábeas corpus ante un tribunal federal fundándose en el art. 2254 del Título 28 del Código de los Estados Unidos. El Estado tampoco admitió en esta oportunidad que se había incurrido en un error, y el tribunal declaró que la pretensión de Buck relativa a haber carecido de una representación legal efectiva tenía vicios procesales y no podía ser revisada en razón de lo resuelto en *Coleman v. Thompson* (501 U.S. 722 -1991-). Las decisiones que la Corte adoptó con posterioridad en *Martinez v. Ryan* (566 U.S. 1 -2012-) y en *Trevino v. Thaler* (2013) modificaron la doctrina establecida en *Coleman*. Si estos casos hubieran sido decididos antes de que Buck interpusiera su recurso de hábeas corpus ante la justicia federal, se podría haber resuelto el fondo de su pretensión siempre y cuando hubiera logrado demostrar que: 1) el abogado que lo había defendido después de su condena ante los tribunales estatales no lo había representado eficazmente en términos constitucionales al no haber formulado su pretensión, y 2) la pretensión tenía ciertos fundamentos válidos. Después de que se decidió el caso *Trevino*, Buck solicitó reabrir la causa que había fundado en el art. 2254 del Título 28 del Código de los Estados Unidos en virtud de lo dispuesto por la Regla Federal de Procedimiento Civil 60(b)(6). Para demostrar la existencia de las “circunstancias extraordinarias” requeridas para dejar sin efecto una sentencia definitiva (*Gonzalez v. Crosby*, 545 U.S. 524, p. 535 -2005-), Buck hizo referencia al giro jurisprudencial establecido en *Martinez* y en *Trevino*, así como también a otros diez factores, tales como la admisión de la prueba pericial que relacionaba su raza con la violencia y el reconocimiento del Estado de que se había incurrido en un error en casos similares. El tribunal federal rechazó su planteo porque consideró que “la inclusión de cualquier alusión relativa a la raza” durante la etapa de determinación de la pena era una cuestión “*de minimis*”. Por ello, llegó a la conclusión, en primer lugar, de que Buck no había demostrado la existencia de circunstancias extraordinarias y, en segundo lugar, de que aun si las circunstancias hubieran sido extraordinarias, Buck no había demostrado haber carecido de una asistencia jurídica eficaz conforme a lo establecido en *Strickland v. Washington* (466 U.S. 668 -1984-). Buck entonces procuró obtener un certificado de apelabilidad (COA, por sus siglas en inglés) de la Cámara Federal de Apelaciones del Quinto Circuito a fin de interponer un recurso contra la resolución del tribunal federal de primera instancia que denegó el hábeas corpus. La Cámara rechazó su solicitud porque entendió que Buck no había acreditado la existencia de circunstancias extraordinarias que justificaran dejar sin efecto la sentencia definitiva del tribunal federal de primera instancia.

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

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

2.1. La Cámara se extralimitó en el ejercicio de las limitadas atribuciones que tiene para decidir sobre la emisión de un certificado de apelabilidad. La ley que regula

los certificados de apelabilidad establece un procedimiento de dos pasos para decidir su emisión: una determinación inicial de si una pretensión es razonablemente discutible ante los estrados judiciales y, en caso afirmativo, abrir el recurso (art. 2253 del Título 28 del Código de los Estados Unidos). Durante la primera etapa, la única cuestión a determinar es si el peticionante ha demostrado que “juristas razonables podrían estar en desacuerdo con la forma en que el tribunal federal de primera instancia ha resuelto sus planteos constitucionales o [...] podrían llegar a la conclusión de que las cuestiones planteadas son pertinentes y merecen impulso para seguir adelante en el curso del reclamo (*Miller-El v. Cockrell*, 537 U.S. 322, p. 327 -2003-). En este caso, la Cámara expresó su decisión en términos correctos. Pero llegó a su conclusión solo después de haber decidido esencialmente el fondo del caso y reiterado que Buck no había acreditado la existencia de circunstancias extraordinarias. Lo que la Cámara tenía que decidir no era esto, sino si juristas razonables podrían debatir la cuestión planteada. En defensa del criterio adoptado por la Cámara, el estado de Texas destacó la acabada evaluación del fondo por ella realizada, pero lo cierto es que esto perjudica en lugar de favorecer la pretensión del Estado.

2.2. Buck ha demostrado haber carecido de una asistencia jurídica eficaz en términos de la doctrina sentada en *Strickland*.

(a) Para satisfacer el estándar establecido en *Strickland*, un acusado debe acreditar, en primer lugar, que su abogado actuó en forma ineficiente (cit., p. 687). El abogado que representó a Buck durante el juicio sabía que, en su informe pericial, el Dr. Quijano había adoptado el criterio de que la raza de Buck lo predisponía a tener una conducta violenta y que la principal cuestión controvertida en la etapa de determinación de la pena era la futura peligrosidad de Buck. No obstante, llamó al Dr. Quijano al estrado y lo interrogó específicamente sobre la alegada conexión entre la raza y la violencia, poniendo en evidencia dicho informe pericial. Ningún abogado defensor competente hubiera producido pruebas que revelaran que su cliente podría ser peligroso en el futuro en razón de su raza.

(b) El criterio sentado en *Strickland* también requiere que un acusado demuestre que ha sufrido un perjuicio: “una probabilidad razonable de que, de no ser por los errores contrarios a la ética profesional cometidos por el abogado, el resultado del proceso podría haber sido diferente” (cit., p. 694). Es razonablemente probable que si el Dr. Quijano no hubiera hecho una declaración relativa a la vinculación entre la raza y la violencia, al menos uno de los miembros del jurado habría albergado una duda razonable en cuanto a la futura peligrosidad de Buck. Esta cuestión exigió al jurado hacer un juicio predictivo de valor que inevitablemente implicó cierto grado de especulación. Pero la raza de Buck no estaba sujeta a especulación y, según el Dr. Quijano, dicha característica inmutable conllevaba una mayor probabilidad de cometer actos de violencia en el futuro. El testimonio del Dr. Quijano apeló a un poderoso estereotipo racial y es posible que los miembros del jurado hayan considerado que esta era la opinión de un perito médico aprobada por el tribunal interviniente. Por estas razones, esta Corte rechaza la conclusión arribada por el tribunal federal de primera instancia en el sentido de que toda alusión relativa a la

raza durante la etapa de la determinación de la pena era una cuestión “*de minimis*”. Lo mismo se resuelve en relación con el argumento alegado por el Estado de que Buck no se vio perjudicado por el testimonio del Dr. Quijano, puesto que esta prueba fue producida por su propio abogado defensor y no por la fiscalía. Los miembros del jurado entienden que los fiscales tratan de lograr condenas y razonablemente puede esperarse que evaluarán las pruebas producidas por el Estado en aras de la consecución de este objetivo. Cuando el propio abogado del acusado produce prueba perjudicial para su cliente, esta tiene la naturaleza de una admisión de un medio de prueba contraria a su interés, que es más probable que sea evaluada literalmente.

2.3. El tribunal federal de primera instancia ejerció su discrecionalidad en forma abusiva al rechazar la solicitud que Buck fundó en la Regla 60(b)(6).

(a) La previsión establecida en la Regla 60(b)(6) relativa a la facultad de un tribunal de dejar sin efecto una sentencia definitiva solo se prevé en “circunstancias extraordinarias” (*Gonzalez*, cit., p. 535). La determinación de si existen tales circunstancias puede incluir la consideración de un amplio rango de factores, tales como “el riesgo de adoptar una decisión injusta para las partes” y “el riesgo de socavar la confianza pública en el proceso judicial” (*Liljeberg v. Health Services Acquisition Corp.*, 486 U.S. 847, pp. 863-864 -1988-). El rechazo del tribunal federal de primera instancia de la pretensión de Buck estuvo fundamentalmente basado en su determinación de que la raza solo había jugado un rol “*de minimis*” en su condena. Pero existe una probabilidad razonable de que Buck haya sido condenado a muerte, en parte, en razón de su raza. Esto constituye un inquietante apartamiento del principio básico de que el derecho penal castiga a los individuos por sus actos y no por su persona. La circunstancia de que el factor racial haya estado comprometido agrava el problema. El hecho de fundarse en la raza para imponer una sanción penal “corrompe la confianza pública” en el proceso judicial (*Davis v. Ayala* -2015-), preocupación esta que justifica la previsión establecida en la Regla 60(b)(6). La naturaleza extraordinaria de este caso queda confirmada por las notables medidas que el propio Estado adoptó en respuesta a las declaraciones que el Dr. Quijano había hecho en otros casos. Si bien el Estado intenta justificar su decisión de acordar a Buck un tratamiento diferente que al brindado a los otros cinco acusados identificados en la declaración pública emitida por el Procurador General, lo cierto es que dichas tentativas de distinguir el caso de Buck del fallo *Saldano* no tienen vinculación alguna con las razones formuladas por el Procurador General para admitir que se había incurrido en un error en ese caso.

(b) A menos que *Martinez y Trevino* –y no *Coleman*– resultaren aplicables al caso de Buck si este fuera reabierto, su pretensión no podría ser objeto de revisión y la previsión establecida en la Regla 60(b)(6) resultaría inapropiada. El Estado alega que *Martinez y Trevino* no resultarían aplicables en el caso de Buck porque estos casos formularon un “nuevo estándar” en términos de *Teague v. Lane* (489 U.S. 288 -1988-) que no se aplica retroactivamente a casos, como el de Buck, en los que se verifica una revisión colateral, es decir, un proceso promovido a los efectos de impugnar la integridad de una sentencia previa. Sin embargo, el Estado ha perdido

la oportunidad de esgrimir este argumento, ya que no lo formuló ante el tribunal federal de primera instancia, ni ante la Cámara, ni en la presentación ante esta Corte en la que se opuso al pedido de *certiorari* presentado por Buck.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Buck v. Davis, Director, Texas Department of Criminal Justice, Correctional Institutions Division*, sentencia del 22-2-2017, en <https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-8049_f2ah.pdf>.



DERECHO PENAL. MENORES. MEDIDAS DE SEGURIDAD PREVENTIVAS FUNDADAS EN LA PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A UN JUICIO JUSTO. PLAZO RAZONABLE (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: Daniel Ilseher es un ciudadano alemán y está actualmente detenido en un centro para personas confinadas en cumplimiento de una medida de seguridad preventiva ubicado en el centro penitenciario de Straubing (Alemania).

En 1999, el Tribunal Regional de Regensburg lo encontró culpable de asesinato por haber estrangulado a una mujer que había salido a correr y lo condenó a diez años de prisión, conforme al régimen penal juvenil, ya que en la fecha en que cometió el delito –junio de 1997– Ilseher tenía 19 años.

A partir de julio de 2008, Ilseher, luego de haber cumplido su condena en prisión, permaneció detenido como medida de seguridad preventiva provisional, fundada en el art. 275 a, inc. 5 del Código Procesal Penal.

El 22 de junio de 2009, el Tribunal Regional de Regensburg dictó con efecto retroactivo una medida de seguridad preventiva para el recurrente, fundándose en el art. 7.2.1 de la Ley de Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil (*Juvenile Courts Act*), en conjunción con el art. 105.1 del mismo cuerpo legal. Cabe advertir que, en un principio, esta ley no autorizaba el dictado de una medida de seguridad preventiva para menores y jóvenes adultos, a quienes se aplicaba el régimen penal juvenil. Sin embargo, en virtud de la sanción de una ley posterior relativa a la introducción de medidas de seguridad preventivas con efecto retroactivo para condenas dictadas bajo el régimen penal juvenil, la cual entró en vigor el 12 de julio de 2008, el art. 7 de la ley fue modificado, cuyo inc. 2 quedó redactado de la siguiente manera: “Cuando, con posterioridad a la imposición de una condena aplicable a menores [...] por [...] un delito 1) contra la vida, integridad física o autodeterminación sexual [...], haya evidencia con anterioridad al cumplimiento de la condena [...] que indique que el condenado importa un peligro significativo para la sociedad, el tribunal puede dictar con efecto retroactivo una medida de seguridad preventiva si en virtud de una ponderación integral de su personalidad, del delito cometido y de su evolución durante la ejecución de la condena [...] se determina que existe una alta probabilidad de que reincida en la comisión de delitos de la naturaleza descripta”. En el caso, el

Tribunal Regional, fundándose en los informes de un perito en criminología y de un psiquiatra, llegó a la conclusión de que Ilmseher tenía fantasías sexuales violentas y que existía un alto riesgo de que, si se lo dejaba en libertad, cometiera nuevos delitos sexuales e incluso llegara a cometer homicidio por placer sexual.

Entre 2010 y 2013, Ilmseher impugnó la legalidad de su reclusión ante los tribunales alemanes. Recurrió ante el Tribunal Supremo Federal, el cual en marzo de 2010 desestimó la apelación interpuesta fundada en cuestiones de derecho. En mayo de 2011, interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal. Este revocó la decisión del Tribunal Regional que dictó con efecto retroactivo la medida de seguridad preventiva así como también la sentencia del Tribunal Supremo Federal, y devolvió las actuaciones al Tribunal Regional. Sin embargo, este último tribunal dispuso nuevamente una medida de seguridad preventiva con carácter provisional, fundado en el art. 7.4 de la Ley de Tribunales de Responsabilidad Penal Juvenil en conjunción con el art. 275 *a*, inc. 5 del Código Procesal Penal, al considerar que existían razones suficientes para creer que se le dictaría una medida de seguridad preventiva con efecto retroactivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2.1 de la ley citada. Ilmseher recurrió esta decisión ante el Tribunal de Apelaciones de Nuremberg, pero su recurso fue desestimado. En septiembre de 2011, interpuso entonces un nuevo recurso contra estas decisiones ante el Tribunal Constitucional Federal, solicitando asimismo que se le concediera con efecto suspensivo, recurso que también fue desestimado.

En el proceso principal ante el Tribunal Regional de Regensburg, luego de que el Tribunal Constitucional Federal hubiera devuelto las actuaciones, Ilmseher recusó por parcialidad al juez P., integrante de dicho tribunal, que había dictado la medida de seguridad preventiva impugnada, alegando que el magistrado había advertido a su ex abogada mujer de tener cuidado con su defendido. Esta solicitud fue desestimada. En agosto de 2012, el tribunal dictó nuevamente una medida de seguridad preventiva con efecto retroactivo para el recurrente, fundada en los arts. 7.2.1 y 105.1 de la ley citada. Sostuvo que después de haber realizado un análisis integral de su personalidad, del delito cometido y de su evolución durante la ejecución de su condena, llegó a la conclusión de que, en este caso, era necesario su confinamiento para evitar el riesgo de que cometiera graves y violentos delitos sexuales, como aquel por el que había sido condenado. Por otro lado, comprobó que Ilmseher padecía de trastornos mentales vinculados a su sexualidad (sadismo sexual), que por esa razón había cometido el delito y que el tratamiento terapéutico que había recibido hasta el año 2007 había fracasado. El recurrente apeló nuevamente esta decisión ante el Tribunal Supremo Federal y ante el Tribunal Constitucional Federal, recursos que fueron una vez más desestimados.

A partir de junio de 2013, Ilmseher ha permanecido detenido en el recientemente construido centro para el cumplimiento de medidas de seguridad preventivas en la cárcel de Straubing, que cuenta con un equipo interdisciplinario que ha tratado desde entonces de motivarlo para realizar un tratamiento adecuado para su enfermedad; sin embargo, ha rechazado cualquier tipo de tratamiento terapéutico.

El proceso en el que Ilmseher había impugnado la legalidad de la medida de seguridad preventiva con carácter provisional duró once meses y un día en

las tres instancias (especialmente, ocho meses y veintidós días ante el Tribunal Constitucional Federal).

Teniendo en cuenta estas circunstancias, en febrero de 2012 y en diciembre de 2014 Ilseher recurrió las medidas de seguridad preventivas que le fueran dictadas tanto con carácter provisional como la definitiva dictada con efecto retroactivo ante la Corte Europea de Derechos Humanos por violación de los arts. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad), 7.1 (prohibición de retroactividad de la ley), 5.4 (derecho a ser llevado ante la autoridad legalmente competente y a ser juzgado en un plazo razonable) y 6.1 (derecho a un juicio justo) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Sostuvo que la imposición retroactiva de la medida de seguridad preventiva resultaba contraria a su derecho a la libertad, a la prohibición de retroactividad y a su derecho a no recibir una pena más dura que la aplicable al tiempo de haber cometido el delito. Se agravó asimismo de la extensión temporal del trámite del recurso que había interpuesto contra la decisión que ordenaba su confinamiento y de la actuación parcial de uno de los jueces intervinientes en su proceso, en clara violación a su derecho a un juicio imparcial.

Ambos recursos fueron acumulados.

2. Sentencia: se rechazan los recursos interpuestos.

Arts. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad) y 7.1 (prohibición de retroactividad) en relación con la medida de seguridad preventiva del recurrente del 6 de mayo de 2011 al 20 de junio de 2013

Ilseher considera que la medida de seguridad preventiva que le fuera dictada retroactivamente –y que en definitiva duró entre el 6 de mayo de 2011 y el 20 de junio de 2013, fundada inicialmente en una orden con carácter provisional y luego en una sentencia definitiva– violó su derecho a la libertad y a la prohibición a la aplicación retroactiva de la ley.

Después de no haber llegado a un acuerdo con Ilseher, el gobierno alemán propuso que admitiría, en una declaración unilateral, la violación de sus derechos reconocidos por los arts. 5 y 7 de la Convención durante ese período, dado que el recurrente no había estado detenido en una institución adecuada para el internamiento de pacientes con trastornos mentales hasta que fue transferido al centro para personas confinadas en cumplimiento de una medida de seguridad preventiva ubicado en el centro penitenciario de Straubing. El Gobierno ofreció por ello una indemnización de € 12.500.

Por lo tanto, ante la admisión de responsabilidad por parte del Gobierno, esta Corte considera que no se justifica expedirse sobre el punto recurrido por Ilseher con relación al internamiento en este período.

Art. 5.1 (derecho a la libertad y a la seguridad) en relación con la medida de seguridad preventiva del recurrente a partir del 20 de junio de 2013

No se ha violado el art. 5.1. Los tribunales alemanes se basaron en pericias médicas objetivas que revelaron que Ilseher padecía de un verdadero trastorno mental

a los fines del art. 5.1 e) para fundar su confinamiento como medida de seguridad preventiva a partir del 20 de junio de 2013. El centro para el cumplimiento de medidas de seguridad preventivas de la cárcel de Straubing, en donde ha permanecido detenido, es un lugar terapéutico adecuado y su reclusión se justifica entonces en términos del art. 5.1 e) como internación de un “enajenado”.

Por otra parte, la legitimidad del permanente confinamiento del recurrente dependía de la persistencia de su enfermedad mental, dado que, de conformidad con el derecho interno, era posible ordenar la continuidad de su detención como medida de seguridad preventiva si y solo si y en la medida en que existiera una alta probabilidad de que reincidiera como consecuencia de su enfermedad si llegara a ser liberado.

Art. 7.1 (prohibición de retroactividad) en relación con la medida de seguridad preventiva del recurrente a partir del 20 de junio de 2013

Teniendo en cuenta que la medida de seguridad preventiva impuesta a partir del 20 de junio de 2013 estuvo fundada en los trastornos mentales del recurrente y en el propósito de tratarlos, en este caso la reclusión aplicada con efecto retroactivo no puede calificarse como “pena” en los términos del art. 7.1; por lo tanto, no es contraria al principio de prohibición de retroactividad.

Art. 5.4 (plazo razonable)

El juicio de Ilmseher era complejo, tanto desde un punto de vista jurídico como fáctico. Al evaluar la duración del proceso ante cada instancia en términos de la complejidad y las circunstancias del caso, se llega a la conclusión de que se cumplió con la exigencia de celeridad establecida por el art. 5.4. Esta misma exigencia fue respetada también ante la más alta instancia, el Tribunal Constitucional Federal. Por lo tanto, no hubo violación del art. 5.4.

Art. 6.1 (derecho a un juicio justo)

La observación del juez P. se considera equiparada a una confirmación de la conclusión del fallo que el Tribunal Regional había dictado, es decir, que Ilmseher era peligroso y que, en caso de ser liberado, existía el riesgo de que reincidiera. Por otro lado, no se puede poner en duda la imparcialidad de un juez por el solo hecho de haber intervenido previamente en el juicio. Las declaraciones hechas con anterioridad no importan que el juez P. no hubiera evaluado en el nuevo recurso el grado de peligrosidad de Ilmseher con una nueva mirada.

Por lo expuesto, tampoco se ha violado el art. 6.1.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sección Quinta, caso *Ilmseher c. Alemania*, sentencia del 2-2-2017, en <



DERECHO PENAL. PENAS. ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. BENEFICIOS PENITENCIARIOS. PRISIÓN DOMICILIARIA. MADRES DE NIÑOS MENORES. **MENORES.** INTERÉS SUPERIOR. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD** (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Vigilancia de Bari, Italia, planteó la inconstitucionalidad del art. 47-*quinquies*, inc. 1-*bis* de la ley n° 354/1975, que regula el régimen penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad, en cuanto impide a las madres condenadas por los delitos previstos en el art. 4-*bis* de dicha ley el acceso a las modalidades de cumplimiento de las penas allí previstas.

En efecto, la norma impugnada establece que “con excepción de las madres condenadas por alguno de los delitos previstos en el art. 4-*bis*”, el cumplimiento de un tercio de la pena, o de al menos quince años en caso de cadena perpetua, es condición necesaria para acceder al arresto domiciliario especial previsto en el art. 47-*quinquies*, inc. 1-*bis*, que puede realizarse en un establecimiento carcelario para madres detenidas, o bien, ante la insubsistencia de un peligro concreto de fuga o de reincidencia, en el propio hogar, en algún lugar de residencia particular o en alguna entidad dedicada al cuidado, a la asistencia o a la acogida, con el fin de proveer al cuidado y a la asistencia de los hijos. Asimismo, la norma prevé que, en caso de imposibilidad de cumplir la pena en el propio hogar o en algún lugar de residencia particular, la misma puede cumplirse en casas de familia protegidas.

Según el tribunal remitente, la prohibición de acceso a las modalidades más benignas de cumplimiento de la pena para las madres condenadas por alguno de los delitos previstos en el art. 4-*bis* de la ley n° 354/1975 viola los arts. 3, 29, 30 y 31 de la Constitución, en cuanto responde a la voluntad de hacer prevalecer la pretensión punitiva estatal sobre los deberes relativos a la protección de la maternidad y del menor, que deberían ser preeminentes. De este modo, resulta inútil la *ratio* en que se basa la detención domiciliaria especial, la cual, en principio, se orienta a restablecer la convivencia entre madre e hijo.

Por último, el tribunal remitente señala que la disposición impugnada se inserta de manera inarmónica en un sistema que permite que a las madres condenadas por los delitos establecidos en el art. 4-*bis* de la ley n° 354/1975 se les conceda, desde el principio, el arresto domiciliario, con independencia de la pena a cumplir, cuando es posible plantear la remisión obligatoria o facultativa de la ejecución de la misma conforme con lo establecido en los arts. 146 y 147 del Código Penal (art. 47-*ter*, inc. 1-*ter* de la mencionada ley). Dicha falta de armonía se evidencia, según el tribunal remitente, en las peculiaridades del caso que originó el presente planteo de inconstitucionalidad: la madre condenada, a la que inicialmente se le concedió el arresto domiciliario hasta que su hija cumpliera tres años, debía, cumplido dicho plazo, ingresar a la cárcel –interrumpiendo la convivencia con la niña– a fin de cumplir, como es necesario, el tercio de la pena para que posteriormente se le concediera el arresto domiciliario especial.

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad del art. 47-*quinquies*, inc. 1-*bis* de la ley n° 354/1975 solo en cuanto dispone: “con excepción de las madres condenadas por alguno de los delitos previstos en el art. 4-*bis*”.

Si bien el art. 47-*quinquies*, inc. 1-*bis* de la ley n° 354/1975 reglamenta el instituto jurídico de la prisión domiciliaria especial –uno de cuyos objetivos es facilitar la reinserción social del condenado–, lo cierto es que, en principio, se orienta al establecimiento de una relación lo más “normal” posible entre las madres detenidas y sus hijos menores. Prioriza, pues, la tutela de un sujeto vulnerable, diferente al condenado y particularmente digno de protección, a saber, el menor de edad.

Esta Corte ya ha tenido oportunidad de poner en evidencia la especial relevancia del interés del hijo menor en mantener una relación estable con cada uno de sus progenitores, de los que tiene derecho a recibir cuidado, educación e instrucción, y ha reconocido que dicho interés es complejo y se encuentra articulado en diferentes situaciones jurídicas que han merecido reconocimiento y tutela tanto en el ordenamiento constitucional interno –que impone a la República la obligación de proteger la infancia, promoviendo los institutos necesarios a tal fin (art. 31.2 de la Constitución)– como en el plano internacional, de conformidad con lo dispuesto particularmente en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ambos instrumentos califican de “superior” al interés del menor y establecen que en todas las decisiones relativas al menor adoptadas por autoridades públicas o instituciones privadas, dicho interés ha de considerarse “primordial”.

El elevado rango que tiene el interés del menor en gozar de manera continuada del afecto y del cuidado materno no lo sustrae en absoluto de una posible armonización con intereses contrapuestos –también de relevancia constitucional, como es el de defensa social– que subyacen en la necesaria ejecución de la pena. Ello queda demostrado por la disposición impugnada que permite a las madres (excepto a las condenadas por los delitos previstos en el art. 4-*bis* de la ley n° 354/1975) cumplir la primera parte de la condena en un establecimiento carcelario para madres detenidas, o bien exige que el juez evalúe la inexistencia de un peligro concreto de reincidencia o de fuga antes de conceder a la condenada el beneficio del arresto domiciliario o en otros lugares de residencia particular, de cuidado, asistencia o acogida.

En principio, la armonización del interés del menor con las exigencias que impone la defensa social, que presuponen la necesaria ejecución de la pena impuesta al progenitor después de la comisión de un delito, es facultad discrecional del legislador, quien puede determinar mediante normas jurídicas, en abstracto, el ámbito dentro del cual diferentes derechos pueden encontrar una tutela adecuada. En ese sentido, varias normas del régimen penitenciario y del Código Procesal Penal garantizan la tutela del interés de los menores hijos de personas sujetas a medidas cautelares o condenadas definitivamente a prisión en mantener una relación permanente, fuera de la cárcel, con sus progenitores, pero establecen que dicha obligación de tutela caduca cuando el menor cumple una determinada edad.

Si, por el contrario, el legislador recurre a presunciones insuperables y niega el acceso de la madre a modalidades menos rigurosas de cumplimiento de la pena, impide con ello al juez evaluar la subsistencia, en cada caso, de la necesidad de velar

por la defensa social y no realiza una armonización de los intereses contrapuestos, lo que se traduce en la determinación de una norma jurídica razonable. Por el contrario, está estableciendo un automatismo basado en índices previsibles que comporta el sacrificio del interés del menor.

Sin embargo, en otras ocasiones, esta Corte ha puesto de manifiesto que, a fin de que el interés superior del menor pueda quedar en segundo plano cuando así lo requiera la necesidad de proteger a la sociedad frente al delito, la ley debe permitir que la subsistencia y consistencia del peligro de fuga o de reincidencia sean verificadas concretamente y no con base en automatismos que quiten al juez todo margen de apreciación en el caso concreto.

Precisamente, en la disposición constitucionalmente impugnada existe un impedimento de esa índole. En efecto, el legislador excluye de plano el acceso a un instituto dirigido principalmente a salvaguardar la relación del menor con su madre que ha sido condenada por alguno de los delitos tipificados en el art. 4-*bis* de la ley n° 354/1975, en forma compleja, heterogénea, estratificada y que incluye delitos de gravedad desigual.

En principio, la ley puede diferenciar el tratamiento penitenciario acordado a las madres condenadas en términos de la gravedad del delito cometido, pero el impedimento absoluto *sub examine* indudablemente violenta el interés del menor y, por ende, el art. 31.2 de la Constitución.

La disposición impugnada ha dado lugar a que no se tome en consideración el interés del menor en mantener una relación lo más “normal” posible con su madre, así como el objetivo de reinserción social de la condenada que persigue, como ya se ha dicho, la detención domiciliaria especial como medida alternativa a la prisión. Esta suerte de ejemplaridad de la sanción –la madre debe inevitablemente cumplir la primera parte de la condena en la cárcel– no puede estar fundada en objetivos de prevención general o de defensa social, ya que estos no pueden perseguirse mediante el sacrificio absoluto de la condición de madre y de la relación de la condenada con sus hijos menores.

En consecuencia, la disposición impugnada resulta inconstitucional solo en cuanto reza “con excepción de las madres condenadas por alguno de los delitos previstos en el art. 4-*bis*”.

La presente sentencia de inconstitucionalidad no constituye un riesgo para la necesidad de luchar contra la criminalidad organizada que tuvo en la mira el legislador cuando introdujo el impedimento que aquí se declara inaplicable.

Por un lado, el art. 47-*quinquies*, inc. 1-*bis* de la ley n° 354/1975 permite que las madres detenidas cumplan la primera parte de la pena en un establecimiento para madres detenidas y, además, deja a criterio de la prudente apreciación del juez la decisión de autorizar a la condenada a cumplir la condena en su propio hogar o en otro lugar de residencia particular, o de cuidado, asistencia o acogimiento, fundada en la insubsistencia de un peligro concreto de reincidencia o de fuga.

Por otro lado, como el instituto aquí en cuestión constituye una de las medidas alternativas a la prisión, a las condenadas por uno de los delitos previstos en el art. 4-*bis* de la ley n° 354/1975 se les puede aplicar el complejo y articulado régimen allí previsto para la concesión de los beneficios penitenciarios con base en la *ratio* de la

sentencia n° 239/2014 de esta Corte, según la cual la falta de colaboración con la justicia no puede obstar a la concesión de un beneficio principalmente orientado a tutelar la relación entre la madre y el hijo menor.

Nota de la Oficina: en relación con la ley n° 354/1975, ver también sentencia de la Corte Constitucional de Italia n° 239/2014, cuyo resumen se encuentra disponible en *Investigaciones* 1 [2015], p. 163.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia n° 76/2017 del 8-3-2017 en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.



DERECHO PENAL. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ENFERMOS MENTALES. INIMPUTABILIDAD. MEDIDAS DE SEGURIDAD PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. INTERNACIÓN PSIQUIÁTRICA. PRESUPUESTO SUBJETIVO. PELIGROSIDAD SOCIAL. CONSTITUCIONALIDAD (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Vigilancia de Messina planteó la inconstitucionalidad del art. 1.1, letra *b*) del decreto-ley n° 52/2014 (normas urgentes en materia de superación de los hospitales psiquiátricos judiciales), convertido, con modificaciones, en el art. 1.1 de la ley n° 81/2014, por considerarlo violatorio de los arts. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34 y 77 de la Constitución italiana y del art. 117 de la misma en relación con los arts. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto establece que la comprobación de la peligrosidad social de una persona se efectúa con base en sus cualidades subjetivas y sin tomar en cuenta las condiciones establecidas en el art. 133.2.4 del Código Penal (CP), y que la inexistencia de programas terapéuticos individuales no constituye un elemento idóneo para fundar el juicio de peligrosidad social.

2. Sentencia: se declara infundado el planteo de inconstitucionalidad del art. 1.1, letra *b*) del decreto-ley n° 52/2014, convertido, con modificaciones, en el art. 1.1 de la ley n° 81/2014.

El planteo relativo a la violación del art. 77 de la Constitución carece de fundamento. El tribunal remitente aduce que durante la conversión del decreto-ley n° 52/2014, se habrían aprobado –sin necesidad ni urgencia– las enmiendas cuestionadas que introdujeron modificaciones estructurales en institutos seculares como la peligrosidad social, regulada por los arts. 133 y 203 CP, rompiendo el nexo de interrelación funcional y de homogeneidad sustancial entre el decreto-ley y la ley de conversión.

Lo cierto es que, después de la conversión, el art. 1.1, letra *b*) del decreto-ley n° 52/2014 aportó la siguiente modificación al inciso 4 del art. 3-ter del decreto-ley n° 211/2011 (sobre intervenciones urgentes para la lucha contra la tensión generada por la superpoblación de las cárceles), convertido, con modificaciones, en el art. 1.1 de la ley n° 9/2012: “después del primer párrafo, se agregan los siguientes: ‘El juez dispone que al enfermo mental y al *seminfermo* mental [quien tiene una condición

que le reduce notablemente sus facultades de comprensión y su volición, y constituye un atenuante para los supuestos en que cometa un ilícito] debe aplicárseles una medida de seguridad aun en forma provisoria, diferente a la internación en un hospital psiquiátrico judicial o en un establecimiento sanitario, salvo cuando existan elementos de los que se deduzca que tal medida no es apta para asegurar su cuidado o para hacer frente a su peligrosidad social, cuya comprobación se efectúa con base en las cualidades subjetivas del individuo y sin tener en cuenta las condiciones establecidas en el art. 133.2.4 del Código Penal. Hace lo propio el magistrado cuando interviene en términos del art. 679 del Código Procesal Penal. La inexistencia de programas terapéuticos individuales no constituye un elemento idóneo para fundar el juicio de peligrosidad social”.

En el proceso de conversión, al art. 1.1, letra *b*) del decreto-ley n° 52/2014, a continuación de las palabras “peligrosidad social”, se agregó la siguiente frase: “cuya comprobación se efectúa con base en las cualidades subjetivas del individuo y sin tener en cuenta las condiciones establecidas en el art. 133.2.4 del Código Penal”, y al final de la letra *b*), se agregó el siguiente párrafo: “La inexistencia de programas terapéuticos individuales no constituye un elemento idóneo para fundar el juicio de peligrosidad social”.

Tal como surge del tenor literal del *petitum* y de los argumentos desarrollados por el juez remitente, el planteo se basa en la premisa de que, en relación con los “inimputables y los semi-imputables”, las normas impugnadas han modificado la noción de peligrosidad social que constituye el presupuesto subjetivo de las medidas de seguridad. En efecto, entre otras cuestiones, el juez señala que mediante la normativa introducida con la conversión del decreto-ley en cuestión, se efectuaron “modificaciones estructurales de institutos seculares como la peligrosidad social, regulada por los arts. 133 y 203 CP”. Se habría roto “a nivel del pronóstico judicial, la relación indisoluble entre el hombre y el ambiente [...], renunciando de esa forma al dinamismo que surge de esa relación [y contrastando con] los fines esenciales de las medidas de seguridad subyacentes en el sistema constitucional”.

Los planteos de inconstitucionalidad *sub examine* se basan en este supuesto interpretativo, que, sin embargo, es erróneo. Basta con leer la norma impugnada para comprender que los párrafos en los que se funda la impugnación no se relacionan con la peligrosidad social como categoría general, sino que se refieren más específicamente a la peligrosidad que legitima “la internación en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento sanitario”. En efecto, dicha norma concluye afirmando que “el juez dispone que al enfermo mental y al *seminfermo* mental debe aplicárseles una medida de seguridad”. Resulta evidente que a esos efectos, el juez debe evaluar la peligrosidad social en los modos generalmente previstos. Solamente cuando debe ordenar la internación de una persona en un hospital psiquiátrico judicial o en un establecimiento sanitario o de custodia, debe demostrar, “sin tener en cuenta las condiciones establecidas en el art. 133.2.4 del Código Penal”, que “cualquier otra medida no es apta para asegurar su cuidado o para hacer frente a su peligrosidad social”. La restricción, por tanto, no se relaciona con la peligrosidad social en general, sino con el fin de reservar las medidas extremas que

inciden fuertemente en la libertad personal exclusivamente a los casos en que las condiciones mentales de la persona las hagan necesarias.

Las enmiendas impugnadas por el tribunal remitente aprobadas durante la conversión del decreto-ley surgen de las observaciones contenidas en el informe sobre las condiciones de vida y cuidados de los internos en los hospitales psiquiátricos judiciales de la Comisión parlamentaria para la investigación sobre la eficacia y la eficiencia del Servicio Sanitario Nacional. Los trabajos de dicha Comisión resultan significativos porque demuestran la falta de idoneidad de los hospitales psiquiátricos judiciales y de los establecimientos sanitarios y de custodia para garantizar la tutela de la salud mental de los internos en términos de lo dispuesto en los arts. 222 y 219 CP.

Lo cierto es que la propuesta enmendatoria estaba orientada a “impedir que la autoridad judicial dedujera la peligrosidad social de la aparente falta de adecuadas posibilidades de cura y de alojamiento en estado de libertad”. Se ha procurado que la aplicación de la medida de seguridad de privación de la libertad pueda “tener lugar o prolongarse solo con base en la específica evaluación de la situación personal del enfermo mental” y que no sea “consecuencia del estado de marginalidad socioeconómica en el que este podría encontrarse si fuera dado de alta”.

Otras normas del art. 3-ter del decreto-ley n° 211/2011 también se orientan a favorecer la aplicación de medidas diferentes a la privación de la libertad. En este sentido, resulta claro el inciso 6 de dicho artículo, el cual establece que el programa desarrollado por las Regiones y aprobado por los Ministerios competentes debe prever, además de las intervenciones estructurales, “actividades orientadas a incrementar progresivamente la creación de vías terapéutico-rehabilitadoras [...] así como a favorecer la ejecución de medidas de seguridad alternativas a la internación en un hospital psiquiátrico judicial o a la colocación en un establecimiento sanitario y de custodia”. Resulta evidente que bajo esta perspectiva, la ineficiencia de las administraciones sanitarias regionales al ejecutar programas terapéuticos individuales no puede traducirse en la aplicación de medidas privativas de la libertad, inútilmente gravosas para el enfermo o el *seminfermo* mental.

Es preciso señalar que la norma *sub examine* se alinea con la jurisprudencia de esta Corte, que declaró la inconstitucionalidad del art. 222 CP, en cuanto, en los casos previstos, no permite al juez sustituir la internación en un hospital psiquiátrico judicial por otras medidas de seguridad que aseguren un cuidado adecuado al enfermo mental y que permitan hacer frente a su peligrosidad social (sentencia n° 253/2003). Asimismo, se compadece también con la que declaró la invalidez constitucional del art. 206 CP en cuanto no permite al juez sustituir la internación en un hospital psiquiátrico judicial por una medida de seguridad no privativa de la libertad prevista por la ley con vistas a lograr el mismo objetivo (sentencia n° 367/2004).

Resulta evidente que la norma impugnada no modificó, ni siquiera indirectamente, en relación con las personas enfermas o *seminfermas* mentales, la noción de peligrosidad social, sino que se limitó a incidir en los criterios de selección

de las diferentes medidas de seguridad y de las condiciones de aplicación de las medidas privativas de la libertad.

La incorrección de la base interpretativa de la cuestión planteada por el Tribunal de Vigilancia de Messina implica la falta de fundamentación de todos los demás parámetros invocados.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia nº 186 del 23-7-2015, en <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=186>>.



DERECHO TRIBUTARIO. SOCIEDADES. DELITOS FISCALES. EVASIÓN IMPOSITIVA. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – ARMENIA).

1. Antecedentes del caso: Chap Ltd. es una compañía privada armenia fundada en 1999 con sede en Gyumri. En 2005, creó un canal de televisión –Gala TV– que transmitía desde esa ciudad, que es la segunda más grande de Armenia. Este canal era reconocido como una de las pocas voces independientes en el país.

Como resultado de una inspección fiscal realizada sobre las cuentas de dicha empresa en 2007, se dictaminó que había incurrido en evasión impositiva por haber ocultado ingresos provenientes de publicidad. El informe se basó tanto en documentación suministrada por el director de la Comisión Nacional de Televisión y Radio (“CNTR”) como en declaraciones de empresarios que habían contratado espacios publicitarios en Gala TV. En consecuencia, la compañía fue condenada a pagar € 51.000, en concepto de recargos y multas.

Como la compañía no cumplió con la decisión, las autoridades fiscales llevaron el caso ante los tribunales locales. Durante el proceso judicial, el abogado de la sociedad impugnó el dictamen fiscal y solicitó que el director de la CNTR y los empresarios que habían prestado declaración comparecieran a prestar testimonio sobre la información que habían proporcionado o las declaraciones que habían hecho. Sin embargo, esta petición fue rechazada por el Tribunal Administrativo, ya que consideró que no aportaba ninguna prueba relevante.

Por último, en marzo de 2008, el Tribunal Administrativo, fundándose en la documentación y en las declaraciones que figuraban en el dictamen fiscal, acogió las pretensiones del fisco contra la compañía en casi todos los puntos y condenó a esta a pagar alrededor de € 50.000.

La apelación en casación de la sociedad fue declarada inadmisibile en septiembre de 2008.

En consecuencia, la compañía interpuso un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos. En él, invocando el art. 6.1 y 3 *d*) de la Convención Europea de Derechos Humanos (derechos a un juicio justo y a obtener la citación y el interrogatorio de testigos), alegó que el proceso fiscal no había sido justo, ya que no había podido interrogar a los testigos cuyas declaraciones habían sido utilizadas en su contra.

2. Sentencia

A diferencia de los empresarios, el director de la CNTR no prestó ninguna declaración oral ni escrita durante el proceso fiscal. No obstante, ese funcionario tenía asimismo la condición de testigo en términos del art. 6.3 *d*) de la Convención, porque la información vinculada a la documentación que había proporcionado constituyó un elemento de prueba para las autoridades fiscales y para los tribunales. Además, cuando solicitó la citación del director de la CNTR, el abogado de la compañía expresó con claridad su intención de interrogarlo únicamente con respecto a los documentos presentados.

Por otro lado, no se planteó la cuestión de si habían existido motivos justificados para que el director de la CNTR o los empresarios no comparecieran, porque el Tribunal Administrativo consideró que la prueba que podrían haber aportado a través de sus testimonios no resultaba conducente. Sin embargo, ese órgano judicial se fundó en la prueba documental aportada por estos sujetos y en sus declaraciones para aceptar la validez de los cálculos efectuados por las autoridades fiscales en su dictamen y para determinar la deuda impositiva de la compañía. Por lo tanto, es posible concluir que la prueba aportada por ellos resultó decisiva en el proceso fiscal para la ulterior imposición de recargos impositivos. Asimismo, no se previó ninguna garantía procesal que permitiera compensar las dificultades provocadas a la sociedad por la imposibilidad de interrogar a los testigos.

En conclusión, el derecho de la compañía a interrogar al director de la CNTR y a los empresarios se vio restringido de manera irrazonable, en violación del art. 6.1 en conjunción con el art. 6.3 *d*) de la Convención.

Satisfacción equitativa (art. 41)

Armenia debe pagar a la compañía recurrente € 2.400 en concepto de daño moral y € 1.500 en concepto de costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Chap Ltd c. Arménie*, sentencia del 4-5-2017, en <[http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-173366"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)>.



DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA. SEGURIDAD DE LA TENENCIA. DIGNIDAD HUMANA (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: la Sra. Daniels, empleada doméstica y cabeza de familia, reside desde hace más de dieciséis años con sus hijos menores de edad en una vivienda situada en la finca *Chardonne Farm*, en calidad de ocupante en términos de la Ley de Ampliación de la Seguridad de la Tenencia (*Extension of Security of Tenure Act*, en adelante, Ley). La finca, ubicada en la localidad de Stellenbosch, es propiedad de Chardonne Properties CC y está a cargo del Sr. Scribante.

En lo que parece haber sido un ardid para expulsar a Daniels de la finca, en enero de 2014 Scribante eliminó la puerta y cortó el suministro de electricidad de la vivienda.

Daniels, entonces, solicitó una medida cautelar al Tribunal de Stellenbosch, a fin de que se ordenara la reparación y recolocación de la puerta y el restablecimiento del suministro de electricidad. Cuando Scribante también dejó de ocuparse del mantenimiento de la vivienda de Daniels, esta, nuevamente, solicitó a dicho tribunal que se declarara que ella era una ocupante en términos de la Ley; que la circunstancia de que Scribante no se ocupara del mantenimiento del techo de su vivienda –que, además, tenía filtraciones– y no mantuviera ni garantizara el suministro de electricidad comportaba una violación de su derecho a la dignidad humana. El Tribunal de Stellenbosch ordenó a Scribante que procediera a la reparación y al mantenimiento del techo y del suministro de electricidad, orden que este acató.

Después de realizados los trabajos de mantenimiento, Daniels envió a Scribante y a Chardonne Properties una misiva expresando su intención de hacer algunas mejoras básicas en su vivienda –financiadas por ella–, entre las que se contaban la nivelación del piso, la pavimentación de una parte del área exterior y la instalación de suministro de agua en el interior de la vivienda, así como un lavabo, una segunda ventana y el cielo raso. Para la realización de dichas obras, Daniels no solicitó el consentimiento de Scribante y Chardonne Properties ni recibió respuesta alguna a su misiva.

Después de que las obras hubieran comenzado, Daniels recibió una misiva de Scribante y Chardonne Properties en la que no otorgaban su consentimiento para la realización de mejoras fundándose en que los planos de la vivienda no habían sido presentados y las obras, por ende, resultaban ilegales. Daniels, entonces, recurrió nuevamente ante el Tribunal de Stellenbosch a fin de que se declarase su derecho a realizar las obras, invocando los arts. 5, 6 y 13 de la Ley. Asimismo, alegó que el derecho a residir en la vivienda acordado por la Ley incluye el derecho a realizar mejoras en la vivienda.

El Tribunal desestimó la solicitud afirmando que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley, Daniels no tenía derecho a realizar mejoras en su vivienda sin el consentimiento del propietario o de la persona a cargo.

Daniels, entonces, recurrió ante el Tribunal de Demandas relativas a Reclamos sobre Tierras (*Land Claims Court*) y ante el Tribunal Supremo de Apelaciones, los cuales desestimaron sus solicitudes. Entonces, apeló ante la Corte Constitucional de Sudáfrica.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto.

Las decisiones del Tribunal de Stellenbosch, del Tribunal de Demandas relativas a Reclamos sobre Tierras y del Tribunal Supremo de Apelaciones deben ser revocadas. Se declara que la recurrente tiene derecho a realizar las siguientes mejoras en su vivienda en *Chardonne Farm*, Stellenbosch: a) nivelación de los pisos; b) pavimentación de una parte del área exterior y c) instalación de suministro de agua en el interior de la vivienda, de un lavabo, una segunda ventana y el cielo raso. Se ordena a las partes a comprometerse seriamente a implementar las mejoras, en particular con respecto a: a) el horario en que los obreros llegarán y se retirarán de la finca; b) el movimiento de los obreros dentro de la finca; y c) la necesidad y aprobación de los planos de construcción para las obras.

La Ley fue aprobada con el fin de hacer efectivo el derecho garantizado en el art. 25(6) de la Constitución. Esta norma establece que una persona o una comunidad cuya tenencia de la tierra es jurídicamente insegura debido a antiguas leyes o prácticas de discriminación racial tiene derecho, con el alcance previsto en una ley sancionada por el Parlamento, a una tenencia jurídicamente segura y a una compensación equiparable a ella. La Ley de Ampliación de la Seguridad de la Tenencia otorga seguridad a la tenencia de las tierras que tienen las personas que residen en ellas pero que no son dueñas de las mismas y determina el alcance de los derechos otorgados a los ocupantes.

Ahora bien, los demandados niegan que la ocupante tenga derecho a realizar mejoras en su vivienda. Cabe, por ello, tener en cuenta el contexto histórico a fin interpretar la Ley.

La expropiación de tierras fue crucial durante el colonialismo y *el Apartheid*. En efecto, comenzó a implementarse tan pronto como se inició el asentamiento de los blancos, y sus primeras víctimas fueron los pueblos Khoi y San. Desde los primeros días de la colonización, se dictaron una serie de leyes, de las cuales la más infame fue la *Native Land Act*, luego llamada *Black Land Act*, cuyos efectos son bien conocidos por muchos sudafricanos. La misma dio lugar a que el 8% de la tierra de Sudáfrica fuera repartida para crear reservas para los africanos, quienes, en consecuencia, quedaron excluidos del resto del país, el cual, a su vez, fue destinado a la población minoritaria blanca. En 1936, de conformidad con lo establecido en la *Native Development and Trust Land Act*, la tierra que estaba a disposición de los africanos se incrementó en un 5%. Por consiguiente, el 80% de la población solo pudo acceder a un 13% de la tierra, mientras que menos de un 20% era propietaria de más del 80% de la tierra. Esta distribución de la tierra se perpetuó hasta el final del *Apartheid*.

Es indudable que el primer propósito fue destinar más tierras a los granjeros blancos. El segundo fue el empobrecimiento de los africanos mediante el despojo de sus tierras y la prohibición de poseer explotaciones agrícolas que les permitieran ser autosuficientes, de manera tal que para sobrevivir dependieran de un empleo, creando así mano de obra barata para las fincas y las minas de los blancos. El tercero fue la implementación de la política de segregación racial que tuvo grandes proporciones durante la era del *Apartheid*.

La *Black Land Act* cumplió su finalidad de forzar a los africanos a dejar sus tierras y de conducirlos a las fincas, minas y demás industrias de los blancos. Por otra parte, la creación de una serie de impuestos —como los impuestos a la propiedad— generó la necesidad de tener dinero en efectivo que solo podía obtenerse trabajando para los blancos y no por la venta de ganado.

El despojo de las tierras no solo afectó a los africanos, sino también a la población india y “de color”. El gobierno del *Apartheid* utilizó la *Group Areas Act* para completar la política de segregación racial mediante la remoción de personas “de color”, de indios y chinos de las denominadas zonas blancas.

El *Apartheid* procuró desligar a los africanos de su ciudadanía sudafricana. De acuerdo con su política, los africanos debían ser ciudadanos de los denominados “*homelands*”, lo cual trajo como consecuencia que ellos fueran titulares de diversas

formas precarias de tenencia de la tierra dentro de lo que era la “Sudáfrica propiamente dicha”. Esto significaba que, a lo largo y ancho del país, los africanos eran extranjeros en su propio país. En los campos –tal como se evidencia en el presente caso– su residencia era particularmente precaria porque eran sometidos a desalojos arbitrarios. Como es evidente, no podían manifestarse sobre las condiciones en que vivían en los campos, aunque estas fueran deplorables. Su vida carecía de dignidad humana.

Lamentablemente, aun en la actualidad, en la sociedad sudafricana los más pobres continúan conservando sus hogares en virtud de la protección de la Ley. Además, es indudable que estos ocupantes constituyen un grupo vulnerable, sujeto a un maltrato indecible y ello es especialmente cierto en el caso de las mujeres.

En este contexto, abordar el análisis del art. 25(6) de la Constitución y de la Ley no solo tiene por objeto asegurar la tenencia de los ocupantes, sino también concederles un nivel de dignidad del que careció la mayoría de ellos durante el régimen colonial y el *Apartheid*. Por ello, es necesaria una interpretación de dichas normas que más favorezca a este noble propósito.

Es preciso determinar si los derechos establecidos en la ESTA incluyen el derecho a realizar mejoras. El art. 5(a) de esta ley dispone que “[s]ujeto a las limitaciones razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, en la igualdad y en la libertad, un ocupante, un propietario y una persona a cargo tendrán derecho a... la dignidad humana”. Asimismo, el art. 6(1) determina que “[c]on sujeción a las disposiciones de esta ley, un ocupante tendrá derecho a residir y utilizar la tierra en que residió y que utilizó a partir del 4 de febrero de 1997 y tendrá acceso a los servicios que había acordado con el propietario o con la persona a cargo, tanto expresa como tácitamente”.

Ahora bien, los demandados sostienen que el art. 25(6) otorga a un ocupante los derechos establecidos en la Ley, pero que ninguno de dichos derechos es el que Daniels reclama. En efecto, el art. 25(6) no determina que un ocupante tiene derecho a realizar mejoras para que su vivienda cumpla con un estándar que la haga apta para la residencia humana. Sin embargo, el asunto no puede concluir aquí.

Es correcto el argumento de los demandados cuando dicen que, en términos del art. 25(6) de la Constitución, un ocupante goza de los derechos establecidos en la Ley. La cuestión a determinar mediante una interpretación adecuada de la Ley radica en si el derecho reclamado por Daniels existe.

La pretensión de los demandados se centra únicamente en los derechos de un ocupante consagrados en la Ley e ignora todo lo demás, a saber, el contexto, el fin que persigue la norma y el art. 39(2) de la Constitución. Esa interpretación del art. 6 es demasiado restrictiva. En efecto, parte del contexto se funda en el art. 5 de la Ley –ignorado por los demandados–, que determina que los ocupantes gozan de ciertos derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la dignidad humana. Según la interpretación que proponen los demandados, los ocupantes podrían vivir en condiciones que vulneran el derecho a la dignidad y carecer de un recurso para hacerlo valer. Semejante situación es inaceptable. ¿Cómo interpretan los demandados la necesidad que un ocupante tiene de vivir en condiciones humanamente dignas? Lo cierto es que ni siquiera la tienen en cuenta y esto vulnera los derechos del ocupante consagrados en el art. 5 de la Ley.

Ahora bien, en términos del art. 6(1) de la ESTA, el ocupante goza del derecho de residir y de hacer uso de la tierra en cuestión. Un ocupante que vive en un inmueble en la más deplorable de las condiciones, “reside” efectivamente en esa propiedad. ¿Es ese el derecho otorgado por la Ley? Definitivamente no. El derecho del ocupante de residir en la vivienda debe estar en consonancia con los derechos fundamentales a que alude el art. 5, en particular, con el derecho a la dignidad humana. Sin embargo, la ocupación no implica solamente un techo sobre la cabeza del ocupante. Es más que eso. Se trata de una ocupación humanamente digna y establecida en términos del art. 5.

La Ley prevé un procedimiento para los desalojos cuidadosamente delineado, que se lleva a cabo bajo control judicial. La negación de la existencia del derecho reclamado por Daniels puede involuntariamente derivar en un desalojo que sería consecuencia directa de la intolerabilidad de las condiciones de la vivienda. Este “desalojo” podría tener lugar fuera del marco del procedimiento de desalojo cuidadosamente concebido y vaciaría de contenido la idea de seguridad de la tenencia. Al igual que el concepto de residir, la seguridad de la tenencia requiere que la vivienda sea habitable. A su vez, ello comporta la posibilidad de realizar cualquier mejora razonablemente necesaria para alcanzar esa condición. Una vivienda inhabitable no sirve de nada. En efecto, si a un ocupante se le niega la habitabilidad de su vivienda, se lo obliga a abandonarla y elimina el fundamento mismo de su modo de vivir. En efecto, si se le quita el hogar, que es el centro de la seguridad de la tenencia, el modo de vida de un ocupante se desintegra comportando una ofensa a su dignidad humana. Por consiguiente, permitir que un ocupante, como en el caso *sub examine*, haga mejoras en su vivienda, tiene la doble finalidad de hacer que la vivienda cumpla los estándares exigidos por la dignidad humana y evitar la indignidad que el ocupante podría sufrir como consecuencia del abandono de su vivienda.

Los demandados alegan, por otra parte, que si la Corte determinara que un ocupante tiene derecho a realizar mejoras para que su vivienda cumpla con los estándares constitucionales, impondría una obligación positiva a la persona a cargo o al propietario para asegurar que el ocupante goce del derecho establecido en el art. 25(6). Esta obligación indirecta emana de lo establecido en el art. 13 de la Ley, el cual autoriza a un tribunal a ordenar a una persona a cargo o a un propietario el pago de una compensación por las mejoras realizadas por un ocupante luego del desalojo del mismo.

Con respecto al argumento de las obligaciones positivas y negativas, el art. 8(2) de la Constitución establece que “[u]na disposición prevista en la Declaración de Derechos es vinculante para una persona natural o jurídica si resulta aplicable, y en la medida en que lo sea, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho y de cualquier deber impuesto por el reconocimiento de este derecho”. Si bien el derecho que aquí interesa está consagrado en la Ley, su verdadera fuente es el art. 25(6) de la Constitución, incluido en la Declaración de Derechos. Por ello, es dable llegar a la conclusión de que los particulares en el caso *sub examine* efectivamente deben asumir una obligación positiva.

Por su naturaleza misma, el deber que impone el derecho a la seguridad de la tenencia, tanto en su forma positiva como negativa, recae sobre los particulares.

Los particulares están obligados positivamente por el art. 25(6) de la Constitución y por la Ley a alojar a otra persona en su tierra. La obligación en cuestión también es negativa, en el sentido de que no se debería ejercer ninguna injerencia indebida en el derecho del ocupante. Con esto, el derecho de Daniels incluye la realización de mejoras en su vivienda, que resultan necesarias para gozar de condiciones de vida humanamente dignas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso CCT 50/16, *Daniels v. Scribante and Another*, sentencia del 11-5-2017, en <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2017/13.html>>.



DERECHOS POLÍTICOS. PARTIDOS POLÍTICOS. PARTIDO NACIONAL DEMÓCRATA DE ALEMANIA (NPD). PROHIBICIÓN (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el Partido Nacional Demócrata de Alemania (NPD, por sus siglas en alemán) propone la abolición del actual régimen fundamental de libertad y democracia, y la sustitución del orden constitucional existente por un Estado nacional autoritario que adhiera a la idea de una “comunidad del pueblo” definida en términos étnicos. Su ideología política desdeña la dignidad humana y resulta incompatible con los principios de la democracia. Por otra parte, el NPD actúa en forma sistemática y con suficiente persistencia a fin de lograr sus objetivos dirigidos contra las bases del régimen democrático.

La Cámara Alta del Parlamento Federal promovió una demanda tendiente a que se declare inconstitucional al NPD y a sus sub-organizaciones en razón de lo dispuesto por el art. 21.2 de la Ley Fundamental (LF).

2. Sentencia: se rechaza por infundada la demanda promovida por la Cámara Alta del Parlamento Federal.

2.1. La solicitud de prohibir el NPD resulta admisible. No se ha violado la rigurosa exigencia de que no haya informantes en los niveles directivos del partido ni la garantía del debido proceso, lo que impediría la consecución del trámite de este proceso. La Cámara peticionante ha demostrado en forma convincente a este Tribunal que todos los informantes de la policía en los niveles directivos del NPD ya habían sido desactivados para cuando se anunció la intención de hacer una presentación a fin de solicitar la prohibición del NPD, y no ha habido ningún seguimiento tendiente a la obtención de información. También puede presumirse que la estrategia procesal del NPD no ha sido objeto de espionaje por parte de los servicios de inteligencia y que se han adoptado suficientes precauciones destinadas a garantizar que la información incidentalmente obtenida mediante la vigilancia del NPD no se use en perjuicio de dicho partido.

2.2. La peticionante, fundándose en el art. 21.2 LF en conjunción con el art. 43 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*), solicita

que se declare al NPD inconstitucional porque procura, en razón de sus fines o del comportamiento de sus adherentes, socavar el régimen fundamental de libertad y democracia. Esta pretensión debe ser ponderada conforme a los siguientes estándares:

2.2.1 La noción de régimen fundamental de libertad y democracia con el alcance dado en el art. 21.2 LF abarca los principios básicos fundamentales absolutamente indispensables en un Estado constitucional libre. La dignidad humana (art. 1.1 LF) es la base misma del régimen fundamental de libertad y democracia, y abarca en su seno, en particular, la protección de la individualidad, identidad e integridad personal, así como la igualdad fundamental ante la ley. Las ideologías que defienden la discriminación racial resultan incompatibles con estas garantías. Más allá de eso, también son elementos constitutivos del régimen fundamental de libertad y democracia la posibilidad de una igual participación de todos los ciudadanos en el proceso de formación de una opinión pública informada en materia política y el ejercicio del poder estatal atribuible a –o proveniente del– pueblo (art. 20, incs. 1 y 2 LF). En todo Estado de derecho, esto importa el ejercicio del poder público sujeto al imperio de la ley, el control por parte de tribunales independientes de ese cumplimiento y el monopolio del Estado en el uso de la fuerza pública.

2.2.2. El concepto de “abolir” (*beseitigen*) con el alcance dado en el art. 21.2 LF describe la abolición de al menos uno de los elementos constitutivos del régimen fundamental de libertad y democracia, o la sustitución de dicho orden por otro orden constitucional o por otro sistema de gobierno. Se puede presumir que la pauta de “eliminación” o “debilitamiento” (*beeinträchtigen*) en el sentido del art. 21.2 LF se alcanza cuando el partido, conforme a su ideario político, amenaza en forma evidente uno de los elementos constitutivos del régimen fundamental de libertad y democracia.

2.2.3. La determinación de si un partido político busca debilitar o abolir el régimen fundamental de libertad y democracia debe surgir de los fines o del comportamiento de sus adherentes. Los fines perseguidos por un partido constituyen la encarnación de lo que (abierta o subrepticamente) este pretende lograr en la esfera política. “Adherentes” son todas las personas que apoyan la causa de un partido y profesan su lealtad aun cuando no sean miembros del mismo. En general, las actividades de los líderes partidarios y de sus más altos funcionarios (incluyendo a los de sus sub-organizaciones), así como las declaraciones realizadas en publicaciones del partido son atribuibles a este. Las declaraciones y los actos de los otros miembros que forman las bases del partido o de los adherentes que no pertenecen al mismo, en cambio, solo lo son si su comportamiento expresa claramente la voluntad política del partido (en general, si refleja una tendencia fundamental existente en el partido, o si este ha adoptado expresamente esa conducta).

2.2.4. La prohibición de un partido político requiere que este busque (*darauf ausgehen*) debilitar o abolir el régimen fundamental de libertad y democracia. No constituye una vía para prohibir la libertad de opinión ni una

ideología. Antes bien, para tomar esta decisión es necesario que el partido haya ido más allá de su compromiso con objetivos anticonstitucionales excediendo el umbral de lo que constituye una verdadera lucha contra el régimen fundamental de libertad y democracia. Este estándar se satisface cuando el partido defiende activa y sistemáticamente sus fines y actúa en aras de debilitar o a abolir el régimen fundamental de libertad y democracia. Sin embargo, no se requiere que el accionar del partido importe un riesgo específico a los intereses jurídicos protegidos por el art. 21.2.1 LF. No obstante, sí se exige la existencia de indicios específicos y de peso que al menos sugieran la posibilidad de que las actividades del partido vayan a ser (potencialmente) exitosas. Si, por el contrario, el accionar de un partido ni siquiera sugiere que puede lograr sus objetivos anticonstitucionales, no resulta necesario proteger preventivamente a la Constitución a través de su prohibición. Por lo tanto, esta Sala del Tribunal Constitucional Federal no adhiere a la solución divergente que se propugnó en la sentencia que prohíbe el Partido Comunista de Alemania (KPD, por sus siglas en alemán), conforme a la cual la circunstancia de que no resulte posible que el partido pueda lograr su objetivo inconstitucional en un futuro previsible no constituye un impedimento para prohibirlo (Tribunal Constitucional Federal, caso *BVerfGE* 5, 85).

2.2.5. El art. 21.2 LF no permite presumir que existan otros estándares (no escritos). El principio de proporcionalidad no se aplica en procesos vinculados a la prohibición de partidos políticos, ni la semejanza que, en su esencia, tenga un partido con el nacionalsocialismo constituye un estándar sustitutivo al establecido en el art. 21.2 LF. No obstante, dicha similitud puede de hecho ser un indicio de que un partido esté persiguiendo la consecución de fines anticonstitucionales.

2.3. Ponderada conforme a estos estándares, la solicitud de prohibir el NPD resulta infundada.

2.3.1. El objetivo político del NPD es el de suprimir el régimen fundamental de libertad y democracia.

2.3.1.1. El concepto de “pueblo” (*Volk*) defendido por el NPD viola la dignidad humana. Niega a las personas el derecho al respeto que deriva de la dignidad humana y conduce a la denegación de la igualdad fundamental ante la ley en perjuicio de aquellos individuos no incluidos dentro de la definición etnicista de “comunidad del pueblo” (*Völkergemeinschaft*) que introduce el NPD. La ideología política de este partido está dirigida a segregar y a menospreciar a ciertos grupos sociales (extranjeros, inmigrantes, minorías religiosas, entre otros) y a privarlos, en gran parte, de la mayoría de sus derechos.

2.3.1.2. Más aún, el NPD desprecia el régimen fundamental de libertad y democracia derivado del principio democrático. Un Estado nacional caracterizado por la “unidad de pueblo y Estado” tal como lo define el NPD, por una cuestión de principios, no deja lugar a la participación de los alemanes no étnicos en el proceso de formación de una opinión pública informada en materia política. Esta tesis

contradice el derecho a igual participación de todos los ciudadanos en la formación de la opinión política pública, que tiene sus raíces en el núcleo de los derechos humanos que se refleja en el principio democrático. Por otra parte, el NPD también propone abolir el actual sistema de representación parlamentaria y reemplazarlo por un Estado nacional que adhiera a la concepción del *Volksgemeinschaft*.

2.3.1.3. Las características del NPD se asemejan a las del nacionalsocialismo. Su concepción de *Volksgemeinschaft*, su postura fundamentalmente antisemita y su menosprecio hacia el orden democrático existente revelan un claro paralelismo con el nacionalsocialismo. Por otra parte, su proclamada identificación con líderes del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NSDAP, por sus siglas en alemán), su uso de un vocabulario selectivo y de textos, canciones y símbolos nacionalsocialistas, así como las declaraciones revisionistas que realiza en relación con la historia, demuestran una afinidad de al menos algunos de los aspectos relevantes del NPD con el modo de pensar nacionalsocialista. Esta similitud en cuanto a sus características confirma su desprecio por el régimen fundamental de libertad y democracia.

2.3.2. Sin embargo, una circunstancia que obsta a la prohibición del NPD es que no se encuentra satisfecho el elemento “buscar” (*darauf ausgehen*) conforme al alcance dado en el art. 21.2.1 LF. Si bien el NPD realmente profesa su compromiso con fines dirigidos contra el régimen fundamental de libertad y democracia y actúa sistemáticamente en aras de su realización –razón por la cual sus actos constituyen una preparación calificada para la abolición del régimen fundamental de libertad y democracia que intenta–, lo cierto es que no existen indicios específicos y de peso que sugieran que el NPD vaya a lograr alcanzar sus fines anticonstitucionales. Tampoco se observa una posibilidad de que logre cumplir estos objetivos en el marco de una participación en la formación de opiniones políticas (v. **2.3.2.1** *infra*) ni resulta suficientemente discernible que exista una tentativa –atribuible al NPD– de alcanzar esos objetivos socavando la libertad de participar en la formación de la opinión política pública (v. **2.3.2.2** *infra*).

2.3.2.1. Parece absolutamente imposible que el NPD vaya a lograr cumplir con sus objetivos por vías democráticas parlamentarias o extraparlamentarias.

En el ámbito parlamentario, el NPD no tiene ninguna posibilidad de lograr una mayoría propia en las elecciones ni la alternativa de crear su propio campo de acción formando parte de coaliciones. A nivel supra-regional, actualmente solo tiene un representante en el Parlamento Europeo. Los resultados que este partido ha obtenido en las elecciones para cubrir escaños en el Parlamento Europeo y en el Parlamento Federal alemán están estancados en un nivel bajo. En más de cincuenta años de existencia, el NPD nunca ha logrado estar representado en un parlamento estadual alemán en forma permanente. No hay indicios que sugieran que esta situación vaya a variar en el futuro. Por otra parte, los otros partidos con representación en el Parlamento Federal y en los parlamentos estadales hasta ahora no han estado dispuestos a integrar coaliciones con el NPD ni a siquiera ocasionalmente cooperar con él. Pese a tener representación en las legislaturas locales, no pareciera que este

partido ejerza o vaya a ejercer en un futuro una influencia determinante en la formulación de opiniones políticas dentro de dichos órganos de representación.

En un futuro previsible, el NPD tampoco tiene ninguna posibilidad de perseguir con éxito la consecución de sus fines anticonstitucionales mediante el recurso a mecanismos democráticos fuera de su accionar parlamentario a través de la participación en el proceso de formulación de políticas públicas. Por el contrario, el bajo nivel de organización del NPD –de tendencia decreciente–, su limitada capacidad para hacer campañas y la circunstancia de que solo tenga una llegada marginal en la sociedad impiden que ejerza una influencia perdurable en la formación de opiniones políticas fuera del ámbito parlamentario. Tiene menos de 6000 miembros y esto limita considerablemente sus posibilidades de acción. No pareciera que el partido pueda compensar sus deficiencias estructurales y su llegada marginal en la sociedad con sus actividades vinculadas con relaciones públicas ni con la implementación de otras estrategias en el marco de su “trabajo revolucionario nacional desde las bases”. Tampoco se ha acreditado que el NPD haya logrado un nivel relevante de respaldo adicional a sus objetivos anticonstitucionales a través de sus políticas en materia de asilo y extranjeros. Fuera de cooperaciones ocasionales, tampoco ha logrado aumentar su llegada en la sociedad mediante la creación de redes de extrema derecha bajo su dirección.

2.3.2.2. Por otra parte, no existen indicios específicos y de peso que sugieran que el NPD exceda los límites del enfrentamiento político admisible entre opiniones de un modo que satisfaga el criterio de “buscar”. Carece de capacidad para cumplir con su aspiración de dominar determinados círculos sociales a un nivel que resulte relevante. El pequeño pueblo de Jamel –la mayoría de cuya población es neonazi– constituye un caso especial que no puede ser generalizado. No se han hallado otros ejemplos de que el partido haya logrado con éxito poner en práctica sus intentos de dominio territorial. (Aún) no puede inferirse de los casos específicos descriptos en las actuaciones que el NPD revele una tendencia fundamental a defender sus fines anticonstitucionales por medios violentos o mediante la comisión de delitos. Finalmente, no existen en el presente ni en relación con un futuro próximo suficientes indicios que sugieran que el partido cree una atmósfera de temor que socave en forma patente la libertad en el proceso de formación de las opiniones políticas. Resulta innegable que el NPD, mediante el comportamiento intimidante o criminal de sus miembros o adherentes, pueda ocasionalmente generar una comprensible preocupación en lo que hace a la libertad en el proceso político o incluso temor a ataques violentos, pero esto no alcanza el umbral establecido por el art. 21.2 LF. La intimidación y las amenazas, así como la generación de riesgos de violencia se deben contrarrestar con los medios que proveen las normas de policía preventiva y las leyes penales represivas, a fin de proteger efectivamente la libertad en el proceso político así como a las personas afectadas por el accionar del NPD.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 2 BvB 1/13, sentencia del 17-1-2017, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/01/bs20170117_2bvb000113.html>.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. ESTÁNDARES MÍNIMOS DE SALUBRIDAD. **DERECHO AMBIENTAL.** DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO. DERECHO AL AGUA. DERECHO A LA SALUD. **ACCIÓN POPULAR.** PROCEDENCIA. **ACCIONES DE CLASE.** DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA QUE TIENEN POR OBJETO INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: los actores Claudia Yucra Flores –Directora–, Jesús Mamani Ventura –Presidente de la Junta Escolar– y Tomas Cala Pinaya –padre de familia–, todos de la Unidad Educativa Defensores del Acre Nivel Inicial y Primario, interpusieron un acción popular contra Luis Gatty Ribeiro Roca, Alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Cobija, debido a que, por la falta de atención de este último, los alumnos de dicha unidad educativa se encuentran en peligro en razón del “... MEDIO AMBIENTE donde actualmente desarrollan sus actividades”, condiciones que generaron preocupación y que le fueron oportunamente comunicadas mediante diversas notas, solicitándole mobiliario para las aulas, haciéndole conocer la crítica situación de la infraestructura del colegio, la falta de basureros en cada curso, la existencia de un criadero de mosquitos originado por la inconclusa construcción de una piscina en actual estado de abandono, la carencia de agua potable y el deterioro de baños, que ha ocasionado un foco de infección, sin que las peticiones obtuvieran respuesta. Adjuntaron una lista de necesidades confeccionada por profesores de dicha unidad educativa, en la que señalaban la inexistencia de ventiladores en buenas condiciones –lo que afectaba el rendimiento de los alumnos–, el mal estado de las pizarras, la falta e inadecuación de sillas para los niños del nivel inicial y primario, el mal estado de la conexión de agua potable –que provocaba fugas, generando mal olor por las aguas estancadas–, el no funcionamiento de las cámaras de vigilancia, la falta de mantenimiento de la cámara séptica –que producía mal olor y que tenía canaletas en las que se habían producido accidentes–, la mala ubicación de los basureros, el estado inconcluso de una piscina y el deterioro de los baños, a lo que se sumaba la inexistencia de un portero.

Fundaron su acción en la violación a su derecho al medio ambiente, citando al efecto los arts. 33, 34 y 302 de la Constitución Política del Estado (CPE). Solicitaron que se conceda la tutela, así como la adopción de medidas para corregir los problemas mencionados.

La Jueza Pública Civil y Comercial Tercera del departamento de Pando, constituida en jueza de garantías, denegó la tutela solicitada, bajo los siguientes fundamentos: a) el art. 68 del Código Procesal Constitucional (CPCo) establece quiénes pueden interponer la acción popular, refiriéndose a derechos colectivos relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública y medio ambiente reconocidos constitucionalmente; b) la parte accionante denunció la vulneración del derecho al medio ambiente y manifestó los requerimientos para la Unidad Educativa Defensores del Acre, señalando además la vulneración del derecho al agua y a la salud; c) los accionantes señalaron actuar en su carácter de Directora, Presidente de la Junta Escolar y padre de familia de la indicada unidad educativa, quienes si bien no presentaron ningún documento que acredite su representación, actuaron en representación de dicha unidad educativa en la que funcionan tres

turnos y cada uno de ellos tiene una Junta Escolar propia y su respectivo Director, sin que estos hubieran presentado reclamo alguno; d) el concepto de medio ambiente, como un sistema del cual forma parte el hombre, enfatiza el equilibrio y la sanidad medioambiental, que debe existir para garantizar su preservación en el tiempo, caso contrario se pone en riesgo su integridad y la vida de los seres humanos, al formar parte de la cadena biológica preexistente; e) la Norma Suprema, al referirse a los derechos sociales y económicos, reconoce el derecho al medio ambiente en su art. 33, que también constituye un deber conforme al art. 108.16 de la CPE, quedando reconocida la obligación del Estado de garantizar la existencia de un medio ambiente sano, equilibrado y conservado, para asegurar un aprovechamiento sostenible para las presentes y futuras generaciones, quienes, como titulares solidarios del interés difuso a gozar de un medio ambiente adecuado y sustentable, tienen a su alcance un mecanismo de defensa constitucional para asegurar el efectivo ejercicio del derecho constitucional aludido, cual es la acción popular; f) la jurisprudencia constitucional hace entender que no se trata de una infraestructura, como equivocadamente se ha planteado en la presente acción tutelar, no se refiere a un ambiente o ambientes correspondientes a los cursos o ambientes donde los niños desarrollan sus actividades, donde falten muebles, las pizarras estén deterioradas, no tengan agua o las canaletas estén en mal estado; g) en audiencia, no se demostró la vulneración del derecho al medio ambiente de manera que la obligación del Estado hubiera sido incumplida por el alcalde del municipio de Cobija; h) la denuncia de la parte accionante de afectación a la salud en relación con el agua y alcantarillado, entre otros requerimientos, como ventiladores o aires acondicionados, no corresponde a una acción popular, pero además, de la prueba aportada inherente a fotografías, solamente surge el mal estado de los muebles y una piscina a medio construir y sin agua, sin que conste reclamo alguno dirigido al ente municipal por algún brote de chikyngunya, dengue o zika; sin embargo, aquello no se mencionó como una vulneración al derecho a la salud; e i) la lesión del derecho al medio ambiente no corresponde, porque en realidad se reclaman cuestiones relacionadas con el agua, equipamiento del colegio, alcantarillado e incluso una portera, que si bien son derechos e intereses de un grupo, no encuentran protección en la acción popular, ya que no existe un interés común, colectivo o difuso, sino un interés individual como es el acceso universal y equitativo a los servicios básicos y a la salud.

2. Sentencia: se confirma la resolución de la Jueza Pública Civil y Comercial Tercera del departamento de Pando; en consecuencia, se deniega la tutela solicitada.

2.1. Los accionantes denuncian la lesión al derecho al medio ambiente, ya que habiendo solicitado al Gobierno Autónomo Municipal de Cobija mobiliario y comunicado los riesgos existentes para la salud y seguridad de los estudiantes debido al estado de la infraestructura de la Unidad Educativa Defensores del Acre, no recibieron respuesta alguna, denotando falta de interés por la autoridad demandada para atender la situación y condiciones en las que se encuentra dicho establecimiento educativo. En consecuencia, corresponde determinar en revisión si los hechos demandados son evidentes, a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

2.2. La acción popular procede contra: “...todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”. En ese orden, en la sentencia 0237/2014-S3, este Tribunal ha sostenido que: “...a partir de la SC 1977/2011-R se entendió que en el ámbito de protección de la acción popular estaban incluidos los intereses y derechos colectivos y también los intereses y derechos difusos, pese a que estos últimos no estaban incluidos expresamente en la norma constitucional. También aclaró que los intereses de grupo o derechos individualmente homogéneos no encuentran protección en la acción popular, puesto que en esos casos, no existe un interés común –colectivo ni difuso–, sino un interés individual que, en todo caso, podrá ser tutelado a través de la acción de amparo constitucional, previa unificación de la representación. Asimismo, hizo referencia a que la Constitución Política del Estado, a través de una cláusula abierta, permitirá la integración de otros derechos similares a partir del bloque de constitucionalidad y el Derecho Internacional de Derechos Humanos”. En esta línea de razonamiento, se ha concluido que “[e]n ese sentido, se puede colegir que los derechos o intereses colectivos en sentido estricto y los derechos o intereses difusos que en esencia son transindividuales e indivisibles y necesariamente requieren una solución unitaria y uniforme, son tutelables por la acción popular, mientras que los derechos o intereses individuales homogéneos al tratarse de derechos subjetivos donde se busca el resarcimiento no se tutelan a través de la acción popular, puesto que en el derecho comparado se protegen por las acciones de grupo (Colombia) donde la sentencia determinará diferentes grados de afectación y de reparación económica” (SCP 0176/2012).

2.3. Los accionantes denuncian la vulneración de su derecho invocado en la presente acción tutelar, por el riesgo que corren sus hijos y alumnos de la Unidad Educativa Defensores del Acre Nivel Inicial y Primario debido a las condiciones precarias en las que se encuentra la infraestructura de dicho establecimiento educativo, la falta de mobiliario para las aulas, la carencia de agua potable, el deterioro de baños y la existencia de un criadero de mosquitos en el agua retenida de una piscina cuya construcción quedó en el abandono, hechos que si bien comunicaron al Gobierno Autónomo Municipal de Cobija, no merecieron respuesta ni atención alguna.

Es inherente a la naturaleza jurídica de la acción popular “todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza” reconocidos por la Constitución Política del Estado, ámbito de protección que fue ampliado jurisprudencialmente mediante la SCP 1977/2011-R a los intereses y derechos difusos, a saber, en cuanto a derechos e intereses relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Norma Suprema, cobertura de tutela que amerita la necesaria verificación de correspondencia entre los hechos expuestos por la

parte accionante, el derecho cuya vulneración se denuncia –que resulta ser el derecho al medio ambiente– y su contenido esencial.

2.4. Sin tomar en cuenta la naturaleza jurídica de la acción popular, los accionantes señalan que sus hijos y alumnos de dicha unidad educativa se encuentran en riesgo debido a las precarias condiciones de la infraestructura en la que desarrollan sus actividades educativas cotidianas, describiendo las carencias y necesidades de las que adolecen e identificando a la autoridad hoy demandada como responsable de la falta de atención de sus urgentes requerimientos; además, advierten una amenaza a la salud de las niñas y los niños de dicho establecimiento por la presencia de mosquitos debido a la inconclusa construcción de una piscina, y finalmente mencionan la falta de una portera. En ese sentido, de la relación de antecedentes expuestos por la parte accionante, se observa que los supuestos fácticos no tienen relación alguna con los derechos colectivos y difusos objeto de protección mediante la acción popular, por cuanto los reclamos que se formulan tienen que ver con la provisión de bienes, activos y requerimientos para la citada unidad educativa, es decir que están vinculados con intereses individualmente homogéneos o de grupo que no son tutelables a través de la actual acción de defensa conforme lo prevé el art. 135 CPE y la jurisprudencia constitucional ya expuesta. Lo propio ocurre respecto al suministro de agua, la presencia de mosquitos y la falta de aseo en la indicada unidad educativa, porque los hechos denunciados no reúnen la característica de ser derechos e intereses colectivos ni difusos, motivo por el cual corresponde denegar la tutela solicitada. En consecuencia, la jueza de garantías, al denegar la tutela impetrada, obró correctamente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, acción popular interpuesta por Claudia Yucra Flores, Jesús Mamani Ventura y Tomas Cala Pina-ya, todos de la Unidad Educativa Defensores del Acre Nivel Inicial y Primario c. Luis Gatty Ribeiro Roca, Alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Cobija, sentencia 0940/2016-S3 del 8-9-2016, en <[https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(3vgl45tjih2jb4h-vaukft5d\)\)/WfrFechaResolucion.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(3vgl45tjih2jb4h-vaukft5d))/WfrFechaResolucion.aspx)>.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. RÉGIMEN DE ASISTENCIA. CONDICIÓN DE REGULARIDAD. ALCANCE. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PADRES POR INOBSERVANCIA DEL RÉGIMEN (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el art. 444(1) de la Ley de Educación (*Education Act*) de 1996 dispone que si un niño en edad de escolarización obligatoria “no asiste regularmente” a la escuela en la cual está inscripto como alumno, sus padres incurrir en un delito. La cuestión principal de este recurso radica en determinar el alcance del término “regularmente”, que tiene al menos tres posibles acepciones en esta disposición: puede significar (a) a intervalos regulares; (b) con suficiente frecuencia; o (c) conforme a la reglamentación.

Platt solicitó al director de la escuela permiso para retirar a su hija dentro del período escolar para llevarla de vacaciones. El director rechazó la solicitud de Platt,

quien, de todos modos, decidió llevar a su hija de vacaciones según lo planeado, causando con ello que la misma perdiera siete días escolares en abril de 2015. A su regreso, Platt recibió un aviso por el que se le notificaba que tenía que pagar una multa. Platt no pagó la multa y fue procesado ante el tribunal de condado de la Isla de Wight. Los jueces de este tribunal resolvieron que Platt debía ser absuelto sin necesidad de armar su defensa, porque su hija había asistido a la escuela el 90,3% del año académico transcurrido hasta ese momento.

El Concejo Deliberante de la Isla de Wight apeló la decisión y cuestionó si los jueces intervinientes en el proceso tenían la facultad de tomar en cuenta la asistencia de la niña fuera del período de inasistencia en cuestión. El tribunal de apelaciones (*Divisional Court*) resolvió que los jueces *a quo* no habían incurrido en un error al hacerlo, pero dejó sentada una cuestión jurídica de interés público relacionada con el alcance de la expresión “no asiste regularmente” en términos del art. 444(1).

2. Sentencia: se hace lugar en forma unánime al recurso y se declara que el término “regularmente” significa “conforme a la reglamentación prevista en la escuela”.

Los antecedentes de la ley previa al art. 444(1) de la Ley de Educación de 1996 revelan que, antes de 1944, ya era un hecho arraigado en la sociedad el que podía incurrirse en el delito de hacer faltar a un niño a la escuela sin una justificación razonable con tan solo una ausencia. La Ley de Educación de 1944 reemplazó el concepto de “justificación razonable” por una enumeración taxativa de circunstancias en las cuales la inasistencia era permitida, y dispuso que se incurriría en delito cuando un niño no asistiera a la escuela “regularmente”. Esta disposición fue reproducida en la Ley de Educación de 1993 y en la actualidad se encuentra plasmada en el art. 444(1) de la ley de 1996. El régimen de notificación de la imposición del pago de una multa constituye una alternativa al procesamiento inmediato y ofrece a los padres la oportunidad de evitar ser declarados culpables en una sentencia condenatoria cumpliendo con la sanción pecuniaria.

La cuestión que debe resolver esta Corte radica en determinar el alcance del término “regularmente” que el Parlamento le atribuyó cuando sancionó el art. 444(1). Claramente, no significa “a intervalos regulares”, ya que esto implicaría que la asistencia a la escuela una vez por semana sería regular, si bien la reglamentación exige una asistencia diaria. “Con suficiente frecuencia” fue el alcance dado en algunos casos anteriores y en las sentencias de los tribunales inferiores intervinientes en este caso. Sin embargo, existen varias razones para creer que este no fue el significado que quiso atribuir el legislador en 1944 o en 1996:

- La asistencia escolar es obligatoria y existen normas que establecen cuándo debe observarse.
- El objetivo de la ley de 1944 fue ampliar el ámbito y la repercusión de la educación pública obligatoria, por lo que resulta inverosímil sugerir que la intención del legislador fuera flexibilizar la obligación previa que tenían los padres de garantizar la asistencia de sus hijos a la escuela.
- En 1944, las medidas se tornaron más rigurosas, y la flexibilidad inherente a una “justificación razonable” fue eliminada.

- La excepción que contemplaba la inasistencia de un día por motivos religiosos conforme al art. 444(3) no sería necesaria, a menos que, de lo contrario, la misma equivaliera a no asistir en forma regular.

- Las disposiciones previstas para padres que tienen una actividad comercial o negocio itinerante no sugieren que el alcance del término “regularmente” fuera una cuestión de hecho y grado.

- Un alumno pupilo no asiste regularmente en términos del art. 444(7) si se ausenta de la escuela sin permiso en cualquier momento del año escolar, y no existe motivo alguno para exigir el 100% de asistencia a los alumnos pupilos y no a los alumnos que no lo son.

- Esta interpretación resulta demasiado vaga para fundamentar un delito penal. En general, los padres no podrían dilucidar cuándo retirar a su hijo de la escuela configura un delito penal.

- Existen razones políticas sólidas para rechazar esta interpretación, dado el impacto perturbador de la inasistencia en la educación del niño en particular y de los otros alumnos.

- Permite un enfoque en la observación de las normas que ningún sistema educativo puede considerar aceptable.

Estas razones también apuntan a que una interpretación correcta de “regularmente” sería “conforme a la reglamentación”. Una política razonable de procesamiento permitirá lidiar en forma adecuada con infracciones menores o triviales. Esto no fue considerado un problema en términos de lo establecido antes de la ley de 1944. La norma que establece que las leyes que imponen responsabilidad penal deben permitir que cualquier persona pueda conocer lo que constituye o no un delito resulta de gran importancia. Esta interpretación es coherente con las disposiciones que exceptúan del ámbito de aplicación del delito al niño que se ausenta con permiso de la escuela para hacerlo, y también lo es con la obligación de los padres de que su hijo reciba una educación que observe la cantidad total de horas previstas conforme al art. 7 de la ley de 1996.

En consecuencia, la notificación de la imposición del pago de una multa le fue debidamente cursada a Platt y, habiendo este no pagado la misma, debería haber sido condenado, a menos que pudiera oponer una de las excepciones previstas por ley.

Por lo tanto, se devuelven las actuaciones al tribunal de primera instancia a fin de que procedan como si la solicitud de Platt de ser absuelto sin necesidad de armar su defensa hubiera sido rechazada.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, *Isle of Wight Council v. Platt*, sentencia del 6-4-2017, en <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0155-press-summary.pdf>>.



EDUCACIÓN. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. **UNIVERSIDADES.** PRINCIPIO DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO DE EDUCACIÓN UNIVERSITARIA POR MORA EN EL PAGO DE LA MATRÍCULA. GARANTÍA DE PERMANENCIA. **DERECHO A LA EDUCACIÓN.** ESPECIAL PROTECCIÓN POR PARTE DEL ESTADO. **AMPARO.** PROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Natalia Andrea Rubio De Plaza es estudiante de Medicina de la Universidad de la Sabana (US). Desde que inició la carrera, financió sus estudios con un crédito otorgado por el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (ICETEX) equivalente al 50% del valor de la matrícula, y el 50% restante, con recursos propios y de su familia. Para el período académico 2015-II, ella y su familia se vieron en la obligación de tomar un crédito para pagar el 50% de la matrícula, pues en ese año tuvieron dificultades económicas. Así, suscribió un crédito con el Banco Pichincha avalado por la US para pagar la matrícula de ese período.

El 8 de febrero de 2016, por correo electrónico, se informó a Rubio De Plaza y a su padre que la US había comprado la cartera correspondiente al crédito anteriormente suscripto con el Banco Pichincha. Asimismo, se los conminó a que pagaran la deuda antes del 19 de febrero de 2016 para evitar su remisión al departamento de cobros prejudiciales. En mayo del mismo año, la US le manifestó al padre de la estudiante que debía concurrir a las oficinas de la US antes del 1° de junio de 2016 para pagar la deuda, suscribir un nuevo acuerdo de pago y legalizar el crédito otorgado por el ICETEX, a fin de que su hija no tuviera que suspender sus estudios en el segundo semestre de 2016. Unos días después, le informaron que debido al incumplimiento en el pago correspondiente a la deuda adquirida con el Banco Pichincha, era necesario que la estudiante aplazara el semestre porque, por temas de organización en el internado clínico, no se podía dar más plazo para el pago de la deuda. El 27 de junio de 2016, la US informó a Rubio De Plaza que ante la falta de pago de la deuda en mora, había decidido no emitir orden de matrícula para que la estudiante cursara el semestre XII de Medicina en el período académico 2016-II; por ello, la nombrada no podría asistir al internado clínico y tendría que realizar el trámite de reserva de cupo para poder reanudar sus estudios en enero de 2017.

Rubio De Plaza interpuso entonces una acción de tutela contra la US, alegando que esta institución educativa había vulnerado su derecho fundamental a la educación y había transgredido sus garantías fundamentales al bloquear su matrícula para cursar el semestre XII de Medicina, pues a pesar de la existencia de una deuda, la US no podía impedir que ella continuara con sus actividades académicas. Agregó que esta decisión no solo le había impedido seguir con sus estudios, sino que ello también había traído como consecuencia que no se tramitara la renovación del crédito otorgado por el ICETEX para ese período. Solicitó, en consecuencia, que se ordenara a la US permitirle asistir a las clases y al internado clínico de manera inmediata; y adicionalmente, como medida provisional, que se le permitiera asistir al internado clínico para continuar con su formación como médico.

El Juzgado 62 Civil Municipal de Bogotá declaró admisible la acción y denegó la medida provisional solicitada, al no advertir la existencia de

circunstancias apremiantes que la ameritaran. Asimismo, denegó el amparo solicitado, por considerar que las actuaciones de la US se habían dado en el marco de su autonomía universitaria y, en esa medida, no vulneró los derechos fundamentales de la actora. Adicionalmente, sostuvo que la demandante tenía el deber mínimo de pagar por la educación que recibe, según lo establecido en el Reglamento Estudiantil de la US.

Rubio De Plaza impugnó dicho fallo. Su inconformidad se fundó en que (i) no se había tenido en cuenta su imposibilidad de cumplir con el acuerdo de pago propuesto por la US; (ii) las pruebas aportadas daban cuenta de la aprobación de su crédito por parte del ICETEX, y (iii) el crédito no se había podido legalizar porque la US no había facilitado dicho proceso, ni tampoco el de llegar a un acuerdo de pago razonable.

En segunda instancia, el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá confirmó el fallo recurrido, al entender que en este caso no se habían cumplido los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para establecer que el derecho a la educación prevalecía sobre otros derechos; que la accionante no había demostrado que la falta de pago estuviera justificada por una circunstancia apremiante o por una justa causa; y que no se evidenciaba que la actora hubiera realizado gestiones tendientes a lograr un acuerdo de pago con la US.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión efectuada por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, según lo dispone el art. 32 del Decreto 2591/1991. La Sala de Selección de Tutelas lo escogió para su revisión.

2. Sentencia: se revoca la sentencia que denegó el amparo del derecho fundamental a la educación de Natalia Andrea Rubio De Plaza.

Se ordena a la Universidad de la Sabana reintegrar a Rubio De Plaza a sus actividades académicas; abstenerse de seguir afectando el proceso educativo de la actora por razones relacionadas con el cumplimiento de obligaciones meramente pecuniarias; facilitar los trámites necesarios para llegar a un acuerdo de pago con Rubio De Plaza que se ajuste a la capacidad económica actual, con el fin de que pueda responder por su obligación contractual, a cuyos efectos la actora deberá suministrar los documentos, estados financieros, declaraciones de renta y en general todos los insumos que den cuenta de su situación económica y la de su núcleo familiar; realizar todas las acciones tendientes a garantizar que la estudiante se ponga al día en sus obligaciones académicas, y adelantar todas las gestiones a que haya lugar para que Rubio De Plaza se reincorpore al internado clínico en los mismos términos y condiciones en que lo venía desarrollando hasta la finalización del primer período académico de 2016. De igual manera, la Universidad de la Sabana deberá abstenerse de imponer sanciones académicas a la accionante derivadas de la suspensión en el desarrollo de sus estudios.

Se ordena al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (ICETEX) levantar la anotación del 10 de octubre de 2016, según la cual el estado del crédito otorgado a Rubio De Plaza para el período académico 2016-II es el de “aplazado por procesos especiales”.

2.1. Esta Corte advierte la procedencia de la acción intentada, toda vez que la tutela es el mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental a la

educación cuando se impide la permanencia de un estudiante en una institución de educación superior debido a la existencia de obligaciones pecuniarias pendientes de pago, en razón de que, en estas circunstancias, no existen otros medios de defensa judicial para la protección de este derecho.

2.2. El derecho fundamental a la educación fue concebido con una doble connotación: *(i)* como derecho de las personas y *(ii)* como un servicio público con una marcada función social que goza de una especial protección por parte del Estado (art. 67 de la Constitución Política –CP–).

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la educación, en tanto derecho fundamental: *(i)* es necesaria para la efectividad de la cláusula general de igualdad; *(ii)* permite el desarrollo integral de las personas y la realización de sus demás derechos; *(iii)* guarda íntima conexión con la dignidad humana; y *(iv)* resulta indispensable para la equidad y la cohesión social.

La especial protección del derecho a la educación por parte del Estado implica que este debe cumplir, al menos, con las garantías de asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad. Ahora bien, no obstante esta especial protección de que goza la educación, ella también comporta ciertos deberes mínimos que el ciudadano debe atender, lo cual genera obligaciones recíprocas entre las personas y los distintos actores que se encargan de asegurar su efectividad.

2.3. La autonomía de las universidades se traduce en la potestad tanto de definir su orientación filosófica como de dictar sus reglas de organización interna y administración, en aras de evitar injerencias indebidas del Estado dirigidas a homogeneizar las corrientes de pensamiento y garantizar, de esta forma, la pluralidad, el disenso, la participación y la diferencia.

Esta Corte ha reconocido que en aquellos casos en los que se impide la permanencia de un estudiante moroso en un plantel educativo se presenta una situación de tensión entre el derecho a la educación y la autonomía universitaria que requiere de un ejercicio de ponderación para su solución. Para ello, el juez constitucional deberá acreditar: *(i)* la imposibilidad de los padres o del estudiante de cumplir con las obligaciones pecuniarias adeudadas a la institución educativa; *(ii)* que dichas circunstancias encuentren fundamento en una justa causa, entendida como la ocurrencia intempestiva de circunstancias apremiantes que impidan el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias adquiridas; y *(iii)* que el deudor haya realizado gestiones dirigidas a lograr un acuerdo de pago o el cumplimiento de la obligación dentro del ámbito de sus posibilidades. Si se cumplen los anteriores requisitos, la permanencia del estudiante en el centro educativo prevalecerá sobre cualquier controversia derivada del cumplimiento de obligaciones patrimoniales con la institución universitaria.

2.4. *Tensión entre el derecho a la educación y la autonomía de los centros educativos*

La accionante no ha podido continuar con el desarrollo de sus actividades académicas debido a que la institución accionada no emitió orden de matrícula por tener aquella una deuda pendiente de pago.

Resulta pertinente referirse aquí a la “garantía de permanencia”, cuyo desarrollo implica la materialización del derecho fundamental a la educación. Dicha garantía “se traduce en la imposibilidad de excluir a un estudiante del sistema educativo, cuando dicha decisión no está directamente relacionada con su desempeño académico y/o disciplinario del alumno” (sentencia T-531/14), lo cual implica que es inadmisibles apartar de las actividades académicas a un estudiante porque tiene deudas pendientes con el centro educativo. Sin embargo, no se puede desconocer la facultad que tienen los centros educativos de acudir a mecanismos para exigir el pago de lo debido, ya que el juez constitucional no puede fomentar una “cultura del no pago”.

Por lo anterior, esta Corte ha resaltado que en estos casos se debe distinguir la obligación patrimonial entre la entidad y quien contrata el servicio educativo, por una parte, de la relación que se presenta entre el estudiante y una institución educativa, por la otra. Esta situación expone la existencia de un estado de tensión entre el derecho a la educación y la autonomía universitaria, para lo cual esta Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial constante y reiterada tendiente a resolver este conflicto entre derechos.

En el precedente SU-624/99, esta Corte concluyó que el derecho a la educación prevalece sobre la autonomía de los centros educativos siempre y cuando se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos: *a*) la efectiva imposibilidad del estudiante o de sus padres de cumplir con las obligaciones financieras pendientes con el establecimiento educativo; *b*) que tales circunstancias encuentren fundamento en una justa causa, y *c*) que el deudor haya realizado gestiones tendientes a lograr un acuerdo de pago o el cumplimiento de la obligación, dentro del ámbito de sus posibilidades.

A lo largo de otros precedentes, esta Corte concluyó que el ejercicio de la autonomía universitaria se encuentra limitado por disposiciones constitucionales y legales, especialmente en lo que se refiere a la salvaguarda del derecho a la educación. Por ende, el reglamento estudiantil no puede interferir con los mandatos propios del núcleo esencial de este derecho, dentro de los cuales se encuentra incluida la permanencia en el sistema educativo.

2.5. Transgresión del derecho a la educación en el caso concreto

Esta Corte entiende que se configuraron los requisitos para la aplicación de la regla según la cual el derecho a la educación prevalece sobre cualquier controversia derivada del cumplimiento de obligaciones pecuniarias con la institución universitaria.

Ello así, porque: *a*) se comprobó que tanto la estudiante como sus padres no pudieron sufragar el 50% del valor de la matrícula correspondiente al período académico 2015-II debido a que se presentaron circunstancias que lo impidieron, destacándose que aun en la actualidad los recursos del núcleo familiar son limitados, pues sus ingresos son ligeramente superiores a sus gastos para su congrua subsistencia, por lo que se concluye que cualquier circunstancia que afectara la estabilidad económica del núcleo familiar podría incidir directamente en la incapacidad de la estudiante para cumplir con las obligaciones financieras contraídas con la universidad; *b*) las circunstancias que generaron el incumplimiento en el pago tuvieron su origen en lo

que la jurisprudencia ha denominado justa causa, esto es, la ocurrencia intempestiva de circunstancias apremiantes. En particular, se considera que la prolongada incapacidad del padre de la demandante causada por una afección en su salud y la pérdida del empleo de su madre en ese período son hechos suficientes para evidenciar que la actora y su familia se encontraban ante circunstancias que justificaron la imposibilidad de cumplir con las obligaciones financieras con recursos propios. Se destaca la gestión diligente de la accionante y su padre, que, con el fin de evitar el retardo en el pago de la matrícula, tomaron un crédito con el Banco Pichincha, cuyo incumplimiento posterior también fue producto del percance económico sufrido por el núcleo familiar; y c) se encuentra acreditado que tanto la demandante como su padre intentaron concertar un acuerdo de pago para cumplir con la obligación pecuniaria, pero las condiciones de pago ofrecidas por la universidad escapaban de sus posibilidades.

La US había argumentado su imposibilidad de contratar la póliza que cubre a los estudiantes de Medicina contra riesgos epidemiológicos en el internado clínico. Sin embargo, entre las pruebas recaudadas obra un certificado de afiliación a la ARL Sura expedido el 17 de enero de 2017 que demuestra que la estudiante fue afiliada por la US en riesgos laborales desde el 1° de febrero de 2016 y que la póliza aún se encuentra vigente. Lo dicho desvirtúa por completo el argumento de la institución demandada y evidencia que la orden de no emitir la matrícula obedeció a razones exclusivamente económicas.

2.6. Esta Corte concluye que se vulneró el derecho a la educación de Rubio De Plaza puesto que se corroboró que la permanencia de la estudiante en el sistema educativo prevalece sobre la autonomía universitaria de la institución accionada. En esa medida, se advierte que la universidad tiene a su disposición medidas de cobro que no lesionan el derecho fundamental a la educación, pues la decisión de impedirle a la estudiante continuar con sus actividades académicas por motivos netamente económicos es una medida desproporcionada que vulnera esta garantía fundamental.

Ahora bien, en vista de que han transcurrido más de ocho meses sin que la estudiante desarrolle sus actividades académicas, en particular, sin contar con la posibilidad de asistir al internado clínico, esta Corte estima que la interrupción en la prestación del servicio también afectó el componente de continuidad, otro de los elementos esenciales del derecho a la educación.

Por ello, la US deberá garantizarle su nivelación en los cursos y pruebas de la manera más ágil posible, de forma que cumpla oportunamente con los requisitos correspondientes para la aprobación de las prácticas y demás asignaturas que debe cursar para finalizar sus estudios de Medicina.

2.7. Por otra parte, teniendo en cuenta que el derecho a la educación también comporta ciertos deberes por parte del ciudadano, y en aras de no fomentar una “cultura de no pago”, resulta pertinente ordenar a la US concertar un nuevo acuerdo con la accionante que se ajuste a su situación económica real y actual, pues ella ha reiterado su voluntad y la de su padre de lograr un acuerdo de pago que se ajuste a sus capacidades. Por lo anterior, corresponde ordenar a Rubio De Plaza suministrar

toda la documentación pertinente que dé cuenta de su situación económica y la de su núcleo familiar, para que la US proponga un acuerdo de pago que se ajuste a las condiciones económicas actuales de la demandante.

2.8. Finalmente, debido a la decisión de la US de no emitir la orden de matrícula de la estudiante, no solo se impidió que ella continuara con sus actividades académicas, sino que se le generó una anotación negativa frente al crédito concedido por el ICETEX, en razón a que se suspendió el desembolso correspondiente al 50% de la matrícula. Toda vez que dicha anotación se generó por una causa no imputable a la estudiante, con el fin de evitar una afectación de su derecho a la educación causada por la decisión de la institución demandada, corresponde ordenar al ICETEX levantar la anotación del 10 de octubre de 2016, según la cual el estado del crédito es “aplazado por procesos especiales” para el período académico 2016-II.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por Natalia Andrea Rubio De Plaza contra la Universidad de la Sabana, sentencia T-102/17 del 17-2-2017, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-102-17.htm>>.



EDUCACIÓN. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. MENORES. DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA PARA NIÑOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. OBLIGACIÓN DEL ESTADO. ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. EVALUACIÓN DE CALIDAD DE LAS INSTITUCIONES (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: el niño Sebastián Rendón Atehortúa padece de un trastorno del lenguaje mixto y un déficit de atención e hiperactividad secundario. Desde 2003, junto a otros menores de edad, asiste al Colegio Integrado Los Laureles y al Gimnasio Campestre El Tesoro del Municipio de Envigado, Antioquia, donde recibe una educación regular con enfoque “inclusivo” para niños, niñas y adolescentes con necesidades educativas especiales y excepcionales.

El 18 de noviembre de 2015, la Secretaría de Educación de dicho municipio hizo saber que las mencionadas instituciones educativas no cumplían, de conformidad con el Decreto 1851/2015, con los percentiles mínimos en las pruebas de Estado SABER para ser habilitados en el Banco de Oferentes de servicios educativos y poder contratar con el municipio, y que, en consecuencia, a los niños inscriptos en los colegios privados contratados por el Estado les serían asignados cupos en colegios públicos que contarán con apoyos pedagógicos para atender sus necesidades individuales.

Días después, un grupo de representantes de los estudiantes afectados solicitaron a la Alcaldía de Envigado y al Concejo Municipal una calificación percentil justa e instar la ampliación del proyecto de cobertura de deficiencia educativa, porque consideraban que los requisitos establecidos en el Decreto 1851/2015 no permitían indagar sobre las calidades de los colegios para niños y jóvenes con necesidades educativas especiales.

Margarita María Atehortúa Ortega, madre del menor antes mencionado, en carácter de agente oficioso de este y de 104 estudiantes del Colegio Integrado Los Laureles y del Gimnasio Campestre El Tesoro del Municipio de Envigado, promovió una acción de tutela contra la Dirección de Cobertura y Equidad del Ministerio de Educación solicitando la protección de los derechos fundamentales a la educación, a la salud, a la vida, a la dignidad, a la integridad personal y al bienestar de sus representados. Destacó que los subsidios que recibían 180 estudiantes de aquellas instituciones formaban parte de un proyecto que durante los diez años anteriores había constituido un apoyo para las familias que no tienen recursos económicos para pagar colegios especializados en el manejo digno y respetuoso de estudiantes que necesitan un tipo especial de aprendizaje; señaló que las instituciones tienen recursos educativos que atienden a las diferencias, las potencialidades y las limitaciones de sus estudiantes; y aseguró que la reubicación en otros colegios podría generar un retroceso en el proceso de los menores afectados, advirtiendo que algunos estudiantes habían sido rechazados por los profesores y estudiantes de otras escuelas.

La Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín –en única instancia– negó la tutela promovida por Atehortúa Ortega, al entender que esta no había acreditado la representación de los 104 menores de edad referenciados en la acción de amparo. Únicamente encontró probado que la demandante era agente oficioso de su hijo y, por lo tanto, estudió la petición en relación con aquel. En cuanto a la pretensión de la acción, consideró que no existía vulneración de derechos porque, de acuerdo con la contestación del Ministerio de Educación, en los colegios mencionados por la demandante no se aplica el Decreto 1851/2015, pues el Viceministerio de Educación Preescolar, Media y Básica había emitido la Circular 66/2015, que indica que para contratar instituciones que atiendan a la población con necesidades educativas especiales, no es necesario cumplir con algún percentil en las pruebas SABER. En consecuencia, si estas no alcanzan un puntaje sobresaliente, esto no constituye un impedimento para contratarlas. Adicionalmente, estimó que si su hijo había sido ubicado en otro centro educativo, la accionante debía acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para reclamar la eventual reparación a la que pudiera tener derecho su hijo como consecuencia de los daños causados por la autoridad pública; también, que podía hacer uso de la revocatoria del acto administrativo que había ordenado el cambio de plantel educativo, o que podía presentar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Igualmente, sostuvo que no estaba probada la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que tornara procedente la tutela como mecanismo transitorio.

Posteriormente, la Sala de Selección de la Corte Constitucional escogió este caso para su revisión.

2. Sentencia: se confirma parcialmente el fallo de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín.

Se concede parcialmente la acción de amparo en relación con la solicitud dirigida a que el Ministerio de Educación tenga en cuenta un enfoque inclusivo en la evaluación de las instituciones educativas que pretenden contratar con las entidades territoriales.

Se ordena al Ministerio de Educación crear un método de evaluación inclusivo, que tenga en cuenta los logros de algunas instituciones frente al proceso de enseñanza de las personas en situación de discapacidad que asisten a sus aulas. Lo anterior no implica desconocer las pruebas de Estado, sino que, además de estas, la entidad debe caracterizar la calidad de educación inclusiva de las instituciones que concurren al Banco de Oferentes. El Ministerio de Educación deberá informar el resultado de su gestión con respecto al cumplimiento de la anterior orden al juez de primera instancia, quien que se encargará de su seguimiento.

Se insta al Ministerio de Educación a que implemente bajo su dirección una estrategia de diálogo más eficaz que permita que los actores involucrados en la educación de personas en situación de discapacidad participen de espacios en los que se les informe el modelo de educación inclusiva a seguir, se resuelvan sus dudas, se explique su funcionamiento y se conozca su opinión.

2.1. La presente acción de tutela se dirige a cuestionar la actuación del Ministerio de Educación en relación con los lineamientos de políticas públicas adoptados para garantizar el derecho a la educación de personas en situación de discapacidad.

En consecuencia, el problema jurídico de fondo que se debe abordar consiste en determinar si las acciones y omisiones del Ministerio de Educación, que delinear su política pública, constituyen una amenaza a los derechos a la educación y a la igualdad de Sebastián Rendón Atehortúa, al haber omitido adelantar gestiones que aseguren que quien tiene un trastorno de lenguaje mixto y déficit de atención e hiperactividad secundario reciba educación especializada.

2.2. De acuerdo con el art. 27 de la ley 715/2001, las entidades territoriales deben prestar el servicio público de educación por medio de las instituciones oficiales. Únicamente cuando enfrenten insuficiencias o limitaciones en las instituciones estatales para cumplir este propósito, deben contratar la prestación del servicio con planteles privados que tengan experiencia y calidad. En el mismo sentido, el Decreto 1851/2015 dispone que los contratos con instituciones privadas deben estar justificados en la limitación o insuficiencia de los establecimientos educativos oficiales. Por ello, si la entidad territorial encargada de la prestación del servicio de educación tiene la cobertura suficiente para garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes que lo requieran, no debe contratar a instituciones privadas, regla coherente con los propósitos constitucionales asociados al destino eficiente de los recursos públicos.

En el caso concreto, el municipio demostró que contaba con la cobertura suficiente para la atención de los adolescentes, niños y niñas a quienes hace referencia el escrito de tutela. Por lo tanto, el Ministerio no debía adelantar actuaciones orientadas a que la entidad territorial contratara con centros educativos particulares si contaba con las condiciones para prestar el servicio de forma directa.

Ahora bien, Atehortúa Ortega cuestiona que no se contrató a la institución privada que ofrecía un tipo de educación especial y, en tal sentido, controvierte que aunque los municipios cuenten con la suficiente cobertura en colegios

públicos regulares, no existe un mecanismo para asegurar que contraten el servicio educativo con planteles que brinden educación especial para atender a personas en situación de discapacidad.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, todos los niños, niñas y adolescentes deben asistir a las aulas regulares y la discapacidad no es una justificación para que ello no ocurra. Los planteles deben hacer los ajustes razonables necesarios para que esta población pueda gozar efectivamente de sus derechos en las mismas condiciones que los demás. Por otra parte, en la misma dirección, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, por regla general, se debe garantizar la educación inclusiva y, solo en casos excepcionales ha estimado procedente la educación especial. Justamente este enfoque educativo fue el aplicado por el Municipio de Envigado, al ofrecer cupos en colegios regulares a los niños que asistían a instituciones especializadas, pero, además, ha asegurado la existencia de apoyos pedagógicos a través de la contratación de instituciones idóneas para prestarlos. En la medida en que el municipio cuenta con cobertura, con instituciones, sin limitaciones o restricciones que constituyan barreras a la inclusión, así como apoyos pedagógicos adecuados, sus acciones han estado orientadas a asegurar el derecho a la educación inclusiva de todos los niños en situación de discapacidad, y no se encuentra que en el caso del menor Rendón Atehortúa la dirección general de política pública vulnera su derecho. Por el contrario, la política se enfoca en hacer una serie de ajustes razonables en el funcionamiento tradicional del sistema educativo para asegurar la igualdad de condiciones y la no discriminación de las personas en situación de discapacidad que han estado relegadas de los espacios educativos.

Finalmente, para apuntar al objetivo de participación e información sobre la educación inclusiva, esta Corte instará al Ministerio de Educación a reforzar su estrategia de diálogo con los actores involucrados en la educación de personas en situación de discapacidad, es decir, los colegios, las familias, la sociedad, las ONGs, las instituciones del Estado con competencias al respecto, los profesionales y, por supuesto, las personas en situación de discapacidad, para que participen de espacios en los que se les informe sobre el modelo de educación inclusiva, se resuelvan sus dudas, se explique su funcionamiento y se conozcan sus opiniones.

2.3. Por otro lado, es preciso establecer si el Ministerio de Educación amenaza los derechos a la educación y a la igualdad de Sebastián Rendón Atehortúa al evaluar la calidad de los colegios con la exigencia de demostrar un puntaje superior a los 20 percentiles en las pruebas SABER. Aquí se analizarán las acciones del Ministerio de Educación en relación con la dirección de la política pública educativa, a la luz del contenido del derecho del nombrado, en especial, su componente de calidad.

Una de las características del derecho a la educación es la aceptabilidad —que se refiere a las condiciones de forma y de fondo del servicio y a la garantía de calidad—; y esta tiene que ver con los objetivos de aprendizaje que se trazan en una política educativa. Algunos de los criterios de calidad implican una buena planta docente y una prestación del servicio en óptimas condiciones, que reconozca los contextos diferentes y se comprometa a llevar adelante acciones para garantizar el acceso al derecho en las mejores condiciones. Asimismo, para personas en situación de discapacidad, es

indispensable que se realicen ajustes razonables que permitan el acceso a los contenidos de la clase en igualdad de condiciones para potencializar sus propias capacidades, *v. gr.*, con apoyos pedagógicos y la adaptación de currículos, entre otros. Ahora bien, la evaluación de la calidad implica adoptar un método para conocer si se cumplieron las metas trazadas inicialmente. Estas metas se enmarcan en los objetivos de aprendizaje que establecen las instituciones educativas, los docentes y las familias, como objetivos en la formación de los niños, dado que aquellos tienen autonomía en la dirección de la educación. Además, pueden responder a lineamientos de expertos.

En el *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*, informe del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2013, se dijo que el aprendizaje cognitivo es un indicador de la educación de calidad, aunque no el único. Los métodos de evaluación deben basarse en los objetivos propuestos para la educación y tener en cuenta las distintas dimensiones que definen una educación de calidad. En ese sentido, el Estado tiene una importante labor para asegurar que los planteles reúnan tales condiciones y para que las evaluaciones que haga de los mismos respondan a los criterios de lo que implica una educación de calidad en el aula.

Esta Sala estima que la evaluación de los planteles educativos a partir de los resultados de las pruebas de Estado es un método que puede resultar insuficiente para determinar si en un centro educativo inclusivo se cumplieron las metas de calidad trazadas en un principio. Las pruebas SABER son una herramienta importante para la medición de determinado tipo de enseñanza. Sin embargo, es posible que la formación en otras habilidades que pueden recibir algunas personas en situación de discapacidad en el aula de clase no pueda ser comparada bajo ese criterio. Por lo tanto, cuando al centro educativo se lo evalúa según los puntajes obtenidos por sus estudiantes, el resultado puede no demostrar necesariamente la calidad de los procesos educativos. La repercusión de este desajuste consiste en que si los municipios requieren contratar instituciones de educación inclusiva, aunque la institución cuente con excelentes ajustes razonables, es posible que esto no se vea reflejado a través del parámetro de evaluación diseñado para la mayoría de la población.

Sin cuestionar la metodología de la prueba SABER, se observa que la evaluación de los planteles basada en este examen indaga por un determinado tipo de capacidades. De hecho, de acuerdo con el Decreto 1875/2015, para los colegios que deseen postularse en el Banco de Oferentes, la exigencia de calidad se concentra en superar un puntaje superior a los 35 percentiles en las áreas de matemáticas y lenguaje. En consecuencia, no estudia otras características asociadas a la calidad, como son el perfil profesional de los docentes y la forma de prestación del servicio educativo inclusivo. Claramente, privilegia un conocimiento determinado, que incluso se especifica en determinadas áreas del conocimiento, entre muchas que existen, que proviene de una determinación del director de la política pública que indica cuál es la experticia que deben tener los estudiantes en nuestra sociedad. Sorprende también que si el ordenamiento colombiano en los decretos que reglamentan el servicio educativo ha reconocido que la evaluación del desempeño académico de una persona en determinada situación de discapacidad se debe ajustar a los contenidos impartidos, en el nivel global de medición de los planteles no se aplique tal ajuste.

Esta Sala entiende que la inclusión no debe ocurrir solo en el aula de clase, sino que debe permear toda la política pública de educación. La idea de inclusión no es un método para incorporar a una o dos personas a un salón de clases. Es un enfoque más amplio de reconocimiento de capacidades diversas que concurren en un sitio de enseñanza para potenciar habilidades y que involucra el mismo concepto de los centros educativos. Por lo tanto, no basta con asegurar una cierta igualdad de condiciones dentro del salón y luego medir con un estándar excluyente al establecimiento educativo.

La forma de evaluación de los planteles, como lo dispone el Decreto 1851/2015, desincentiva la educación inclusiva porque al evaluar la idoneidad de conformidad con las pruebas SABER –que no son un método adecuado para valorar el conocimiento de personas con diferencias de aprendizaje–, de forma indirecta premia que no se incluyan a estos estudiantes en las instituciones regulares. Además, eventualmente puede generar también que las instituciones que tengan un servicio educativo adecuado, de calidad y apto para abordar la educación de los niños y las niñas en situación de discapacidad no puedan ser contratadas por no tener un nivel determinado en las pruebas estatales.

No obstante, las pruebas SABER persiguen evaluar determinados tipos de conocimientos, y no le consta a esta Sala que tal herramienta sea equivocada para ello. El problema radica en que algunos aspectos esenciales para evaluar la calidad de la educación inclusiva no son tenidos en cuenta. Por ello, se considera que factores como la idoneidad de la planta docente y la prestación del servicio de educación inclusiva también deben ser tenidos en cuenta por el Ministerio de Educación a fin de evaluar los colegios a los que podrían acceder personas en situación de capacidad que requieran ajustes razonables para su educación.

2.4. Respecto del argumento esgrimido inicialmente por el Ministerio de Educación en el trámite de la acción de tutela –que sostenía que a los colegios privados que atienden población con necesidades educativas especiales no se les exigía tener un puntaje superior a 20 percentiles en las pruebas SABER para ser parte del Banco de Oferentes dispuesto en el Decreto 1851/2015 para las contrataciones del año 2015–, esta Sala entiende que no es claro que la Circular 66/2015 exima la aplicación del Decreto 1851/2015, pues indica que sus disposiciones se aplicarán excepcionalmente a las instituciones que abordan necesidades educativas especiales y, además, no es precisa. En todo caso, si las disposiciones sobre contratación no se aplican, subsiste una duda sobre la forma en la que se garantiza que los planteles educativos que contrate el Estado para personas en situación de discapacidad sean de calidad, pues eliminar el método de evaluación para esta población no es la mejor decisión para asegurar la protección de su derecho. El propósito es exigir un requisito de calidad que tenga en cuenta la diversidad de los estudiantes, si existen planteles inclusivos y cómo funcionan. Ahora bien, si la norma se aplica, es posible que se desconozcan las diversas capacidades desarrolladas por los estudiantes en situación de discapacidad al no ser tenidas en cuenta bajo ese método evaluativo, con los efectos antes mencionados.

Esta Sala considera que el método de evaluación de los planteles carece de índices que tengan en cuenta la calidad de educación inclusiva. Sin replantear la

forma de medición de conocimiento de las pruebas SABER, se observa que estas se enfocan en cierto tipo de habilidades, e incluso, de áreas. Por lo tanto, omitir otros factores relevantes para evaluar los planteles inclusivos puede desconocer el trabajo de calidad que realizan. En consecuencia, el Ministerio de Educación, que tiene a su cargo la función de inspección y vigilancia de los colegios así como la formulación de la política pública de educación, debe tener en cuenta los criterios de calidad diferenciados para evaluar los planteles inclusivos que cumplen con las características de idoneidad para atender a la población en situación de discapacidad, so pena de afectar el derecho a la educación de un menor de edad y de acudir a colegios idóneos que prestan un servicio de calidad, pero que pueden no ser identificados con el parámetro de evaluación de las pruebas SABER.

Por lo tanto, se ordenará al Ministerio de Educación crear un método de evaluación de planteles educativos que se presentan en el Banco de Oferentes que sea inclusivo y tenga en cuenta los logros de algunas instituciones frente al proceso de enseñanza de las personas en situación de discapacidad que asisten a sus aulas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por Margarita María Atehortúa Ortega c. el Ministerio de Educación –Dirección de Cobertura y Equidad–, sentencia T-523/16 del 21-9-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-523-16.htm>>.



FAMILIA. ACCIONES DE FILIACIÓN. ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD. **DERECHO A LA IDENTIDAD. PROCESO CIVIL.** PLAZOS PROCESALES. CADUCIDAD. PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. REQUITOS DEL PETITORIO. ERROR MATERIAL. **SEGURIDAD JURÍDICA (URUGUAY).**

1. Antecedentes del caso: Américo Prat promovió una acción de desconocimiento de la paternidad contra su hija legítima, Lourdes Gabriela Prat Pessano. Explicó que había creído ser el padre de la nombrada, pero que había quedado demostrado que no lo era.

El Juzgado Letrado de Primera Instancia de Flores, mediante sentencia 26/2015, desestimó dicha acción al entender que había caducado, conforme a lo dispuesto por el art. 218 del Código Civil (CC).

Américo Prat recurrió dicho pronunciamiento, oponiendo la excepción de inconstitucionalidad respecto del art. 219 CC. Sostuvo que la norma impugnada establece un plazo de caducidad para promover la acción de desconocimiento de paternidad, vulnerando derechos fundamentales, tales como el derecho a la identidad y a la verdad (art. 72 de la Constitución) y, en este sentido, expresó que este derecho tiene una jerarquía superior a una cuestión de plazo, sobre todo, considerando los avances científicos en la materia (*v.gr.* estudio de ADN), entendiéndose que el derecho no acompañó tal evolución.

Entonces el *a quo* suspendió el procedimiento y elevó los autos a la Suprema Corte de Justicia.

2. Sentencia: se desestima, por mayoría, la excepción de inconstitucionalidad opuesta.

2.1. Los Ministros Chediak, Pérez Manrique y Martínez entienden que Américo Prat carece de interés personal y directo para plantear la inconstitucionalidad del art. 219 CC porque esta norma regula, entre otras cuestiones, distintos plazos de caducidad respecto de la acción de impugnación del estado filiatorio legítimo que podría intentar el hijo o sus herederos, pero no el padre, cuya situación se encuentra regulada por el art. 218 CC. La excepción de inconstitucionalidad debió, en todo caso, movilizarse contra esta norma y no contra el art. 219 CC. Si Américo Prat incurrió en un error a la hora de individualizar la norma cuestionada, tal hecho no puede ser subsanado por la Suprema Corte de Justicia, pues era su carga indicar “con toda precisión y claridad, los preceptos que se reputen inconstitucionales” (art. 512 del Código General del Proceso –C.G.P.–).

2.2. Por otra parte, los Ministros Larrieux y Hounie Sánchez consideran que si bien es cierto que Américo Prat solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 219 CC y no la del 218 (que era lo que hubiera correspondido), ello no obsta a que su planteo pueda ser analizado, por cuanto se trata de un caso muy claro de error material en la redacción del escrito impugnativo al momento de individualizar el número del artículo cuya constitucionalidad se cuestiona. Tanto es así que el error material surge de los propios dichos del nombrado al fundamentar el planteo de inconstitucionalidad; sus expresiones demuestran que toda la argumentación de la pretensión de inconstitucionalidad por vía de excepción deducida en autos está relacionada con el plazo de caducidad que la ley establece para ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad (art. 218 CC) y que la alusión que en el escrito se hizo al art. 219 fue fruto de un simple error material. Tal conclusión resulta corroborada por el hecho de que el excepcionante dedujo esta pretensión junto con el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que declaró que la acción de desconocimiento de la paternidad que había promovido había caducado por imperio del art. 218 CC. En este marco, consideramos que no hay inconveniente alguno en que esta Corte releve tal error material y analice la constitucionalidad del cuestionado plazo de caducidad, que no es otro que el del art. 218 CC.

Ingresando a la cuestión de mérito, los derechos consagrados en la Constitución no son absolutos ni irrestrictos, y por ello deben tolerar las limitaciones que la ley establece por razones de interés general. Y aquí, el legislador ha hecho prevalecer al derecho a la seguridad jurídica (art. 7 de la Constitución) por sobre el derecho a la identidad. Cada vez que la ley fija un plazo de caducidad o de prescripción, está sacrificando –en cierta manera– un derecho. Pero la seguridad jurídica exige que no se eternicen las situaciones conflictivas o dudosas que conspiran contra el orden y la paz social.

En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones de Familia ha señalado que en el derecho uruguayo resulta incuestionable la existencia de “una segunda diferenciación entre la estimación de la verdad biológica y la valoración de reglas que priorizan el mantenimiento del estado civil a pesar de aquella verdad. En efecto, [...]

estando consabida en pleno siglo XXI la potencialidad de la prueba científica, nuestro legislador igual mantuvo el plazo de caducidad del artículo 218 CC.” Ello significa que “una persona al estar emplazada en estado de padre de hijo habido en el matrimonio asumirá que para el legislador, más allá de la verdad del vínculo biológico, seguirá estándolo si se verifica el supuesto legal de la caducidad: transcurrió más de un año desde que tomó conocimiento del nacimiento y no intentó la acción de desplazamiento. En ese caso se configuró la caducidad del derecho a desplazarlo de ese estado”.

En consecuencia, la caducidad determina que la verdad biológica no puede, en ocasiones como la de autos, trascender al plano jurídico.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, *Prat Pérez, Américo c/ Prat Pessano, Lourdes Gabriela. Desconocimiento de paternidad. Excepción de inconstitucionalidad. Art. 219 del Código Civil*, sentencia 8/2016 del 11-2-2016, en <<http://portal.poderjudicial.gub.uy>>.



FAMILIA. ACCIONES DE FILIACIÓN. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. PRESCRIPCIÓN. CADUCIDAD. EXCEPCIONES. **DERECHO A LA IGUALDAD.** IGUALDAD ANTE LA LEY. HIJOS PÓSTUMOS O CUYOS PADRES FALLECEN DENTRO DE LOS CIENTO OCHENTA DÍAS POSTERIORES AL PARTO. **DERECHO A LA IDENTIDAD** (CHILE).

1. Antecedentes del caso: Rocina Carrasco Álvarez dedujo acción de reclamación de filiación no matrimonial –ante el Juzgado de Familia de Paillaco– contra ocho personas, todos herederos de su presunto padre, ya fallecido, Tomás Alejandro Carrasco Agüero. Explicó que su madre, Ermijia Álvarez Castillo, habría mantenido una relación sentimental con su presunto progenitor de la cual habría nacido ella el día 24 de mayo de 1942, que nunca había tenido contacto con su padre, pero que siempre había sabido quién era este, así como los miembros de la familia que él había constituido.

Fundó su acción, por una parte, en el derecho a la igualdad, en virtud del cual deben ser proscriptas las diferencias con base en la raza, el sexo, las ideologías, la religión o el nacimiento fuera del matrimonio (art. 17.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). También se fundó en el derecho a la identidad, puesto que toda persona tiene derecho a conocer su origen, que comprende el derecho a conocer quiénes son sus padres, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7 y 8) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 18).

Los demandados opusieron la excepción de prescripción de la acción haciendo una interpretación sistemática de los arts. 204, 205 y 206 del Código Civil (CC), que, según su criterio, establecen dos supuestos para entablar una acción de estas características, en ninguno de los cuales –afirmaron– se encontraba la actora.

El tribunal dispuso entonces suspender el trámite del proceso y requerir al Tribunal Constitucional un pronunciamiento respecto a la eventual inconstitucionalidad del art. 206 CC, para que surta efectos en la causa antes

mencionada. El juez remitente estimó que podría vulnerar lo preceptuado en el art. 19.2 de la Constitución.

El texto del precepto legal impugnado dispone: “Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

El Tribunal Constitucional acogió y declaró admisible el recurso.

2. Sentencia: se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

2.1. El conflicto de constitucionalidad planteado está expresado por el propio juez requirente en su presentación, en cuanto expone que el art. 206 CC colisionaría con el art. 19.2 constitucional, al provocar una discriminación arbitraria entre los hijos cuyo padre fallece antes de su nacimiento o aquellos cuyo padre o madre fallecen dentro de los 180 días posteriores al parto, y aquellos hijos cuyo padre o madre fallecen después de vencido ese plazo, que es el caso concreto que origina el presente requerimiento.

2.2. En relación con la disposición legal objetada, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, mereciendo especial relevancia la doctrina sustentada en la disidencia de la sentencia Rol N° 1537-09, que se explaya acerca del carácter excepcional del art. 206 CC, al otorgar un plazo adicional de prescripción de la acción de reclamación de filiación no matrimonial en los supuestos que la propia norma jurídica refiere.

2.3. El régimen de filiación fue modificado por la ley 19.585. Entre los propósitos que tuvo en mira el legislador, está el de ampliar la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de filiación no matrimonial contra los herederos del supuesto padre o madre, en lo que hace al plazo y a la forma de computarse. Por ello, llevó el plazo de prescripción de uno a tres años; de esta manera, las acciones de reclamación de filiación no matrimonial no pueden promoverse contra los herederos del supuesto padre o madre, salvo por un hijo póstumo o cuando el padre o la madre hubieren fallecido dentro de los 180 días posteriores al parto y dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte, o, si el hijo es incapaz, desde que este haya alcanzado la plena capacidad, constituyéndose así una excepción a la caducidad de la acción de reclamación para el caso de muerte del supuesto padre o madre.

2.4. El art. 19.2. de la Constitución establece que ni la ley ni autoridad alguna pueden crear diferencias arbitrarias. Esto constituye un principio que garantiza la protección constitucional de la igualdad ante la ley y prohíbe que el legislador establezca diferencias entre las personas y en relación con situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario. El constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que estableció un límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria.

El propósito de esta acción de reclamación de filiación no matrimonial garantiza el derecho de toda persona a conocer a sus ascendientes y a llevar el verdadero apellido. La ley la declara imprescriptible porque entiende que hay una razón de justicia indudable en que el hijo ocupe en la sociedad el lugar que realmente le corresponde, sin perjuicio del tiempo transcurrido desde su nacimiento.

La igualdad ante la ley significa que las normas jurídicas deben ser igualmente aplicadas a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, en forma diversa a aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. La igualdad supone la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o de la desigualdad. La doctrina constitucional ha expresado que no cualquier trato desigual es discriminatorio: solo lo es cuando no se basa en causas objetivas y razonables. Así, el legislador puede introducir diferencias de trato en tanto no sean arbitrarias, es decir, cuando están justificadas por la situación real de los individuos o grupos.

Existen situaciones que razonablemente requieren del legislador una regulación, que en apariencia es desigual pero que, al justificarse razonablemente, no acuerda un trato diferenciador en términos que infrinjan el principio constitucional enunciado. Así, si bien el art. 195 CC consagra la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la filiación y el art. 206 CC regula una situación muy particular, cabe evaluar si efectivamente la norma impugnada resulta contraria a la Constitución por establecer una desigualdad entre los hijos cuyo padre fallece antes de su nacimiento o cuyo padre o madre fallecen dentro de los 180 días posteriores al parto, y aquellos cuyo padre o madre fallecen después de vencido tal plazo, teniendo presente que la citada disposición legal constituye una excepción a la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de filiación no matrimonial.

La norma jurídica impugnada encuentra su fundamento en un hecho objetivo –la muerte del presunto padre–, y el legislador la estableció con base en parámetros racionales, teniendo en cuenta la armonía familiar y la seguridad jurídica que la institución de la familia requiere. Por consiguiente, la diferencia de trato entre hijos que el juez requirente denuncia y que origina el supuesto conflicto de constitucionalidad encuentra su justificación en un hecho jurídico, pero acotado en el tiempo, situación que no constituye una vulneración al principio de igualdad ante la ley, sino una excepción al ejercicio de la acción.

2.5. Si prosperara la mencionada acción promovida muchos años después del fallecimiento de su presunto padre, indudablemente alteraría la integración de la familia, en cuanto le incorporaría un nuevo integrante, con la particularidad de que el padre o la madre estarían fallecidos, generando la posibilidad de crear un clima de beligerancia entre los presuntos hermanos y el demandante, que lejos de provocar los efectos deseados por este nuevo hijo, podría producir efectos nocivos para él. De esta manera, si bien la ley civil autoriza a los herederos a demandar, esto solo es excepcionalmente posible –conforme lo dispone el art. 206 CC–, pues la regla general es que la acción de filiación no matrimonial se extingue con la muerte del presunto padre.

El legislador, justamente previendo esta clase de situaciones, estableció la figura legal impugnada para acordar seguridad jurídica, en este caso, expresada en dar estabilidad a la familia que había formado en vida la persona fallecida, entendida esta en su sentido restringido, esto es, padre, madre e hijos.

Conforme a lo expuesto, no es posible concluir de qué forma el art. 206 CC resulta inaplicable en el caso concreto, dado que el legislador –consciente de la diferencia que establecía entre unos hijos y otros– consideró el hecho objetivo de la muerte de los presuntos padres, otorgando un plazo razonable para ejercer la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que en el caso de autos fue de 33 años, dado que la presunta hija adquirió plena capacidad en 1960 y su presunto padre falleció en 1993, teniendo plena aplicación lo dispuesto en el art. 5 transitorio de la ley 19.585 y no habiendo ejercido el derecho que dicha disposición legal otorgaba a esta presunta hija no matrimonial.

Por consiguiente, no se advierte aquí la existencia de un conflicto de constitucionalidad, puesto que no existe una contradicción entre lo que dispone el art. 206 CC y el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Carta Fundamental.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Juzgado de Familia de Paillaco respecto del art. 206 del Código Civil, en la causa sobre demanda de reclamación de filiación no matrimonial RIT C-178-2015, Rol N° 2955-16-INA, sentencia del 28-7-2016, en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=3307>>.



FAMILIA. JUDAÍSMO. DIVORCIO. DIVORCIO RELIGIOSO. GET. SANCIONES EXTRAJUDICIALES CONTRA ESPOSOS QUE NO OBSERVAN LAS LEYES RELIGIOSAS JUDÍAS EN MATERIA DE DIVORCIO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. TRIBUNALES RABÍNICOS. MUJER. DERECHO A LA IGUALDAD (ISRAEL).

1. Antecedentes del caso: dos esposos judíos interpusieron ante la Suprema Corte de Israel sendos recursos de apelación en los que plantearon cuestiones jurídicas similares al impugnar las decisiones de los tribunales rabínicos que les habían aplicado sanciones socio-religiosas (cuyo origen se remonta al siglo XII) no expresamente aprobadas por la legislación israelí. Estas sanciones, en el marco de las leyes religiosas judías en materia de divorcio que contemplan, con carácter de penas, ciertas reglas de distanciamiento (en adelante, reglas de Rabeinu Tam), habían sido originalmente incorporadas por el rabino Yaakov Ben Meir Tam para exigir a los esposos judíos la concesión del *get* (acta de divorcio religioso judío) a sus esposas cuando fueran sujetos a una orden de divorcio emitida por un tribunal rabínico.

Los tribunales rabínicos, competentes en materia de matrimonio y divorcio de judíos, ciudadanos y residentes de Israel, pueden disponer, basados en la prueba producida, que las partes deben divorciarse, pero no tienen facultades para disolver el matrimonio. El divorcio en la ley judía requiere el otorgamiento consensual de un *get* del marido a la mujer y su recepción por parte de esta. Mientras que el rechazo

por parte de la mujer de recibir un *get* generalmente tiene el efecto de impedir que el marido recupere su habilidad nupcial, los efectos del rechazo del marido de concederle un *get* a la mujer son mucho peores. Así, un niño nacido de una mujer casada que no es hijo de su marido es considerado un *mamzer* (bastardo) y no puede contraer matrimonio con otro judío. La imposibilidad de la mujer de obtener un *get* por la desaparición de su marido, por su incapacidad o simplemente por rehusarse a otorgarle un *get* la convierte en una *aguna* (mujer encadenada), con la consecuente inhabilidad para contraer nuevas nupcias y formar una nueva familia. Por ello, liberar a las mujeres en estas condiciones (*agunot*) de sus matrimonios condenados se vuelve una obligación religiosa (*mitzva*) en la comunidad judía, aunque tomando las mayores precauciones necesarias para impedir que se contraigan nuevas nupcias aún vigente el matrimonio anterior. Lo cierto es que la nulidad del primer matrimonio es poco frecuente y cuestionable.

Dado que tanto el otorgamiento como la aceptación de un *get* debe ser consensual, se procura evitar que la presión que pueda ejercerse sobre el marido torne nulo el *get* por haberse ejercido violencia sobre la persona. Precisamente las reglas de Rabeinu Tam fueron elaboradas a los fines de tratar esta problemática, sugiriendo que se distancie al marido de la vida en comunidad, esto es, eludir realizar negociaciones con él, negarle hospedaje, alimento, entre otras sanciones.

En el caso *sub examine*, ambos recurrentes se fugaron de Israel después de que diferentes tribunales rabínicos les ordenaran que se divorciaran de sus esposas. Uno de ellos se dirigió a los EE.UU. y el otro a Bélgica, donde fue arrestado mientras se tramitaba su extradición.

Los tribunales rabínicos regionales intervinientes dictaron varias medidas contra ambos esposos, de conformidad con las facultades que la ley israelí les concede, incluyendo una orden dirigida a los consulados israelíes en los EE.UU. para que no proporcionaran asistencia al primer recurrente y otra que exigía que el segundo recurrente –quien aparentemente había abandonado Israel con una identidad falsa– presentara su pasaporte en el tribunal rabínico local correspondiente. Ambos tribunales rabínicos se remitieron asimismo a las sanciones religiosas originadas en las reglas de Rabeinu Tam, recomendando, en relación con el primer recurrente, que el público debería abstenerse de “hacerle el bien [al esposo] y/o incorporarlo al *minyán* [quórum de diez hombres mayores de 13 años de edad que se requiere para el tradicional culto público judío] y/o negociar con él y/o sepultarlo [según el rito judío]”. En el caso del segundo recurrente, el tribunal rabínico correspondiente aludió expresamente a las reglas referidas, recomendando su aplicación junto con otras sanciones socio-religiosas.

2. Sentencia: por cinco votos contra dos, se rechazan los recursos interpuestos, con excepción de la declaración de nulidad de la sanción fundada en las reglas de Rabeinu Tam de privar a los recurrentes en el momento de su fallecimiento de un entierro según el rito judío. Los tribunales rabínicos están facultados para recomendar la aplicación de las reglas de Rabeinu Tam como respuesta al comportamiento ilícito de los recurrentes y a su rechazo a conceder un *get* a sus esposas en violación a lo dispuesto por resoluciones judiciales que así lo ordenaban.

Si bien las reglas de Rabeinu Tam son inaplicables puesto que en el Estado de Israel no existe un mecanismo legal para implementarlas, no hay ninguna razón por la que los tribunales rabínicos no puedan recomendar su aplicación.

En la ley judía, se verifica una falta de igualdad en relación con la posibilidad que tienen los esposos –en comparación con las esposas– de obtener un divorcio. Por ello, aun cuando las reglas de Rabeinu Tam no estén expresamente contempladas en la legislación israelí, la recomendación de utilizarlas por parte de los tribunales rabínicos implica el reconocimiento del derecho de la mujer a la dignidad, a la libertad y a su propia vida familiar, de conformidad con la Ley Fundamental.

Sin embargo, a diferencia de otras sanciones religiosas previstas en las reglas de Rabeinu Tam, la prohibición del entierro según el rito judío de un esposo que se ha negado a divorciarse de su mujer contrariando la decisión de un tribunal rabínico vulnera el art. 1 de la Ley de Capacidad Jurídica y Tutela, en virtud de la cual “[t]oda persona tendrá derechos y obligaciones desde su nacimiento hasta su deceso”. Del mismo modo en que la deuda de una persona, a modo de ejemplo, se extingue en el momento de su deceso, el deber de un esposo de conceder un *get* a su esposa también se extingue al fallecer y dejar viuda a su esposa.

Por otra parte, lo cierto es que los recurrentes no eran inocentes, toda vez que se fugaron ilegalmente de Israel.

SUPREMA CORTE DE ISRAEL, HCJ 5185/13, *Anonymous and Gez v. Great Rabbinical Court in Jerusalem*, sentencia del 28-2-2017, reseña del fallo por LEVUSH, Ruth, en <<https://www.loc.gov/law/help/divorce-rulings/israel.php>>.



FUNCIONARIOS PÚBLICOS. DERECHO AL HONOR. CALUMNIAS E INJURIAS. DELITO DE ULTRAJE A FUNCIONARIO PÚBLICO (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: una docente de enseñanza media, M. G., demandó por injurias a C.M.B., madre de una alumna suya.

El Juez de Paz de Cecina, localidad de la región de Toscana, declaró improcedente la demanda, en virtud de lo establecido por el art. 35 del Decreto Legislativo n° 274/2000.

El Procurador General de Florencia, entonces, recurrió dicha sentencia ante la Corte de Casación, alegando una interpretación y una aplicación erróneas de la ley penal en relación con el art. 341 *bis* del Código Penal (CP), ya que el caso en cuestión se encuadraba en dicha norma toda vez que la injuria estaba vinculada con las relaciones didácticas entre la docente y la hija de C.M.B.

2. Sentencia: se acoge el recurso interpuesto y se revoca la sentencia impugnada. Se reenvían las actuaciones a la Procuración de Livorno.

Se declara fundado el recurso interpuesto.

Lo cierto es que se le imputa erróneamente el delito de injuria en lugar del de ultraje a funcionario público. En efecto, los arts. 341 y 344 CP fueron derogados por

el art. 18 de la ley n° 205/1999 y el delito de ultraje fue introducido nuevamente en el ordenamiento mediante la ley n° 94/2009 con una nueva figura que responde a los siguientes requisitos:

1) la ofensa al honor y al prestigio del funcionario público debe manifestarse en presencia de varias personas;

2) debe ocurrir en un lugar público o abierto al público;

3) debe ocurrir en un momento en el que el funcionario público esté desempeñando una tarea oficial en ocasión de sus funciones o con motivo de estas.

El ámbito objetivo de la incriminación ha mutado. En efecto, lo que el ordenamiento condena no es la mera lesión al honor y a la reputación del funcionario público, sino el conocimiento de dicha violación por parte de personas presentes en el momento del hecho, ocurrido en un lugar público o abierto al público, en el contexto del cumplimiento de un acto oficial y en ocasión del ejercicio de la función pública o con motivo de la misma.

En el presente caso, dichos elementos subsisten toda vez que las injurias fueron proferidas en un ámbito escolar y, en consecuencia, fueron advertidas por varias personas. Además, la docente es una funcionaria pública y el ejercicio de sus funciones no se reduce a impartir clases, sino que también abarca actividades preparatorias, contextuales y posteriores, entre las que se incluyen encuentros con los padres de los alumnos.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n° 15367 del 12-2-2014, en <<http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./Oscure20140509/snpen@s50@a2014@n15367@tS@oY.clean.pdf>>.



FUNCIONARIOS PÚBLICOS. REMUNERACIONES. IRREDUCTIBILIDAD. PODER JUDICIAL. JUECES. INDEPENDENCIA. INTANGIBILIDAD DE LAS REMUNERACIONES. DERECHO FINANCIERO. FINANZAS PÚBLICAS. LEY DE PRESUPUESTO. ESPECIALIDAD FORMAL (URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: ciertos funcionarios judiciales interpusieron una demanda de inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 18.738 y de los arts. 14, 15 y 16 de la ley 18.996. Fundaron su legitimación activa en su interés directo, personal y legítimo, ya que las normas cuya inconstitucionalidad pretenden han afectado su derecho adquirido a un nivel de remuneración, consagrado en el art. 85 de la ley 15.750.

Sostuvieron que los arts. 14, 15 y 16 de la ley 18.996 son inconstitucionales, toda vez que vulneran la especialidad formal y sustancial de las normas de carácter presupuestario reguladas en la Constitución al no haberse respetado el trámite legislativo previsto, lo que determina una rebaja sustancial en sus salarios. Dicha normativa no formaba parte del Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo y fue tratada en la Cámara de Senadores, pero no en la Cámara de Representantes. Esos artículos vulneran lo preceptuado por los arts. 86, 214, 215, 216, 217, 219 y 220

de la Constitución, que requieren que toda ley que modifique las dotaciones de los cargos o empleos públicos sea elaborada de conformidad con lo establecido en la Sección XIV. Cuando se trata de modificaciones a los sueldos, las limitaciones o restricciones a las remuneraciones deben ser justificadas por el Poder Ejecutivo como indispensables, lo que en este caso no ocurrió, toda vez que no se las incluyó en el Proyecto enviado al Poder Legislativo; las normas se incluyeron en la Cámara de Senadores y se aprobaron sin intervención de la Cámara de Representantes. La normativa fue tratada como un “aditivo”; no hubo mensaje complementario. Asimismo, los artículos impugnados violan normas que protegen la independencia del Poder Judicial, violentando el equilibrio entre los Poderes del Estado –arts. 7, 8, 53, 54, 72, 73, 82, 83, 139, 149, 211 letras A) y E), 228, 233, 332 de la Constitución–, normas que consagran el principio de seguridad jurídica, la independencia del Poder Judicial, el derecho a la justa remuneración y la irreductibilidad de las remuneraciones de los funcionarios públicos, que conforman el bloque de constitucionalidad. Por otra parte, los actores argumentaron que dicha ley autorizó al Poder Judicial a realizar una reestructuración (Res. 265/2006 de la Corte), al establecer una escala salarial que parte del sueldo base del Subdirector General de los Servicios Administrativos y llega, en forma decreciente, hasta el último grado de los escalafones.

Asimismo, expresaron que los arts. 1 y 2 de la ley 18.738 son inconstitucionales al vulnerar los arts. 86 y 214 de la Constitución. En lo sustancial, coliden con preceptos constitucionales inherentes al sistema republicano de gobierno, a la separación de poderes, a la independencia del Poder Judicial, y al régimen de derechos y garantías de los habitantes de la República. Esta ley modificó las dotaciones de los funcionarios fijadas por una Ley de Presupuesto fuera de la oportunidad establecida. Sostuvieron que tal norma no puede considerarse una norma interpretativa de la establecida en el art. 64 de la ley 18.719, sino una norma innovativa que violenta derechos adquiridos, derogando una norma de naturaleza presupuestaria.

Consideraron además que la mencionada ley incurre en inconstitucionalidad por razones sustanciales, al afectar el derecho adquirido a la remuneración consagrada en el art. 85 de la ley 15.750, lo que importa una reducción de sus salarios. La ley citada vulnera la seguridad jurídica plasmada en el art. 7, el principio de igualdad del art. 8, el principio de separación de poderes del art. 82, infringiendo el principio de intangibilidad de las retribuciones de los funcionarios judiciales, según los arts. 7, 53, 54, 72, 82 y 332 de la Constitución.

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 18.738 y de los arts. 14, 15 y 16 de la ley 18.996, así como su inaplicabilidad a los actores, con efectos a partir de la fecha de interposición de la demanda.

2.1. La ley 18.738 padece un vicio formal que resulta suficiente para declararla inconstitucional y satisfacer de tal modo el interés de los accionantes. Al respecto, en el precedente 607/2013 –en términos trasladables al presente caso, *mutatis mutandi*, por cuanto en ambos asuntos el conflicto se resuelve declarando la inconstitucionalidad de dicha ley por razones de forma–, se dijo que ella padecía de un vicio formal de suficiente magnitud para declararla inconstitucional y satisfacer

así el interés de los accionantes, sin resultar necesario dictar un pronunciamiento en relación con la alegada inconstitucionalidad por razones de fondo.

2.2. Respecto del planteo referido al carácter que reviste esta ley, esta Corte estima que dicha norma no es interpretativa sino innovativa, porque no pretende aclarar el régimen legal anterior, sino que persigue un fin claramente derogatorio. Esta norma fue descripta por el legislador como una ley interpretativa pese a que, en realidad, es una ley innovativa que afecta derechos adquiridos por su carácter retroactivo y abrogante, al suprimir los incrementos salariales a los que tenían derecho los actores por imperio de la norma derogada.

Se advierte que ella regula una cuestión presupuestaria, incumpliendo los requisitos que la aprobación de las leyes de tal naturaleza debe reunir, y modifica las dotaciones de los actores establecidas en una Ley de Presupuesto. Así, resulta innovativa, porque deroga y modifica una Ley de Presupuesto y altera las remuneraciones de los funcionarios públicos, sin revestir el carácter de Ley de Presupuesto o de Rendición de Cuentas. En consecuencia, es clara la vulneración de lo dispuesto en los arts. 86, inc. 1 y 214 de la Constitución, los cuales disponen que la fijación y modificación de dotaciones debe realizarse mediante las leyes de presupuesto con sujeción a las reglas establecidas para las leyes presupuestarias, las cuales deben revestir la naturaleza de Ley de Presupuesto o de Rendición de Cuentas.

La posterior derogación de dicha ley y la modificación del art. 64 de la ley 18.719 a través de la Ley de Rendición de Cuentas de 2012 no hace más que confirmar la irregularidad formal en que se había incurrido y da mérito a la decisión a la que se arriba en este pronunciamiento.

La relevada existencia de un vicio de forma torna inútil e innecesario el análisis de la cuestión de inconstitucionalidad por razones de fondo también planteada, puesto que la primera alcanza para que la disposición inconstitucional resulte inaplicable a quienes promovieron tal declaración.

2.3. La ley 18.996 es la Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al ejercicio 2011, cuyos arts. 14 y 15 derogan la ley 18.738 así como el art. 64 de la ley 18.719; mientras que el art. 16 reproduce, con ligera variación, el art. 64 derogado y, por dicha vía, vuelve a pretender desconocer lo que dispone el art. 85 de la ley 15.750, abatiendo las remuneraciones de los jueces cuyo mínimo había sido fijado de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 64 y 68 de la ley 18.719.

Las leyes de carácter presupuestario tienen una especialidad formal en cuanto al procedimiento para su elaboración, modificación y abrogación, que difiere del procedimiento ordinario: a) su iniciativa pertenece al Poder Ejecutivo, el que debe cursar, además, los proyectos formulados para otros organismos públicos; b) el Poder Ejecutivo, al preparar su iniciativa, necesita el asesoramiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto; c) dicha iniciativa tiene que ser adoptada en Consejo de Ministros; d) solo puede cursarse en oportunidades especiales; e) debe elevarse en forma comparativa con el presupuesto anterior que sigue vigente hasta la aprobación del nuevo; f) el Poder Legislativo tiene términos perentorios

para su consideración cuyo vencimiento produce el rechazo ficto; g) no pueden ser declaradas de urgente consideración; h) no pueden ser sancionadas en el año preelectoral; i) no son susceptibles del recurso de referéndum. Estas características formales de las leyes presupuestarias están constitucionalmente establecidas para la tramitación de leyes que tengan el contenido indicado en los cuatro apartados del art. 214, inc. 2 de la Constitución.

No se encuentra controvertido que las normas impugnadas de inconstitucionalidad no formaban parte del Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo y que fueron incorporadas en la Cámara de Senadores. En otras palabras, es evidente que la ley 18.996 no tuvo el tratamiento que impone la Constitución, considerando la falta de iniciativa del Poder Ejecutivo y la incorporación de las normas cuestionadas en la Cámara de Senadores, en una sesión en la que se pusieron a consideración los “aditivos” (arts. 14, 15 y 16 de la ley), circunstancias que constituyen vicios formales cuya ostensible existencia es imposible ocultar o no declarar.

Las normas de la ley 18.996 impugnadas (arts. 14, 15 y 16) adolecen así de un vicio de forma que determina que deban declararse inconstitucionales, sin necesidad de ingresar al análisis de los restantes fundamentos de la pretensión, atinentes a pretensos vicios de fondo que afectarían igualmente la constitucionalidad de las normas enjuiciadas.

2.4. La pretensión de declaración de inconstitucionalidad incluye, en el caso, la petición de específico pronunciamiento acerca del momento a partir del cual rigen los efectos de tal declaración, postulándose que estos se retrotraen al momento de causarse la lesión.

No se hará lugar a tal petición por considerarse, de conformidad con la sentencia 391/2013 de esta Corte, entre muchas otras, que el efecto de la declaración rige desde la fecha de interposición de la demanda, momento a partir del cual se cuestiona la regularidad constitucional de la norma.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, *Fusco Moriondo, Roberto y otros c. Poder Ejecutivo y otros – Acción de inconstitucionalidad arts. 1 y 2 de la Ley Nro. 18.738 y arts. 14 a 16 de la Ley Nro. 18.996*, sentencia 156/2016 del 31-5-2016, en <<http://portal.poder-judicial.gub.uy>>.



INTERSEXUALES. AUSENCIA DE PREVISIÓN LEGAL DEL GÉNERO “INTER”. EFECTOS REGISTRALES. **DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. DIGNIDAD HUMANA** (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: una persona nacida en 1989 e inscrita en el Registro Civil de Nacimientos con sexo femenino solicitó la modificación de su género por otro denominado “inter” o “diverso”. Fundó su pretensión en un análisis cromosómico que se había realizado y del que surgía que su cadena cromosómica cuenta con un cromosoma “X” menos, que carece de uno en el segundo gonosoma y que, por lo tanto, no es de sexo femenino ni masculino.

2. Sentencia: el recurso no se encuentra debidamente fundado.

La normativa vigente aplicable al estado civil de las personas no permite inscribirlas en el Registro en la categoría de sexo “inter” o “diverso”. Solo están previstas las categorías de sexo “masculino” o “femenino”.

El tribunal de apelaciones fundó su sentencia en que la ley no previó la posibilidad de modificar el sexo “masculino o femenino” a inscribir en el Registro, decisión que se compadece con lo dispuesto por el art. 21.4.3 de la Ley sobre el Estado Civil de las Personas (PStG). En consecuencia, las palabras “irresuelto” o “intersexual” son inadmisibles. La persona puede pedir la anulación de la palabra “femenino”, pero no su reemplazo por otra palabra no prevista en la ley. El legislador previó en el art. 22.3 de la ley citada el tema ético de la “intersexualidad” para los casos de duda al momento de nacer, al permitir la postergación de la inscripción de estas personas hasta que se tenga certeza sobre su sexo, reconociendo así la intersexualidad a través de este artículo.

Ahora bien, el art. 21.4.3 PStG ordena la inscripción del nacido según su “sexo” en las categorías “femenino” y “masculino”. Sin embargo, no debería descartarse otro, un tercer sexo, ya sea “inter” o “diverso” o el que enuncie la ley.

El actual art. 22.3 PStG no contradice la Ley Fundamental (LF), ya que si al momento del nacimiento existen dudas con respecto al sexo de una persona, no se inscribe ese dato en el Registro hasta que se tenga certeza del mismo.

La identidad sexual de una persona forma parte de sus derechos personalísimos. La dignidad humana es inviolable. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su persona y de su personalidad (art. 1.1 y 2.1 LF). Es en los cimientos constitucionales donde se funda el reconocimiento de la intersexualidad.

El tribunal de apelaciones actuó acertadamente al no resolver la cuestión de la intersexualidad de la persona. Rechazó la solicitud de modificar la inscripción del peticionante en el Registro como de sexo “inter” o también como “diverso”, ya que no son términos jurídicamente existentes. La doctrina no señala que puedan ampliarse las categorías de sexo femenino y masculino e incluirse un tercero, esto es, el “inter” o “diverso”.

En una interpretación sistemática de la norma, el art. 1.1.1 PStG relativo al estado de las personas en el marco del derecho de familia indica la posición de la persona dentro del ordenamiento jurídico. La inscripción en el Registro Civil tiene por objeto establecer la posición familiar que ocupa una persona según las reglas del derecho de familia.

El ordenamiento jurídico parte de la base de un sistema de sexo binario: masculino y femenino; pero el legislador debe prever un sexo distinto para proteger a quienes se encuentra en una situación diferente. De la norma no se desprende que el legislador pretenda reconocer un tercer sexo, sino que procura proteger a quien se encuentra en una posición diferente por su “identidad sexual”.

El actual proyecto del Estado Federal no contiene modificaciones a la regulación de la intersexualidad. Sin embargo, mediante una iniciativa de la Cámara Alta se busca solucionar este problema tan complejo, teniendo especialmente en cuenta el aspecto médico-biológico. Si bien el trámite del proyecto de ley se encuentra en un estado avanzado, lo cierto es que no será aprobado a la brevedad.

Tanto las personas afectadas como el Consejo Ético y peritos se encuentran abocados a la labor legislativa.

También deberán modificarse otras normas relacionadas.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 100 LF, no hay motivo para que sea el Tribunal Constitucional Federal el que resuelva este tema. Conforme a dicha norma, un proceso judicial debe interrumpirse a los fines de que dicho tribunal se expida cuando se dude de la constitucionalidad de una norma, pero en este caso los miembros de este Tribunal no ven inconstitucionalidad alguna en la norma aplicada.

Este Tribunal confirma los precedentes donde se ha dejado establecido que el sexo puede modificarse con posterioridad a su inscripción en los registros cuando se trata de datos inexactos o incompletos, entre los cuales actualmente también se encuentra el género, de conformidad con lo dispuesto por el art. 22.3 PStG, al dejarlo abierto al momento del nacimiento en caso de duda.

El derecho de familia no prevé un tercer género “inter/diverso”. Sin este sustento sustantivo, esta fórmula carece de significado constitucional para la persona interesada, ya que el registro tiene efecto declarativo y no constitutivo de estado. No es relevante en la medida en que el actor no pide un reconocimiento de estado, sino simplemente que se lo inscriba en el Registro como de sexo “inter” o “diverso”.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la transexualidad abarca tanto la dignidad humana como los derechos personalísimos, de conformidad con el art. 2.1 LF. Incumbe al legislador perfeccionar el ordenamiento jurídico, exigencia esta que debe ser satisfecha teniendo especialmente en cuenta los avances apreciables de la ciencia.

Si bien en los casos de transexualidad, hay un cambio de género ya reconocido por el ordenamiento legal, en los de intersexualidad la persona no es de género masculino ni femenino, sino de un tercero aún desconocido por el ordenamiento legal. La creación jurídica de un tercer género abarca intereses del Estado en una medida sustancial. Evaluar y analizar estos intereses corresponde tanto a las personas interesadas como al Consejo de Ética de Alemania.

Este Tribunal no ordenará la modificación de la inscripción del peticionante como de sexo femenino en el Registro Civil de Nacimientos realizada conforme a lo dispuesto por los arts. 48.1, 47.2 y 22.3 PStG, y la solicitud será rechazada por “inadmisible”.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL DE ALEMANIA, caso XII ZB 52/15, sentencia del 22-6-2016, en <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d4e668c1b84320f537ac2c7cfb4140ae&nr=75534&linke-d=pm&Blank=1>>.



JUEGOS DE AZAR. SALAS DE JUEGOS DE AZAR. CASINOS. LICENCIAS PARA FUNCIONAR. REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO. RESTRICCIONES. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD** (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: desde la reforma federal alemana de 2006, los estados federales (*Länder*) tienen facultades para dictar leyes reglamentarias de las salas de juego. Inicialmente, el Tratado Estatal sobre los Juegos de Azar (*Glücksspielstaatsvertrag*), que los estados adoptaron en el año 2008, no contenía ninguna disposición específica a este respecto, por lo que se siguió aplicando la reglamentación federal en la materia. En 2012, luego de un aumento de la facturación en este negocio generado por las máquinas tragamonedas situadas fuera de los casinos, y en respuesta a estudios que demostraban el sustancial riesgo que potencialmente generaban las máquinas tragamonedas que se estaban comercializando, los estados implementaron, mediante la firma del Primer Tratado Federal modificadorio del Tratado Estatal sobre los Juegos de Azar (*Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag*), exigencias más rigurosas para el otorgamiento de licencias para operar salas de juego. A los fines de reglamentar esta materia, el Tratado prohibió los complejos de salas de juego, por lo cual una sala de juego no puede estar en un edificio o complejo edilicio en el que se hallen otras salas de juego. También se exige una distancia mínima entre las salas de juego (requisito de distancia mínima). Las salas de juego que ya contaban con autorización para funcionar bajo la normativa vigente antes de la sanción de las nuevas disposiciones incorporadas al Tratado Estatal sobre los Juegos de Azar y de las leyes estatales aplicables deben satisfacer estas mayores exigencias dentro de ciertos períodos de transición a fin de que se las autorice a seguir funcionando.

Ya en 2011, el estado federal de Berlín dictó una Ley de Salas de Juego que incorporó disposiciones similares a las previstas en el Primer Tratado Federal modificadorio del Tratado Estatal sobre los Juegos de Azar. Esta ley exige, además, que una sala de juego esté a una distancia mínima de instalaciones destinadas a niños y jóvenes. Por otra parte, se redujo a ocho el número máximo permitido de máquinas que puede haber en cada sala de juegos y se exigió en ellas la presencia de un supervisor en forma permanente.

Cuatro empresas que operan salas de juego en los estados de Berlín, Baviera y Saarland impugnaron la constitucionalidad de la reglamentación aplicable en esta materia. En esencia, alegaron una violación a su libertad fundamental de ejercer una profesión u oficio (art. 12 de la Ley Fundamental (LF)) y al principio de igualdad ante la ley (art. 3 LF).

2. Sentencia: las mayores exigencias impuestas a las salas de juego para el otorgamiento de licencias para funcionar incorporadas por el Primer Tratado Federal modificadorio del Tratado Estatal sobre los Juegos de Azar así como por disposiciones de las leyes respectivas de los tres estados federales son constitucionales.

2.1. Las acciones de inconstitucionalidad resultan parcialmente inadmisibles, ya que los accionantes no han demostrado acabadamente verse actual y directamente afectados por las disposiciones impugnadas. Por otra parte, las acciones promovidas tampoco satisfacen cabalmente el principio de subsidiariedad ni los requisitos procesales de fundamentación.

2.2. En aquella medida en que sí satisfacen los recaudos de admisibilidad, las acciones de inconstitucionalidad promovidas resultan infundadas. Las nuevas disposiciones impugnadas se compadecen con la Constitución.

2.2.1. Los estados federales tienen competencia exclusiva para legislar en materia de juegos de azar, lo que incluye facultades para adoptar normas relativas al otorgamiento de licencias para salas de juego. Las leyes federales dictadas en ejercicio de las atribuciones que el Gobierno Federal tiene para legislar en materia de suelo y tierras y en materia de bienestar público no restringen la mencionada competencia de los estados federales.

2.2.2. Las disposiciones impugnadas relativas a la autorización para funcionar y operar salas de juego importan una injerencia indebida en los derechos fundamentales de los accionantes. Sin embargo, dicha injerencia está justificada.

2.2.2.1. La prohibición de que existan complejos de salas de juego y los requisitos de distancia mínima se compadecen con lo dispuesto por el art. 12.1 LF. La regulación está dirigida a prevenir y evitar el riesgo de adicción al juego, y a proteger a niños y jóvenes. En consecuencia, sus disposiciones relevantes persiguen la consecución de un objetivo particularmente importante en términos del bien común. La prohibición de que existan complejos de salas de juego y la imposición de una distancia mínima entre ellas están destinadas a limitar su concentración, reduciendo con ello el total de salas de juego existentes. La exigencia de una distancia mínima respecto de instalaciones concurrencias por niños y jóvenes tiene por objeto prevenir la adicción al juego tan tempranamente como sea posible y así evitar las consecuencias de la cada vez mayor adaptación a estímulos adictivos. Las consideraciones que a esos efectos tuvo el legislador no resultan manifiestamente desacertadas.

Con respecto a los casinos estatales, la prohibición de que existan complejos de salas de juego y la imposición de una distancia mínima entre ellas persiguen el objetivo legítimo de combatir la adicción al juego y a las apuestas de una manera consecuente con la regulación federal. Los casinos están sujetos por igual a reglamentaciones exhaustivas dictadas a nivel estatal con el objeto de proteger a los jugadores. Asimismo, existe un límite legal al número de casinos existentes en los estados, lo cual reduce la presencia de casinos en la vida cotidiana. Pese a estas regulaciones, los estados deberán también garantizar que, en el futuro, dicho objetivo de reducir la cantidad de salas de juego no se vea socavado por una expansión del juego con máquinas tragamonedas o por un aumento de los lugares de juego.

La prohibición de que existan complejos de salas de juego y la imposición de distancias mínimas también resultan proporcionadas y constituyen un medio adecuado para la consecución de los objetivos legítimos de bien común perseguidos por las legislaturas estatales, ya que, cuanto menos, contribuyen a combatir la adicción al juego. La ponderación hecha por las legislaturas respecto del carácter adecuado de tales medidas no plantea objeciones constitucionales. Parece plausible que los complejos de salas de juego, en especial, generen mayores incentivos al juego dada la multiplicidad de ofertas de fácil acceso. La exigencia de que exista una

distancia mínima entre ellas reduce el número de inmuebles disponibles para instalar salas de juego y evita la concentración de las mismas, limitando con ello la cantidad total de salas de juego existentes. No se ha encontrado una medida menos restrictiva pero igualmente efectiva a esos efectos. En particular, las medidas que se refieren solo a los jugadores o a las máquinas tragamonedas no constituyen un medio igualmente efectivo para combatir y prevenir la adicción al juego. La prohibición de permitir el acceso de menores no resulta tan efectiva como la imposición de ciertas distancias mínimas, puesto que no reduce en la misma medida el efecto promocional ni la cada vez mayor adaptación a estímulos adictivos. Asimismo, la prohibición de que existan complejos de salas de juego y la imposición de ciertas distancias mínimas resultan apropiadas. Al hacer un balance general del grado de injerencia, y de la gravitación y urgencia de los fundamentos de estas medidas, se observa que las reglamentaciones en su conjunto satisfacen el límite que establece el principio de razonabilidad y no imponen cargas excesivas a las personas afectadas.

2.2.2.2. También están justificadas las violaciones alegadas al derecho a la libertad fundamental de ejercer una profesión u oficio derivadas de la reducción del número máximo permitido de máquinas que puede haber en las salas de juego y de la obligación de que en ellas esté presente un supervisor en forma permanente.

Al reducir el número máximo permitido de máquinas que puede haber en cada sala de juego, el legislador persigue el objetivo de prevenir la adicción al juego limitando los incentivos al juego excesivo. La reglamentación resulta apropiada para el logro de este objetivo porque era razonable que las legislaturas estatales supusieran que el incentivo a los jugadores a seguir jugando disminuye cuanto menor sea la cantidad de máquinas por sala. Esta reducción de la cantidad máxima permitida de máquinas también era necesaria y no impone cargas excesivas a las empresas licenciatarias de las salas de juegos. Podría ser cierto que la mencionada reducción tenga un impacto negativo en la rentabilidad de las salas de juegos. Sin embargo, el principio de proporcionalidad no garantiza un determinado nivel de rentabilidad.

La obligación de que un supervisor de la sala esté presente en forma permanente facilita el reconocimiento de comportamientos problemáticos vinculados al juego y permite la inmediata intervención en estos casos; por lo tanto, también sirve para la consecución del importante objetivo de bien común de prevenir las adicciones y resulta proporcionada.

2.2.2.3. Las nuevas disposiciones impugnadas no acuerdan un trato desigual que sea incompatible con el art. 3.1 LF a los licenciatarios de salas de juego en relación con el otorgado a los operadores de casinos y *pubs* que tengan máquinas tragamonedas. Las disposiciones atacadas efectivamente acuerdan un trato diferente a los licenciatarios de salas de juego, por un lado, y a los propietarios de casinos y *pubs*, por el otro, puesto los primeros están sujetos a restricciones que no se aplican a aquellos que operan máquinas tragamonedas situadas en *pubs* o en casinos. Sin embargo, este trato desigual está justificado. Las diferencias en el riesgo potencial que generan en relación con las diferencias en la disponibilidad de oportunidades de juego constituyen una razón objetiva suficiente para esta diferencia de trato.

2.2.3. Las disposiciones transitorias impugnadas por los accionantes son asimismo constitucionales.

2.2.3.1. El período de transición de cinco años previsto para salas de juego ya en funcionamiento importa una injerencia indebida en la libertad de ejercer una profesión u oficio de los operadores de salas de juego; sin embargo, dicha injerencia se encuentra justificada. Satisface el requisito de que ello debe estar fundado en una ley, ya que los principales criterios de selección en casos de salas de juego en funcionamiento que compiten entre sí por los lugares legalmente permitidos están suficientemente especificados en la legislación aplicable a las salas de juego. Este período de transición de cinco años también se compadece con el principio de protección de las legítimas expectativas derivado del art. 12 LF. Este principio no garantiza un derecho incondicional a la amortización de las inversiones realizadas ni en relación con las reglamentación anterior ni en relación con las licencias otorgadas. Incluso una determinada expectativa de que el marco jurídico existente continuará vigente –lo que puede quedar demostrado con conductas con base en dicha expectativa– en general no da lugar a la protección de las legítimas expectativas, a menos que se tenga que hacer un balance de los intereses en juego. Asimismo, se encuentra satisfecho el principio de proporcionalidad. Los intereses de los operadores de las salas de juego han sido debidamente tomados en cuenta a los fines de la concesión de un período de transición de cinco años, particularmente porque los estados federales han previsto excepciones para los casos particulares que se encuentran en graves dificultades.

2.2.3.2. La injerencia indebida en la libertad de ejercer una profesión u oficio generada por el período de transición de un año aplicable a las salas de juegos autorizadas con posterioridad al 28 de octubre de 2011 también resulta compatible con el art. 12.1 LF. La distinción entre el período de transición de un año y el de cinco años persigue la satisfacción de objetivos legítimos de bien común y considera debidamente la protección de las legítimas expectativas. La expectativa de que las reglamentaciones existentes y las licencias acordadas en sus términos continuarían en vigor solo podría seguir siendo legítima hasta la adopción del acuerdo firmado en la Conferencia de Gobernadores en la que se discutió el Primer Tratado Federal modificadorio del Tratado Estatal sobre los Juegos de Azar. A partir de ese momento, cualquier fundamento legítimo de una expectativa semejante quedó eliminado o al menos significativamente reducido. Asimismo, es constitucionalmente válido fundar la mencionada distinción en el día de concesión de la licencia comercial. La regulación transitoria también es proporcional, puesto que los operadores de salas de juego afectados por el período de transición de un año no podían –al tiempo del otorgamiento de la licencia comercial– continuar creyendo legítimamente que se seguiría aplicando el anterior marco jurídico. El art. 3.1 LF no impide al legislador optar por períodos de transición escalonados fundado en la consideración de las legítimas expectativas y por un plazo fijado de antemano, a fin de combatir la adicción al juego con la mayor efectividad posible reduciendo la oferta de salas de juego tan pronto como sea posible.

2.3. Con respecto a la acción de inconstitucionalidad de uno de los accionantes que fue posteriormente modificada a fin de incluir la Ley estadual de Implementación del Requisito de Distancia Mínima del estado federal de Berlín, así como las disposiciones de la Ley de Salas de Juego de Berlín recientemente incorporadas en 2016, en la medida de dicha ampliación, esta Sala tratará por separado este proceso para que sea objeto de una decisión independiente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, casos 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1874/13, 1 BvR 1694/13 y 1 BvR 1630/12, sentencia del 7-3-2017, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/03/rs20170307_1b-vr131412.html>.



LEY. INTERPRETACIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Avondale Lockhart se declaró culpable por tenencia de pornografía infantil en violación a lo dispuesto por el art. 2252(a)(4) del Título 18 del Código de los Estados Unidos. Como tenía una condena previa en el estado de Nueva York por abuso sexual en primer grado de su novia mayor de edad, en el informe sobre sus antecedentes previo al dictado de la sentencia (PSR, por sus siglas en inglés) se concluyó que correspondía aplicar el aumento del mínimo de la pena a 10 años previsto en el art. 2252(b)(2) en razón, *inter alia*, de sus condenas previas en la jurisdicción estadual por delitos “vinculados con abuso sexual agravado, abuso sexual o conducta sexual abusiva cuando la víctima es un menor o pupilo”. Lockhart alegó que la frase restrictiva “cuando la víctima es un menor o pupilo” resultaba aplicable a los tres tipos penales y que, por lo tanto, su condena anterior no daba lugar al aumento del mínimo de la pena. El tribunal federal de primera instancia no acogió esta pretensión y lo condenó al mínimo obligatorio. La Cámara Federal de Apelaciones confirmó esta decisión.

Lockhart interpuso entonces un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la condena previa de Lockhart se encuadra en el art. 2252(b)(2).

(a) Una interpretación apropiada del texto brinda sustento a esta conclusión. La “regla del último antecedente” –estándar de interpretación jurídica conforme al cual “una cláusula o frase restrictiva [...] normalmente debe interpretarse como modificador solo del sustantivo o frase que inmediatamente la antecede” (*Barnhart v. Thomas*, 540 U.S. 20, p. 26 -2003-)– deja en claro que la frase “cuando la víctima es un menor o pupilo” solo modifica la frase nominal inmediatamente anterior “conducta sexual abusiva”, mientras que las frases “abuso sexual agravado” y “abuso sexual” no se ven afectadas por esta restricción. La aplicación de esta regla “puede [...] ceder ante indicios de que exista otro significado” (*ibid.*), pero el contexto del art. 2252(b)(2) refuerza la conclusión de que resulta aplicable en este caso.

(b) El aumento del mínimo de la pena que prevé el art. 2252(b)(2) también está previsto para, *inter alia*, el supuesto de comisión previa de uno de los delitos federales de abuso sexual enumerados en el Capítulo 109A del Código Penal Federal. Cuando se interpreta el art. 2252(b)(2) aplicando la “regla del último antecedente”, se observa que los títulos del Capítulo 109A reflejan con precisión el orden, las divisiones, y casi con la misma precisión las palabras utilizadas para describir los tipos penales de abuso sexual en la legislación de fondo estadual. En cambio, si se aplicara el modificador “cuando la víctima es un menor o pupilo” a los tres presupuestos que figuran en la enumeración del art. 2252(b)(2), esta Corte tendría que interpretar los tipos penales previstos en el ámbito estadual de una forma que se aparta de la estructura federal. Si el Congreso hubiera perseguido ese objetivo, resulta dudoso que hubiese seguido tan cuidadosamente la estructura y el lenguaje del Capítulo 109A.

(c) Se rechazan los contraargumentos opuestos por Lockhart.

(1) Los precedentes *Porto Rico Railway, Light & Power Co. v. Mor* (253 U.S. 345 -1920), *United States v. Bass* (404 U.S. 336 -1971-) y *Jama v. Immigration and Customs Enforcement* (543 U.S. 335 -2005-) no requieren que esta Corte aplique el criterio de interpretación contrario invocado por Lockhart según el cual en una construcción con una enumeración de varios sustantivos o verbos, el modificador que antecede o que sigue normalmente modifica a toda la serie. En esos casos, la Corte simplemente observó que la aplicación de la regla del último antecedente puede ceder ante la existencia de indicios contextuales de un significado diferente. Los intentos de Lockhart de identificar esos indicios resultan infructuosos. Alega que los delitos tipificados en la legislación estadual son tan similares que una frase restrictiva podría aplicarse a todos por igual. Pero al transformar una enumeración de tipos penales independientes en un conjunto de conceptos casi sinónimos, la interpretación de Lockhart resulta demasiado redundante y corre el riesgo de caer en la regla que prescribe evitar la sobreabundancia.

(2) Lockhart sostiene que la existencia de otras disparidades entre los tipos penales de abuso sexual del art. 2252(b)(2) previstos en la legislación de fondo estadual y aquellos contemplados en el ámbito federal indican que el Congreso no estaba interesado en establecer ese paralelismo. Sin embargo, la interpretación de esta Corte se basa en indicios contextuales específicos de los tipos penales de abuso sexual y no en una suposición general de que el legislador haya tenido la intención de establecer un completo paralelismo entre todos los tipos penales estaduales y federales.

(3) Los antecedentes legislativos de la norma “difícilmente revelan un fin claramente definido” (*Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, p. 483 -1951-) y no hacen ninguna contribución para explicar por qué el Congreso pudo haber querido redactar el art. 2252(b)(2) para dar un tratamiento diferente a los tipos penales estaduales y a los federales.

(4) Por último, Lockhart sugiere que corresponde aplicar el principio *in dubio pro reo*, con lo que la aplicación de la pauta de interpretación según la cual en una construcción con una enumeración de varios sustantivos o verbos, el modificador que antecede o que sigue normalmente modifica a toda la serie, criterio a seguir que él propone, conduciría a una interpretación alternativa del art. 2252(b)(2). El

principio *in dubio pro reo* está dirigido a resolver problemas de ambigüedad solo cuando la aplicación de los estándares ordinarios no ha permitido llegar a una interpretación satisfactoria. Aquí, sin embargo, la aplicación de la regla del último antecedente resulta bien fundada por contexto, mientras que la alternativa propuesta por Lockhart no lo está.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Lockhart v. United States*, sentencia del 1-3-2016, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-8358_o7jp.pdf>.



LEY. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. PROCESO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY POR VICIOS FORMALES (GUATEMALA).

1. Antecedentes del caso: tras la sanción de la Ley de Control de las Telecomunicaciones Móviles en Centros de Privación de Libertad y Fortalecimiento de la Infraestructura para Transmisión de Datos, se promovieron quince acciones de inconstitucionalidad general contra la mayoría de sus artículos.

2. Sentencia: se hace lugar a las acciones de inconstitucionalidad general promovidas contra ciertas disposiciones de la Ley de Control de las Telecomunicaciones Móviles en Centros de Privación de Libertad y Fortalecimiento de la Infraestructura para Transmisión de Datos.

El Decreto 12-2014 del Congreso de la República quedará sin vigencia desde el día siguiente al de la publicación del presente fallo.

2.1. La ley cuestionada posee cuatro temas de regulación: a) la declaratoria de “interés general y nacional” de: (i) el control de las telecomunicaciones móviles en los centros penitenciarios, y (ii) la construcción y desarrollo de todo tipo de infraestructura para la prestación de servicios relacionados con la transmisión de datos; b) la prohibición de las telecomunicaciones no autorizadas en centros penitenciarios, estableciendo la obligación de los operadores de redes locales de telefonía móvil de implementar soluciones técnicas para que no se pueda generar tráfico de telecomunicaciones móviles en esos centros, el deber de realizar monitoreos periódicos y sancionar la inobservancia de esa obligación; y c) la autorización especial –concentrando un grupo de autorizaciones en la figura de la Superintendencia de Telecomunicaciones– para que determinadas personas puedan usar bienes públicos y privados e instalar infraestructura para transmisión de datos, fijando el contenido sustantivo de la autorización (que incluye facultades y costos generales), el procedimiento para obtenerla y las sanciones para quienes no respeten esa autorización.

2.2. No obstante la diversidad de denuncias presentadas y de impugnaciones efectuadas por los distintos actores y en diversas oportunidades, el control de constitucionalidad se realizará previendo que de resultar procedente una de esas

denuncias, tal pronunciamiento bastará para declarar la anulación de la disposición impugnada. Se excluirá, entonces, el tratamiento de los otros argumentos, por razones de economía procesal y congruencia con lo pedido.

2.3. Uno de los principios constitucionales invocados más recurrentemente como transgredido fue el de la autonomía municipal, pues los accionantes estimaron que las medidas establecidas en las disposiciones impugnadas violan las exigencias del art. 134 de la Constitución Política de la República de Guatemala (CP) respecto de las funciones mínimas y la formalización de autonomías o descentralizaciones, o su supresión; y del art. 253 CP, que contiene los elementos específicos de la autonomía municipal.

En ese sentido, previo a determinarse si se afectó el contenido material de la autonomía municipal, debe examinarse si se observó la exigencia formal para la creación, modificación o supresión de la actividad autónoma de la Administración Pública.

Este Tribunal ya ha dicho que el control de constitucionalidad puede comprender tanto la ilegitimidad de las normas por vicios en su contenido material como la de los actos legislativos por vicios formales, esto es, en materia de procedimiento (“*interna corporis*”).

El art. 134 CP exige contar con el voto favorable de las dos terceras partes del Congreso de la República para la creación o supresión de entidades autónomas. Ello tiene como finalidad proteger la estructura, las funciones y la competencia de esas entidades, por lo que la regulación que varíe funciones esenciales, competencias o estructuras de esas entidades también debe cumplir el requisito de la mayoría calificada.

La norma cuestionada faculta a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SIT) a autorizar la instalación de infraestructura para telecomunicaciones en bienes de dominio público dentro de cualquier circunscripción municipal, e impone a las municipalidades una serie de obligaciones, entre ellas, el deber de permitir el uso de bienes de dominio público para llevar a cabo esas actividades y de prestar auxilio cuando fuere requerido, obligaciones estas que inciden en normas establecidas en el Código Municipal.

Esta Corte considera que esa incidencia normativa debía aprobarse en el Congreso de la República con una mayoría calificada. Sin embargo, al revisar el Diario de Sesiones del Congreso de la República correspondiente a la fecha de aprobación del Decreto 12-2014, se advierte que, tras ser leído y votado por capítulos el proyecto de ley correspondiente, los votos obtenidos no alcanzaron la mayoría calificada. Consecuentemente, las normas relacionadas con la autonomía municipal no fueron aprobadas conforme lo requiere el art. 134 CP.

El art. 17 de la ley cuestionada indica: “El presente Decreto fue declarado de urgencia nacional y aprobado en un solo debate con el voto favorable de más de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso de la República, y entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial”.

No obstante, al efectuar la señalada revisión al Diario de Sesiones, esta Corte pudo verificar que la sesión dio inicio con la reanudación de una sesión permanente

destinada a interpelar a la Ministra de Educación y que, durante su desarrollo, se recibió una moción de privilegio para que se entrara a conocer, entre otras cuestiones, la iniciativa para aprobar la Ley de Control de las Telecomunicaciones Móviles en Centros de Privación de Libertad y Fortalecimiento de la Infraestructura para la Transmisión de Datos, la cual, de conformidad con el art. 113 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo (LOOL), fue declarada de urgencia nacional.

Dicha moción privilegiada fue sometida a votación sin debate y logró el voto favorable de las dos terceras partes del total de diputados. Siendo así, se invitó a la Ministra interpelada a retirarse y luego entraron a conocer la iniciativa mencionada. A continuación, el Presidente indicó que “[e]n virtud de la aprobación de la anterior moción privilegiada que aprobó la declaratoria de urgencia nacional, se somete a discusión en único debate el proyecto de decreto”. Pero no fue discutido, por lo que se sometió a votación la aprobación del decreto, que finalmente se logró por mayoría simple.

El art. 113 LOOL dispone que la declaratoria de urgencia nacional se debe solicitar mediante moción privilegiada –que no requiere del previo dictamen de Comisión– y que para la aprobación de esa declaratoria es necesario el voto afirmativo de no menos de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso. A su vez, el art. 176 CP señala que la excepción al trámite de la discusión en tres sesiones es para los casos que el Congreso declare de urgencia nacional con el voto de las dos terceras partes del número total de diputados que lo integran; no obstante, esa declaración debe efectuarse después de presentado para su trámite un proyecto de ley.

Esta Corte considera que haber insertado en la moción privilegiada la frase: “...la cual por este medio y de conformidad con el art. 113 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo es declarada de urgencia nacional” no conllevaba la aprobación por urgencia nacional del proyecto de ley en cuestión, pues aún estaba pendiente de ser presentado al Pleno de los Diputados.

Así, la mayoría calificada solo se obtuvo una vez, y fue para aprobar la moción privilegiada que requería entrar a conocer tres iniciativas, la segunda de las cuales era la referida a la ley que ahora se analiza, momento que se aprovechó para formalizar la solicitud de ser aprobada por urgencia nacional.

Siendo así, el contenido del art. 17 de la ley que se analiza respecto de la aprobación del Decreto respectivo con el voto favorable de más de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso no concuerda con lo reflejado en la actividad parlamentaria desarrollada para el efecto, pues tanto ese artículo como el proyecto en su totalidad fueron aprobados por mayoría simple, cuando precisaban de una mayoría calificada para exceptuar el procedimiento ordinario de un proyecto de ley, la cual solo se produjo para aprobar la moción privilegiada por la que se solicitaba entrar a conocer de tres iniciativas, con la consecuente interrupción de la mencionada interpelación, que integraba el orden del día.

En sentencia dictada el 17 de septiembre de 2014 en el expediente de inconstitucionalidad general 5818/2013, esta Corte estableció que en caso de vicios por inobservancia de la normativa que rige el procedimiento de formación de la ley, sus efectos serán los propios de una sentencia estimatoria de la acción

de inconstitucionalidad general: la nulidad del cuerpo normativo en cuestión y su pérdida de vigencia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

2.4. Las normas impugnadas se encuentran contenidas en un decreto legislativo que posee vicios en su procedimiento de formación, por lo que deben declararse los efectos anulatorios estimados. Por ello, resulta procedente acoger las denuncias de inconstitucionalidad presentadas contra la normativa impugnada.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, acciones de inconstitucionalidad planteadas contra los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Ley de Control de las Telecomunicaciones Móviles en Centros de Privación de Libertad y Fortalecimiento de la Infraestructura para Transmisión de Datos, Decreto 12-2014 del Congreso de la República de Guatemala, exptes. acumulados 2089, 2303, 2352, 2412, 2521, 2547, 2667, 2689, 2788, 2859, 3145, 3171, 3211, 3257 y 3678-2014, sentencia del 10-3-2016, en <http://www.cc.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=1610&Itemid=206>.



LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ALCANCE. MANIFESTACIONES EMOCIONALES (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: a principios de 2010, un conocido periodista y empresario fue denunciado por quien había sido hasta entonces su pareja por violación y lesiones graves, pero fue absuelto porque no se pudo probar su responsabilidad. El día en que se dictó la resolución absolutoria y al día siguiente, su abogado realizó declaraciones por televisión relativas a la mujer. Más aún, aproximadamente una semana después, se publicó una entrevista en la que comentaba la denuncia penal de su expareja, tras lo cual esta también dio una entrevista, que se publicó una semana después de la anterior.

Con posterioridad a dichas publicaciones, el periodista solicitó judicialmente que su expareja cesara y se abstuviera de hacer las diversas declaraciones que ella había hecho durante la entrevista. El Tribunal Regional hizo lugar a su pretensión.

Entonces, ella promovió un recurso fundado en cuestiones de hecho y de derecho ante el Tribunal Superior estadual, que le fue denegado, así como el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo Federal.

Ante esto, planteó una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal impugnando las tres decisiones, denunciando, en lo esencial, la violación a su derecho a la libertad de expresión, garantizado por el art. 5.1.1 de la Ley Fundamental (LF).

2. Sentencia: se hace lugar al recurso interpuesto, ya que las decisiones impugnadas violan la libertad de expresión de la recurrente.

2.1. Las sentencias del Tribunal Regional y del Tribunal Superior estadual apenas se refieren a la garantía de la libre expresión a la que la recurrente tiene derecho. No existen objeciones constitucionales a la decisión de los tribunales ordinarios de

clasificar las declaraciones en juicios de valor y juicios de hecho. No se ha demostrado que estos últimos fueran incorrectos. En el proceso penal, no se logró demostrar que los alegatos de ninguna de las partes fueran verdaderos. Por lo tanto, dado que el periodista ha sido absuelto de todas las imputaciones, las diferentes percepciones constituyen valoraciones subjetivas de los hechos que necesariamente seguirán siendo inciertos. Estas valoraciones, por lo tanto, no deben ser reputadas como juicios de hecho, sino como opiniones.

2.2. Las sentencias impugnadas violan la libertad de expresión de la recurrente, ya que prohibirle hacer las declaraciones cuestionadas va más allá de los límites propios del margen de apreciación de los tribunales ordinarios.

El derecho fundamental a la libertad de expresión es la libertad subjetiva de exteriorizar directamente nuestra personalidad humana y, como tal, es un derecho humano. Entre otros derechos, abarca la libertad para manifestar públicamente percepciones personales de injusticia cargadas de subjetividad y emotividad. En particular, si nuestras declaraciones han sido directamente precedidas de un ataque a nuestro honor o reputación, una respuesta de tenor similar puede estar justificada. Quienquiera que haya dado razones para un juicio de valor negativo en el intercambio público de opiniones debe aceptar una áspera reacción, incluso en perjuicio de su reputación personal.

Las sentencias cuestionadas no satisfacen estos estándares constitucionales. Los tribunales sí estuvieron en lo cierto al tomar en cuenta tanto el sustancial interés público en obtener información como la absolucón en la causa penal, teniendo esta última por efecto impedir que las graves acusaciones que constituyeron la materia del proceso penal no puedan ser repetidas indefinidamente. También resulta adecuado que hayan considerado el alcance en que el interés público estaba comprometido.

Sin embargo, al adoptar el criterio de que la recurrente debió limitarse a hacer una interpretación objetiva de los hechos esenciales dado el interés público en obtener información, los tribunales no reconocieron que el art. 5.1.1 LF protege la libertad de juzgar un hecho desde un punto de vista subjetivo y desde la emocionalidad de cada uno, sin tener en cuenta ese interés público. Por otra parte, esta tesis pasa por alto que existe un interés público en discutir las consecuencias y tribulaciones, desde la perspectiva de las potenciales víctimas, de un proceso penal en un Estado de derecho.

En su labor de encontrar un equilibrio, los tribunales también deberían haber tomado en cuenta, como elemento atenuante favorable a la recurrente, que ella hizo las declaraciones cuestionadas inmediatamente después de la resolución absolutoria (por entonces aún no definitiva) y simplemente reiteró hechos que el público ya conocía en razón de la amplia cobertura periodística de que había sido objeto el proceso penal. Es más, los tribunales no consideraron en forma adecuada la conducta del periodista previa a la entrevista brindada por la recurrente. Esta tiene un “derecho a contratar”, que no se encuentra limitado a una refutación objetiva en relación con los dichos en la entrevista de su expareja, dado que las declaraciones de este y de sus abogados no fueron objetivas, sino que también incluyeron manifestaciones

emocionales. Dado que este hizo declaraciones públicas de esa naturaleza, debe aceptar que la recurrente responda en la misma línea.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvR 2844/13, sentencia del 10-3-2016, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/03/rk20160310_1bvr284413.html>.



LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. LIBERTAD DE CULTO. ALCANCE. ÁMBITO DE PROTECCIÓN. PRESUPUESTOS JURISPRUDENCIALES. **SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA.** ESTADO LAICO. PRINCIPIO DE LAICIDAD. DEBER DE NEUTRALIDAD EN MATERIA RELIGIOSA. **FUERZAS DE SEGURIDAD. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. OBEDIENCIA DEBIDA.** ILEGITIMIDAD DE UNA ORDEN CONTRARIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO. **DEBIDO PROCESO.** DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. **DERECHO DE DEFENSA. AMPARO.** PROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Jhonny Esneider Quintero Cano es patrullero de la Policía Nacional, adscripto al Departamento del Meta y vinculado a la tercera sección del Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD). Con motivo de la celebración de la Semana Santa de 2016, el Comandante y el Jefe de Planeación de la Policía Metropolitana de Villavicencio diseñaron un plan de seguridad y movilidad. En el marco de este, se previó un dispositivo de seguridad llamado “Domingo de Ramos”, que incluía, entre otras actividades, vigilar las iglesias católicas del Municipio de Villavicencio y leer un mensaje del Director de la Policía Nacional a los feligreses al final de cada eucaristía. A Quintero Cano le fue asignada la vigilancia de la iglesia San José Obrero. El Intendente Fredy Eduardo Cristancho Urquijo ordenó que, después de la eucaristía, cada uniformado debía pedir permiso al sacerdote, subir al atrio y leer el mencionado mensaje. Al recibir esta orden, Quintero Cano solicitó que se lo excusara de efectuar tal lectura, porque profesa otra religión (Adventista del Séptimo Día) y por entender que su misión era velar por la seguridad de todas las personas, pero no practicar o participar en sus actividades religiosas o de culto. El Intendente hizo caso omiso a su solicitud y manifestó que su orden debía ser cumplida, cualquiera fuese su religión. En ese momento, llegó el Mayor Jhon Edwin Romero Ruíz, con quien se entabló una fuerte discusión sobre el asunto y, al retirarse, ordenó al Capitán Sergio Andrés Lizcano Echeverry, presente durante los hechos, que confeccionara un informe sobre lo ocurrido.

Al momento de ser trasladado a la iglesia asignada, Quintero Cano solicitó al mencionado Capitán que lo autorizara a retirarse para asistir al servicio médico porque no se sentía bien física ni psicológicamente, petición que fue resuelta de manera favorable. Quintero Cano fue atendido por la trabajadora social de la Dirección de Sanidad del Comando de Policía del Meta, quien expidió un certificado y programó una cita de control para el 22 de marzo de 2016; por ello, el patrullero no pudo prestar el servicio que se le había asignado. Al concurrir a ese control, se dispuso que Quintero Cano fuera hospitalizado en el Instituto de Salud Mental la

Confraternidad, donde permaneció internado hasta el 7 de abril de 2016, por un diagnóstico de depresión grave sin síntomas psicóticos.

Por su parte, el Capitán Lizcano Echeverry –en calidad de Comandante Sección ESMAD y en cumplimiento de la orden impartida por el Mayor Romero Ruíz– registró una falta leve denominada “Anotación Demeritoria” en el formulario de seguimiento de precalificación de Quintero Cano. Este recurrió tal anotación, alegando que no era clara ni precisa. El Capitán Lizcano Echeverry ratificó el registro demeritorio, lo que fue confirmado por el Comandante ESMAD, Mayor Ronald Hernando Mariño Caballero.

Entonces, Quintero Cano interpuso una acción de tutela contra la Policía Nacional, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la libertad de culto, a la libertad de conciencia, a la igualdad, al debido proceso y a la dignidad humana.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, en única instancia, declaró improcedente la acción de tutela, al considerar que el actor podía acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para controvertir la anotación demeritoria. Además, manifestó que el contenido del mensaje objeto de análisis no comprometía la religión que el actor profesa ni la lectura del mismo lo vinculaba a religión alguna. Agregó que el accionante había tenido la oportunidad de exteriorizar su disconformidad antes de la formación policial, toda vez que la orden de servicio le había sido dada a conocer días antes.

La Sala de Selección de Tutela dispuso someter a revisión la decisión del juez de instancia.

2. Sentencia: se revoca la sentencia de tutela proferida, en única instancia, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio que declaró improcedente la acción de amparo. En su lugar, se resuelve tutelar los derechos fundamentales a la libertad religiosa y de culto, y al debido proceso administrativo de Johnny Esneider Quintero Cano.

Se ordena a la Policía Nacional que, a través de la dependencia competente, elimine del formulario de seguimiento del accionante la anotación demeritoria registrada por el CT. Sergio Andrés Lizcano Echeverry el 20 de marzo de 2016 y las demás anotaciones que tengan relación con la misma. Asimismo, se ordena a la institución que, en todos sus niveles, se abstenga de repetir actos mediante los cuales se identifique o adhiera a una religión específica, de manera tal que, en el desarrollo de sus funciones, siempre aplique el principio de laicidad y cumpla con el deber de neutralidad en materia religiosa.

Se exhorta a la Policía Nacional para que, en adelante, cuando atribuya responsabilidad por la comisión de una falta disciplinaria, aplique el procedimiento que para esos efectos ha previsto el régimen disciplinario especial de la institución, establecido en la ley 1015/2006 y, en lo que resulte aplicable, la ley 734/2002.

Se exhorta al Ministerio de Defensa Nacional para que, en ejercicio de sus funciones legales, revise las normas que regulan los procesos de evaluación y calificación, así como los procedimientos que está aplicando la Policía Nacional, a fin de adoptar las medidas necesarias o de diseñar procedimientos que garanticen

en mayor medida el debido proceso administrativo del personal vinculado a dicha institución.

2.1. Tras analizar el mensaje cuestionado, esta Corte advierte que en el encabezado y en los tres primeros párrafos se refleja un claro propósito de salutación con motivo de la Semana Santa. Esta parte del mensaje no genera ningún reproche constitucional, habida cuenta de que se relaciona estrictamente con la función constitucional asignada a la Policía Nacional (*conf.* art. 218 de la Constitución –CP–), al pretender la institución con dicho comunicado acercarse a la comunidad para dar a conocer las condiciones en las que prestaría el servicio de seguridad y vigilancia durante la Semana Santa. Sin embargo, el lenguaje utilizado en los tres últimos párrafos demuestra que el Director General de la Policía Nacional se identifica de manera explícita con la religión católica y que tal texto constituye un acto oficial de adhesión de la Policía Nacional a dicha religión.

Lo ocurrido revela una confusión en la relación que debe mantener el Estado, a través de sus autoridades, con las diferentes iglesias, en este caso, la religión católica. Por ello, es importante recordar que la Constitución de 1991 adoptó un modelo de Estado laico que defiende la separación entre religión y Estado, respeta el pluralismo religioso e impone un deber de neutralidad en virtud del cual está prohibido que el órgano estatal “(i) establezca una religión o iglesia oficial, (ii) se identifique formal y explícitamente con una iglesia o religión, (iii) realice actos oficiales de adhesión a una creencia, (iv) tome medidas o decisiones con una finalidad exclusivamente religiosa, y (v) adopte políticas cuyo impacto sea promover, beneficiar o perjudicar a una religión o iglesia” (sentencias C-478/99, C-152/03, C-1175/04, C-766/10, C-817/11, T-139/14, C-948/14, entre otras).

Por lo dicho, cabe colegir que la Policía Nacional desconoció el principio constitucional de laicidad e incumplió con el deber de neutralidad en materia religiosa al haber incorporado en el mensaje institucional consideraciones que no guardan relación con el ejercicio de sus funciones, sino que promueven la identificación y adhesión del Estado a una determinada religión, conducta que rechaza esta Corte por estar prohibida en el ordenamiento constitucional interno. Por ello, la orden proferida por el Director de la Policía Nacional carece de legitimidad, al ser contraria al ordenamiento colombiano.

2.2. Partiendo de la base de que la orden proferida por el Director de la Policía Nacional carece de legitimidad al ser contraria al principio de laicidad y deber de neutralidad que debe profesar el Estado colombiano, es necesario determinar si la orden de leer el mensaje cuestionado vulneró el derecho a la libertad religiosa y de culto de Quintero Cano.

Esta Corte concluye que dicha orden, en abstracto, desconoció el principio de laicidad y el deber de neutralidad en materia religiosa y, en el caso concreto, restringió de manera irrazonable la libertad religiosa del accionante. Por estas razones, se colige que la Policía Nacional vulneró el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto del actor.

La jurisprudencia constitucional ha definido cuatro aspectos esenciales para determinar si procede o no la concesión, vía amparo, de la protección del derecho a la libertad religiosa y de culto, a saber:

(i) La importancia de la creencia invocada frente a la religión que se profesa

En el presente asunto, se demostró que Quintero Cano pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día y que la objeción a la orden impartida por su superior de leer el mensaje se basó en que, por su religión, no comparte las creencias que profesa la religión católica. De esta manera, al tratarse de una práctica religiosa que es seria y no caprichosa, no se aprecia un ánimo acomodaticio de parte del accionante al oponer sus creencias religiosas al cumplimiento de la orden de servicio dictada por la autoridad accionada.

Por ello, esta Corte estima cumplido el primer presupuesto relacionado con el ámbito de protección del derecho a la libertad religiosa y de culto.

(ii) La exteriorización de la creencia

Es un hecho probado que Quintero Cano exteriorizó su creencia frente a sus superiores: afirmó que había solicitado al Intendente Crisancho Urquijo y al Mayor Romero Ruíz permiso para no leer el mensaje de contenido católico, argumentando que pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día; había dejado constancia de esta situación en el formulario de seguimiento al presentar el reclamo contra la anotación demeritoria que se registró en su contra; otro patrullero declaró haber atravesado una situación similar; el Intendente y el Mayor mencionados intervinieron en el proceso de tutela, pero no controvertieron que el patrullero les hubiera informado la religión a la que pertenecía.

Por estos motivos, la Sala considera acreditado el requisito de exteriorización de la fe.

(iii) La oportunidad de la oposición frente al acto contrario a la libertad religiosa

Esta Corte considera que la exteriorización de la oposición por razones religiosas fue oportuna, dado que existió un plazo prudente y razonable entre la comunicación de la orden de servicio y el momento en que el patrullero manifestó su objeción frente a la misma (cinco días). Además, la divulgación del impedimento fundado en creencias religiosas no sobrepasó el ámbito de protección del derecho a la libertad religiosa y de culto si se tiene en cuenta que se hizo previo a la ejecución de la orden.

(iv) Principio de razón suficiente aplicable

Este principio se ocupa de definir la razonabilidad de las restricciones que se pueden imponer al derecho a la libertad religiosa y de culto. Para ello, se debe evaluar si el medio elegido era necesario para la consecución del fin perseguido, es decir, si había otro medio alternativo que no implicara una afectación a la libertad religiosa y si la afectación era desproporcionada.

El medio elegido no era necesario para lograr el fin propuesto, toda vez que, en la segunda parte del mensaje, la Policía se identifica y adhiere al credo católico, lo cual lesiona el derecho a la libertad religiosa y de culto por cuanto desborda la función de la Policía Nacional, incumple con el deber de neutralidad en materia

religiosa e impone a un servidor público la obligación de practicar una religión distinta a la que profesa.

La orden de leer el mensaje a los feligreses durante la eucaristía del Domingo de Ramos, mediante el cual la Policía Nacional se identificó y adhirió a la religión católica, en abstracto, desconoció el principio de laicidad y el deber de neutralidad en materia religiosa y, en el caso concreto, restringió de manera irrazonable la libertad religiosa del accionante. Por estas razones, la Policía Nacional vulneró el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto del actor.

2.3. Quintero Cano solicitó al juez de tutela que ordenara suprimir la anotación demeritoria registrada en su formulario de seguimiento, alegando que se había realizado como consecuencia de que se había opuesto por razones religiosas a cumplir con la lectura del mensaje.

Analizadas las constancias obrantes en autos, cabe destacar que en las actuaciones administrativas efectuadas por la Policía Nacional, no se garantizó el derecho fundamental al debido proceso administrativo de Quintero Cano, toda vez que tales actuaciones tramitaron a través de un procedimiento que no era aplicable al caso del accionante. Como consecuencia de tal procedimiento, no solo se impidió al actor el acceso a etapas procesales en las que pudo haber ejercido de manera plena su derecho de defensa y contradicción, sino que además la autoridad evaluadora le impuso una verdadera sanción por la falta cometida sin agotar el debido proceso.

2.4. Comprobada la violación de los derechos fundamentales a la libertad religiosa y de culto, y al debido proceso administrativo del actor, esta Corte concede el amparo de las garantías iusfundamentales vulneradas y, en consecuencia, ordena a la entidad accionada, primero, que elimine la anotación demeritoria del formulario de seguimiento del patrullero, así como aquellas que están relacionadas con la misma, y, segundo, que se abstenga, en todos sus niveles, de repetir actos contrarios al principio de laicidad y al deber de neutralidad en materia religiosa. Finalmente, exhorta a que se revisen los procedimientos sancionatorios por faltas disciplinarias aplicados por la Policía Nacional y, al Ministerio de Defensa Nacional, revisar los procedimientos disciplinarios aplicados por la Policía Nacional y adoptar las medidas necesarias que garanticen el debido proceso administrativo al personal vinculado a dicha institución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por Johnny Esneider Quintero Cano contra la Policía Nacional, sentencia T-152/17 del 8-3-2017, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-152-17.htm>>.



MEDIOS DE COMUNICACIÓN. RADIODIFUSIÓN TELEVISIVA. DEBER DE TRANSMISIÓN DE CANALES REGIONALES DE TELEVISIÓN ABIERTA POR OPERADORES DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN. RESPONSABILIDAD SOCIAL POR SU INCIDENCIA EN LA FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA. **MINORÍAS. DERECHO A LA IDENTIDAD.** DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL. **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO A LA INFORMACIÓN.** PLURALISMO INFORMATIVO. INTERÉS PÚBLICO. **AMPARO.** PROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Jean Eve May Bernard es nativa del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; se reconoce a sí misma como raizal, tiene su residencia permanente en la Isla de San Andrés, y estudia y reside en Bogotá. Para mantener contacto con los valores de su región, contrató el servicio de Directv Colombia Ltda., pero esta no incluye en su grilla el canal de televisión Teleislas, a pesar de que la ley la obliga a hacerlo. Teleislas es un canal público de televisión regional con cobertura aérea en el mencionado archipiélago que ofrece servicio a una población multicultural que incluye a la comunidad raizal, promueve los valores de esa población, alternativas en educación y recreación, y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y del medio ambiente del archipiélago, declarado por la Unesco Reserva de Biósfera Seaflower. May Bernard sostuvo que el acceso a dicho canal constituye su única posibilidad de mantener contacto con la isla y acceder a la información que se difunde sobre su tierra, cultura e idiosincrasia, e indicó que desde Bogotá no es posible acceder a Teleislas porque ningún operador nacional por suscripción lo ofrece en su grilla, pese a que sí incluyen otros canales regionales y cuentan con capacidad técnica para transmitir la señal de Teleislas.

May Bernard sostuvo que la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) no ha cumplido su obligación de vigilar y garantizar que los operadores de televisión por suscripción respeten la normativa vigente, y que la omisión de regulación y control de ese organismo le impide disfrutar la televisión de su región y la aleja de las costumbres de su tierra y etnia. Por ello, con fundamento en los arts. 20, 68, inc. 4, 75, 101 y 310 de la Constitución Política (CP), en los arts. 18 y 41 de la Ley 182/1995 –que previó que San Andrés y Providencia podrían tener un canal regional de televisión– y en el art. 11 de la Ley 680/2001 –que dispuso que los operadores de televisión por suscripción debían garantizar a sus suscriptores la recepción de los canales nacionales, regionales y municipales–, interpuso una acción de tutela contra la ANTV, Directv Colombia Ltda., Global Tv Telecomunicaciones S.A., Telmex Colombia S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., UNE E.P.M. Telecomunicaciones y Tele 30 S.A.S., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la comunicación e información, y solicitó que el juez constitucional ordene a todos los operadores nacionales de televisión por suscripción, cableada y satelital, que de manera inmediata garanticen el acceso a los canales de televisión regional y en particular al canal Teleislas; también, que ordene a la ANTV que tome las medidas de control, regulación y vigilancia necesarias para que Teleislas pueda ser recibido por los sistemas de televisión por suscripción; y que ordene a la ANTV proteger sus derechos como televidente y garantizar la efectividad de la orden que se imparta a Directv, sin perjuicio de la imposición de las sanciones correspondientes.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la tutela solicitada al considerar que May Bernard había tomado un listado de operadores para demandarlos, por lo cual estudió solamente la acción contra Directv, e indicó que no es posible obligar a los operadores de televisión por suscripción a transmitir canales locales cuando su capacidad técnica no se lo permite o exigirles una ampliación del servicio según el capricho del usuario, en especial si este tiene un costo no incluido en la tarifa. En relación con la acusación frente a la ANTV, consideró que no se apreciaba vulneración alguna, ya que la accionante no había presentado derecho de petición alguno solicitando la adecuación técnica que requería, es decir, no podía omitir la respectiva vía administrativa y el proceso contencioso administrativo. Tampoco encontró justificación legal para ordenarle a la ANTV financiar la puesta del satélite para que se transmitan a nivel nacional todos los canales regionales, en especial, Teleislas. May Bernard impugnó dicha sentencia.

En segunda instancia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la decisión de primera instancia, fundándose en que la accionante debió haber acudido previamente a la ANTV y Directv a plantear sus reproches, ya que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial excepcional y subsidiario. Del mismo modo, como no advirtió la ocurrencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la demanda como mecanismo de defensa transitorio, estimó que la solicitante debía acudir al trámite de la acción de cumplimiento consagrada en el art. 87 CP.

El presente caso fue escogido por la Sala de Selección de la Corte Constitucional para su revisión.

2. Sentencia: se revocan parcialmente las sentencias de primera y segunda instancia, en tanto declararon improcedente la acción de tutela frente a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV). En su lugar, se tutelan los derechos fundamentales a la libre expresión e información, a participar en la vida cultural y a la identidad cultural de Jean Eve May Bernard.

Se ordena a la ANTV que, en su condición de órgano regulador del servicio público de televisión, adopte las medidas necesarias para adecuar al orden constitucional la regulación o reglamentación del art. 11 de la Ley 680/2001 en lo relacionado con la obligación de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta impuesta a los operadores del servicio de televisión por suscripción.

Se ordena a la ANTV que presente un informe indicando las medidas que ha planeado y adoptado para cumplir este fallo, las que deberán ser publicadas en su página web institucional, en un espacio de fácil visibilidad y acceso que creará para difundir las actuaciones relevantes relacionadas con el cumplimiento de esta sentencia. La elaboración y publicación de estos informes se mantendrá hasta tanto el juez de primera instancia declare cumplida la presente providencia.

Se ordena a ANTV publicar esta sentencia y una síntesis del fallo en un formato amigable para el usuario en su página web institucional en el espacio destinado a la difusión de los derechos de los televidentes.

Se exhorta a ANTV para que, en lo sucesivo, en los procesos regulatorios que incidan en el pluralismo informativo, efectúe una difusión activa de los espacios

de participación ciudadana y convoque oficiosa y expresamente a los sectores sociales, académicos e institucionales asociados a los sectores televisivo, cultural y antropológico. Esto, sin perjuicio de los escenarios en los que sea procedente la consulta previa de las comunidades titulares de ese derecho.

Se exhorta a ANTV a adoptar las medidas necesarias para facilitar que las regiones que aún no han ingresado al escenario comunicativo de la televisión pública regional lo hagan, y para que esta, a su vez, incluya las diferentes expresiones culturales que integran las distintas regiones.

2.1. Corresponde determinar si la presente tutela es procedente para estudiar las presuntas infracciones a los derechos fundamentales a la información, expresión, identidad cultural y a participar en la vida cultural. De resultar procedente, se debe establecer si la ANTV vulneró los derechos constitucionales de May Bernard al no tomar las medidas necesarias para que los operadores de televisión por suscripción cumplan el mandato de retransmitir la señal de los canales regionales de televisión abierta.

2.2. Esta Corte no comparte las apreciaciones de los jueces de instancia relativas a que el reclamo administrativo previo es requisito para acudir a la acción de tutela (arts. 5 y 9 del Decreto 2591/91). La protección de los derechos fundamentales a la libre expresión e información puede ser solicitada por toda persona emisora o receptora de estos contenidos; cualquier persona puede demandar la protección de aquellos derechos fundamentales, que trascienden el ámbito meramente subjetivo y se erigen en verdaderas garantías del orden democrático y pluralista en que se funda el Estado colombiano, como es el caso de las libertades de conciencia, de expresión y de información. En efecto, de la vigencia y eficacia de estos derechos fundamentales depende que la esfera pública conserve una apertura suficiente para la libre circulación de las ideas y la formación de una opinión pública libre. Estos objetivos no conciernen únicamente al titular de las mencionadas libertades, sino, también, a la colectividad en su conjunto. Por estas razones, cualquier miembro de esa colectividad puede solicitar al juez constitucional el restablecimiento de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, de expresión y de información.

2.3. La ANTV es competente para regular los deberes de transporte de señal impuestos en el art. 11 de la Ley 680/2001 en relación con los operadores de televisión por suscripción y los canales regionales de televisión. Se trata de un organismo nacional estatal de naturaleza especial con personería jurídica y autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica. El legislador precisó que la autonomía de la ANTV le permitiría desarrollar libremente sus funciones y ejecutar la política pública televisiva. Con el mismo propósito, dispuso que no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y que sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente. La ANTV debe brindar herramientas para la ejecución de los planes y programas de la prestación del servicio público de televisión, garantizar el acceso a la televisión, proteger el pluralismo y la imparcialidad informativa, garantizar la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y

evitar prácticas monopólicas en la operación y explotación de la televisión. Además, es el principal interlocutor con los usuarios del servicio de televisión en relación con la difusión, protección y defensa de los intereses de los televidentes, y dirige su actividad dentro del marco jurídico, democrático y participativo que garantiza el orden político, económico y social de la Nación.

Para el cumplimiento de sus funciones, la ANTV debe contar con la participación de la Junta Nacional de Televisión (JNTV) y, a través de esta, tiene competencia para regular las condiciones de aplicación del art. 11 de la Ley 680/2001 frente a la carga relativa a la transmisión de señal de televisión regional impuesta a los operadores de televisión por suscripción, pues el legislador le ha conferido el deber de intervenir en aspectos técnicos y de política pública referidos al pluralismo informativo, el contenido, calidad y cantidad de la programación televisiva, el otorgamiento de espacios y licencias de televisión, la interlocución de los televidentes para la defensa de sus intereses, el desarrollo y fortalecimiento de la televisión pública y, en general, establecer las condiciones de prestación del servicio de televisión con arreglo a lo dispuesto en la Constitución y la ley.

Además, cuenta con elementos estructurales que posibilitan el ejercicio de sus funciones como ente regulador, aspecto que es central, pues el órgano de regulación debe contar con garantías institucionales que salvaguarden su autonomía, independencia e imparcialidad, ya que tiene la capacidad de afectar el proceso comunicativo e impactar sobre valiosos bienes constitucionales como el pluralismo informativo, las libertades de expresión e información y el tráfico libre y equitativo de opiniones e ideas. Esa capacidad, a su vez, le concede la posibilidad de incidir en la formación de la opinión pública y, por esa vía, en el escenario participativo y deliberativo del país y en los procesos electorales y democráticos del Estado.

2.4. Los operadores que intervinieron en el trámite reconocieron que el legislador plasmó la obligación de transmitir, a través de sus plataformas, la señal de los canales regionales de televisión abierta. Sin embargo, sostienen que esa carga está supeditada al ámbito de cobertura del respectivo canal y a la capacidad técnica del operador.

Tales objeciones no son compartidas. Aunque los operadores sustentan su alegato en el art. 1° del Acuerdo 06/2008, se advierte que el mismo contradice lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 680/2001 y en la Constitución: mientras que el Acuerdo señala que la obligación de transporte está condicionada por la capacidad técnica y satelital de los operadores y circunscribe el deber de retransmisión al área de cobertura de cada canal únicamente, la ley establece que los operadores de televisión por suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cobertura únicamente. Sin embargo, la transmisión de canales locales por parte de los operadores de televisión por suscripción estaría condicionada a la capacidad técnica del operador.

El legislador decidió imponer a los operadores el deber de transporte de señal de los canales de televisión abierta de orden nacional, regional y municipal. Solo frente

a los canales locales estableció la posibilidad de objetar su retransmisión por razones asociadas a la falta de capacidad técnica. El transporte de la señal se dispuso sobre el área de cobertura del respectivo operador de televisión por suscripción, pues en la redacción de la norma el legislador predica la carga relativa al deber de transmisión respecto de dicho sujeto sin imponer restricción alguna relacionada con la zona de emisión de los canales nacionales o regionales. Esta interpretación de la normativa resulta acorde con la Carta en tanto la identidad nacional se construye a partir de los rasgos regionales y las experiencias de las distintas comunidades que habitan en el territorio nacional. Por esa razón, es indispensable que las manifestaciones sociales, políticas y culturales de las regiones se difundan e intercambien a través de los distintos medios de comunicación social existentes. Una postura contraria desconocería que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad y que el Estado colombiano reconoce la dignidad e igualdad de todas las que habitan en el país.

El Anexo 1 del Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos determinó que la inclusión de los canales regionales de televisión abierta está condicionada a la capacidad técnica del operador de televisión por suscripción; sin embargo, tal restricción únicamente opera en relación con los operadores que se encuentren cubiertos por el mencionado tratado y no implica que puedan alegar perpetuamente la ausencia de capacidad técnica para incumplir la obligación legal.

Esta Corte entiende que la falta de transmisión de canales regionales de televisión abierta por razones asociadas a la falta de capacidad técnica del operador que se encuentre cubierto por el mencionado tratado debe ser demostrada por este y comprobada materialmente por el órgano regulador. Ese análisis debe tener en cuenta que la retransmisión de los canales cuyo transporte ordena el Estado a través de la ley o el órgano regulador goza de prioridad frente a la entrega de los canales que no tienen esa connotación. Por ello, si el ente regulador encuentra que efectivamente el operador no tiene capacidad técnica para transmitir simultáneamente la señal de todos los canales regionales de televisión abierta, debe tomar las medidas necesarias para garantizar a los canales regionales el acceso a la capacidad existente en igualdad de condiciones, a través de sorteos, cuotas de espacio u otro mecanismo, sin dejar esa decisión al arbitrio de los operadores. El ente regulador debe adoptar las medidas pertinentes para asegurar que los operadores superen progresivamente las falencias técnicas que impidan el transporte simultáneo de todas las señales regionales de televisión abierta, pues el legislador no estableció límites en cuanto al número de canales regionales a transmitir, ni sobre la duración o la cantidad de las emisiones.

2.5. El servicio público de televisión está sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado. Tal intervención resulta trascendental para compensar las asimetrías presentes en la industria de la televisión, entre esta y los espectadores, y para asegurar los fines esenciales del Estado. El ente regulador debe propiciar las condiciones estructurales que permitan la libre circulación de expresiones, ideas e informaciones y, a la vez, garantizar que el proceso comunicativo se desarrolle en circunstancias de pluralismo, equilibrio, equidad e inclusión, en especial porque

los medios de comunicación tienen una responsabilidad social y están supeditados al respeto de los derechos fundamentales y al régimen democrático, participativo y pluralista consagrado en la Carta.

El legislador fijó la política pública de televisión con el propósito de incentivar el pluralismo informativo, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales, fortalecer la consolidación de la democracia y propender a la difusión de los valores humanos y las expresiones culturales de carácter nacional, regional y local. Con esa perspectiva, incorporó reglas de transmisión de señal regional de manera gratuita y obligatoria a través de las plataformas utilizadas por los operadores de televisión por suscripción.

El deber de transporte recogido en el art. 11 de la Ley 680/2001, no obstante, ha tenido una aplicación ambivalente por parte del órgano regulador de televisión frente a los canales regionales de televisión abierta. En un primer momento, la Comisión Nacional de Televisión señaló categóricamente que los operadores debían transportar la emisión de todos los canales regionales de televisión, sin imponer restricciones geográficas a la distribución de la señal. Dos años después, introdujo modificaciones importantes al deber de distribución de la señal de los canales regionales de televisión: estableció diferencias entre los operadores de televisión por cable y satélite –pese a que el art. 11 de la Ley 680/2001 no contempla esa clase de distinciones–, reduciendo el alcance geográfico de la obligación de transporte de señal regional para los operadores de cable y otorgando libertad a los operadores de televisión satelital para que escogieran qué canales regionales querían emitir, lo que dependería de las restricciones técnicas de su capacidad satelital. Pese a que esta última regulación contradice el alcance constitucional del deber de transporte de la señal de los canales regionales de televisión abierta a cargo de los operadores de televisión por suscripción, la ANTV no ha adoptado las medidas necesarias para ajustar su contenido a lo normado en el art. 11 de la Ley 680/2001, de acuerdo con una interpretación conforme a la Carta, esto es, entendiendo que la señal de los canales de televisión regional abierta debe ser retransmitida en el área de cobertura del respectivo operador de televisión por suscripción sin ninguna limitación de carácter técnico.

2.6. La especial consideración del legislador en relación con los canales regionales de televisión abierta se explica por la importancia que estos tienen en la construcción de la identidad nacional, atento a su vocación de trascender hacia el ámbito nacional y transportar la idiosincrasia y cultura de cada región al resto del país, pues el art. 7 CP reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, mientras que el art. 70 establece la igual dignidad de todas las culturas que habitan en el país.

La televisión regional se enmarca en el proceso de descentralización y pluralismo cultural trazado por el Constituyente de 1991, ya que a través de este medio los pueblos se comunican y tienen la posibilidad de visibilizar sus expresiones, preocupaciones y necesidades. El carácter cultural y público que tiene la televisión regional, a su vez, promueve el pluralismo informativo, la difusión de las diversas voces existentes en una sociedad y la calidad del proceso comunicativo. El interés

público inherente a estos medios es evidente, pues a través de ellos es posible cubrir los temas que la televisión privada no aborda y visibilizar las expresiones culturales que no logran acceder a los espacios de la televisión comercial. Una televisión pública robusta, plural e independiente de los poderes políticos y económicos es indispensable para garantizar el régimen democrático y el orden justo que se propuso alcanzar la Constitución de 1991.

Siendo así, la ANTV tenía la carga de ajustar el art. 1 del Acuerdo 06/2008 de la CNTV al contenido del art. 11 de la Ley 680/2001, en armonía con lo señalado en el precedente de este Tribunal C-654/2003 y los postulados que salvaguardan la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano. En su lugar, al responder la acción de tutela, omitió todo pronunciamiento al respecto y se limitó a reafirmar el contenido de la regulación vigente. Tal omisión lesiona los derechos fundamentales a la información, a la expresión, a la participación en la vida cultural y a la identidad cultural de May Bernard. La omisión del ente regulador, asimismo, contradice las obligaciones que le impuso el legislador, pues dejó al arbitrio de los operadores de televisión por suscripción la inclusión de los canales regionales de televisión abierta, de acuerdo con sus intereses y preferencias comerciales, desconociendo el interés público que condujo al Congreso de la República a ordenar su difusión.

En el presente asunto, quedó demostrado que el lenguaje y las demás expresiones culturales de la comunidad raizal y de los habitantes del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina han estado excluidos del proceso comunicativo continental, ya que ninguno de los operadores de televisión por suscripción retransmite la señal de su canal regional, pese a que sí difunden las cadenas de otras regiones del país. La ANTV, por esa razón, ha debido tener en cuenta el fuerte componente étnicamente diferenciado de buena parte de los habitantes de esa región, su apartamiento geográfico respecto del continente y la necesidad de adoptar medidas suficientes para asegurar su ingreso y participación en el proceso comunicativo de la nación.

La inacción de la ANTV ha privado a la demandante de acceder a las expresiones y a los contenidos informativos y culturales de su región en la ciudad de Bogotá, aun cuando el art. 11 de la Ley 680/2001 ordena la retransmisión de las señales de televisión regional en el área de cobertura del respectivo operador.

Esa omisión viola, además, el derecho que tiene May Bernard a conocer las expresiones culturales de las distintas regiones del país, valoradas con igual dignidad y aprecio por la Constitución, pues la ANTV no acreditó que todos los canales regionales de televisión abierta se encuentren incluidos en la programación de los operadores de televisión por suscripción; esto, a pesar de que May Bernard efectuó un reclamo preciso sobre este punto al solicitar al juez de tutela que ordenara la incorporación de todas las cadenas regionales de televisión abierta en la parrilla de los operadores.

Aun cuando los operadores de televisión por suscripción se oponen a la prosperidad de la acción de tutela por razones asociadas al ámbito de cobertura de los canales regionales y su falta de capacidad técnica, esos alegatos ya fueron descartados en esta sentencia. Por otro lado, frente a la supuesta desproporción de la carga relativa a la transmisión obligatoria y gratuita expuesta por los operadores, basta señalar que

la decisión legislativa resulta razonable atendiendo al valor que los canales regionales de televisión tienen para la participación democrática, el pluralismo informativo y la construcción de la identidad nacional.

Telefónica (denominada Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.), por su parte, indicó que la tutela debía negarse por cuanto la accionante puede acceder a la emisión de Teleislas por medio de la página web del canal. Cabe precisar, al respecto, que esa circunstancia en nada afecta el reclamo de la solicitante, pues lo que se discute en este proceso es su derecho a recibir los contenidos de la televisión regional a través de los operadores de televisión por suscripción, en aplicación de lo dispuesto en la Constitución y la ley.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, expte. T-5353951, acción de tutela instaurada por Jean Eve May Bernard c. Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y otros, sentencia T-599/16, del 1-11-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-599-16.htm>>.



PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA. ENFERMOS MENTALES BAJO CURATELA. SALUD. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. TRATAMIENTO MÉDICO NO VOLUNTARIO DISPUESTO JUDICIALMENTE. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: una mujer de 63 años (actualmente fallecida) padecía de una psicosis esquizoafectiva. Por tal motivo, a fines de abril de 2014, se le asignó un curador y desde entonces se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico ambulatorio. A principios de septiembre de ese mismo año, la mujer fue internada por poco tiempo en un centro asistencial por dolencias físicas, donde se le diagnosticó una enfermedad autoinmune, pero se negó a tomar los medicamentos que se le prescribieron para tratar dicha enfermedad, a la vez que se rehusó a comer y expresó su intención de suicidarse.

Su curador, entonces, con autorización judicial, la internó en un centro psiquiátrico cerrado, donde fue sometida coercitivamente a tratamientos médicos con base en varias órdenes dictadas por el juez de la curatela. Nuevas evaluaciones revelaron que también padecía cáncer de mama. Para ese entonces, la paciente estaba físicamente muy débil, y ya no podía caminar ni trasladarse por sí misma de un lugar a otro en una silla de ruedas. Sin embargo, podía expresar su voluntad. Al ser interrogada por el juez, reiteradamente manifestó que no quería ser tratada por su cáncer. Por consiguiente, su curador solicitó judicialmente que se ampliara el plazo de su internación y que se ordenara realizarle tratamientos médicos en forma coercitiva, particularmente para tratar su cáncer de mama.

El tribunal de distrito desestimó la solicitud porque consideró que cuando no estaban reunidos los presupuestos legales que justificaran la adopción de una decisión de esa naturaleza, conforme a lo que dispone el art. 1906.1 del Código Civil (BGB) una persona no puede ser internada en una institución asociada con la privación de la libertad

y, en consecuencia, tampoco puede ser sometida a tratamientos médicos coercitivos en virtud de la garantía establecida en el art. 1906.3 del mismo Código. Se interpuso un recurso contra esta decisión ante el tribunal regional, pero resultó infructuoso.

El curador entonces promovió recurso de apelación, fundado en cuestiones de derecho, ante el Tribunal Supremo Federal, el cual suspendió el trámite del proceso y remitió las actuaciones al Tribunal Constitucional Federal, solicitándole que determinara si el art. 1906.3 BGB (en la redacción que tenía el 18 de febrero de 2013) se compecece con el art. 3.1 de la Ley Fundamental (LF) (art. 100.1.1 LF).

2. Sentencia

2.1. Se declara admisible el recurso.

El procedimiento de remisión previsto en el art. 100.1.1 LF tiene por objeto el control de constitucionalidad de determinadas decisiones legislativas específicas. Una mera omisión del legislador no puede ser objeto de control constitucional. Sin embargo, estos principios no impiden el control de constitucionalidad de una norma específica que se funde en que debe existir un deber de protección constitucional específico que lo sustente, presupuesto que el tribunal remitente consideró inexistente en este caso.

El deceso de la persona afectada en las instancias inferiores mientras esta remisión estaba en trámite no torna a esta inadmisibile. La función del control de constitucionalidad dirigida a aclarar la letra de la ley así como a acordar una reparación excepcionalmente puede justificar dar respuesta a una cuestión remitida incluso con posterioridad a un evento que normalmente resolvería el tema, cuando subsisten razones de peso para hacerlo. Las condiciones para que se confirme la supervivencia de un interés en la protección legal dependen, en definitiva, de cada caso en particular.

2.2. Viola el deber de protección del Estado que le impone el art. 2.2.1 LF el hecho de que personas que están bajo un régimen de curatela y carecen de la posibilidad de exteriorizar una voluntad libre no reciban los tratamientos médicos necesarios cuando el sometimiento a tales tratamientos contradice su voluntad. Sin embargo, esas personas tampoco pueden ser internadas en instituciones asociadas a la privación de la libertad porque no se encuentran satisfechos los requisitos para adoptar dicha decisión.

El derecho fundamental a la vida y a la integridad física no solo garantiza un derecho subjetivo de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que también constituye una decisión objetiva en materia de valores consagrada por la Constitución que impone al Estado deberes de protección. Corresponde al Parlamento establecer e implementar normativamente un estándar de protección. A esos efectos, tiene un amplio margen para evaluarlo y elaborarlo, pese a estar fundamentalmente obligado a adoptar medidas para proteger un interés jurídico. Este Tribunal Constitucional Federal solo puede determinar que este deber de protección del Estado ha sido violado cuando ninguna medida de protección en cuestión se ha adoptado o cuando las medidas tomadas resultan claramente insuficientes o inadecuadas.

El deber general de protección se consolida, en ciertos supuestos específicos, en un deber también específico de protección para las personas que están bajo un régimen de curatela que al padecer de una enfermedad mental o discapacidad mental o psicológica, no pueden reconocer la necesidad de realizar un tratamiento médico ni, por ende, actuar en consecuencia. En este sentido, en casos graves, resulta imperativo que sea posible, como *ultima ratio*, adoptar medidas que permitan su evaluación y tratamiento médico aun cuando ello contradiga la voluntad de estas personas. Este deber de protección del Estado deriva de la necesidad específica de asistencia que tienen las personas bajo un régimen de curatela. La comunidad del Estado simplemente no puede abandonarlas a su suerte.

La adopción de decisiones en relación con la salud contra la voluntad de una persona que está bajo curatela colisiona con su derecho a la autodeterminación y con su derecho fundamental a la integridad física. La Constitución determina que todas las personas, como regla general, son libres para decidir lo que a su entender resulta más adecuado en relación con posibles injerencias en su integridad física y su propia salud. No están obligadas a seguir un estándar de razonabilidad objetivo para decidir si habrán de autorizar el diagnóstico y tratamiento de una enfermedad y, en caso afirmativo, en qué medida. Sin embargo, el deber de protección del Estado adquiere una importancia sustancial cuando la salud de una persona incapaz de protegerse a sí misma está gravemente en riesgo. Si el tratamiento médico necesario para superar la situación de riesgo no conlleva otros riesgos y si, además, no hay razones viables para pensar que el rechazo del tratamiento realmente refleje la libre voluntad del paciente, el resultado de la labor de equilibrar los derechos fundamentales en pugna está predeterminado: el deber de protección del Estado para con las personas indefensas prevalece sobre los derechos de estas a su autodeterminación y a su integridad física.

El legislador tiene un amplio margen de acción para elaborar en forma más detallada las medidas de protección específicas destinadas al cumplimiento del deber de protección del Estado. En particular, tiene discrecionalidad para establecer los requisitos específicos que se deben satisfacer a la hora de llevar adelante un tratamiento terapéutico y las normas procesales tendientes a proteger los derechos a la autodeterminación y a la integridad física de las personas afectadas. Dado que, en última instancia, el deber específico de protección del Estado prevalece sobre estos derechos, es el legislador, en aras de respetar en el mayor grado posible las libertades fundamentales de la persona afectada que han quedado subordinadas a ese deber de protección quien debe establecer los presupuestos para la realización coactiva de un tratamiento médico que sean rigurosos en términos sustanciales y que estén formulados con suficiente especificidad. A esos efectos, el legislador debe tomar especialmente en cuenta que la cuestión no reside en garantizar protección médica conforme a estándares de razonabilidad objetiva. Antes bien, se debe respetar la libre voluntad de la persona que está bajo curatela. Las normas procesales deben garantizar que el tratamiento médico coercitivo solo pueda imponerse cuando sea posible corroborar con certeza que la persona bajo curatela carece de libre albedrío, cuando –pese a ello– se tome en cuenta en la mayor medida posible su voluntad y cuando se demuestre que se encuentran reunidos los presupuestos sustantivos para

ordenar su realización, a saber, la amenaza de un perjuicio sustancial a su salud, que no se trate de un tratamiento que lesione de manera significativa los derechos del paciente y que dicho tratamiento tenga una importante probabilidad de éxito.

El deber del Estado de brindar protección a las personas que están bajo curatela, que carecen de libre albedrío y que se encuentran en una situación de desprotección, y, cuando existe la necesidad, de someterlos a un tratamiento médico coercitivo en las mencionadas condiciones, también se compadece con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con la Convención Europea de Derechos Humanos y con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

2.3. Las disposiciones del Código Civil que rigen la curatela prevén el tratamiento médico coercitivo solo para aquellas personas que están bajo curatela y que están internadas en un establecimiento cerrado en términos del art. 1906.1.1 BGB (art. 1906.3.1.3 del mismo cuerpo legal). En su auto de remisión, el Tribunal Supremo Federal dejó sentado, de forma constitucionalmente inobjetable, que el legislador, en el art. 1906, procuró acordar fundamento legal solo a aquellos tratamientos médicos coercitivos destinados a las personas que están bajo curatela e internadas en centros asistenciales cerrados. Inequívocamente expresó que esta era su intención en el art. 1906 BGB. Por lo tanto, no es posible hacer una interpretación constitucionalmente válida del art. 1906 BGB que autorice a ordenar un tratamiento médico coercitivo aun en los casos de pacientes no internados en una institución asociada a la privación de la libertad.

Aquellos pacientes que están bajo curatela, que se encuentran bajo tratamiento en condiciones de internación y que, de hecho, son incapaces de trasladarse no pueden ser internados en centros asociados con la privación de la libertad conforme lo establece el art. 1906.1.2 BGB y, por lo tanto, tampoco pueden ser sometidos en forma coercitiva a un tratamiento en virtud de lo previsto en el art. 1906.3 BGB. En consecuencia, aun cuando esas personas –personal e indudablemente– satisfagan todos los requisitos sustanciales para que el Estado cumpla con su deber constitucional de brindarles protección, y aun cuando se puedan satisfacer los recaudos procesales, no se les concede la protección a que alude el art. 2.2.1 LF. Con este alcance, la situación jurídica en que se encuentran las personas que están bajo curatela no satisface las exigencias constitucionales.

2.4. Ya que la legislación actual viola, *per se*, el deber de protección del Estado previsto en el art. 2.2.1 LF, las cuestiones relativas al art. 3 LF pueden quedar en este caso sin responder. A la misma conclusión se arriba en relación con la cuestión de si se ha violado la prohibición de discriminar del art. 3.3.2 LF porque, en este caso, dicha cláusula constitucional solo requiere cumplir con el deber de protección en los términos del art. 2.2.1 LF.

2.5. Si bien el actual contenido regulatorio del art. 1906.3 BGB no resulta, *per se*, inconstitucional, sino que solo lo es la omisión del legislador de cumplir con un deber específico de protección para con un grupo determinado de personas,

la determinación de que dicha deficiencia es inconstitucional resulta, en este caso, suficiente. Queda en manos de la discrecionalidad del legislador llenar la laguna legal vinculada a la protección referida mediante la inclusión del grupo de personas afectadas en el ámbito de aplicación del art. 1906.3 BGB, eliminando, a este respecto, el requisito de que estén internadas en un establecimiento asociado a la privación de la libertad, o bien regulando la cuestión fuera del marco de esta norma. El legislador debe llenar rápidamente este vacío legal en la protección de las personas que están bajo curatela y que, ante a un riesgo de grave perjuicio a su salud, no pueden reconocer la necesidad de realizar un tratamiento médico o no pueden actuar en consecuencia y que, por lo tanto, en caso de ser necesario, también deben poder contar con protección a través de la asistencia médica aun cuando esta violente su propia voluntad.

Teniendo en cuenta la circunstancia de que actualmente el derecho deniega por completo la posibilidad de imponer un tratamiento médico a este grupo de personas aun ante la amenaza de un riesgo grave o incluso vital para su salud, se debe resolver que, por ahora, el art. 1906.3 BGB se aplique en forma concordante hasta tanto se apruebe una nueva normativa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 1 BvL 8/15, sentencia del 26-7-2016, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemittelungen/DE/2016/bvg16-059.html;jsessionid=0040F37575BB444F93686D-323DA88593.2_cid394>.



PRESOS. RELACIONES DE ESPECIAL SUJECIÓN ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO. **CÁRCELES.** ESTÁNDARES MÍNIMOS DE SALUBRIDAD. **SALUD.** DERECHO A LA SALUD. DERECHO AL AGUA. SUMINISTRO DE AGUA POTABLE EN CONDICIONES DE DISPONIBILIDAD, CALIDAD Y ACCESIBILIDAD. **DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DIGNIDAD HUMANA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. AMPARO.** PROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Jorge Iván Carvajal Cometa se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada, Caldas. Junto con otros detenidos, solicitó al director del centro de reclusión la provisión de un dispensador de agua fría para que fuera ubicado en la zona de entrega de los alimentos. Manifestó que el establecimiento carcelario suministra a cada interno una cantidad de 200 ml de agua potable una vez al día y que por ello las necesidades que surjan en otros horarios deben ser suplidas con agua de la canilla, la cual a su entender está contaminada, no es apta para el consumo y genera enfermedades, porque las cañerías tienen más de doce años y carecen de mantenimiento.

La Dirección de la cárcel negó formalmente tal solicitud argumentando que, dentro de los elementos permitidos en el interior de los pabellones para uso de los internos, no se encuentran autorizados los dispensadores de agua fría conforme al reglamento general del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

(INPEC). No obstante, señaló opciones adicionales para la obtención de agua embotellada en el establecimiento.

Carvajal Cometa aseguró que la alternativa ofrecida era inadecuada, en atención a cuestiones horarias y dinerarias. Resaltó que, dada la condición de especial sujeción e indefensión en que se encuentran las personas privadas de la libertad, es el Estado a través de las autoridades penitenciarias el que debe asumir la obligación de velar por su bienestar y salubridad. Por ello, solicitó que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana, al considerar que la autoridad accionada había violado estos derechos constitucionales al no garantizar la prestación del servicio de agua potable en condiciones adecuadas de calidad y cantidad en su lugar de reclusión.

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de La Dorada, Caldas, declaró improcedente el amparo invocado, al considerar que la negativa impartida por la entidad accionada, lejos de constituir una afrenta a los derechos fundamentales del actor y en general de la población privada de la libertad, es consecuencia de una prohibición expresa del reglamento interno, fundada en razones de seguridad y orden público. Destacó que este tipo de controversias con un contenido colectivo, dirigidas además al reconocimiento de algunas prebendas y comodidades en el interior del penal, deben ventilarse directamente ante el director del mismo o dirimirse en la jurisdicción competente, dada la ausencia de un perjuicio irremediable.

El accionante impugnó la decisión anterior.

En segunda instancia, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Manizales confirmó la decisión de primera instancia, al considerar que aunque el acceso al servicio de agua potable de la población privada de la libertad es una garantía iusfundamental a cargo de las autoridades penitenciarias, “los internos no [pueden] exigir requisitos como que ésta [sea] fría o que se [abastezca] a través de un dispensador, dado que las razones de seguridad de los centros penitenciarios [pueden] imponer ciertas limitaciones a tal goce”. De ahí que el reclamo del actor, más que fundamentarse en una violación de sus derechos, encuentra asidero en una discrepancia en torno a la forma de provisión actual de agua potable, que debe dirimirse exclusivamente en el interior del establecimiento carcelario.

La Sala de Selección del Tribunal Constitucional seleccionó el presente caso para su revisión.

2. Sentencia: se revocan las sentencias de primera y segunda instancia en tanto declararon improcedente la acción de tutela presentada por Jorge Iván Carvajal Cometa. En su lugar, se niega la protección invocada para el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física y a la dignidad humana.

Se conmina a la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada, Caldas, para que en el supuesto de presentarse alguna situación que imposibilite, limite o restrinja la provisión de agua potable con los niveles de aptitud, inmediatez y regularidad exigidos por la Constitución y la ley, se asegure de adoptar las medidas adecuadas, necesarias y suficientes para impedir una circunstancia de privación de agua que ponga en peligro las condiciones

materiales de existencia en términos de calidad de vida de los reclusos. Si la entidad accionada considera que existe una alternativa adicional a las ya indicadas por ella que evite un desabastecimiento que afecte presupuestos mínimos, la podrá ejercer dentro de los límites sugeridos por la Carta Política y esta providencia. En todo caso, teniendo en cuenta las mayores necesidades de agua de los internos por razón del clima, en períodos de anormalidad en la distribución deberá garantizarse siempre un abastecimiento diario razonable de agua potable equivalente a 25 litros por persona y se les deberá facilitar a los presos los utensilios precisos para que puedan almacenar el líquido en sus celdas especialmente durante la noche en cantidades no inferiores a 5 litros para el consumo, para vaciar los baños y realizar las demás tareas de limpieza.

Se advierte a la Dirección del mencionado establecimiento que, en adelante, la distribución de agua potable a través de su venta en el expendio no podrá considerarse como una alternativa que garantice, en los términos de la jurisprudencia constitucional, el cumplimiento estatal en materia de accesibilidad al mínimo vital. El Estado, a través de sus funcionarios penitenciarios, es el garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad y su efectivo goce no puede estar supeditado a cargas económicas que desconozcan el contenido intrínseco y el valor material de los preceptos constitucionales.

Se comunica la presente decisión a la Defensoría del Pueblo Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria para que, en el marco de su obligación de guardar, proteger y promover los derechos de la sociedad colombiana –en especial, de los grupos más vulnerables como la población carcelaria–, realice un seguimiento de las circunstancias de reclusión en el mencionado establecimiento, en términos de goce efectivo de acceso al agua y condiciones de dignidad humana. En caso de encontrar alguna situación que entorpezca la materialización de estas garantías, deberá adoptar las medidas de protección que resulten adecuadas y necesarias en el marco de sus competencias legales y constitucionales. Verificado lo anterior y definida la manera de actuar, deberá informar sobre la misma a la Sala Primera de Revisión.

Asimismo, se comunica la presente decisión a la Secretaría de Salud de Manizales para que realice una visita al mencionado establecimiento con el fin verificar el cumplimiento de las medidas implementadas por la Dirección del penal para satisfacer bajo parámetros cualificados el acceso al servicio público de agua y un ambiente físico apropiado. De esa visita se deberá remitir un informe a esta Sala de Revisión, y además, en caso de que existan acciones que no se hayan adoptado o nuevas condiciones de afectación a los derechos de los internos, podrá tomar los correctivos que sean de su competencia, implementar las medidas de choque que sean necesarias para mitigar de forma inmediata el impacto sobre los derechos aludidos y emitir las recomendaciones a que haya lugar.

2.1. Corresponde a esta Sala determinar si las autoridades penitenciarias (Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada, Caldas, Dirección General del INPEC, Dirección Regional del INPEC Viejo Caldas, el Ministerio de Justicia y del Derecho, y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC–) han vulnerado los derechos fundamentales

a la vida, a la salud, a la integridad física y a la dignidad humana de una persona privada de la libertad, al no garantizarle el acceso al agua en forma permanente, suficiente y salubre para hidratarse y suplir otras necesidades primarias.

2.2. Respecto de la procedencia de la acción de tutela presentada por Carvajal Cometa, esta Sala encuentra que el nombrado tiene legitimación activa para hacerlo, toda vez que actúa en defensa de sus derechos e intereses. Por otra parte, las autoridades penitenciarias accionadas están legitimadas como parte pasiva en el proceso de tutela, al atribuírseles, en su condición de entidades públicas encargadas del funcionamiento del sistema carcelario y, en esa medida, de la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana del recluso accionante, la presunta vulneración de sus derechos fundamentales. Asimismo, se advierten cumplidos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. En este contexto, encuentra esta Sala superado el análisis de procedibilidad, por lo que pasará a estudiar el problema jurídico planteado.

2.3. Por otra parte, debe destacarse la relación de especial sujeción en la que se encuentran las personas privadas de la libertad, por lo que sus derechos deben ser asegurados de manera reforzada, sin otras limitaciones o restricciones que las que razonable y proporcionalmente correspondan. Los derechos y deberes, no obstante, están en cabeza de ambas partes. Los presos no tienen derechos de menor categoría; tienen derechos restringidos o limitados, y cuando esto no sucede, es decir cuando la pena impuesta no se encuentra en contradicción con el ejercicio pleno de un derecho, este debe ser tan protegido y respetado como el de cualquier otra persona.

2.4. Las autoridades penitenciarias tienen el deber de proteger sin restricción ni limitación alguna la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, pues son derechos inalienables e inherentes a la persona cuya protección compete siempre y en todo momento al Estado a través de las autoridades carcelarias.

En situaciones específicas, este deber pleno se concreta en el cumplimiento de niveles mínimos esenciales, lo que significa que deben existir condiciones idóneas para que cada recluso pueda sobrellevar la sanción intramural bajo parámetros de humanidad, tranquilidad, decencia y dentro de un marco de respeto por los valores y principios superiores, comprensivo del suministro de agua potable en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad encaminadas a cubrir las necesidades de consumo y contribuir a preservar la salud y la salubridad pública dentro de instituciones constitucionalmente protegidas, como lo son las cárceles.

El suministro de agua potable en adecuadas condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad es una obligación estatal de imperativo cumplimiento con personas privadas de la libertad. El derecho a acceder a la cantidad de agua que se requiere para vivir en dignidad adquiere especial trascendencia tratándose de personas privadas de la libertad. Este sector marginado y vulnerable de la población no cuenta con una opción distinta a la administración penitenciaria para alcanzar la plena realización de este derecho bajo estándares de disponibilidad, calidad y accesibilidad. Esto justifica que su satisfacción deba ser reforzada y prioritaria. Su

inobservancia constituye un incumplimiento de la obligación positiva del Estado de procurar para los internos condiciones materiales y mínimas de existencia y se erige en una violación de sus garantías fundamentales que puede ser reparada mediante la acción de tutela.

2.5. Del material probatorio obrante en autos surge que el complejo carcelario cuenta en la actualidad con fuentes de acceso y de prestación del servicio que resultan eficaces y admisibles para atender la demanda de agua. Se ha demostrado que el sistema previsto permite que la periodicidad del suministro de agua potable en el establecimiento sea de 24 horas durante los 365 días del año. Asimismo, se desprende que el agua brindada a la población reclusa cumple con los estándares de limpieza y salubridad exigidos por la normatividad vigente en la materia.

Del expediente se desprende que la entidad, en coordinación con otras instituciones del Estado, ha ejecutado los compromisos a su cargo y ha cumplido positivamente con los deberes bajo su responsabilidad conforme a los cuales, en los establecimientos de reclusión, siempre deberá prevalecer el respeto a la dignidad humana, a los preceptos superiores y a los derechos humanos que han sido reconocidos de forma universal. Se observa que sus buenas intenciones se han materializado en verdaderas acciones orientadas a preservar un ambiente de salubridad por medio de instalaciones físicas adecuadas que permitan alcanzar condiciones mínimas de existencia.

Llama la atención que el actor no plantee queja alguna en torno a posibles cesaciones del servicio, lo que permite inferir razonablemente que estos escenarios ocurren con poca frecuencia y, cuando tienen lugar, la prisión se asegura de que quienes se encuentran bajo su custodia no queden desprovistos de este mínimo vital.

2.6. Con fundamento en los argumentos expuestos, esta Sala concluye que las autoridades penitenciarias no vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física y a la dignidad humana de Carvajal Cometa y demás internos cuando se negaron a instalar un dispensador de agua fría, porque habían implementado las acciones necesarias para garantizar una adecuada prestación del servicio público a través de fuentes de acceso que aseguran su provisión periódica, bajo parámetros de potabilidad y en el marco de un ambiente físico apropiado cuyo estado de sanidad asegura incluso condiciones vitales y respetuosas de un mínimo esencial para quienes allí permanecen reclusos.

2.7. Siendo así, en tanto no se verifica la violación a garantías esenciales, se revocarán las sentencias de instancia que declararon improcedente la acción de tutela presentada y, en su lugar, se negará la protección invocada para el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana.

Sin embargo, como medida preventiva y a efectos de asegurar la protección integral y continuada de los derechos fundamentales de los internos reclusos en la cárcel de La Dorada, se le comunicará a la Defensoría del Pueblo Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria que dentro de su obligación de guardar, proteger y promover los bienes constitucionales de la sociedad colombiana, en especial, de

los grupos más vulnerables como la población carcelaria, realice un seguimiento de las circunstancias de reclusión en dicho complejo penitenciario en términos de goce efectivo de acceso al agua y condiciones de dignidad humana.

Esta decisión será comunicada también a la Secretaría de Salud de Manizales, para que realice una visita al establecimiento penitenciario con el fin de verificar el cumplimiento de las medidas implementadas por la Dirección del penal para satisfacer bajo parámetros cualificados el acceso al servicio público de agua y un ambiente físico apropiado. De observar alguna afectación a los derechos, podrá tomar los correctivos que sean de su competencia, implementar las medidas que considere necesarias y emitir las recomendaciones que correspondan.

2.8. Finalmente, es de conocimiento público que el Municipio de La Dorada, Caldas, se encuentra ubicado en una zona del país donde las condiciones climáticas alcanzan niveles extremos. En un informe periodístico se denunció que los internos de la Cárcel de Máxima Seguridad Doña Juana soportaban altas temperaturas y no tenían dónde resguardarse, que se encontraban en una situación de hacinamiento, y que el calor extremo había generado conflictos y disputas para ganar un espacio en sitios con alguna sombra. Se advirtió además que aunque las autoridades garantizaban que el suministro de agua fuera suficiente para mantener los niveles de hidratación adecuados y se estaban buscando soluciones con el apoyo de la Secretaría de Salud y otros entes de control, el temor entre los funcionarios era que llegaría un período de racionamiento que generaría una verdadera crisis humanitaria.

Con el objeto de proveer a la eficacia de los derechos fundamentales involucrados, esta Sala conminará a la Dirección de la cárcel de La Dorada, Caldas, para que en el supuesto de presentarse alguna situación que imposibilite, limite o restrinja la provisión de agua potable con los niveles de aptitud, inmediatez y regularidad exigidos por la Constitución y la ley, se asegure de adoptar las medidas adecuadas, necesarias y suficientes para impedir una circunstancia de privación de agua que ponga en peligro las condiciones materiales de existencia en términos de calidad de vida de los reclusos. Si la entidad accionada considera que existe una alternativa adicional para evitar un desabastecimiento que afecte presupuestos mínimos, la podrá ejercer dentro de los límites sugeridos por la Carta Política y esta providencia. Se recuerda que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que en períodos de anormalidad en la distribución, deberá garantizarse siempre un abastecimiento diario razonable de agua potable equivalente a 25 litros por persona y se les deberá facilitar a los presos los utensilios precisos para que puedan almacenar el líquido en sus celdas especialmente durante la noche en cantidades no inferiores a cinco 5 litros para el consumo, para vaciar los baños y realizar las demás tareas de limpieza.

2.9. Como reflexión final, esta Sala advierte que tratándose de medidas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, las autoridades gozan de autonomía para tomar las decisiones necesarias, siempre que estas ofrezcan soluciones reales y efectivas. El juez de tutela no puede arrogarse competencias que corresponden al INPEC, entidad que tiene el

conocimiento directo e inmediato de la situación concreta y de las condiciones propias de la población carcelaria del país. Sin embargo, las alternativas formuladas deben siempre partir del criterio razonable más adecuado frente al nivel de peligro expuesto. Esta Sala reconoce que la Dirección del complejo carcelario ha venido adoptando en forma oportuna y diligente las medidas que a su juicio garantizan la eficaz y cierta protección de los internos y el cumplimiento adecuado de la orden judicial impuesta. Frente a este hecho, no surge reparo alguno. Pero no puede olvidarse que cuando el asunto puesto a consideración involucra las garantías constitucionales de personas privadas de la libertad, al juez de tutela le asiste la facultad y el deber de asumir permanentemente una actitud más oficiosa y activa en la defensa de sus derechos y asegurarse de que no se presenten situaciones de incumplimiento de las obligaciones de respeto, garantía y protección que le asisten al Estado frente a su vida, salud, integridad personal y dignidad humana.

En el presente proceso, se evidencian algunas circunstancias puntuales que pueden comprometer seriamente el ejercicio integral de presupuestos iusfundamentales. En el curso de este trámite se han observado tres problemas, por lo cual se analizará la afectación constatada en cada uno de ellos.

(i) La Dirección Regional del INPEC Viejo Caldas, la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada, Caldas, y los jueces de instancia fundamentaron parte de su argumentación defensiva en la prohibición del reglamento interno de portar elementos constitutivos de un peligro para la población reclusa. Las autoridades se limitaron a señalar la confrontación de validez de las normas legales y reglamentarias establecidas con anterioridad a la ocurrencia de los hechos materia del recurso y cuya modificación debía plantearse en la jurisdicción natural. Para esta Sala, el valor de la dignidad humana no puede reducirse al valor de la legalidad: “*como la norma no viola el valor, entonces la realidad tampoco puede hacerlo*” (sentencia T-596/92). Este tipo de razonamientos son el resultado de una inadecuada perspectiva en la solución de los casos de tutela, según los cuales las violaciones a los derechos fundamentales se miran a la luz del derecho ordinario, desconociendo de esta manera el texto constitucional. La protección de los derechos fundamentales no puede reducirse al juicio de legalidad acerca de la decisión tomada por la autoridad pública correspondiente. Es necesario confrontar dicha decisión con la Constitución misma. La acción de tutela obliga al juez y demás funcionarios a efectuar este tipo de ejercicio y, de esta manera, logra el propósito de efectividad de los derechos que consagra con énfasis la Carta Política. Sobre este tipo de interpretaciones anacrónicas, se ha advertido que la despreocupación por las responsabilidades de los funcionarios del Estado y la protección de los derechos fundamentales ha tenido su origen en la ausencia de una nueva perspectiva constitucional en la argumentación de los procesos de tutela que los jueces y tribunales realizan. De ahí la necesidad de que “*tomen conciencia de que cuando se plantea la violación de un derecho fundamental por medio de una acción de tutela, el parámetro esencial e inmediato de interpretación es el texto constitucional y no la legislación ordinaria vigente*” (sentencia T525/92). En la adopción de este nuevo punto de vista, se encuentra la clave axiológica que determinó la adopción de la tutela como uno de los puntos esenciales de la Constitución de 1991. La tutela de

los derechos fundamentales, además de introducir una importante variación formal en la protección de las garantías superiores al disminuir radicalmente los plazos para la decisión judicial, impuso una modificación sustancial y sin precedentes, al exigir de los jueces y autoridades públicas una interpretación de los derechos fundada en el texto constitucional y no simplemente en la confrontación con las normas del área jurídica dentro de la cual se plantea la violación. Dentro de este contexto, las consideraciones puramente formales no pueden sobreponerse por encima de la garantía efectiva de los derechos fundamentales ni son una excusa razonable para impedir o no asegurar su pleno ejercicio. La defensa de los derechos no puede ser formal. La misión del Estado no se reduce a expedir las normas y textos legales que reconozcan, tan solo en el papel, que se es titular de ciertos derechos. La racionalidad estatal mínima exige que dichas normas sean seguidas de acciones reales. Estas deben dirigirse a facilitar que las personas puedan disfrutar y ejercer cabalmente dentro de los límites impuestos los derechos que les fueron reconocidos en la Constitución.

(ii) La Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada, Caldas, dio cuenta de las alternativas existentes para proteger oportunamente el derecho al agua de los reclusos. Esta Sala estima que la venta de agua a través del expendio no es una opción que satisfaga el acceso al agua de la población privada de la libertad porque su prestación se deriva de una carga económica que deben asumir directamente los internos, lo cual resulta contradictorio por su estado de privación, sujeción, indefensión y por la natural limitación de ciertos derechos como el trabajo con remuneración. Además, supone un desconocimiento de las obligaciones de las autoridades penitenciarias, quienes son las principales responsables de la apropiación presupuestal correspondiente para satisfacer las necesidades primarias de los presos y por esta vía asegurar sus derechos fundamentales. Bajo estos supuestos, se le advertirá a la entidad accionada que en adelante, la distribución de agua potable a través de su venta en el expendio no podrá considerarse como una alternativa que garantice en los términos de la jurisprudencia constitucional el cumplimiento estatal en materia de accesibilidad al mínimo vital. El Estado a través de sus funcionarios penitenciarios es el garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, y su efectivo goce no puede estar supeditado a cargas económicas que desconozcan el contenido intrínseco y el valor material de los preceptos constitucionales.

(iii) El juez de primera instancia apreció que el reclamo constitucional planteado por el actor tenía un contenido colectivo dirigido al reconocimiento de algunas comodidades en el interior del penal, refiriéndose a la pretensión de un dispensador, que debía ventilarse directamente ante el director del mismo o dirigirse en la jurisdicción competente.

Esta Sala discrepa de tales razones. En primer lugar, el accionante no reclamó derechos colectivos. El derecho de toda persona a acceder a la cantidad de agua que se requiere para vivir en dignidad es de cada individuo. Que los sistemas de distribución sean masivos o dependan de la correcta prestación de un servicio público no le resta el carácter de individual al derecho. En tal medida, la acción de tutela es el medio adecuado para que se solicite por un recluso la protección de su derecho fundamental al agua. En segundo lugar, el trasfondo de la pretensión

incoada representa una necesidad de suministro de agua en condiciones de calidad. Existe una diferencia cualitativa radical entre pretender un entorno de confort y lujo en un establecimiento carcelario y abogar por lograr un ambiente de higiene básico. Lo primero no es posible en tanto es el resultado directo e inevitable de los rigores del aislamiento social y de la pena; lo segundo es apenas un imperativo, una consecuencia necesaria de los fines esenciales de un Estado social y democrático de derecho que no tiene atenuante alguno en el hecho de estar referido a personas que han cometido delitos contra la sociedad. Por estas razones, los reclamos de un preso que alega estar sometido a condiciones indignas plantean un inmenso reto constitucional. Se trata de una situación en la que claramente están involucrados los derechos fundamentales de una persona y, por lo tanto, el juez constitucional está plenamente facultado e incluso obligado a actuar diligentemente en su defensa.

Nota de la Oficina: en relación con este tema, ver sentencia T-077/13 de esta misma Corte, cuyo resumen está disponible en *Investigaciones* 1[2015], pp. 215-221.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por Jorge Iván Carvajal Cometa contra la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada, Caldas (Doña Juana) con vinculación oficiosa de la Dirección General del INPEC, la Dirección Regional del INPEC Viejo Caldas, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC–, sentencia T-711/16 del 15-12-2016, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-711-16.htm>>.



PROCESO CIVIL. REGULACIÓN DE HONORARIOS. CASOS EN LOS QUE EL ESTADO ES CONDENADO EN COSTAS. **DERECHO A LA IGUALDAD.** IGUALDAD ANTE LA LEY (PARAGUAY).

1. Antecedentes del caso: el 15 de febrero de 2013, la Segunda Sala del Tribunal de Cuentas reguló los honorarios profesionales de los abogados Wilson Rubén Benítez Gavilán y Porfirio Ramón Meza Cubilla por los trabajos desplegados –en esa instancia– en los autos caratulados: “Casa Wireless y Networks S.A. c/ Resolución N° 857 de fecha 09 de septiembre de 2010, dictada por la Dirección Nacional de Aduanas (D.N.A.)”. Dicha regulación se realizó conforme al art. 29 de la Ley 2421/04 de “Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal”, según el cual “[e]n los juicios en que el Estado Paraguayo y sus entes citados en el art. 3 de la ley 1535/99, de ‘Administración Financiera del Estado’, actúe como demandante o demandado, en cualquiera de los casos, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales de abogados y procuradores que hayan actuado en su representación o en representación de la contraparte, sean en relación de dependencia o no, no podrán exceder el 50% (cincuenta por ciento) del mínimo legal, hasta cuyo importe deberán atenerse los jueces de la República para regular sus honorarios a costa del estado. Queda modificada la ley 1.376/88 ‘Arancel de Abogados y procuradores’”.

Los accionantes sostuvieron que el auto interlocutorio mediante el que se regularon sus honorarios estaba fundado en una ley inconstitucional, también

impugnada. Promovieron entonces, por sus propios derechos y en causa propia, una acción de inconstitucionalidad contra el art. 29 de la ley 2421/04, alegando que atenta contra el derecho a la igualdad de las personas, consagrado en los arts. 46 y 47 de la Constitución Nacional (CN).

2. Sentencia: se hace lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida y se declara la inaplicabilidad del art. 29 de la Ley 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y Adecuación Fiscal” con relación a este caso concreto.

2.1. El art. 46 CN establece: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”. Por su parte, el art. 47 constitucional dispone: “El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes...”.

De tales garantías constitucionales se deduce que la igualdad jurídica consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales en igualdad de circunstancias y que no se pueden establecer privilegios que concedan a unos lo que se niega a otros bajo las mismas circunstancias.

2.2. El art. 29 de la ley 2421/04 establece que en caso de que el Estado o sus entes sean condenados en costas, su responsabilidad económica y patrimonial por los servicios profesionales del abogado de la contraparte no podrá exceder el 50% del mínimo legal, hasta cuyo importe deben abstenerse los jueces para regular los honorarios, mientras que si las costas se imponen a la contraparte, la responsabilidad de esta debe ser el 100% por los servicios profesionales del abogado del Estado o sus entes. Ello es así, teniendo en cuenta que el texto de la norma habla de “... su responsabilidad económica... (haciendo referencia a El [sic] Estado y sus entes), ... no podrá exceder del 50% del mínimo legal, ... para regular los honorarios a costa del Estado...”.

2.3. La norma objetada lesiona la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, desde el momento en que establece la reducción hasta un 50% de los honorarios profesionales que corresponden legalmente al abogado que litiga con el Estado o alguno de los entes enunciados en el art. 3 de la ley 1535/99.

La garantía de igualdad ante la ley debe ser observada también por el Estado y sus entes en su relación con los particulares, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el jurisdiccional. Sin embargo, la norma legal cuestionada propicia un trato privilegiado a favor del Estado en perjuicio de los abogados que intervienen en las causas donde aquel es parte, ya sea como demandante o demandado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, Sala Constitucional, acción de inconstitucionalidad en el juicio “Incidente de Reg. Hon. Prof. de los abogs. Wilson Rubén Benítez Gavilán y Porfirio Ramón Meza Cubilla en los autos: Casa

Wireless y Networks SA c/ Res. N° 857 de fecha 09 de septiembre de 2010, dictada por la Dirección de Aduanas (D.N.A.)”, acuerdo y sentencia n° 26 del 7-2-2017, en <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/cache/b0a0e3181cdbeb6a3b74b37b8b19e89f.pdf>.



PROCESO PENAL. HÁBEAS CORPUS. DERECHO PENAL. PENAS. PENA DE MUERTE. LÍMITES A SU APLICABILIDAD. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DISCAPACIDAD INTELECTUAL. CONCEPTO. ESTÁNDARES PARA SU DETERMINACIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Moore fue condenado a muerte por haber disparado y asesinado a un empleado de una tienda durante un robo frustrado que había cometido cuando tenía 20 años. El tribunal estadual que posteriormente entendió en su recurso de hábeas corpus determinó que, en términos de lo establecido en *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304 –2002–) y en *Hall v. Florida* (2014), Moore era una persona con discapacidad intelectual y que, por lo tanto, su condena a muerte violaba la prohibición de imponer “castigos crueles e inusuales” de la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. A tales efectos, el tribunal consultó los actuales estándares de diagnóstico médico en la 11a. edición del manual publicado por la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD-11, por sus siglas en inglés) y la 5a. edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales publicado por la Asociación Americana de Psiquiatría. El tribunal adoptó la definición generalmente aceptada de discapacidad intelectual, la cual identifica tres elementos centrales: 1) déficits en la función intelectual, 2) déficits de adaptación, y 3) la aparición de estos déficits mientras se es menor de edad. Se determinó que el coeficiente intelectual de Moore revelaba una función intelectual inferior a la media: se realizaron seis evaluaciones y el promedio de los coeficientes determinados fue de 70.66, lo que indica una discapacidad intelectual leve. Por otra parte, basándose en los dictámenes de ciertos profesionales de la salud, el tribunal encontró importantes déficits adaptativos en todas las categorías de habilidades (conceptual, social y práctica). Fundándose en esta prueba, recomendó a la Cámara Penal de Apelaciones de Texas que hiciera lugar a la pretensión de Moore.

La Cámara no aceptó esa recomendación y optó por decidir que el tribunal remitente había incurrido en un error al no haber seguido el criterio por ella establecido en su decisión *Ex parte Briseno* (2004), en la cual había adoptado la definición y los estándares de evaluación de discapacidad intelectual contenidos en la 9a. edición (1992) del manual publicado por la Asociación Americana sobre Retraso Mental (AAMR-9, por sus siglas en inglés), versión anterior del actual manual AAIDD-11. En dicha decisión, también se había incorporado la exigencia prevista en AAMR-9 de que los déficits adaptativos estuvieran “relacionados” a déficits en la función intelectual y se enumeraron –sin citar ninguna fuente médica ni jurisprudencial– siete factores que resultaban relevantes como prueba en la evaluación de la discapacidad intelectual. Basándose en solo dos de los resultados del coeficiente intelectual de Moore (el de 74 y el de 78), la Cámara llegó a la conclusión de que Moore no había demostrado tener facultades intelectuales significativamente inferiores a la media, y aun cuando

tuviera ese déficit, lo cierto es que sus fortalezas adaptativas compensaban cualquier déficit de adaptación. Asimismo, resolvió que el tribunal que había entendido en el recurso de hábeas corpus había omitido ponderar la relación que debía verificarse entre los déficits de adaptación y los déficits en la función intelectual. Entre las causas alternativas de los déficits adaptativos de Moore, se encontraban una niñez llena de abusos, trastornos de aprendizaje no detectados, múltiples cambios de escuela en el curso de su educación primaria, acoso y violencia por motivos raciales en la escuela, así como una larga trayectoria de fracasos académicos, abuso de estupefacientes y ausentismo. La ponderación de los siete factores probatorios enumerados en *Briseno* –entendió la Cámara– tenía un mayor peso en contraste con el tratar de hallar que se encontraba cumplido el recaudo sobre la relación que debe verificarse entre los déficits de adaptación y los déficits en la función intelectual.

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

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

La decisión de la Cámara no se compadece con la Octava Enmienda ni con los precedentes de esta Corte, al haber rechazado los argumentos del tribunal que entendió en el hábeas corpus fundados en criterios médicos y al haber aplicado la doctrina sentada en *Briseno*, incluyendo los factores no clínicos enumerados en dicho precedente.

(a) La Octava Enmienda, que “reafirma la obligación del Estado de respetar la dignidad de todas las personas” (*Hall*, cit.), prohíbe la ejecución de cualquier individuo con discapacidad intelectual (*Atkins*, cit., p. 321). Si bien *Atkins* y *Hall* dejaron a los estados “la tarea de implementar los medios adecuados para hacer cumplir” la restricción impuesta a la ejecución de las personas con discapacidad intelectual (*Hall*, cit.), la discrecionalidad de los estados “no es ilimitada” (*id.*) y debe “estar informada por un marco diagnóstico proporcionado por la comunidad médica” (*id.*). Basándose en las más recientes (y aún vigentes) versiones de los principales manuales de diagnóstico médico, esta Corte llegó a la conclusión en *Hall* de que el estado de Florida “no había tomado en cuenta la práctica médica establecida” (*id.*) y que se había alejado de las prácticas y tendencias de otros estados (*id.*). Allí se señaló que la obligación de estar informado por la comunidad médica no exige la adhesión a todo lo manifestado por la opinión médica más reciente. Pero ninguno de estos dos precedentes autoriza a no tomar en cuenta los estándares médicos actuales.

(b) La conclusión de la Cámara de que los resultados del coeficiente intelectual de Moore determinaban que no era una persona con discapacidad intelectual no se compadece con lo resuelto en *Hall*, donde se estableció que cuando el resultado de un test de coeficiente intelectual sea cercano, pero superior, a 70, los tribunales deben tomar en cuenta el “error estándar de estimación” del test. En vistas de que el nivel más bajo del resultado ajustado del coeficiente intelectual de Moore de 74 caía a o por debajo de 70, la Cámara tenía que pasar a considerar las facultades de adaptación de Moore.

(c) La ponderación que hizo la Cámara de la función adaptativa de Moore también se apartó de los estándares clínicos prevalecientes y de aquellos que ella consideraba aplicables en otros tiempos.

(1) La Cámara remarcó en forma excesiva las fortalezas adaptativas que percibía en Moore –viviendo en las calles, cortando el césped y jugando al pool por dinero–, mientras que la comunidad médica enfoca la evaluación de la función adaptativa en los déficits adaptativos. Asimismo, el tribunal de alzada destacó que Moore había mejorado su conducta en la cárcel, pero los médicos se muestran cautos a la hora de confiar en las fortalezas adaptativas desarrolladas en entornos controlados.

(2) Por otra parte, la Cámara resolvió que el historial de fracasos académicos de Moore sumado a los antecedentes de una infancia plagada de abusos y sufrimiento restaban valor a cualquier conclusión a la que se llegara de que sus déficits intelectuales y adaptativos estuvieran relacionados. La comunidad médica, sin embargo, considera las experiencias traumáticas como factores de riesgo a los fines de determinar la discapacidad intelectual. La alzada asimismo se apartó de la práctica clínica al exigir a Moore demostrar que sus déficits adaptativos no estaban vinculados con un “desorden de la personalidad”. Los profesionales de la salud mental reconocen que las personas con discapacidad intelectual pueden tener otras deficiencias mentales o físicas, tales como, por ejemplo, trastornos por déficit de atención e hiperactividad, depresivos y bipolares, y autismo.

(3) Asimismo, la adhesión de la Cámara a los siete factores en materia de prueba enumerados en *Briseno* le impidió hacer una evaluación de las facultades de adaptación de Moore. Las percepciones legas expuestas en *Briseno*, tanto en su elaboración como en la manera en que operan, “crean un riesgo inaceptable de que las personas con discapacidad intelectual sean ejecutadas” (*Hall*, cit.). Los médicos han intentado por todos los medios contrarrestar los estereotipos legos, y los factores enumerados en *Briseno* resultan atípicos en comparación tanto con la forma en que otros estados tratan los casos de personas con discapacidad intelectual como con las propias prácticas de Texas en contextos diferentes al de la pena de muerte.

(d) Los estados cuentan con cierta flexibilidad, pero no con una “discrecionalidad ilimitada” para aplicar la doctrina sentada en *Atkins* (*Hall*, cit.), y los estándares actuales de la comunidad médica, que reflejan una cada vez mayor comprensión adquirida con el transcurso del tiempo, limitan el margen de discrecionalidad que los estados tienen en esta área. En este caso, el tribunal que entendía en el recurso de hábeas corpus aplicó los actuales estándares médicos para llegar a su conclusión, pero la Cámara de Apelaciones adhirió a la doctrina que ella había sentado en *Briseno*, incluyendo los factores no clínicos enumerados en dicho precedente. Por lo tanto, no se informó adecuadamente del “marco diagnóstico proporcionado por la comunidad médica” (*Hall*, cit.). Dado que el precedente *Briseno* afectó íntegramente el razonamiento de la Cámara, la decisión de esta no puede prosperar.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Moore v. Texas*, sentencia del 28-3-2017, en <https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-797_n7io.pdf>.



PROCESO PENAL. PRISIÓN PREVENTIVA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO FUNDADA EN ERROR JUDICIAL O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN CASOS DE ABSOLUCIÓN O SOBRESEIMIENTO POSTERIOR (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: Marcus August Baier estuvo durante aproximadamente catorce meses privado preventivamente de su libertad por orden del Juzgado de Instrucción nº 2 de Almería, acusado de haber cometido un delito contra la salud pública.

Posteriormente, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería lo absolvió y declaró la inexistencia objetiva del hecho investigado.

Baier se presentó entonces ante el Ministerio de Justicia a los fines de reclamar una indemnización por daños alegando responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El Ministerio de Justicia desestimó el reclamo.

Contra esa resolución, Baier interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el cual fue desestimado.

Baier interpuso entonces un recurso de casación contra dicha sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el cual fue desestimado por la Sección Cuarta de la Sala Tercera de ese Alto Tribunal.

Entonces, Baier articuló un recurso de amparo, alegando: (i) vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución española (CE); (ii) vulneración del derecho a la libertad, principio de legalidad y de seguridad jurídica de los arts. 17 y 25.1 CE; y (iii) vulneración del derecho a ser indemnizado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, reconocido en los arts. 106.2 y 121 CE.

El Pleno del Tribunal Constitucional recabó para sí el conocimiento del recurso.

2. Sentencia: se declara parcialmente admisible el recurso de amparo respecto de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no así respecto de los arts. 17.1 y 25 CE. Se revoca la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y se retrotraen las actuaciones al momento anterior al dictado de dicha sentencia para que se resuelva en los términos contenidos en el último fundamento jurídico de esta resolución.

2.1. Este Tribunal declara admisible el presente recurso al apreciar la concurrencia de una especial trascendencia constitucional, por referirse este a una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no hay doctrina de este Tribunal Constitucional, a saber, la eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procesos administrativos y contencioso-administrativos fundados en la responsabilidad del Estado por imposición de la prisión preventiva, según la doctrina emanada de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH).

2.2. Para poder examinar los motivos que integran la demanda de amparo, es requisito indispensable que las vulneraciones de los derechos fundamentales se hayan invocado. El único agravio que reúne las condiciones de admisibilidad es el que denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues había sido alegado como motivo de recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En cambio, el demandante de amparo no invocó los citados arts. 17.1 y 25 CE, por lo que este motivo incurre en la causa de inadmisibilidad citada. Respecto del tercer agravio, este Tribunal reiteradamente ha sostenido que el derecho reconocido en el art. 121 CE no tiene carácter de derecho fundamental susceptible de ser protegido por la vía del amparo.

Sin perjuicio de todo ello, se declara parcialmente admisible el recurso, conforme se explicó en el apartado anterior.

2.3. Entrando en el fondo del asunto, resulta necesario exponer la doctrina sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado fundado en error judicial o, más genéricamente, en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, así como la doctrina emanada de la CEDH que ha de utilizarse como criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

El art. 121 CE establece que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. Así, se trata de un derecho “de configuración legal”, por deferir a la ley su regulación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) desarrolló el art. 121 CE distinguiendo, a los efectos que aquí interesan, entre responsabilidad patrimonial por error judicial (art. 293 LOPJ) y por prisión preventiva (art. 294 LOPJ). En ninguno de los dos casos, la LOPJ contiene una definición de “error judicial”, convirtiéndolo así en un concepto jurídico indeterminado cuya concreción ha de hacerse casuísticamente, en el plano de la legalidad, por los jueces y tribunales (STC 325/1994, del 12 de diciembre), doctrina que resulta aplicable a las demandas de daños y perjuicios que, como esta, se basan en haber sufrido prisión preventiva por hechos de los que luego se resulta absuelto y encuentran su especial regulación en el art. 294 LOPJ, en virtud del cual “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

2.4. Por su parte, la CEDH ha resuelto que la Convención Europea de Derechos Humanos no otorga derecho a indemnización en razón del dictado de una resolución de prisión preventiva adoptada legalmente en caso de absolución, por lo que no resulta incompatible con esa Convención un régimen jurídico que la excluya o la limite a determinados supuestos.

En esta línea, la CEDH ha sostenido que el simple rechazo del otorgamiento de una indemnización no es contrario, en sí mismo, a la presunción de inocencia, y ha reafirmado que la interpretación del ámbito de aplicación de los artículos de la

Ley Orgánica del Poder Judicial relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde a los tribunales internos (asunto *Dinares Peñalver c. España*, sentencia del 23 de marzo de 2000).

De ahí que el Tribunal Supremo, al interpretar el art. 294 LOPJ, haya declarado que el ordenamiento jurídico español no avala la existencia de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva, de tal manera que, una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre, se genere en quien haya sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio.

2.5. Este Tribunal ha venido reiterando que el derecho fundamental del art. 24.2 CE es aplicable a aquellos actos del poder público, sean administrativos o judiciales, mediante los que se castiga la conducta de las personas definida en la ley como “infracción del ordenamiento jurídico”. Esto se aplica en el proceso penal así como en el procedimiento y proceso contencioso-administrativo sancionador.

No obstante, la CEDH ha entendido que el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia no se limita a los procesos penales en curso, sino que se extiende, proyectando determinados efectos sobre los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del imputado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario de los procesos penales en los que el demandante ostentaba la calidad de imputado. En particular, ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia las resoluciones administrativas y judiciales dictadas en materia de responsabilidad patrimonial que distinguieron entre la absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación, argumentando que “tal motivación, sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante” (asunto *Puig Panella c. España*, sentencia del 25 de abril de 2006, entre otras). Esta doctrina ha dado lugar a un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para excluir del ámbito de aplicación del art. 294 LOPJ los supuestos denominados de “inexistencia subjetiva”, cuestión, sin embargo, sobre la que no corresponde pronunciarse aquí, al versar el supuesto examinado sobre la concurrencia del presupuesto de “inexistencia objetiva”.

2.6. En el caso examinado, el debate judicial se centró en torno a la concurrencia –o no– del presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo. De la propia demanda de amparo surge que “se ha producido la inexistencia objetiva de los hechos imputados o inexistencia del hecho delictivo”, por lo cual la citada doctrina de la CEDH resulta aplicable y lleva a este Tribunal a concluir que la sentencia del Tribunal Supremo vulneró el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo, especialmente a la vista de la consideración que se efectúa en dicha sentencia sobre que “la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)”, derivando de allí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, emitiendo de esta manera sospechas sobre la culpabilidad del recurrente.

2.7. Los razonamientos expuestos conducen a declarar inadmisibile el recurso de amparo respecto de la vulneración de los arts. 17.1 y 25 CE y a declararlo admisible en lo que respecta al agravio fundado en el art. 24.2 CE.

La consecuencia del reconocimiento de dicha vulneración constitucional conduce a declarar la necesidad de retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia por el Tribunal Supremo para que se resuelva nuevamente la cuestión planteada, sin introducir dudas sobre la culpabilidad del recurrente y su derecho a dicha presunción de inocencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, recurso de amparo promovido por Marcus August Baier contra la sentencia dictada el 28 de febrero de 2012 por la Sección Cuarta de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sentencia 8/2017 del 19-1-2017, en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2017-1891.pdf>>.



PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHOS DE AUTOR. *MASH-UP. MUESTREO MUSICAL. SAMPLING. LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA* (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: en la canción de *hip hop* alemana “*Nur mir*” (“Solo yo”), de Sabrina Setlur, se repite varias veces una secuencia corta de dos segundos de batería procedente del tema de música electrónica “*Metall auf Metall*” (“Metal sobre metal”) incluido en el álbum “*Trans Europa Express*” de la banda alemana *Kraftwerk*, que fue incorporada con cambios solo menores en dicha composición a fin de producir dos versiones de la misma.

Dos miembros fundadores de la banda *Kraftwerk* promovieron una acción judicial tendiente a que se ordenara a los compositores de “*Nur mir*” y a la productora discográfica que cesaran y desistieran de producir y vender fonogramas con las dos versiones de dicho tema, y les entregaran los fonogramas ya existentes a fin de proceder a la destrucción de los mismos.

El tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda, que también incluía un pedido de reparación de los daños y perjuicios sufridos.

El Tribunal Supremo Federal de Alemania, que intervino dos veces en el caso, confirmó esta decisión (sentencias del 20 de noviembre de 2008, caso I ZR 112/06, *Metall auf Metall I*, y del 13 de diciembre de 2012, caso I ZR 182/11, *Metalla auf Metall II*). Resolvió que aun el uso de partes extremadamente cortas de una banda sonora producida por un tercero constituía una violación a los derechos del productor del fonograma reconocidos en el art. 85.1.1 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (UrhG), y en general requería la autorización de este último. Fundándose en el art. 24.1 UfhG, el Tribunal reconoció que el uso libre constituía una excepción a esta exigencia, pero que el prerequisite de ese uso libre era que la secuencia en cuestión no podía reproducirse de un modo que sonara como el original. De acuerdo con la resolución del Tribunal Superior Regional de Hamburgo, en su sentencia del 17 de agosto de 2011 (5 U 48/05), ello era, no obstante, posible en el caso *sub examine*, y, en consecuencia, no se podía invocar el derecho al libre uso de la obra.

Entonces, los compositores y la productora discográfica interpusieron un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania alegando, en particular, una violación a su derecho fundamental a la libertad artística garantizada por el art. 5.3.1 de la Ley Fundamental (GG).

2. Sentencia: las decisiones recurridas violan la libertad de creación artística de tres de los doce recurrentes (art. 5.3.1 GG).

2.1. Las normas que regulan el derecho de los productores de fonogramas (art. 85.1.1 UrhG) y el libre uso de las obras (art. 24.1 UrhG), en las cuales se fundan las decisiones impugnadas, son compatibles con la libertad artística garantizada por el art. 5.3.1 GG, así como también con el art. 14.1 GG, que protege el derecho de propiedad. Ellas otorgan a los tribunales encargados de interpretarlas y aplicarlas suficiente discrecionalidad para hacer una ponderación constitucionalmente apropiada de la libertad de creación artística, por un lado, y de la protección al derecho de propiedad del productor del fonograma, por el otro. El reconocimiento general acordado a los derechos conexos del productor del fonograma –cuya protección se basa en su esfuerzo económico, organizativo y técnico– resulta inobjetable en términos constitucionales también en cuanto a la restricción que importa a la libertad de creación artística. Y viceversa, la mera posibilidad de que los artistas invoquen un derecho al libre uso de un fonograma en ciertas circunstancias en general no importa una restricción desproporcionada al núcleo del derecho del productor del fonograma protegido por el art. 14.1. GG.

Por otra parte, la circunstancia de que el art. 24.1 UrhG no prevea una remuneración en particular y con ello también se limite el derecho de explotación de los autores o de los productores de fonogramas sobre sus obras también se compadece con lo dispuesto por el art. 14.1 GG. La decisión legislativa de no complementar la excepción restrictiva con la inclusión de una obligación de pagar derechos que darían al autor o al productor del fonograma un derecho a cobrar parte de las ganancias obtenidas por el libre uso de su obra o fonograma en la obra creativa de un tercero se encuentra dentro del margen de discrecionalidad propio del legislador. Sin embargo, en términos generales, el Poder Legislativo puede sujetar el libre uso de una obra a una obligación de pagar los derechos de autor que considere pertinentes. En ese caso, podría tomar en cuenta la libertad artística incorporando, por ejemplo, obligaciones ulteriores de pagar derechos basadas en el éxito comercial de una nueva obra.

2.2. Por otro lado, las decisiones impugnadas violan la libertad de creación artística de los dos compositores y de la productora del tema “*Nur mir*”, garantizado por el art. 5.3.1 GG.

Al interpretar y aplicar las leyes de derecho de autor, los tribunales civiles deben tender a reproducir el equilibrio buscado en la ley entre los intereses que hacen al derecho de propiedad de los productores de fonogramas y los derechos fundamentales en pugna, evitando con ello que estos últimos resulten desproporcionadamente restringidos. Esta Corte debe intervenir a los fines de rectificar una violación constitucional solo si la interpretación hecha por los tribunales civiles demuestra

tener errores que, también en razón de su importancia sustancial, resultan relevantes para el caso específico.

Desde una valoración jurídica del uso de obras protegidas por derechos de autor, el interés de los titulares de estos derechos en impedir la explotación comercial de sus obras por parte de terceros sin su autorización entra en conflicto con el interés de otros artistas en inducir un proceso creativo mediante el establecimiento de un diálogo artístico con otras obras existentes sin estar expuestos a riesgos financieros o sujetos a restricciones en términos de contenido. Si se colocan en una balanza el desarrollo creativo de un artista frente a una injerencia en los derechos de autor que solo ligeramente importa una restricción en las posibilidades de explotación, el derecho de explotación de los titulares de derechos de autor puede tener que ceder a favor de la libertad de participar en un diálogo creativo. Estos principios también resultan aplicables cuando los fonogramas protegidos en términos del art. 85.1.1 UrhG se usan con fines artísticos.

La presunción del Tribunal Supremo Federal de que aun la inclusión de secuencias de sonido muy breves constituye una violación a los derechos de los demandantes como productores del fonograma si la secuencia usada puede reproducirse de forma que suene como el original, no toma suficientemente en cuenta el derecho a la libertad artística. Cuando un artista musical que tiene la intención de usar porciones de sonidos (*samples*) para crear una nueva obra no quiere abstenerse de incluir un *sample* en su nueva pieza musical, la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo Federal del libre uso de las obras lo pone en una situación de tener que decidir entre obtener una licencia del productor del fonograma o reproducir por sí mismo esa porción de sonido. Sin embargo, en ambos casos la libertad de creación artística y, en consecuencia, el mayor desarrollo cultural que importa se verían restringidos.

Destacar la posibilidad de obtener una licencia no brinda un grado equivalente de protección a la libertad de creación artística: no existe un derecho a obtener una licencia para usar un *sample*; dado que el productor del fonograma tiene derecho a disponer de su obra, puede rechazar el pedido de licencia sin tener que dar razones para ello y sin perjuicio de la buena disposición del peticionante para pagar por el uso del *sample*. El productor del fonograma tiene derecho a reclamar el pago por el otorgamiento de una licencia de uso del *sample* y tiene libertad para fijar su monto. El proceso de ceder derechos es extremadamente difícil en los casos de obras que mezclan muchos *samples* diferentes en forma similar a la de un *collage*. Estos problemas se solucionan solo de manera insuficiente mediante las bases de datos de *samples* existentes y agencias que brindan asistencia a los artistas musicales en el proceso de detección de *samples* y regularización de su uso.

La reproducción de sonidos por parte del propio artista tampoco es un sustituto equivalente. El uso de *samples* es un elemento estilístico típico que caracteriza el movimiento *hip hop*. La necesaria consideración de criterios artísticos específicos requiere que no se ignoren estos aspectos que definen este género musical. Además, la labor de reproducción de un *sample* por parte del propio artista puede resultar ardua, y la determinación de si ese sonido es equivalente al original genera una gran inseguridad a los artistas.

En este caso de uso de *samples* sin licencia, estas restricciones a la libertad de creación artística se confrontan con una violación solo menor a los derechos de los demandantes en su carácter de productores del fonograma, lo cual no genera un perjuicio económico considerable. No existe un riesgo evidente de que estos últimos vayan a sufrir una disminución en las ventas por la circunstancia de que se haya incorporado la secuencia de sonido en cuestión en las dos versiones del tema “*Nur mir*” aquí impugnadas. Ese riesgo posiblemente podría crearse, cuanto más, en casos específicos en que la nueva obra sea tan similar al fonograma con la secuencia de sonido original que realmente pueda presumirse que la nueva producción vaya a competir con el fonograma original. En este contexto, se debe considerar la distancia artística y temporal respecto de la obra originaria, la importancia de la secuencia utilizada, el perjuicio económico que genera al creador de la obra originaria, así como la preminencia que este tiene. La circunstancia de que el art. 24.1 UrhG prive al productor de fonogramas de la posibilidad de cobrar un arancel el otorgamiento de una licencia no le genera automáticamente –particularmente en este caso– un perjuicio económico considerable. La Constitución no exige proteger elementos sonoros pequeños y diminutos mediante el reconocimiento de derechos conexos, lo que, con el transcurrir del tiempo, podría dificultar aún más o incluso tornar imposible el uso de los bienes culturales existentes.

En consecuencia, el derecho de explotación de los productores de fonogramas debe ceder ante el libre uso de las obras en pos de la creación artística. El estándar adicional de que una secuencia utilizada no puede incorporarse de una forma que suene como el original –introducido por el Tribunal Supremo Federal en relación con la aplicabilidad del art. 24.1 UrhG a las violaciones de los derechos de los productores de fonogramas– no resulta adecuado para lograr un equilibrio proporcionado entre el interés en un desarrollo permanente y sin restricciones de la actividad artística y el derecho de propiedad intelectual de los productores de fonogramas.

2.3. Cuando adopte una nueva decisión en este caso, el Tribunal Supremo Federal puede, por aplicación del art. 24.1 UrhG, asegurar que la libertad artística sea suficientemente ponderada. Sin embargo, no solo puede adoptar ese criterio. La aplicación de la ley conforme a la Constitución de una forma que permita el uso de fonogramas en la práctica del muestreo musical sin contar con una licencia previa, tanto en este caso como en otros contextos similares, podría, por ejemplo, lograrse haciendo una interpretación restrictiva del art. 85.1.1 UrhG. En cuanto a los actos de explotación realizados a partir del 22 de diciembre de 2002 –regidos por la Directiva de la Unión Europea sobre derechos de autor–, el Tribunal Supremo Federal, como tribunal ordinario competente, debe comenzar por determinar si, dada la primacía del derecho de la Unión, aún existe un ámbito de aplicación para el derecho alemán. Si las disposiciones de la Directiva europea resultan taxativas, el Tribunal Supremo Federal debe garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales interpretando las disposiciones de la Directiva de conformidad con los derechos fundamentales de la Unión Europea y, en caso de duda en relación con la interpretación o validez de la Directiva, solicitando se expida el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea en términos del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Corresponde a esta Corte supervisar entonces si el tribunal ordinario evitó potenciales violaciones a los derechos fundamentales y si se garantiza el mínimo estándar inalienable de respeto a los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental.

Nota de la Oficina: en relación con esta sentencia, ver comentario al fallo de GOLDHAMMER, Michael en *Juristen Zeitung*, 2016, n° 18, pp. 904-908.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, 1 BvR 1585/13, sentencia del 31-5-2016, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2016/bvg16-029.html>>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. SALUD. SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA. ESTERILIZACIÓN INVOLUNTARIA. CONSENTIMIENTO INFORMADO. ELEMENTOS. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE. ACCESO A LA INFORMACIÓN. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. MUJER. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. ACCESO A LA JUSTICIA. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PLAZO RAZONABLE (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: el 1° de julio de 2000, la señora I.V. ingresó al Hospital de la Mujer de La Paz luego de que se le produjera una ruptura espontánea de membranas a la semana 38.5 de gestación. Debido a que el médico tratante constató que ella había tenido una cesárea previa, que no había trabajo de parto y que el feto se encontraba en situación transversa, decidió realizarle una cesárea, en cuyo transcurso se verificó la presencia de múltiples adherencias a nivel del segmento inferior del útero. Después de que el neonatólogo se llevó a la recién nacida, se le realizó a I.V. una ligadura de las trompas de Falopio. Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural.

I.V. sostuvo que nunca fue consultada de manera previa, libre e informada respecto de la esterilización, sino que se enteró de que había perdido su capacidad reproductiva permanentemente al día siguiente de practicada la misma cuando el médico residente se lo comunicó.

El Estado rechazó dichos alegatos y señaló que I.V. había prestado su consentimiento de manera verbal durante la cirugía.

Tras los hechos y los reclamos presentados por I.V., se realizaron tres auditorías, se pronunció el Tribunal de Ética del Colegio Médico Departamental de La Paz, se inició un proceso administrativo ante la Unidad de Asesoría Jurídica del Servicio

Departamental de Salud de La Paz y se llevó a cabo un proceso penal por el delito de lesiones, que terminó con la extinción de la acción penal. A pesar de las diversas actuaciones estatales a raíz de los reclamos de la señora I.V., ninguna persona ha sido declarada responsable disciplinaria, administrativa o penalmente por la esterilización no consentida a la que fue sometida I.V., quien tampoco ha sido reparada civilmente por causa de la decisión que extinguió la acción penal.

2. Sentencia: se declara internacionalmente responsable al Estado Plurinacional de Bolivia por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, reconocidos en los arts. 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de no discriminar contenidas en el art. 1.1 de la misma, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el art. 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de I.V.

Se declara internacionalmente responsable al Estado Plurinacional de Bolivia por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación de respetar los derechos y libertades, contenida en el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de I.V.

Se declara internacionalmente responsable al Estado Plurinacional de Bolivia por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de no discriminar contenidas en el art. 1.1 de la misma, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el art. 7.b), c), f) y g) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de I.V.

Fondo

2.1. La controversia central del presente caso consiste en determinar si la ligadura de las trompas de Falopio practicada a I.V. el 1° de julio de 2000 en Bolivia por un funcionario público en un hospital estatal fue contraria a las obligaciones internacionales del Estado. El aspecto cardinal a dilucidar es si dicho procedimiento se llevó a cabo habiendo obtenido el consentimiento informado de la paciente bajo los parámetros establecidos en el derecho internacional para este tipo de actos médicos al momento de los hechos. Tal consentimiento es una condición *sine qua non* para la práctica médica, la cual se basa en el respeto de la autonomía y la libertad del paciente para tomar sus propias decisiones de acuerdo con su plan de existencia.

2.2. Existe una especial relación entre el médico y el paciente, caracterizada por la asimetría en el ejercicio del poder que el médico asume en razón de su conocimiento profesional especializado y del control de la información que conserva. Esta relación de poder se encuentra gobernada por ciertos principios de la ética médica, principalmente los principios de autonomía del paciente, beneficencia, no maleficencia y justicia. Siendo el médico una persona que actúa también bajo sus propias convicciones y preferencias, es plausible que algunos de sus actos puedan entrar en contradicción con los planes de vida de los pacientes.

Es por ello que el principio de autonomía adquiere vital importancia en el ámbito de la salud, como una regla que instaura un equilibrio adecuado entre la actuación médica benéfica y el poder decisorio que retiene el paciente como sujeto moral autónomo, a fin de no incurrir en acciones de corte paternalista en las que el paciente sea instrumentalizado para evitarle un daño en su salud. El consentir de manera informada respecto a la procedencia de una intervención médica con consecuencias permanentes en el aparato reproductivo, como es la ligadura de las trompas de Falopio, pertenece a la esfera autónoma y de la vida privada de la mujer, la cual podrá elegir libremente los planes de vida que considere más apropiados, en particular, si desea o no mantener su capacidad reproductiva, el número de hijos que desea tener y el intervalo entre estos.

La obligación de obtener el consentimiento informado significa el establecimiento de límites a la actuación médica y la garantía de que estos límites sean adecuados y efectivos en la práctica, para que ni el Estado ni terceros actúen mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos.

2.3. La regla del consentimiento informado se relaciona con el derecho de acceso a la información en materia de salud, debido a que el paciente solo puede consentir de manera informada si ha recibido y comprendido información suficiente que le permita tomar una decisión plena. En la esfera de la salud, el carácter instrumental del derecho de acceso a la información es un medio esencial para la obtención de un consentimiento informado y, por ende, para la realización efectiva del derecho a la autonomía y libertad en materia de salud reproductiva.

2.4. Desde el punto de vista del derecho internacional, el consentimiento informado es una obligación que ha sido establecida en el desarrollo de los derechos humanos de los pacientes, el cual constituye no solo una obligación ética, sino también jurídica del personal de la salud, quienes deben considerarlo como un elemento constitutivo de la experticia y buena práctica médica a fin de garantizar servicios de salud accesibles y aceptables.

2.5. El concepto del consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo.

2.6. Los elementos que conforman el consentimiento informado, y que se encontraban vigentes al momento de los hechos del presente caso, son: (i) el carácter previo: siempre debe ser otorgado antes de cualquier acto médico, sin perjuicio de lo cual existen excepciones, *v. gr.* cuando la persona no puede brindar su consentimiento, o en casos de urgencia o emergencia ante un grave riesgo para la vida o salud del paciente. La ligadura de las trompas de Falopio no puede ser caracterizada como un procedimiento de urgencia o emergencia de daño inminente,

de modo tal que esta excepción no es aplicable; (ii) la libertad en la manifestación del consentimiento: el consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, incondicionada, no coercitiva, y carente de amenazas o desinformación. Tampoco puede ser inducido ni derivado de algún incentivo inapropiado. El consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, *inter alia*, como durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea. Se advierte que la libertad de una mujer puede verse socavada por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género y de otro tipo en los proveedores de salud. La raza, la discapacidad o la posición socio-económica no pueden ser un fundamento para limitar la libre elección de la paciente sobre la esterilización ni obviar la obtención de su consentimiento; (iii) el carácter personal: el consentimiento debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento. Para casos de esterilización, por la naturaleza y las consecuencias graves en la capacidad reproductiva, en relación con la autonomía de la mujer, la cual a su vez implica respetar su decisión de tener hijos o no y las circunstancias en que quiera tenerlos, solo ella será la persona facultada para brindar el consentimiento, y no terceras personas, por lo que no se deberá solicitar la autorización de la pareja ni de ninguna otra persona para la realización de una esterilización; y (iv) la adecuación de la información: el consentimiento debe ser pleno e informado, de modo que solo pueda ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente. Así, los prestadores de salud deberán informar, al menos, sobre la evaluación de diagnóstico; el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; las consecuencias de los tratamientos, y lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento. Con el fin de que la información pueda ser cabalmente entendida, el personal de salud deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, *v. gr.* su cultura, religión, estilos de vida, nivel de educación, y garantizar un plazo razonable de reflexión. En los procesos de obtención del consentimiento informado para esterilizaciones femeninas, la obligación de brindar información conlleva un deber reforzado debido a su naturaleza y entidad, y en ese sentido se debe advertir que constituye un método permanente, los riesgos o potenciales efectos secundarios, la existencia de una tasa mensurable de fallas como cualquier método de esterilización y las consecuencias si se declina el tratamiento, así como también comunicar la existencia de métodos anticonceptivos alternativos menos intrusivos. Asimismo, es preciso advertir que no es un método de urgencia o emergencia.

2.7. Respecto de la regulación interna, en la época de los hechos, el consentimiento informado en relación con intervenciones quirúrgicas de esterilización

femenina en Bolivia se encontraba regulado en dos normas específicas: la Norma Boliviana de Salud NB-SNS-04-97 (“Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria para Mujeres en Alto Riesgo Reproductivo”), aprobada por la Secretaría Nacional de Salud en agosto de 1997 (en adelante, “norma boliviana de 1997”), y la Norma Boliviana de Salud MSPS-98 (“Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria. Oclusión Tubárica Bilateral en Riesgo Reproductivo”), aprobada por el Ministerio de Salud y Previsión Social en noviembre de 1998 (en adelante, “norma boliviana de 1998”).

Analizada tal normativa, se concluye que era equívoca, imprecisa e, incluso, contradictoria. Por un lado, se aseguraba el consentimiento informado por escrito y, por el otro, se prevenían situaciones en las cuales, “por decisión médica y ante casos graves”, la esterilización podía llevarse a cabo, sin que quedara claramente establecido cuáles supuestos serían estos. Ni siquiera el propio personal de salud tenía claridad respecto a qué norma se debía aplicar en el caso de I.V.

La existencia de una regulación clara y coherente respecto de las prestaciones de servicios de salud es imprescindible para garantizar la salud sexual y reproductiva, y establecer las correspondientes responsabilidades por la provisión de este servicio. Una normativa que regule el acceso a la información de métodos de planificación familiar y de salud sexual y reproductiva, y que asegure la obtención del consentimiento informado y los elementos que se deben respetar para su validez contribuye a la prevención de violaciones de derechos humanos de las mujeres.

El supuesto por el cual la señora I.V. fue sometida a una esterilización se podría haber entendido como regulado bajo las normas bolivianas de 1997 y 1998, que requerían un consentimiento firmado por escrito. La decisión de practicar la ligadura de las trompas a la señora I.V. se adoptó durante la cirugía, no existiendo ninguna constancia de que ella hubiera otorgado el consentimiento por algún medio escrito. Sin embargo, el propio Estado alegó que estas normas eran inaplicables al caso bajo examen, porque la esterilización no fue solicitada de forma voluntaria, sino que respondía a un criterio médico.

Por consiguiente, a pesar de la existencia de normativa general en cuanto al consentimiento informado, el Estado de Bolivia no adoptó medidas de prevención suficientes para que el personal de salud garantizara a I.V. su derecho a tomar sus propias decisiones sobre su salud reproductiva y los métodos anticonceptivos que mejor se ajustaban a su proyecto de vida, de modo tal que no fuera sometida a una esterilización sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado. Siendo así, el Estado no adoptó las medidas preventivas regulatorias necesarias que establecieran con claridad la obligación médica de obtener el consentimiento en casos como el de I.V. y faltó, por tanto, a su deber de actuar con debida diligencia para prevenir que ocurra una esterilización no consentida o involuntaria.

2.8. En cuanto al deber de respeto y la obtención del consentimiento, se estima que tanto en el supuesto de la existencia de un consentimiento, como en el supuesto de la obtención de un consentimiento verbal durante la cirugía de I.V., el médico incumplió su deber de obtener un consentimiento previo, libre, pleno e informado, como lo requiere la Convención Americana. Por un lado, se observa que el accionar del médico no se ajustó a las exigencias convencionales, en tanto no

obtuvo el consentimiento de I.V. antes de realizar dicho acto médico, que, como se dijo, no tenía el carácter de urgencia o emergencia médica debido a que no se encontraba la paciente en una situación de riesgo inminente para su vida. Por otro lado –si se considera que el consentimiento fue brindado por I.V. de manera previa y verbal en el quirófano–, se estima que la paciente se encontraba en una situación que no permitía asegurar la manifestación de voluntad libre y plena, lo cual impidió que pudiera obtenerse un consentimiento válido. Adicionalmente, se estima que la información brindada a I.V. fue presentada en un momento indebido y de manera inoportuna, cuando se encontraba en la mesa de operaciones luego de haber sido sometida a una cesárea. Si bien el personal médico brindó información básica a I.V. respecto del procedimiento efectuado, las circunstancias del caso no permitieron que esta fuera completa y adecuada, ni que abarcara temas fundamentales y necesarios como la explicación clara de métodos anticonceptivos alternativos y menos intrusivos para lograr el objetivo de impedir un embarazo futuro de riesgo, por lo cual I.V. no contó con la oportunidad de reflexionar y comprender cabalmente las consecuencias de su decisión en el marco de la situación en la que se encontraba y sobre la base de lo comunicado por los médicos. La información sobre su potencial muerte si no se sometía a una esterilización y se presentaba un embarazo futuro fue expuesta en un momento de extrema vulnerabilidad y estrés, lo cual pudo haber contribuido a la eventual aceptación de una esterilización en un escenario de coerción, intimidación y profundo temor por su vida.

La decisión sobre la realización de la ligadura de las trompas se trataba de una decisión dentro de la esfera más íntima de I.V. Por ello, la decisión de someterse a este método anticonceptivo quirúrgico, y no a otros menos intrusivos, le correspondía únicamente a ella, no al médico ni a su esposo, con base en su derecho a la autonomía y libertad reproductiva. En este sentido, aunque es positivo hacer partícipe de esa decisión a la pareja de I.V., si ella así lo hubiera deseado, ello no implica que el consentimiento pueda ser otorgado ni ratificado por este, a quien se intentó localizar con el fin de que ratificara un presunto consentimiento verbal supuestamente emitido previamente por I.V. en el quirófano. Sumado a esto, el formulario de autorización firmado por el esposo de I.V. para que esta se sometiera a una intervención de cesárea de ninguna manera implica la autorización ni el consentimiento para el sometimiento a una ligadura de las trompas. Por lo dicho, el consentimiento verbal otorgado por I.V. fue contrario a los criterios convencionales.

Por lo expuesto, se concluye que I.V. no manifestó su consentimiento previo, libre, pleno e informado con el fin de someterse a la intervención quirúrgica de ligadura de las trompas de Falopio y, por ende, fue sometida a una esterilización no consentida o involuntaria. Ello significó una afectación e intromisión en su cuerpo, la pérdida permanente de su capacidad reproductiva y la vulneración de su autonomía en las decisiones relacionadas con su salud sexual y reproductiva. También generó la anulación de su derecho a tomar libremente todas aquellas decisiones relativas a su cuerpo y capacidad de reproducción, perdiendo en forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas. Asimismo, vulneró valores y aspectos esenciales de la dignidad y vida privada de I.V., al consistir dicha esterilización en una intromisión en su autonomía y libertad reproductiva, y una injerencia arbitraria

y abusiva en su vida privada, violando su derecho de decisión referente a la cantidad de hijos que quería tener y al espaciamiento de los mismos, y a fundar una familia a través de su derecho a procrear. Por todo ello, el Estado violó los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, en perjuicio de I.V.

2.9. Se destaca la gravedad de esta violación a los derechos de las mujeres, porque es necesario visibilizar prácticas como las verificadas en este caso que pueden esconder estereotipos de género negativos o perjudiciales asociados a los servicios de atención en salud y conllevar a legitimar, normalizar o perpetuar esterilizaciones no consentidas que afectan de forma desproporcionada a las mujeres. En este caso, la decisión médica de practicar la esterilización a I.V. sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado estuvo motivada por una lógica de cuidado paternalista y bajo la preconcepción de que la esterilización debía realizarse mientras I.V. se encontraba en una cirugía de cesárea, a pesar de que su caso no revestía el carácter de una urgencia o emergencia médica, debido a que se partía de la idea de que ella no tomaría decisiones confiables en el futuro para evitar un nuevo embarazo. El médico actuó, de esta manera, en clave paternalista injustificada, al no reconocerla como un agente moral capaz de tomar decisiones y considerar que, de acuerdo a su criterio médico, debía proteger a I.V. tomando la decisión que consideraba pertinente, sin brindarle a ella la oportunidad de sopesar las opciones que tenía a su disposición y anulando su capacidad de decidir con base en su autonomía. Además, el médico actuó con la lógica del estereotipo según el cual I.V. era la única responsable de la anticoncepción de la pareja. El hecho de que no se le haya, por ejemplo, mencionado la alternativa de que su esposo podría ser quien posteriormente se sometiera a una vasectomía demuestra una visión de I.V. por parte del médico como aquella que cumple un rol principal en la reproducción. En este sentido, se interpreta que el médico actuó con base en estereotipos de género frecuentemente aplicados a las mujeres en el sector salud, ante la desconfianza de su poder decisorio.

2.10. En lo que se refiere a la obligación de no discriminar, se advierte que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada sobre la base de estereotipos de género negativos y perjudiciales. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia. El fenómeno de la esterilización no consentida está marcado por estas secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Aunque la esterilización es un método utilizado como anticonceptivo tanto por mujeres como por hombres, las esterilizaciones no consentidas afectan de forma desproporcionada a las mujeres exclusivamente. Por otra parte, el hecho de que las mujeres son el sexo con capacidad biológica de embarazo y parto las expone a que durante una cesárea sea frecuente la ocurrencia de esterilizaciones sin consentimiento al excluirlas del proceso de adopción de decisiones informadas sobre su cuerpo y salud reproductiva bajo el estereotipo perjudicial de que son incapaces de tomar tales decisiones de

forma responsable. En razón de lo anterior, opera la protección estricta del art. 1.1 de la Convención por motivos de sexo y género –pues las mujeres tradicionalmente han sido marginadas y discriminadas en esta materia–, por lo cual se examina el caso bajo un escrutinio estricto.

Se advierte que la ligadura de las trompas de Falopio practicada a I.V. como método anticonceptivo en principio podría haber tenido un fin no solo legítimo, sino incluso imperioso, en tanto era idónea para proteger su salud y eventualmente su vida frente a un riesgo de futuro embarazo, ya que se la privaba de forma permanente de su capacidad reproductiva. Sin embargo, no era estrictamente necesaria, pues el mismo objetivo podría haber sido logrado con medidas menos lesivas de su autonomía y libertad reproductiva e invasivas de su vida privada y familiar. La esterilización practicada anuló de forma discriminatoria el poder decisorio de I.V. y su autonomía, ya que el médico consideró únicamente su propio criterio y no tuvo en cuenta los deseos y necesidades específicas de su paciente. En este sentido, el médico realizó una intervención médica paternalista injustificada toda vez que, al cercenarle su capacidad reproductiva sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado, restringió de forma grave la autonomía y libertad de I.V. para tomar una decisión sobre su cuerpo y salud reproductiva, y realizó una injerencia abusiva sobre su vida privada y familiar, motivada por el ánimo de evitar un daño a su salud en el futuro, sin consideración de su propia voluntad y con consecuencias graves en su integridad personal por el hecho de ser mujer.

2.11. En cuanto a la solicitud de determinar también si se verificó una discriminación múltiple, se puede decir que la esterilización sin consentimiento es un fenómeno que en diversos contextos y partes del mundo ha tenido un mayor impacto en mujeres que son parte de grupos con una mayor vulnerabilidad a sufrir esta violación de derechos humanos, ya sea por su posición socio-económica, raza, discapacidad o vivir con el VIH. En el presente caso, I.V. tuvo acceso a los servicios públicos de salud del Estado boliviano, aunque la atención brindada desconoció los elementos de accesibilidad y aceptabilidad. A pesar de ello, no se desprende de los hechos de este caso que la decisión de practicar la ligadura de las trompas de Falopio a I.V. haya obedecido a su origen nacional, condición de refugiada o posición socio-económica.

2.12. La esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida I.V. en un hospital público, bajo estrés y sin su consentimiento informado, le causó un grave daño físico y psicológico que implicó la pérdida permanente de su capacidad reproductiva, constituyendo un acto de violencia y discriminación contra ella. Por ello, el Estado incumplió su obligación de abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.

Históricamente, el marco de protección contra la tortura y los malos tratos se ha desarrollado en respuesta a actos y prácticas que se verificaban principalmente en el marco de un interrogatorio en conexión con una averiguación o proceso por la comisión de un delito, así como en un contexto de privación de la libertad, como

instrumento de castigo o intimidación. Sin embargo, la comunidad internacional ha ido reconociendo en forma progresiva que la tortura y otros tratos inhumanos también pueden darse en otros contextos de custodia, dominio o control en los cuales la víctima se encuentra indefensa, tales como en el ámbito de los servicios de salud y específicamente de la salud reproductiva. En esta línea, se destaca el rol trascendental que ocupa la discriminación al analizar la adecuación de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres a la figura de la tortura y los malos tratos desde una perspectiva de género.

Al analizar la intensidad del sufrimiento padecido por I.V., se concluye que: (i) I.V. perdió su capacidad reproductiva de forma permanente, alterándose el funcionamiento de sus órganos reproductivos; (ii) I.V. tuvo además consecuencias físicas que hicieron que debiera realizarse una intervención quirúrgica posteriormente porque le diagnosticaron restos placentarios en la cavidad endometrial; (iii) I.V. sufrió afectaciones psicológicas severas que requirieron de atención psiquiátrica, incluyendo sentimientos de angustia, frustración y culpa, así como una desvalorización de ella como mujer que le ha provocado sentimientos de vergüenza; (iv) la esterilización no consentida tuvo un efecto perjudicial en su vida privada, lo que llevó a la separación temporal de su esposo, situación que le provocó un dolor emocional; (v) la esterilización no consentida provocó afectaciones de diversa índole en su núcleo familiar y, en particular, en sus hijas, lo que le provocó un sentimiento de culpa; (vi) la esterilización no consentida provocó una carga económica sobre I.V. en cuanto a la atención médica posterior en un entorno que le generara confianza y búsqueda de justicia, y (vii) la ausencia de respuesta por parte del sistema judicial le generó un sentimiento de impotencia y frustración.

En suma, es evidente que la esterilización no consentida o involuntaria, con la consecuente imposibilidad para procrear, provocó en I.V. sufrimientos físicos y psíquicos perdurables, así como dolor emocional considerable, tanto a nivel personal, familiar y social.

Por todo lo anterior, se concluye que la esterilización no consentida o involuntaria a la que fue sometida I.V., en las circunstancias particulares de este caso que fueron expuestas, constituyó un trato cruel, inhumano y degradante contrario a la dignidad del ser humano.

2.13. En lo que se refiere al derecho de acceso a la justicia, la protección de los derechos de las mujeres a través del acceso a recursos oportunos, adecuados y efectivos para remediar estas violaciones de forma integral y evitar la recurrencia de estos hechos en el futuro resulta de suma relevancia si se toma en consideración que hoy en día, en el marco de la atención médica y el acceso a los servicios de salud, las mujeres siguen siendo vulnerables a sufrir violaciones a sus derechos sexuales y reproductivos, en la mayoría de los casos, a través de prácticas discriminatorias que son consecuencia de la aplicación de estereotipos en su perjuicio.

Asimismo, en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, la necesidad de criminalizar ciertas violaciones a dichos derechos, así como la evaluación de los casos en que una investigación por la vía penal resulta conducente, debe responder

a un escrutinio acucioso y ponderado de las circunstancias del caso, toda vez que algunos tipos penales pueden ser abiertamente incompatibles con las obligaciones en materia de derechos humanos en tanto limiten o denieguen el acceso a la atención en salud sexual y reproductiva.

La revisión de la práctica internacional evidencia que una gama de diversas medidas son consideradas adecuadas para remediar una esterilización no consentida, involuntaria, coercitiva o forzada, lo que va a depender de las circunstancias del caso y el contexto en que sucedieron los hechos. Ahora bien, resulta necesario afirmar que, si el consentimiento previo, libre, pleno e informado es un requisito ineludible para que una esterilización no sea contraria a los parámetros internacionales, debe también existir la posibilidad de reclamar ante las autoridades correspondientes en aquellos casos en que el médico no haya cumplido con este requisito ético y legal de la práctica médica, a fin de establecer las responsabilidades correspondientes y acceder a una indemnización. Dichas medidas deben incluir la disponibilidad y el acceso a recursos administrativos y jurisdiccionales para presentar reclamos en caso de que no se haya obtenido el consentimiento previo, libre, pleno e informado, y el derecho a que dichos reclamos sean examinados sin demora y de forma imparcial. Sostener lo contrario conduciría a negar el efecto útil de la regla del consentimiento informado.

En suma, existe un reconocimiento cada vez mayor de que las prácticas de esterilización no consentida, involuntaria, forzada o coercitiva no pueden quedar impunes, ya que lo anterior conduciría a perpetuar desde lo institucional estereotipos discriminatorios en el ámbito de la salud reproductiva que se basan en la creencia de que las mujeres no son personas competentes para la toma de decisiones sobre su cuerpo y salud. Ello no implica necesariamente que la vía penal sea exigible en todos los casos, pero que el Estado debe disponer de mecanismos accesibles para presentar reclamos que sean adecuados y eficaces para el establecimiento de responsabilidades individuales, ya sea en el ámbito disciplinario, administrativo o judicial, según corresponda, a fin de reparar a la víctima de forma adecuada.

La obligación de investigar por la vía penal y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no solo se desprende de las normas convencionales de derecho internacional imperativas para los Estados Parte, sino que también se deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y de las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querrelas, pruebas o peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos. Atendiendo a que en el presente caso se inició un proceso penal por el delito de lesiones y que la frustración procesal ha causado un perjuicio a la víctima, se analiza la conformidad de las actuaciones penales encaminadas a establecer la responsabilidad penal del médico por la esterilización no consentida de I.V. con la Convención Americana. El Estado tenía el deber de actuar con diligencia y adoptar las medidas pertinentes para evitar retrasos en la tramitación de los procesos, a fin

de garantizar la pronta resolución del caso y prevenir que los hechos quedaran en una situación de impunidad. Al examinar las actuaciones del Estado en el proceso penal llevado a cabo por los hechos ocurridos, se verificaron una serie de obstáculos y falencias que socavaron la efectividad del proceso y llevaron a que se declarara la extinción de la acción penal luego de transcurridos cuatro años sin una decisión final. Consecuentemente, las autoridades no garantizaron un efectivo acceso a la justicia a I.V. para remediar las violaciones a sus derechos.

La ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Además, confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición socio-económica y su condición de refugiada. En particular, existió un obstáculo geográfico en la accesibilidad a este tribunal, que implicó el elevado costo socio-económico de tener que trasladarse a una distancia prolongada y la desprotección en la búsqueda de justicia, toda vez que, a raíz de sus reclamos, I.V. recibió junto a su esposo diversos tipos de presiones, incluyendo averiguaciones sobre la calidad de su residencia en Bolivia.

Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación. Asimismo, se ordena al Estado: (i) brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, tratamiento médico y, específicamente, en salud sexual y reproductiva, así como tratamiento psicológico y/o psiquiátrico a la señora I.V.; (ii) realizar las publicaciones indicadas; (iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; (iv) diseñar una publicación o cartilla que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva, en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado; (v) adoptar programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, sobre temas de consentimiento informado, discriminación basada en género y estereotipos, y violencia de género; (vi) pagar las cantidades fijadas en concepto de indemnización por daño material e inmaterial, así como por el reintegro de costas y gastos, y (vii) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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 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 *I.V. vs. Bolivia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 30-11-2016, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHO DEL TRABAJO. TRABAJO ESCLAVO. ESCLAVITUD. PROHIBICIÓN DE LA ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE, TRABAJO FORZOSO Y TRATA DE PERSONAS. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL HISTÓRICA EN RAZÓN DE LA POSICIÓN ECONÓMICA. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES. PLAZO RAZONABLE (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – BRASIL).

1. Antecedentes del caso: desde el año 1988, se presentaron una serie de denuncias ante la Policía Federal y el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (CDDPH) por la práctica de trabajo esclavo y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde, del estado de Pará, y por la desaparición de dos jóvenes.

Brasil abolió legalmente la esclavitud en 1888. A pesar de ello, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales que provocaron su continuación. En las décadas de los años '60 y '70, el trabajo esclavo aumentó debido a técnicas más modernas de trabajo rural que requerían un mayor número de trabajadores. En 1995, el Estado reconoció la existencia de esclavitud.

En 1996, el Grupo Móvil del Ministerio Público del Trabajo (MPT) fiscalizó la hacienda y determinó la existencia de irregularidades, como la falta de registro de los empleados y condiciones contrarias a las disposiciones laborales. En 1997, dos trabajadores declararon ante la Policía Federal de Pará haber trabajado y escapado de la hacienda. El primero manifestó que un “gato” lo había contratado y que, al llegar a la hacienda, ya debía dinero por hospedaje y utensilios. Ambos declararon que los trabajadores eran amenazados de muerte en caso de denuncia o fuga, y que eran escondidos durante las fiscalizaciones. Con base en ello, el Grupo Móvil realizó una nueva fiscalización y concluyó que: (i) los trabajadores se encontraban albergados en cobertizos cubiertos de plástico y paja con una “total falta de higiene”; (ii) varios trabajadores eran portadores de enfermedades de la piel, no recibían atención médica y el agua no era apta para el consumo; (iii) todos los trabajadores habían sufrido amenazas, inclusive con armas de fuego, y (iv) los trabajadores declararon no poder salir de la hacienda. Asimismo, comprobó la práctica de esconderlos. Se encontraron 81 personas.

Consecuentemente, el Ministerio Público Federal (MPF) presentó una denuncia contra el “gato” y el gerente de la hacienda por los delitos de trabajo esclavo,

atentado contra la libertad de trabajo y tráfico de trabajadores; y contra el propietario del inmueble rural por frustrar derechos laborales.

Hechos en el marco de la competencia temporal de la Corte (a partir del 10 de diciembre de 1998)

En 1999, la Justicia Federal autorizó la suspensión condicional por dos años del proceso contra el propietario de la hacienda a cambio de la entrega de seis canastas básicas a una entidad de beneficencia. En 2001, en relación con los otros dos denunciados, el juez federal declaró la incompetencia del fuero para juzgar en el proceso, por lo que los autos se enviaron a la Justicia estadual, la cual en 2004 también se declaró incompetente. En el año 2007, el Superior Tribunal de Justicia decidió que la jurisdicción competente para juzgar el delito de trabajo esclavo era la federal. En 2008, se declaró extinta la acción penal.

La visita a la Hacienda Brasil Verde en el año 2000

En el año 2000, el “gato” conocido como “Meladinho” reclutó a trabajadores en el municipio de Barras, Piauí, para trabajar en la Hacienda Brasil Verde, ofreciéndoles un buen salario e incluso un adelanto. Además, les ofreció transporte, alimentación y alojamiento durante su estadía en la hacienda. Para llegar a la hacienda, los trabajadores tuvieron que viajar durante varios días en ómnibus, tren y camión. Respecto del tren, describieron que compartieron el espacio con animales. Además, tuvieron que alojarse en un hotel, con el cual quedaron endeudados. Cuando llegaron a la hacienda, los trabajadores se percataron de que lo ofrecido no era cierto; además, los obligaron a entregar sus cédulas de trabajo (CTPS) y a firmar documentos en blanco, práctica conocida en virtud de anteriores inspecciones. En la hacienda dormían en ranchos sin electricidad, camas ni armarios. El techo era de lona, lo que generaba la entrada de agua. En los ranchos dormían decenas de trabajadores en hamacas o redes. El sanitario y la ducha se encontraban en muy mal estado, afuera del rancho entre la vegetación, y no contaban con paredes ni techo. Además, producto de la suciedad de los baños, algunos preferían hacer sus necesidades corporales en la vegetación y bañarse en una quebrada, o no bañarse. La alimentación era insuficiente, repetitiva, de mala calidad y descontada de sus salarios. La rutina diaria de trabajo era de 12 horas o más, con un descanso de media hora para almorzar y solamente un día libre a la semana. En virtud de esas condiciones, los trabajadores se enfermaban con regularidad. Sin embargo, no se les daba atención médica. Además, para recibir el salario debían cumplir con una meta de producción, la cual era difícil de alcanzar, por lo que algunos no recibían pago por sus servicios. Las labores se realizaban bajo órdenes, amenazas y vigilancia armada. Lo anterior les generaba deseo de huir. Sin embargo, la vigilancia, la carencia de salario, la ubicación aislada de la hacienda y su entorno repleto de animales salvajes lo impedía. En marzo de 2000, luego de haber sido maltratados física y verbalmente, dos jóvenes lograron escapar y caminaron por días hasta llegar a la Policía Federal de Marabá. Allí el funcionario no les ofreció ayuda debido al asueto por Carnaval. Días después fueron orientados a acudir a la Comisión Pastoral de la Tierra (CPT) de Marabá. El agente

policial contactó al Ministerio del Trabajo, el cual organizó posteriormente una inspección a la hacienda en compañía de la Policía Federal. Durante la inspección, entrevistaron a los trabajadores, quienes manifestaron su “decisión unánime de salir”. Los inspectores del Ministerio del Trabajo obligaron a un encargado de la hacienda a pagar los montos indemnizatorios laborales para finiquitar los contratos laborales y a regresar las cédulas de trabajo. El informe de la fiscalización señaló que había 82 trabajadores en situación de esclavitud.

El procedimiento realizado por el Ministerio del Trabajo relativo a la visita de 2000

Tras dicha fiscalización, se presentó una acción civil pública ante la Justicia del Trabajo contra el propietario, destacándose que podía concluirse que: (i) la Hacienda Brasil Verde mantenía a los trabajadores en un sistema de cárcel privada; (ii) quedaba caracterizado el trabajo en régimen de esclavitud, y (iii) la situación se agravaba al tratarse de trabajadores rurales, analfabetos y sin ninguna ilustración, quienes habían sido sometidos a condiciones de vida degradantes. En julio de 2000, se llevó a cabo la audiencia, durante la cual el acusado se comprometió a no emplear a trabajadores en régimen de esclavitud y a mejorar las condiciones de estancia bajo pena de multa. En agosto del mismo año, el procedimiento fue archivado.

2. Sentencia: se declara responsable internacionalmente al Estado brasileño por la violación de:

(i) el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, establecido en el art. 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 1.1, 3, 5, 7, 11, 22 y 19 del mismo instrumento;

(ii) el art. 6.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica;

(iii) las garantías judiciales de debida diligencia y de plazo razonable, previstas en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, y

(iv) el derecho a la protección judicial, previsto en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

Por último, se ordenó al Estado la adopción de diversas medidas de reparación.

2.1. Excepciones Preliminares

El Estado presentó diez excepciones preliminares en relación con: (i) la inadmisibilidad del sometimiento del caso a la Corte en virtud de la publicación del Informe de Fondo por parte de la Comisión; (ii) la incompetencia *ratione personae* respecto de presuntas víctimas no identificadas, aquellas identificadas pero que no otorgaron poder de representación, que no aparecían en el Informe de Fondo de la Comisión o que no estaban relacionadas con los hechos del caso; (iii) la incompetencia *ratione personae* de violaciones en abstracto; (iv) dos pedidos de incompetencia

ratione temporis respecto de hechos anteriores a la fecha de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado; (v) la incompetencia *ratione materiae* por violación al principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano; (vi) la incompetencia *ratione materiae* relativa a presuntas violaciones de la prohibición de tráfico de personas; (vii) la incompetencia *ratione materiae* sobre supuestas violaciones de derechos laborales; (viii) la falta de agotamiento previo de los recursos internos, y (ix) la prescripción de la petición ante la Comisión respecto de las pretensiones de reparación de daño moral y material.

Esta Corte declaró parcialmente procedente la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la incompetencia *ratione temporis* respecto de hechos anteriores a la fecha de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado y la incompetencia *ratione temporis* sobre hechos anteriores a la adhesión del Estado a la Convención Americana, y desestimó las demás excepciones preliminares interpuestas por Brasil. En virtud de lo anterior, esta Corte realizó un análisis sobre dos grupos de hechos: en primer lugar, las acciones y omisiones a partir del 10 de diciembre de 1998 en la investigación y procesos relacionados con la inspección realizada en la Hacienda Brasil Verde en 1997; y en segundo lugar, los hechos violatorios y la respectiva investigación y procesos vinculados a la inspección realizada el 15 de marzo de 2000 a la referida hacienda.

2.2. Fondo

2.2.1. Como el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* es el primer caso contencioso ante esta Corte sustancialmente relacionado con el inc. 1 del art. 6 de la Convención Americana, cabe realizar un breve resumen del desarrollo sobre la materia en el derecho internacional, para dar contenido a los conceptos de esclavitud, servidumbre, trata de esclavos y mujeres, y trabajo forzoso, todos prohibidos por la Convención Americana. En ese sentido, corresponde señalar que el derecho a no ser sometido a esclavitud, a servidumbre, trabajo forzoso o trata de personas tiene un carácter esencial en la Convención Americana. De conformidad con el art. 27.2 del referido tratado, forma parte del núcleo inderogable de derechos, pues no pueden ser suspendidos en ninguna circunstancia.

2.2.2. La prohibición de la esclavitud es considerada una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*) y conlleva obligaciones *erga omnes*. Asimismo, tanto Brasil como la mayoría de los Estados de la región son parte de los dos principales tratados internacionales sobre el tema: la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956.

Las decisiones de tribunales internacionales sobre el delito internacional de esclavitud demuestran que su prohibición absoluta y universal está consolidada en el derecho internacional, y que la definición de ese concepto no ha variado sustancialmente desde la Convención de 1926: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. En relación con los dos elementos de la definición de esclavitud tradicional o *chattel* (esclavitud concebida como “esclavitud del bien mueble”,

que aludía a la esclavitud clásica o esclavitud de derecho, en la cual una persona pertenecía legalmente a otra), a saber, el estado o condición de un individuo, y el ejercicio de uno o más atributos del derecho de propiedad, se verifica que: (i) desde la Convención de 1926, la trata de esclavos es equiparada a la esclavitud a los efectos de su prohibición y su eliminación; (ii) la Convención suplementaria de 1956 extendió la protección contra la esclavitud también a “instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, como la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, entre otras, además de precisar la prohibición y las obligaciones de los Estados respecto de la trata, y (iii) el Estatuto de Roma y la Comisión de Derecho Internacional agregaron el “ejercicio de los atributos del derecho de propiedad en el tráfico de personas” a la definición de esclavitud.

A partir del desarrollo del concepto de esclavitud en el derecho internacional y de la prohibición establecida en el art. 6 de la Convención Americana, esta Corte observa que este concepto ha evolucionado y ya no se limita a la propiedad sobre la persona. Al respecto, considera que los dos elementos fundamentales para definir una situación de esclavitud son: (i) el estado o condición de un individuo, y (ii) el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, es decir, que el esclavizador ejerza poder o control sobre la persona esclavizada al punto de anular la personalidad de la víctima. El primer elemento (estado o condición) se refiere tanto a la situación *de jure* como *de facto*, es decir que no es esencial la existencia de un documento formal o una norma legal para la caracterización de ese fenómeno, como en el caso de la esclavitud *chattel* o tradicional. Respecto del elemento de “propiedad”, este debe ser comprendido en el fenómeno de esclavitud como “posesión”, es decir, la demostración de control de una persona sobre otra.

Por lo tanto, a la hora de determinar el nivel de control requerido para considerar un acto como esclavitud, puede ser equiparado a la pérdida de la propia voluntad o a una disminución considerable de la autonomía personal. En ese sentido, el llamado “ejercicio de atributos de la propiedad” debe ser entendido en los días actuales como el control ejercido sobre una persona que lo restrinja o prive significativamente de su libertad individual, con intención de explotación mediante el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de una persona. Por lo general, este ejercicio se apoyará y se obtendrá a través de medios tales como la violencia, el engaño y/o la coacción.

Esta Corte considera que, actualmente, para determinar una situación como esclavitud se deberá evaluar, con base en los siguientes elementos, la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad”: *a)* la restricción o el control de la autonomía individual; *b)* la pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; *c)* la obtención de un provecho por parte del perpetrador; *d)* la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; *e)* el uso de violencia física o psicológica; *f)* la posición de vulnerabilidad de la víctima; *g)* la detención o cautiverio, y *h)* la explotación.

2.2.3. Respecto a la servidumbre, esta Corte considera que esa expresión del art. 6.1 de la Convención debe ser interpretada como “la obligación de realizar trabajo para otros, impuesto por medio de coerción, y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición”. Lo anterior es considerado como una forma análoga de esclavitud y debe recibir la misma protección y conllevar las mismas obligaciones que la esclavitud tradicional. Su prohibición absoluta adviene desde la Convención suplementaria de 1956 y de su codificación en los instrumentos subsecuentes del derecho internacional.

2.2.4. Respecto a la prohibición de la trata de esclavos y de mujeres “en todas sus formas”, conforme a la Convención Americana, esta Corte interpreta esa prohibición de forma amplia y sujeta a las precisiones de su definición de acuerdo con su desarrollo en el derecho internacional. Su prohibición también es absoluta.

Las definiciones contenidas en los tratados internacionales pertinentes y la interpretación realizada por otros tribunales internacionales de derechos humanos no dejan dudas de que los conceptos de trata de esclavos y de mujeres han trascendido su sentido literal de modo de proteger, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a las “personas” traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento. El elemento que vincula las prohibiciones de trata de esclavos y de mujeres es el mismo, es decir, el control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación. Asimismo, la Corte identifica los siguientes elementos comunes a ambas formas de trata: *(i)* el control de movimiento o del ambiente físico de la persona; *(ii)* el control psicológico; *(iii)* la adopción de medidas para impedir la fuga, y *(iv)* el trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución.

De lo anterior, esta Corte Interamericana considera que a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión “trata de esclavos y [...] de mujeres” del art. 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, no podría limitarse la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos” bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona. Lo anterior es importante para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades.

Por lo tanto, la prohibición de “la trata de esclavos y la trata de mujeres” contenida en el art. 6.1 de la Convención Americana debe entenderse como trata de personas y se refiere a: *(i)* la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; *(ii)* recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años, estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; *(iii)* con cualquier fin de explotación.

2.2.5. Con respecto al trabajo forzoso u obligatorio, es aquel exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. Esa definición consta de dos elementos básicos: que el trabajo o el servicio se exige “bajo amenaza de una pena”, y que estos se llevan a cabo de forma involuntaria. Asimismo, ante las circunstancias del caso, esta Corte considera que para constituir una violación del art. 6.2 de la Convención, sería necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de estos o por su aquiescencia en los hechos. En relación con el vínculo con agentes del Estado, considera que dicho criterio se restringe a la obligación de respetar la prohibición del trabajo forzoso. Pero ese criterio no puede ser sostenido cuando la violación alegada se refiere a las obligaciones de prevención y garantía de un derecho humano establecido en la Convención Americana, por lo que no resulta necesaria la atribución a agentes del Estado para configurar trabajo forzoso.

2.2.6. En cuanto a los hechos establecidos en el presente caso, esta Corte considera evidente la existencia de un mecanismo de reclutamiento de trabajadores a través de fraudes y engaños. Además, estima que, en efecto, los hechos del caso indican la existencia de una situación de servidumbre por deudas, visto que a partir del momento en que los trabajadores recibían el adelanto de dinero por parte del “gato”, hasta los salarios irrisorios y descuentos por comida, medicamentos y otros productos, se generaba una deuda impagable para ellos. Como agravante a ese sistema conocido como *truck system*, peonaje o *sistema de barração* en algunos países, los trabajadores eran sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, viviendo en condiciones degradantes. Asimismo, los trabajadores no tenían perspectiva de poder salir de esa situación en razón de: (i) la presencia de guardias armados; (ii) la restricción de salida de la hacienda sin el pago de la deuda adquirida; (iii) la coacción física y psicológica de parte de “gatos” y guardias de seguridad, y (iv) el miedo de represalias y de morir en la selva en caso de fuga. Las condiciones anteriores se potenciaban por la condición de vulnerabilidad de los trabajadores, los cuales eran en su mayoría analfabetos, de una región muy distante del país, que no conocían los alrededores de la Hacienda Brasil Verde y estaban sometidos a condiciones inhumanas de vida.

Visto lo anterior, es evidente que los trabajadores rescatados de la Hacienda Brasil Verde se encontraban en una situación de servidumbre por deudas y de sometimiento a trabajos forzosos. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera que las características específicas a que fueron sometidos los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 sobrepasaban los extremos de servidumbre por deudas y trabajo forzoso al punto de llegar a cumplir con los elementos más estrictos de la definición de esclavitud establecida por esta Corte, en particular, el ejercicio de control como manifestación del derecho de propiedad. En ese sentido, se constata que: (i) los trabajadores se encontraban sometidos al efectivo control de los “gatos”, gerentes, guardias armados de la hacienda y, en definitiva, también de su propietario; (ii) de forma tal que se restringía su autonomía y libertad individuales; (iii) sin su libre consentimiento; (iv) a través de amenazas, violencia física y psicológica, (v) para

explotar su trabajo forzoso en condiciones inhumanas. Asimismo, las circunstancias de la fuga emprendida por Antônio Francisco da Silva y Gonçalo Luiz Furtado, y los riesgos enfrentados hasta denunciar lo ocurrido a la Policía Federal demuestran: (vi) la vulnerabilidad de los trabajadores y (vii) el ambiente de coacción existente en dicha hacienda, los cuales (viii) no les permitían cambiar su situación y recuperar su libertad. Por todo lo anterior, esta Corte concluye que la situación verificada en la Hacienda Brasil Verde en marzo de 2000 representaba una situación de esclavitud.

Por otra parte, considerando el contexto del presente caso respecto de la captación o reclutamiento de trabajadores a través de fraude, engaño y falsas promesas desde las regiones más pobres del país sobre todo hacia haciendas de los estados de Maranhão, Mato Grosso, Pará y Tocantins, se considera probado que los trabajadores rescatados en marzo de 2000 habían sido también víctimas de trata de personas.

El Estado no demostró haber adoptado las medidas específicas, conforme a las circunstancias de los trabajadores, para prevenir la ocurrencia de la violación al art. 6.1. Este Tribunal constata que en el período entre la denuncia y la inspección, en marzo de 2000, el Estado no logró coordinar la participación de la Policía Federal activamente, más allá de la función de protección del equipo del Ministerio del Trabajo. Asimismo, el Estado no actuó con la debida diligencia para prevenir la forma contemporánea de esclavitud ni actuó de acuerdo con las circunstancias del caso para poner fin a ese tipo de violación. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado y a las obligaciones impuestas en virtud del art. 6.1 de la Convención Americana. En razón de lo expuesto, esta Corte concluye que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del art. 6.1 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados en el año 2000 en la Hacienda Brasil Verde. A su vez, los hechos demuestran que Antônio Francisco da Silva fue sometido a trabajo infantil, y que el Estado, una vez conocida la situación de violencia y esclavitud a la cual el niño había sido sometido, y la posibilidad de que otros niños estuvieran en la misma condición, así como la gravedad de los hechos en cuestión, debió adoptar las medidas para poner fin a la situación y para asegurar la rehabilitación e inserción social del niño, así como asegurar su acceso a la educación básica primaria y, de haber sido posible, a la formación profesional, por lo que se considera que el Estado violó el art. 6.1 en relación también con el art. 19 del mismo instrumento respecto a Da Silva.

Asimismo, se constata que existen características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados en el año 2000, y se estima que el Estado no consideró la vulnerabilidad de dichos trabajadores en virtud de la discriminación en razón de la posición económica a la que estaban sometidos, por lo que se concluye que Brasil es responsable por la violación del art. 6.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en la sentencia.

Por otro lado, se analizaron las actuaciones a partir del 10 de diciembre de 1998 llevadas a cabo: (i) en el proceso penal y la acción civil pública, iniciados en 1997,

respecto de la inspección del 10 de marzo de 1997; y *(ii)* en los procesos iniciados en virtud de la inspección del 15 de marzo de 2000. A raíz de ello, se establece que en el presente caso existía una obligación de actuar con la debida diligencia, que era excepcional debido a la particular situación de vulnerabilidad en que se encontraban los trabajadores y a la extrema gravedad de la situación que fue denunciada, y que esta obligación no fue cumplida por el Estado. Por lo anterior, esta Corte concluye que el Estado vulneró la garantía judicial de debida diligencia y la garantía judicial a un plazo razonable, previstas en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 43 trabajadores rescatados durante la fiscalización del 23 de abril de 1997, identificados por la Corte.

Además, advierte que ninguno de los procedimientos de los que recibió información determinó algún tipo de responsabilidad respecto de las conductas denunciadas ni fue un medio para obtener la reparación del daño a las víctimas, debido a que en ninguno de los procesos se realizó un estudio de fondo de cada cuestión planteada. De igual modo, se estableció que la aplicación de la prescripción de los procesos constituyó un obstáculo para la investigación de los hechos, la determinación y sanción de los responsables, y la reparación de las víctimas, a pesar del carácter de delito de derecho internacional que representaban los hechos denunciados. Esta Corte también considera que la falta de acción y de sanción de estos hechos puede explicarse en virtud de una normalización de las condiciones a las que continuamente eran sometidas personas con determinadas características en los estados más pobres y constató que las víctimas de la inspección del año 2000 compartían estas características, las cuales los colocaban en situación de vulnerabilidad. Por lo anterior, concluye que el Estado vulneró el derecho a la protección judicial, prevista en el art. 25 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de: *a)* los 43 trabajadores rescatados durante la fiscalización de 1997 e identificados por la Corte, y *b)* los 85 trabajadores rescatados durante la fiscalización del año 2000 e identificados por la Corte. Además, la Corte concluye que con respecto a Antônio Francisco da Silva, la violación del art. 25 de la Convención Americana está también relacionada con el art. 19 del mismo instrumento.

Finalmente, en relación con las alegadas desapariciones de Iron Canuto da Silva y Luis Ferreira da Cruz, esta Corte considera que, en cuanto al primero, el Estado reabrió la investigación sobre su desaparición en 2007 y constató que no había sido víctima de desaparición forzada, y en relación con el segundo, esta Corte se encuentra imposibilitada para concluir si fue víctima de desaparición y, en consecuencia, no puede atribuirle la responsabilidad al Estado por la falta de investigación y eventual sanción de los alegados responsables. Por lo anterior, concluye que el Estado no es responsable por las alegadas violaciones a los derechos a la personalidad jurídica, vida, integridad y libertad personal, contemplados en los arts. 3, 4, 5 y 7 de la Convención Americana, en relación con los derechos del niño, establecidos en el art. 19 del mismo instrumento, en perjuicio de Iron Canuto da Silva y Luis Ferreira da Cruz, ni por la violación de los arts. 8 y 25 del mismo instrumento en perjuicio de sus familiares.

2.3. Reparaciones

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación y, adicionalmente, se ordena al Estado: (i) publicar la sentencia y su resumen; (ii) reiniciar, con la debida diligencia, las investigaciones y/o procesos penales que correspondan por los hechos constatados en marzo de 2000 en un plazo razonable, identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables; (iii) dentro de un plazo razonable a partir de la notificación de la presente sentencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar que la prescripción no sea aplicada al delito de derecho internacional de esclavitud y sus formas análogas, y (iv) pagar las cantidades fijadas en la sentencia, en concepto de indemnización por daño inmaterial, 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 sobre Derechos Humanos, 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 *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 20-10-2016, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>.



RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. CONFLICTOS ARMADOS. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LAS GARANTÍAS Y PROTECCIÓN JUDICIALES (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS – ECUADOR).

1. Antecedentes del caso: en enero de 1995, comenzó la llamada Guerra del Cenepa o Conflicto del Alto Cenepa entre Ecuador y Perú.

Jorge Vásquez Durand, comerciante de artesanías entre Ecuador y Perú, el 30 de enero de 1995 se encontraba en Aguas Verdes –localidad peruana limítrofe con Ecuador–, desde donde llamó por teléfono a su esposa y le informó que aún tenía que trasladar mercadería desde Huaquillas –Ecuador– hasta Perú. Esa fue la última vez que Vásquez Durand tuvo contacto con su familia.

Los registros migratorios indican que ese mismo día Vásquez Durand salió de Ecuador e ingresó al Perú, sin que se hubiera registrado un posterior reingreso al Ecuador. Sin embargo, de acuerdo con información recibida por su esposa, el mismo día Vásquez Durand cruzó nuevamente al Ecuador para trámites de migración e ingreso de su mercadería y, en el momento en que se aprestaba a sellar su pasaporte en la Oficina de Migración de Ecuador, habría sido detenido por miembros del Servicio de Inteligencia ecuatoriana. Otro ciudadano peruano que también habría sido detenido durante el conflicto armado declaró haber visto, “[b]astante decaído”, a Vásquez Durand en el cuartel militar Teniente Ortiz por lo menos hasta junio de 1995.

Los familiares de Vásquez Durand realizaron múltiples gestiones para dar con su paradero, principalmente ante autoridades peruanas, con el propósito de que estas actuaran ante sus pares ecuatorianos, así como por medio de organizaciones religiosas y de derechos humanos, para que estas a su vez hicieran gestiones en el Ecuador.

En mayo de 2007, Ecuador creó una Comisión de la Verdad, a la cual encargó la investigación de las violaciones de derechos humanos ocurridas entre 1984 y 2008. El caso de Vásquez Durand fue registrado en el Informe Final de la Comisión de la Verdad emitido en junio de 2010, donde se concluyó que había sido objeto de tortura, de desaparición forzada y de privación ilegal de la libertad. La labor de la Comisión de la Verdad ha sido el mayor esfuerzo investigativo que se ha hecho respecto del caso de Vásquez Durand hasta el momento.

2. Sentencia: se declara responsable internacionalmente al Estado del Ecuador por: (i) la desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand; (ii) la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de Jorge Vásquez Durand, María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero, y (iii) la violación del derecho a la integridad personal de María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero.

Excepciones preliminares

Se desestiman las tres excepciones preliminares interpuestas por Ecuador, y se establece que: (i) esta Corte es competente para examinar y pronunciarse respecto de las alegadas violaciones permanentes a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, así como respecto de aquellos hechos ocurridos a partir del 26 de agosto de 2006 (fecha de entrada en vigor para el Ecuador de dicho tratado); (ii) es competente para referirse a disposiciones de derecho internacional humanitario al interpretar las obligaciones contenidas en la Convención Americana en relación con los hechos del presente caso, y (iii) no es aplicable la complementariedad alegada por el Estado frente al programa de reparaciones creado a nivel interno porque las víctimas no se han acogido al mismo y la disponibilidad de dicho programa no inhibe la competencia de este Tribunal para conocer de un caso.

Fondo

A. Desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand. Derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, en relación con la obligación de respetar los derechos

No existe controversia en cuanto a que la desaparición de Vásquez Durand ocurrió durante un conflicto armado internacional. Por tanto, tal y como lo ha hecho en otras oportunidades, este Tribunal considera útil y apropiado interpretar el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del derecho internacional humanitario, habida cuenta de su especificidad en la materia.

Respecto a la ocurrencia de una desaparición forzada, luego de analizar diversos elementos indiciarios, se estima suficientemente acreditado que Vásquez Durand reingresó al Ecuador el 30 de enero de 1995, donde fue detenido por agentes del Estado. La única evidencia presentada por el Estado contra dicha conclusión es el registro migratorio de Vásquez Durand, que marca una salida ese mismo día, y la ausencia de registro alguno de la detención de la presunta víctima. No obstante, la salida de Vásquez Durand de Ecuador aquel día no descarta por sí sola la posibilidad de que el nombrado hubiera reingresado al Ecuador sin que se registrara dicha entrada. Al respecto, se tuvieron en cuenta los testimonios y la información recibida por la esposa de Vásquez Durand, que son consistentes en cuanto a que fue detenido y permaneció detenido en el Ecuador por un tiempo después de dicha fecha.

Por otra parte, en virtud de los elementos constitutivos de una desaparición forzada, se advierte que la falta de registro de la detención de la víctima no es evidencia de que esta no fue detenida, en tanto dicha ausencia de información puede ser parte de la negativa de las autoridades a reconocer la detención o revelar la suerte de la víctima.

Adicionalmente, se destaca que la única investigación realizada hasta ahora por el Estado sobre estos hechos fue llevada a cabo por la Comisión de la Verdad, la cual determinó que Vásquez Durand “fue detenido en la ciudad de Huaquillas, fronteriza con Perú”, el 30 de enero de 1995 y concluyó que fue víctima de tortura, de desaparición forzada y de privación ilegal de la libertad.

Concluir que los anteriores indicios no son suficientes para establecer que Vásquez Durand fue desaparecido forzosamente implicaría admitir el argumento del Estado de que no hay elementos probatorios en este sentido, permitiendo al Estado ampararse en su negligencia e ineffectividad en la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad internacional.

Por lo dicho, esta Corte concluye que Vásquez Durand fue víctima de desaparición forzada. Consecuentemente, el Estado es responsable por la violación de 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 la misma y con lo dispuesto en el art. I.a de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor para Ecuador el 26 de agosto de 2006, en perjuicio de Vásquez Durand.

B. Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Ecuador incumplió su obligación de iniciar una investigación de oficio, pues a pesar de que diferentes autoridades competentes tuvieron noticia de la posible desaparición forzada de Vásquez Durand desde 1995, el Estado no inició una investigación penal sino hasta 2010. No ha llevado a cabo la investigación en un plazo razonable, teniendo en cuenta que la misma se encuentra actualmente en su etapa más preliminar, dilación atribuible a la ausencia de una actuación diligente por parte de las autoridades después de las diligencias realizadas por la Comisión de la Verdad.

Asimismo, Ecuador omitió realizar una búsqueda seria para localizar el paradero de Vásquez Durand, ya que más allá del intercambio de oficios y la mera verificación formal en registros o listas oficiales, el Estado no hizo un esfuerzo serio por localizar a la víctima mediante labores de búsqueda, tales como inspecciones en las instalaciones militares donde Vásquez Durand fue presuntamente visto.

Por lo dicho, el Estado es responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento y el art. I.b de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada –este último, a partir del 26 de agosto de 2006–, en perjuicio de Vásquez Durand y sus familiares. Además, el Estado violó el derecho a conocer la verdad de los familiares de la víctima desaparecida, debido a que la posición del Estado, que ha controvertido la desaparición forzada de Vásquez Durand, ha impedido a los familiares de la víctima ver satisfecho su derecho al establecimiento de la verdad por vía de la Comisión de la Verdad, lo cual tampoco se ha garantizado a través de procesos judiciales.

Por otra parte, esta Corte determina que: (i) no resulta procedente un análisis en abstracto de la efectividad de un recurso de hábeas corpus, dado que los familiares del señor Vásquez Durand no lo habrían interpuesto, por lo cual el Estado no es responsable por violación del art. 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento, y (ii) Ecuador había tipificado el delito de desaparición forzada en su derecho interno, conforme a la definición contenida en el art. II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. III de dicho instrumento, sin que fuera necesario que el carácter permanente de dicho delito constara de manera expresa en el tipo penal, por lo cual Ecuador no es responsable por violación del art. III de la Convención antedicha.

C. Derecho a la integridad personal de los familiares del señor Vásquez Durand, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos

Esta Corte recuerda que, en casos anteriores, ha establecido una presunción *juris tantum* respecto del daño ocasionado a la integridad psíquica y moral de los padres, hijos, cónyuges, compañeros permanentes y hermanos de la persona desaparecida forzosamente.

Se constató que tal presunción no había sido desvirtuada por Ecuador en este caso respecto de la esposa y los hijos de Vásquez Durand.

Por tanto, el Estado violó el derecho a la integridad personal reconocido en el art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero.

Respecto a María Durand, la madre de Vásquez Durand, se constató que esta presunta víctima murió sin haberse enterado de la posible desaparición forzada de su hijo. Tal circunstancia desvirtúa la presunción, por lo cual el Estado no violó el derecho a la integridad personal en su perjuicio.

Reparaciones

Esta sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. Además, se ordena al Estado: (i) continuar y llevar a cabo, en un plazo razonable y con la mayor diligencia, las investigaciones que sean necesarias para identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand; (ii) realizar, a la mayor brevedad, una búsqueda rigurosa, sistemática y con los recursos humanos y económicos adecuados, en la cual realice todos los esfuerzos para determinar el paradero de Jorge Vásquez Durand; (iii) publicar esta sentencia y su resumen oficial; (iv) otorgar a María Esther Gomero Cuentas, Jorge Luis Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero, por una única vez, la cantidad fijada en esta sentencia, en concepto de gastos por tratamiento psicológico o psiquiátrico, para que puedan recibir dicha atención en su lugar de residencia; (v) pagar las cantidades fijadas en esta sentencia en concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos, y (vi) reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de esta Corte la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.

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

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Vásquez Durand y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia del 15-2-2017, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_332_esp.pdf>.



SALUD. DERECHO A LA SALUD. CONTENIDO. REUTILIZACIÓN DE MATERIAL BIOMÉDICO DESCARTABLE. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA INFORMACIÓN. AMPARO. PROCEDENCIA. ACCIONES DE CLASE. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA QUE TIENEN POR OBJETO INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: Carmen Cristina Chávez Cabrera, en su calidad de secretaria general del Sindicato Base de Enfermeras(os) del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, interpuso una demanda de amparo contra el Seguro Social de Salud EsSalud a fin de que se ordenare: (i) suspender en todos sus establecimientos la reutilización por segunda o tercera vez del material biomédico descartable y/o desechable; (ii) informar a los pacientes que habían sido intervenidos con material biomédico descartable reutilizado, y costear los análisis que se requirieran para determinar si han sufrido alguna contaminación a consecuencia de esta práctica, y si así fuere, también los gastos derivados del respectivo tratamiento hasta su recuperación, o bien hasta el último momento de vida en caso de enfermos terminales; (iii) identificar a quienes habían dispuesto discrecionalmente que se

reutilizara el material biomédico descartable, a efectos de que se iniciaran contra ellos las acciones administrativas, civiles y penales que correspondieran; y (iv) suspender la ejecución de la resolución de sanción de doce meses sin goce de haberes impuesta a Chávez Cabrera por la denuncia de estos hechos hasta que concluyera el proceso administrativo y/o contencioso-administrativo, de ser el caso. La recurrente alegó la afectación de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y a la información de los pacientes usuarios de EsSalud (como derechos difusos), así como de sus derechos al trabajo y a la sindicación (a título personal).

Explicó que previamente había solicitado la suspensión de la reutilización de ese material al gerente de la Red Asistencial Rebagliati, sin obtener repuesta en concreto. Pese a que dicha entidad había admitido los hechos, el mencionado gerente solicitó la apertura de un sumario administrativo contra la aquí demandante, que resultó en una sanción de doce meses de suspensión sin goce de haberes, la que comenzó a ejecutarse pese a que existía un plazo para impugnarla administrativamente, lo cual atenta contra el derecho de Chávez Cabrera al debido proceso.

El Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró infundadas las excepciones de incompetencia y falta de agotamiento de la vía administrativa interpuestas por el Seguro Social de Salud, al entender que, cuando está en juego la libertad sindical, la demanda de amparo es procedente. Asimismo, declaró fundada la demanda respecto a la nulidad de la mencionada sanción, e improcedente en los demás extremos. Estimó que se había vulnerado el derecho de Chávez Cabrera a ser comunicada con antelación de los hechos que se le imputaban, lo que había violentado su derecho de defensa; que se había violado su derecho a la libertad de expresión, al no haberse mencionado motivo razonable alguno para prohibirle denunciar públicamente un hecho relevante; que tal sanción había restringido su derecho a la libertad, en tanto actuaba en calidad de secretaria general del sindicato; que resultaba improcedente el pedido de suspensión de la reutilización de material descartable, por cuanto a la fecha de presentación de la demanda tal procedimiento había dejado de realizarse; que la cuestión de la reutilización de material médico descartable representa o no un riesgo para la salud, y la vida es un asunto que requiere ser acreditado; y, dado que el amparo carece de esa etapa probatoria, este extremo de la demanda resulta improcedente. En cuanto al extremo relativo a informar a los pacientes, a practicarles exámenes, a brindarles tratamiento y a asumir todos los costos, el juzgado estimó que tal pretensión se enmarcaba en el ámbito individual de cada persona que hubiera sido afectada con la reutilización, de manera que, siendo ellos los titulares del derecho a la salud, la demandante carece de legitimidad para accionar en su nombre. La identificación de los responsables también resulta improcedente, en tanto la finalidad del proceso de amparo es la restitución de los derechos fundamentales afectados y no la determinación de responsabilidades por los hechos acaecidos.

La Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la resolución de la instancia anterior que declaró infundadas las excepciones de incompetencia y falta de agotamiento de la vía administrativa, y la sentencia que declaró fundada en parte la demanda.

Chávez Cabrera interpuso entonces un recurso de agravio constitucional contra esta última resolución.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la salud en aplicación del art. 1 del Código Procesal Constitucional (CPC).

Se exhorta a EsSalud a tomar las medidas conducentes a que se ponga esta incidencia en conocimiento de los pacientes intervenidos con un dispositivo médico de un solo uso (DMUS) reutilizado, a fin de que se pueda determinar, en cuanto sea posible, la vinculación entre alguna infección o enfermedad y dicha intervención.

Se declara improcedente el pedido de identificación de los responsables.

2.1. El objeto del recurso de agravio constitucional se circunscribe a los puntos (i), (ii) y (iii) mencionados en los antecedentes, no así respecto del punto (iv), toda vez que este ha sido estimado en segunda instancia. Respecto de los derechos alegados –a la vida, a la integridad física, a la salud, a la información–, este Tribunal examinará la controversia solo a partir del derecho a la salud, pues si la práctica de la reutilización deriva en un alto riesgo para la salud, repercutirá también sobre los derechos a la vida y a la integridad física. Acerca del derecho a la información, en el caso encaja también como uno de los componentes del derecho a la salud, relativo al conocimiento del tratamiento y de los procedimientos que se van a aplicar en un paciente, como requisito esencial para la validez de la aplicación de dicho tratamiento.

A diferencia de lo esgrimido por el *a quo*, este Tribunal considera que es posible dilucidar su afectación en este proceso sin poner como objeción la falta de legitimidad para obrar de la recurrente. Ello, en mérito a que si bien dicho derecho es por excelencia un derecho individual, en el caso de autos su protección podía invocarse a título difuso, dado que justamente lo que se alega es que los pacientes no fueron informados de la intervención con material reutilizado, por lo que es imposible que ellos conozcan la afectación de este derecho.

2.2. El *a quo* declaró la improcedencia de la demanda respecto de la reutilización del material, al considerar que a la fecha de presentación de la demanda dicha práctica había sido prohibida mediante una directiva. Este Tribunal estima que tal suspensión no sustraía la materia de su conocimiento, dado que: *a*) la voluntad de seguir efectuando la reutilización continuaba vigente y *b*) tal directiva no corrige el problema de la asepsia completa de tal material.

Sin embargo, desestimar sin más la procedencia de la demanda en ese sentido llevaría a desatender un reclamo con trascendencia constitucional, el cual, si bien estaría fundado en una afectación que ya habría cesado, mantiene sus efectos sobre un número indeterminado de personas atendidas por Essalud bajo las pautas de la reutilización. Establecer si la decisión de reutilización de material médico de un solo uso resultó constitucional permitirá que, en caso de que se busque reiniciar esta práctica, la misma solo pueda llevarse a cabo si la política pública correspondiente se adopta de acuerdo a los cánones de constitucionalidad exigidos por el derecho a la salud en este tipo de casos.

Por ello, este Tribunal se abocará a conocer el fondo de la demanda a efectos de establecer medidas que permitan evitar situaciones en las que la ausencia o la

intermitencia de una política pública de salud orientada a la reutilización pueda vulnerar este derecho.

2.2.1. *Afectación del derecho a la salud. Decisiones políticas sobre la salud*

El derecho a la salud se encuentra reconocido en el art. 7 de la Constitución de 1993, en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y en el art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

El derecho a la salud comprende el derecho a los servicios de salud y también el derecho a que no se impida el goce de una buena salud. En el primer caso, supone que los brindados por el Estado tengan las características de disponibilidad, accesibilidad (que a su vez incluye no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica o asequibilidad, y acceso a la información), aceptabilidad y calidad; y deben ser brindados de modo integral –con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud–. Un servicio con estas características es parte del contenido protegido constitucionalmente por el derecho a la salud.

Es materia de política institucional del Estado establecer un sistema sanitario orientado a las necesidades de la población, que cuente con las condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad necesarias. El contenido normativo del derecho a la salud se encuentra definido en la Constitución, los tratados internacionales, la interpretación autorizada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la jurisprudencia de este Tribunal, e incluso en leyes de desarrollo constitucional. Allí se nos precisa cuáles son los fines perseguidos por este derecho y cuáles los principios que orientan su otorgamiento, los medios a través de los cuales se pueden materializar dichos fines y respetar dichos principios.

La importancia de las decisiones de política institucional en el ámbito de la salud se ve reforzada cuando se aprecia que las diversas exigencias derivadas de este derecho no pueden cumplirse todas al mismo tiempo. La limitada disponibilidad de recursos y la creciente cantidad de necesidades y exigencias en salud hace que este derecho adquiera la naturaleza de un derecho de progresiva materialización.

Cuando los órganos correspondientes dejan de cumplir sus obligaciones constitucionales en la materialización de las medidas efectivas para alcanzar la realización plena del derecho a la salud, cabe habilitar las labores de interpretación constitucional y control de constitucionalidad que corresponde a la judicatura constitucional, cuya intervención en un esquema que respete el principio democrático no solamente se orienta a controlar que se encuentren satisfechos todos los componentes del referido derecho con independencia de las circunstancias, sino a evaluar si, *v. gr.*, se viene dando una dinámica de progresividad.

A la judicatura no le corresponde fijar el contenido de las políticas públicas en salud, sino examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud. En síntesis, aquello que puede revisar la judicatura

constitucional en este caso implica evaluar si: 1) se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a la salud (déficit de existencia); 2) se ha incumplido la materialización efectiva de un plan adecuadamente formulado (déficit de ejecución); 3) se han desatendido algunas de las dimensiones o principios relevantes del derecho a la salud en la formulación o implementación de una política pública en salud (déficit de consideración); 4) se han establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho a la salud (déficit de violación manifiesta) o claramente inconducentes (déficit de razonabilidad) o insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios de la salud (déficit de protección deficiente o déficit de protección de niveles esenciales de salud); 5) se ha obviado enfrentar determinados aspectos que impiden la ejecución efectiva de la política pública y que terminan generando resultados negativos en el ámbito salud (déficit de confrontación de problemas estructurales salud). Esto último puede ocurrir si se ha adoptado una política pública en salud sin permitir la participación de la sociedad civil o los directamente afectados en la política pública involucrada (déficit de participación política); se ha actuado sin precisar mecanismos de rendición de cuentas (déficit de transparencia); o se ha procedido olvidando el establecimiento de una línea de base e indicadores de derechos humanos que permitan evaluar el impacto de la política pública en el goce efectivo del derecho a la salud (déficit de evaluación de impacto).

En conclusión, si bien no resulta competencia de la judicatura constitucional determinar el curso de la política pública en salud ni exigir en cualquier circunstancia resultados concretos en esta materia, el juez constitucional puede controlar el accionar de las autoridades involucradas de cara a determinar si han incurrido en alguno de los déficits arriba explicitados, de modo tal que, por el incumplimiento de sus obligaciones, se impida el progreso efectivo del derecho a la salud. Tanto los aspectos sustantivos relativos a los fines y principios conformantes del derecho a la salud como las condiciones que deben poseer las políticas públicas en salud para ser constitucionalmente adecuadas forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, cuyo control corresponde a los jueces, sin que ello implique invadir las competencias constitucionalmente asignadas a los órganos políticos encargados de formular y ejecutar las políticas públicas en salud.

2.2.2. La decisión política de reutilizar dispositivos médicos de un solo uso y sus condiciones de validez constitucional

La decisión de EsSalud de reutilizar dispositivos médicos catalogados por el fabricante como de un solo uso fue una decisión de política institucional, supuestamente adoptada con el respaldo de consideraciones científicas y técnicas. Se trata de un medio escogido por EsSalud para el cumplimiento de la dimensión de acceso al servicio como componente del derecho a la salud.

Dicha decisión fue cuestionada por la demandante, al considerar que la reutilización de los DMUS afecta otra dimensión del derecho a la salud con la cual se encuentra en inevitable contradicción: la dimensión de la calidad del producto brindado, lo cual incluye la seguridad del producto como inofensivo para la salud

de los pacientes. La recurrente sostuvo que la reutilización de los DMUS no se encontraría sustentada en ningún estudio científico concluyente, además de infringir una serie de disposiciones legales y reglamentarias relativas al órgano competente para autorizar este procedimiento, a las exigencias derivadas de la obtención del registro sanitario y las condiciones para la realización de ensayos clínicos.

Siendo así, el presente caso puede analizarse desde dos puntos de vista: *a)* si la decisión política de reutilizar los DMUS violó algún componente sustantivo del derecho a la salud; es decir, si se encuentra acreditado que la reutilización de los DMUS no reúne las condiciones de seguridad desde un punto de vista científico; y *b)* si el caso expone la necesidad de verificar si la decisión política de reutilizar DMUS ha sido adoptada en condiciones adecuadas de validez constitucional.

2.2.2 a) Sobre las condiciones de validez vinculadas a componentes sustantivos del derecho a la salud

El art. 3.1 de la Ley 29.459 de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios autoriza su reutilización en los centros asistenciales de EsSalud, pero exige una demostración, con un umbral de certeza basado en pruebas científicas, de que los productos referidos son inofensivos para la salud y, claro está, en el caso de los productos farmacéuticos, de que esté probada su efectividad para preservar o mejorar la salud del paciente (principio de eficacia, artículo 3.2 de la misma ley). A diferencia de otras actividades humanas donde las restricciones a su desarrollo se van dando conforme se presenten evidencias de que son dañinas para la salud (principio de precaución), en el caso de la utilización de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios, su empleo solo puede realizarse cuando los productores o fabricantes de dichos productos aseguren, mediante las respectivas pruebas científicas, y las autoridades sanitarias, a través de los respectivos procesos de control, el carácter inofensivo del producto (principio de seguridad).

La demandante alega que la reutilización de los DMUS viola el principio de seguridad, pues el control de calidad de estos productos se realiza de acuerdo a la metodología establecida por el fabricante, de modo que si este prescribe que el producto de referencia es de un solo uso, la seguridad no se encuentra garantizada para más usos del mismo. Adicionalmente, señala que no existe un estudio científico concluyente que afirme la seguridad de esta práctica y que la OMS tampoco la ha respaldado.

Este Tribunal entiende que la reutilización de los DMUS se mueve en el terreno de una gran polémica y una particular incertidumbre respecto de si su autorización supone una amenaza para la salud de los pacientes. En este contexto, el Seguro Social de Salud denuncia que el rótulo de “uso único” que el fabricante coloca a los DMUS no se basa en razones de seguridad, sino solo de interés comercial; es decir, se estaría estableciendo un umbral de seguridad excesivamente alto en relación con los riesgos, con el único fin de tener mayores ingresos económicos. Si bien esta afirmación no se encuentra acompañada con material probatorio, es cierto que muchos países descreen de la calificación brindada por los fabricantes, por lo que se han aventurado a reutilizar DMUS, además de tener en cuenta el alto costo que comparativamente

parece tener adquirir DMUS en vez de reutilizarlos. El carácter inofensivo de la reutilización de los DMUS ha sido además defendido por algunos estudios que dan cuenta de determinadas investigaciones que demuestran que algunos dispositivos no muestran diferencias en funcionabilidad ni evidencias de contaminación luego de haber sido reprocesados. Por otro lado, organizaciones europeas como la *European Association for Medical Device Reprocessing* y EUCOMED no rechazan la reutilización, sino que, en su lugar, recomiendan su regulación conforme a los requisitos que las autoridades sanitarias impongan, debiendo establecerse además los dispositivos cuyo reprocesamiento se considera conveniente y asignarse al fabricante el deber de brindar mayor información sobre el dispositivo médico y las razones por las cuales no es adecuada su reutilización. De igual manera, el informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el reprocesamiento de productos sanitarios en la Unión Europea recoge un argumento importante para quienes abogan por la adopción de la reutilización como política de salud: el impacto ambiental que genera exigir que solo se utilicen DMUS, por resultar estos materiales de difícil desecho. Sin embargo, se requiere un estudio de costos para estimar la conveniencia de una u otra política, desde el punto de vista ambiental, pues los reprocesamientos también implican un gasto, sobre todo en agua, para lograr que los dispositivos médicos puedan usarse nuevamente.

Yendo a lo planteado en el derecho comparado al respecto, debe tenerse presente que en los Estados Unidos la *Food and Drug Administration* (FDA) ha permitido la reutilización y ha publicado en el año 2000 una guía para el reprocesamiento de DMUS.

El estado actual del debate científico sobre el tema de la reutilización de los DMUS no se encuentra cerrado. Existen diversas investigaciones y documentos que avalan la seguridad de dicha práctica; en consecuencia, mal podría este Tribunal prohibir de modo definitivo la reutilización de DMUS por representar un alto riesgo para la salud. Consecuentemente, tal petición de la demandante no será atendida en los términos planteados.

Habilitar la reutilización de los DMUS es un asunto delicado no solo por la importancia de los derechos potencialmente afectados con esta práctica (salud, vida e integridad física), sino por la gravedad de los problemas de salud que una mala práctica de su reutilización podría traer no solo en cada paciente a modo individual, sino de modo colectivo a través de la aparición de infecciones múltiples que puedan convertirse en un problema de salud pública. Siendo así, este Tribunal estima que tal decisión debe estar precedida de ciertas condiciones de seguridad sobre la actividad de reutilización a ejecutarse. Por otra parte, la decisión sobre el “margen adecuado de seguridad” debe ser adoptada por las autoridades sanitarias pertinentes en el marco de sus competencias, y no por este Tribunal. Sin embargo, este margen adecuado de seguridad no solo deberá tener en cuenta las posturas científicas sobre el tema, sino que deberá atender a la realidad institucional en la cual se va a aplicar la reutilización. Es decir, las autoridades competentes tienen que demostrar la seguridad de la reutilización no solo por remisión a fuentes científicas confiables, sino con base en la verificación de que las condiciones en las cuales se va a llevar a cabo esta práctica son adecuadas y seguras.

En el caso de autos, de la revisión de la normativa sobre el reprocesamiento y la reutilización de dispositivos médicos de un solo uso, se aprecia que la seguridad de la práctica de su reutilización y la legitimidad de la decisión de reutilizar DMUS se sustentó solo en determinados estudios científicos y documentos de diversos Estados que avalarían esta práctica, pero sin referirse a la adecuación de los recursos sanitarios existentes en el país y normas internas para implementar dicha práctica de forma segura.

En consecuencia, este Tribunal estima que la dimensión sustantiva del derecho a la salud relativa a la seguridad de los dispositivos médicos se afectó en el presente caso, porque no se tomaron en cuenta aspectos relevantes que debían determinar la seguridad de la práctica de la reutilización en el país, de acuerdo a las consideraciones efectuadas por las propias autoridades de EsSalud y del Ministerio de Salud.

2.2.2 b) *Sobre las condiciones de validez vinculadas a aspectos más bien de carácter formal o procedimental*

El hecho de que el Seguro Social de Salud no haya considerado los asuntos relativos a la falta de seguridad en las condiciones materiales y normativas para aplicar la reutilización en sus centros asistenciales tiene que ver con algunos déficits en el procedimiento seguido para la adopción de su decisión de reutilizar DMUS.

Este Tribunal debe destacar que una condición de validez de la decisión de reutilizar DMUS es la competencia del órgano que adopta la decisión política de establecer el programa de reutilización. Así, la Autoridad Nacional de Salud (ANS) es la entidad responsable de definir las políticas y normas referentes a productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios (Ley 29.459, art. 5); la Autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (ANM) es la entidad responsable de proponer políticas y, dentro de su ámbito, normar, regular, evaluar, ejecutar, controlar, supervisar, vigilar, auditar, certificar y acreditar en temas relacionados a lo establecido en la ley de referencia, implementando un sistema de administración eficiente sustentado en estándares internacionales; la autoridad competente para definir si es válida una política de reutilización de dispositivos médicos de un solo uso es el Ministerio de Salud, como ente rector del sector salud; y el órgano encargado de proponer las regulaciones relativas a la materia es la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID). Siendo así, si se quisiera promover el establecimiento de un programa de reutilización, debería canalizarse la adopción de una decisión de este tipo a través de las autoridades competentes: el Ministerio de Salud y la DIGEMID.

Respecto del procedimiento seguido para tomar la decisión de adoptar una política pública de reutilización, conviene hacer un recuento de cómo aquella se fue gestando. La primera decisión de reutilizar DMUS fue suscripta solo por tres gerentes médicos del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati; allí simplemente se adujo como razón para dicha decisión una “situación de austeridad”, sin mayor referencia a la seguridad de dicha práctica, ni a cómo se iba a materializar la práctica en cuestión y su control, ni a qué dispositivos podían ser reprocesados, ni bajo qué marco

normativo, estándares, responsabilidades y procedimientos se iba a cumplir dicha orden. Posteriormente, el jefe de la Oficina de Inteligencia Sanitaria –Dr. Ramiro Carbajal– “recomendó optar” por la reutilización de catorce dispositivos médicos, a sugerencia de los Departamentos de Cirugía y Oftalmología, sobre la base de la “revisión bibliográfica y evidencia disponible”. El mencionado Carbajal, en su calidad de presidente del Comité de Evaluación de Material Médico para Reúso, presentó la Guía de procedimientos para cada producto según nivel de criticidad y método de esterilización y el Manual de normas y procedimientos para el procesamiento de dispositivos biomédicos de un solo uso. Posteriormente, de un informe suscripto por la enfermera supervisora del Departamento de Enfermería y de una carta de los miembros del Comité de Evaluación de Material Médico para Reúso, se desprendía la falta de sustento técnico de la decisión adoptada por el mencionado Dr. Carbajal y la oposición expuesta por los miembros de dicho Comité relativa a la falta de seguridad y de competencia para adoptar una decisión de ese tipo, así como a las evidencias de inadecuación de los ambientes donde se iba a practicar la reutilización. A pesar de todo ello, dicha autoridad adoptó unilateralmente la decisión de llevar a cabo la reutilización de DMUS sin el consentimiento de los otros integrantes del Comité. Asimismo, la aprobación de las guías y manuales operativos de reutilización fue hecha por el mismo funcionario, sin siquiera haber convocado al Comité de Evaluación de Material Médico para Reúso, que a esa fecha seguía estando formalmente en vigor. Las pautas procedimentales internas, de necesario cumplimiento para luego tomar una decisión de esta trascendencia, no habían sido respetadas.

Ante las críticas efectuadas por diversas autoridades de EsSalud y frente a los cuestionamientos del Sindicato Base de Enfermeras(os) del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins, EsSalud decide suspender la reutilización de los DMUS. No obstante, toma la determinación de nuevamente conformar un Comité Técnico Nacional de Evaluación de Material Médico y Quirúrgico Reusable y los Dispositivos Médicos Quirúrgicos de un solo uso en EsSalud, el que tenía a su cargo coordinar y conducir el proceso de esterilización de material médico y quirúrgico reutilizable y de los dispositivos médicos de un solo uso en EsSalud. Dicho Comité quedó finalmente conformado por el jefe del Departamento de Cirugía del Hospital Regional Edgardo Rebagliati Martins, el jefe de la Oficina de Control de la Gestión Hospitalaria de la Red Asistencial Rebagliati, la enfermera del Centro Quirúrgico del Hospital Guillermo Almenara Yrigoyen, la enfermera de la Central de Esterilización del Hospital Guillermo Almenara Yrigoyen y el gerente de prestaciones hospitalarias de EsSalud. El mencionado Comité, si bien cumple con sustentar a través de un informe técnico fundamentado y detallado la emisión de una norma técnica para la reutilización, presenta también importantes déficits en la elaboración y aprobación del referido informe técnico que da sustento a la norma técnica.

En conclusión, se tiene que la política pública de reúso de DMUS, aunque se encontraba dentro de los límites de lo permitido por la norma vigente en aquel momento, fue dictada por un órgano que no tenía competencia para hacerlo. Además, a pesar de contar con un informe motivado, este no fue producto de un procedimiento en que haya habido debate o se haya previsto algún tipo de apertura para incorporar a los afectados en la decisión, siendo estos últimos elementos o

factores que en conjunto evidencian apartamiento de parámetros constitucionales para la adopción de políticas públicas.

2.2.3. *Sobre la pretensión de que se informe a los pacientes de la intervención con dispositivos médicos reprocesados*

La demandante pretende que se les informe sobre su situación a los pacientes intervenidos con el material biomédico descartable reutilizado, para que, bajo la asunción del costo integral que suponga, se les efectúe los análisis correspondientes a fin de determinar si han sufrido alguna contaminación a consecuencia de esta práctica, y, si así fuere, el costo total de la recuperación sea asumido por la demandada, o en caso de haber sido contaminados con una enfermedad terminal, los costos íntegros de la atención sean asumidos hasta el último momento de la vida de estos.

Uno de los contenidos del derecho a la salud es el derecho a la información acerca del tratamiento y de los procedimientos que van a ser aplicados por los profesionales de la salud. En el presente caso, la obligación de EsSalud de informar a sus pacientes que estaban siendo intervenidos con dispositivos médicos reprocesados resultaba clara por el hecho de que el material médico empleado no tenía la garantía de estar siendo utilizado de acuerdo al registro sanitario obtenido. Y es que aquí se estaba haciendo un uso no autorizado del producto, por lo que dicha circunstancia relevante, relativa a la eficacia y seguridad del mismo, debía haber sido puesta en conocimiento del paciente, a efectos de que este decidiera si deseaba continuar o no con el tratamiento o la intervención indicados.

La denuncia que ha hecho la recurrente de que EsSalud empleaba dispositivos médicos reprocesados en sus intervenciones sin la información y el consentimiento del paciente no ha sido contradicha por el órgano emplazado. Por ende, dicha afirmación debe ser tenida como cierta. En dicho contexto, el hecho de no haberse informado a los pacientes sobre esta circunstancia relevante ha vulnerado el derecho a la salud en su dimensión relativa al derecho a la información sobre las características del tratamiento y los procedimientos de salud a ser aplicados.

Asimismo, la recurrente ha manifestado que EsSalud lleva cuadernos donde se han registrado los datos de cada paciente intervenido con este tipo de dispositivos médicos, afirmación que tampoco ha sido controvertida, por lo que debe ser tomada como cierta. Además, en la Norma del reproceso y reutilización de dispositivos médicos de un solo uso del Seguro Social de Salud EsSalud también se establece que cada central de esterilización debe contar con un registro de pacientes, y, existiendo tal registro, se puede asumir la posibilidad de que EsSalud repare la violación del derecho a la información sobre las características del tratamiento y los procedimientos de salud de, cuando menos, algunos de los pacientes intervenidos con DMUS reprocesados, notificando a cada paciente de esta incidencia ocurrida en la intervención en uno de sus centros asistenciales. Por otra parte, la protección del derecho a la información sobre las características del tratamiento y los procedimientos de salud tiene como objeto que el usuario del servicio decida sobre la base de dicha información si acepta o no someterse a determinado tratamiento o intervención, finalidad que ya no sería posible cumplir hoy con la notificación del empleo de DMUS reprocesados; sin

embargo, también es cierto que dicha notificación aún puede guardar en algunos casos una vinculación con la protección de la salud, pues el conocimiento de esta incidencia puede llevar a los pacientes a realizarse exámenes en caso de alguna duda sobre el origen de determinada infección o enfermedad.

Si bien a este Tribunal no le corresponde ordenar que EsSalud practique exámenes a las personas a quienes intervino con DMUS reprocesados, dado que el sometimiento a un examen médico es una facultad del paciente usuario, sí puede exhortar a que EsSalud tome medidas orientadas a identificar a quienes hayan visto afectado su derecho a la salud por la política de reutilización, para que quienes lo requieran puedan efectuarse los aludidos exámenes de descarte. En caso de que se opte por esta forma de atender a quienes fueron tratados con DMUS, el costo de estos exámenes y del tratamiento debe ser asumido por el Seguro Social de Salud, dado que “[l]os establecimientos públicos y privados de distribución, dispensación o expendio de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, cada uno en el ámbito de su competencia, están obligados, bajo responsabilidad, a conservar y vigilar el mantenimiento de su calidad hasta que sean recibidos por los usuarios” (*conf.* Ley 29.549, art. 19).

2.2.4. Sobre la pretensión relativa a la responsabilidad del agresor

Sobre la pretensión relativa a que se identifique a los funcionarios y servidores que dispusieron discrecionalmente que se aplique la reutilización de material biomédico descartable a los pacientes, a efectos de que se inicien contra ellos las acciones administrativas, civiles y penales correspondientes, este Tribunal entiende que no le corresponde al juez constitucional identificar a cada uno de los funcionarios y servidores responsables de la lesión constitucional infligida; ni, menos aún, declarar la responsabilidad de cada uno de ellos, sino solo poner en conocimiento del fiscal el hecho que puede configurar la comisión de un determinado delito, siendo este el encargado de determinar la responsabilidad penal individual, cuando corresponda.

En consecuencia, el planteo debe ser declarado improcedente.

Nota de la Oficina: la magistrada Ledesma Narváez considera que la presente demanda de inconstitucionalidad debe ser declarada improcedente, porque: *a)* sobre el sumario, la primera y segunda instancia han declarado fundada la demanda y han dejado sin efecto la sanción administrativa y su modificatoria, por haberse vulnerado los derechos al debido proceso, a la defensa, a libertad de información, de expresión y la libertad sindical; *b)* sobre la suspensión de la política de reutilización y el tratamiento médico a los pacientes involucrados, entiende que se trata de una indebida acumulación de pretensiones; *c)* sostiene que la demandante no tiene legitimidad para obrar respecto de la solicitud de dar conocimiento a cada paciente que haya sido intervenido con dispositivos médicos reprocesados; *d)* el derecho a la salud y a estar informado del procedimiento médico no son derechos de carácter difuso. Por su parte, el magistrado Sardón de Taboada, en disidencia, sostiene que la sentencia de mayoría debió ponderar el informe técnico que concluyó que la reutilización de dispositivos médicos no es necesariamente peligrosa para la salud de los pacientes. Además, el demandante es el Sindicato, quien no es titular del derecho a la salud, toda vez que no es un paciente del hospital. Estima que la sentencia de mayoría debió justificar el carácter difuso del derecho a la salud invocado; sin embargo, no está suficientemente sustentado y resulta confuso. Al respecto, el

único derecho calificado como difuso por el Código Procesal Constitucional es el del medio ambiente (art. 40, párr. 3). En los demás casos, tal calificación debe sustentarse, lo que no ha sido realizado por la sentencia mayoritaria. El hecho de que los pacientes del hospital no hayan tenido información respecto a la reutilización de dispositivos médicos no convierte el derecho a la salud en difuso. Concluye que la demanda debe ser declarada improcedente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, expte. N° 03228-2012-PA/TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por Carmen Cristina Chávez Cabrera, sentencia del 10-5-2016, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03228-2012-AA.pdf>>.



SEGURIDAD JURÍDICA. LEY. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD. DERECHO DE PROPIEDAD. DERECHOS ADQUIRIDOS. DERECHO A LA IGUALDAD. PROCESO CONSTITUCIONAL. LEGITIMACIÓN PASIVA. TERCERÍAS QUE NO AMPLÍAN EL OBJETO LITIGIOSO, SINO EL ASPECTO SUBJETIVO DEL LADO PASIVO DE LA LITIS (URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: Ricardo Vignolo Vico, en su calidad de propietario de un inmueble ubicado en el Departamento de Soriano que se encuentra afectado al régimen de la Ley de Colonización 11.029 –en la redacción dada por las leyes 18.187 y 18.756–, solicitó judicialmente que se declare la inconstitucionalidad del art. 5 de la ley 18.756, por resultar violatoria de los principios constitucionales de seguridad jurídica y libertad (arts. 7 y 10 de la Constitución –CN–), igualdad (art. 8 CN) y propiedad (art. 7 y 32 CN).

La acción fue promovida contra el Poder Legislativo, el que opuso la excepción de falta de legitimación activa, y el Ministerio de Economía y Finanzas, que también opuso excepciones, y solicitó y logró la citación del Instituto Nacional de Colonización (INC).

2. Sentencia: se acoge la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Ministerio de Economía y Finanzas, y se declara inconstitucional e inaplicable al caso concreto el art. 5, inc. 1 de la ley 18.756.

2.1. Se ha acreditado la legitimación del accionante, en virtud de los elementos acompañados por este y luego corroborados por el Instituto Nacional de Colonización.

2.2. Respecto de la legitimación pasiva opuesta por el Ministerio de Economía y Finanzas, esta Corte entiende que carece de ella, toda vez que no surge de los términos de la pretensión planteada; en tal sentido, la norma impugnada en nada afecta la situación jurídica de esa Secretaría de Estado. El natural demandado es el INC, única entidad cuya situación jurídica puede verse afectada en forma directa por la declaración de inconstitucionalidad pretendida. Si la aplicación del fallo de declaración de inconstitucionalidad conduce a eliminar, en el presente y hacia el futuro, cualquier anotación de los registros que apunten a mantener incluidos a los padrones dentro del régimen de colonización, beneficiando a sus actuales titulares,

así como a los posteriores en el tiempo, va de suyo que el principal interesado en defender la regularidad constitucional de la norma es, justamente, el Instituto Nacional de Colonización y no el Ministerio de Economía y Finanzas. Es el INC el que, desde el inicio, pudo y debió ser demandado en el presente conflicto.

Corresponde analizar en qué calidad fue convocado al presente juicio el INC.

A juicio de los Ministros Hounie Sánchez, Larrieux, Pérez Manrique y Martínez, la intervención del INC como parte a la que la cosa juzgada en esta causa pudiere afectar resulta procedente, aunque por razones diversas.

(i) Para la mayoría, la cosa juzgada de autos alcanza al INC, ya que, si bien no fue demandado, fue introducido al proceso a solicitud del Ministerio de Economía y Finanzas, por tratarse de un tercero “a quien la sentencia podía afectar” (art. 51 del Código General del Proceso –C.G.P.–), sin que su citación y comparecencia hubiera sido objetada por la parte actora. En este caso, al tercero se lo llama para que conteste la demanda del actor, no con la finalidad de ejercer una acción de regreso, sino de integrar el contradictorio, llamando a la causa a aquel que desde el inicio pudo haber sido litisconsorte o único demandado; se amplía el aspecto subjetivo del lado pasivo de la litis, subsistiendo la misma pretensión que planteara el actor. Por consiguiente, de prosperar la acción contra el citado, el demandado citante podría resultar absuelto, sin que ello afecte la relación procesal trabada entre la parte actora y el citado. Ello, porque el objeto de la litis no se ve ampliado; se amplía, sí, el aspecto subjetivo del lado pasivo, subsistiendo la misma pretensión que planteara originariamente el accionante, con independencia de la suerte del citante. Así, esta Corte, por mayoría, estima que en supuestos como el de autos, la intervención del tercero resulta admisible en el proceso de declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Atento al régimen particular de la tercera referida, que no amplía el objeto litigioso, nada impide la admisión de sujetos que, desde un primer momento, pudieron ser demandados. Además, los principios de economía procesal y de continencia de la causa favorecen la procedencia del fenómeno.

(ii) El Ministro Larrieux, si bien comparte que el fallo alcanza al INC, considera que este no solo no controvertió la procedencia de su emplazamiento, sino que la admitió. Obviamente, el INC se ve alcanzado por la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto, por cuanto a su respecto se desarrolló el contradictorio, en el contexto de una relación o derecho atribuido por la norma legal incompatible con principios constitucionales.

2.3. Respecto del mérito de la acción, esta Corte entiende que lo dispuesto en el art. 5, inc. 1 de la ley 18.576 vulnera el principio de seguridad jurídica al incluir dentro del requisito de “autorización previa” para enajenar (art. 70, inc. 2 de la ley 11.029) los inmuebles adquiridos con anterioridad a su entrada en vigencia.

La referida norma expresa: “Declárase que no están afectadas ni comprendidas por la Administración y el régimen instituido por la Ley No. 11.029 de 12 de enero de 1948 y modificativas, las parcelas que integran las colonias que hayan sido enajenadas por la Comisión Asesora de Colonización o la Sección Fomento Rural y Colonización del Banco Hipotecario del Uruguay cuyos propietarios cumplieron con todas sus obligaciones antes del 12 de enero de 1948”. Pese al empleo del

término “declárase”, que parecería ser interpretativo, en realidad se agrega un nuevo requisito para excluir de la ley 11.029 a los contratos anteriores al 12 de enero de 1948, lo que determina una clara vulneración de derechos “adquiridos” en el patrimonio de los titulares.

Esta ley, al pretender modificar efectos jurídicos en contratos celebrados conforme con la normativa vigente al momento de su celebración e incluso en situaciones que superan el plazo de treinta años (hipótesis en que todo vicio se subsana por prescripción), resulta violatoria del principio constitucional de seguridad jurídica.

Con la nueva redacción de la normativa anteriormente declarada inconstitucional (incs. 2, 3, 7 y 9 del art. 70 de la ley 11.029, en la redacción dada por el art. 15 de la ley 18.187), si bien el legislador intentó subsanar los vicios de esta, volvió a incurrir en inconstitucionalidad, por vulnerar el principio de seguridad jurídica, al lesionar derechos adquiridos con anterioridad a la vigencia de la ley 11.029.

En el caso de autos, surge que los coaccionantes son propietarios de inmuebles adquiridos por particulares con anterioridad al 10 de enero de 1948, cuyos saldos de precio fueron abonados con posterioridad a dicha fecha.

La salvedad hecha por la norma contenida en el inc. 1 del art. 5 de la ley 18.756, que declara no comprendidos en el régimen de la ley 11.029 a los bienes adquiridos con anterioridad al Banco Hipotecario del Uruguay (B.H.U.) cuyos propietarios hayan cumplido con todas sus obligaciones al 12 de enero de 1948 modifica retroactivamente las condiciones de enajenabilidad de aquellos inmuebles adquiridos con anterioridad a la vigencia de la Ley de Colonización, violentando derechos adquiridos de sus titulares que bajo otro régimen jurídico los compraron al B.H.U., y cuyo precio terminaron de abonar luego al INC, por imperio de lo establecido en el art. 137 de la ley 11.029.

2.4. Además, la discriminación efectuada por el art. 5 de la ley 18.756 resulta caprichosa, vulneradora del principio de igualdad.

En efecto, quienes saldaron adeudos por precio pendiente de inmuebles también adquiridos al B.H.U. antes de la fecha de creación del INC quedan fuera del régimen de la ley 11.029, mientras que aquellos cuyos saldos pendientes de precio fueron abonados con posterioridad –por ese solo hecho– ingresarán en las previsiones de la Ley de Colonización, siendo que también fueron bienes adquiridos antes de su entrada en vigencia. Ello determina una aplicación retroactiva claramente discriminatoria, vulneradora del principio de igualdad para quienes, ante iguales situaciones jurídicas (adquirir idénticos bienes bajo el imperio de un mismo sistema legal anterior a la Ley de Colonización), se aplican distintas consecuencias jurídicas (unos quedan en régimen de libre disponibilidad y otros ingresan en el sistema de la Ley de Colonización).

2.5. Por lo dicho, se concluye que la norma impugnada no solo lesiona derechos adquiridos vulnerando el principio de seguridad jurídica, sino que además la discriminación que efectúa –de acuerdo al momento de cancelación de la deuda–

resulta violatoria del principio de igualdad para quienes ante iguales situaciones jurídicas (adquirir idénticos bienes bajo el mismo sistema legal anterior a la Ley de Colonización), se les aplican distintas consecuencias jurídicas (unos quedan en el régimen de libre disponibilidad, mientras que otros ingresan en el sistema de la Ley de Colonización).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, *Vignolo Vico, Ricardo Isidro c/ Poder Legislativo y otro. Acción de inconstitucionalidad. Art. 5 de la Ley No. 18.756*, sentencia 397/2016 del 5-10-2016, en <<http://portal.poderjudicial.gub.uy>>.



SEGURIDAD SOCIAL. PERSONAS MAYORES. SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. INSTITUTOS GERIÁTRICOS. PRESTACIÓN IRREGULAR DEL SERVICIO HACIA LAS PERSONAS MAYORES. MALTRATO. **TORTURAY OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES. SALUD.** DERECHO A LA SALUD. **DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.** DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSICOLÓGICA. **DIGNIDAD HUMANA. AMPARO.** PROCEDENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: María Griselia Sánchez Ibarra tiene 72 años y, por falta de recursos económicos y apoyo familiar, hace seis años que reside en el Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel de la ciudad de Cali. Sánchez Ibarra estimó que el exgerente del lugar había redirigido el dinero correspondiente al subsidio de vejez –suyo y de otros nueve adultos mayores– a las cuentas de la mencionada institución. La denuncia de estos hechos dio lugar a que se le hicieran imputaciones deshonrosas, a que se la amenazara con cambiarla de hogar y con quitarle sus bienes, y a que la sometieran a tratos humillantes, al punto que el gerontólogo del hospital la cambió a una habitación de peores condiciones. Esto último la afectó porque sufre de una alergia que se ha visto empeorada por el frío, haciendo que su salud se viera aún más deteriorada. También relató que a cada adulto le corresponde un kit de higiene (papel higiénico, un desodorante, una loción, crema y cepillo de dientes, y champú), pero que con frecuencia se los habían entregado incompletos, para luego venderles separadamente los productos faltantes.

Por ello, Sánchez Ibarra promovió una acción de tutela contra del Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel de Cali, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física y psicológica, y a la dignidad humana, ya que la entidad había venido realizando acciones que amenazaron sus derechos así como los de otros residentes del hospital. Solicitó que: (i) cesaran las conductas dirigidas a apropiarse de los subsidios de los adultos mayores; (ii) la mudaran de habitación, a otra que se encontrara en condiciones que no afectaran su salud; (iii) cesaran los malos tratos y humillaciones contra los adultos mayores; (iv) entreguen a estos los kits de higiene completos; (v) se adoptaran medidas disciplinarias contra los servidores públicos; y (vi) cesaran las amenazas de que la iban a sacar del hogar geriátrico.

El Juzgado 12 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali denegó la acción de tutela solicitada. En la sentencia, el magistrado sostuvo que no satisfacía los requisitos para ser procedente, al no observar las características excepcionalísimas que permiten acudir a este mecanismo, y que muchas de las situaciones relatadas por la accionante eran competencia de la justicia penal y del régimen disciplinario de los servidores públicos. Sostuvo también que los únicos hechos en los que podría conocer el juez de tutela eran los relacionados con el derecho a la salud. Sin embargo, no observó prueba que permitiera establecer su vulneración.

Dicho fallo, de instancia única, fue elegido por la Corte Constitucional para su revisión.

2. Sentencia: se revoca la sentencia recurrida y, en su lugar, se concede la protección de los derechos fundamentales a la dignidad, a la salud y a la integridad física y psicológica de María Griselia Sánchez Ibarra.

Se ordena al Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel: *(i)* brindar asistencia terapéutica a la accionante, si ella así lo acepta; *(ii)* atender con amabilidad y prudencia las solicitudes de sus residentes, brindando siempre respuestas respetuosas, sencillas, de fácil comprensión y de fondo; *(iii)* mantener a Sánchez Ibarra en adecuadas condiciones de salud y, en caso de presentarse alguna afectación directa asociada a la habitación que ocupa, mudarla a otra de inmediato; *(iv)* no amenazar a los residentes con fines disciplinarios. En cambio, se deben adoptar medidas conductuales de carácter preventivo, que incluyan acompañamiento y consejo, y que resulten apropiadas para el estado de los adultos mayores que residen en la institución; *(v)* crear un Comité de Convivencia que incluya a residentes y funcionarios, brindando un escenario que propicie el diálogo frente a conflictos de cualquier carácter; *(vi)* cesar toda amenaza de abandono o expulsión contra Sánchez Ibarra.

Se ordena a la Alcaldía de Cali: *(i)* revisar las “Normas para la convivencia en San Miguel para todos los residentes de San Miguel y personas asistentes al programa Centro Día”, vigilando que no existan allí disposiciones que vulneren los derechos humanos de la población mayor que recibe servicios en el lugar. En caso de encontrarse alguna disposición que desconozca la parte considerativa de esta providencia o las normas de derecho interno o internacional que protegen a los adultos mayores, deberá procurarse su inmediata eliminación a través de las facultades que la ley le otorga como entidad encargada del control de este tipo de instituciones; *(ii)* asistir a Sánchez Ibarra en los trámites necesarios para la obtención del subsidio directo y, en caso de verificarse el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiaria del subsidio, se proceda a comenzar a entregarlo, brindándole la opción más sencilla y efectiva para reclamarlo; *(iii)* realizar todas las actividades tendientes a garantizar el perfeccionamiento del contrato que se requiere para que el Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel reciba los recursos necesarios para entregar de forma completa el kit de aseo de los adultos mayores que residen en este último. Sin perjuicio de lo anterior, el hospital deberá garantizar la entrega óptima del kit de aseo mientras se suple la necesidad por parte de la entidad territorial.

Se ordena a la Defensoría del Pueblo –en búsqueda de la garantía de no repetición– realizar una jornada de formación dirigida a los funcionarios del Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel para enseñarles medidas de prevención del maltrato de adultos mayores. Asimismo, deberá reunirse con los residentes de este hogar, con el fin de conocer posibles denuncias y hacer pedagogía de los derechos de los adultos mayores.

Se ordena a la Contraloría Regional del Valle del Cauca realizar una visita al Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel que permita verificar que se esté dando un uso correcto a los recursos asignados para brindar subsidios indirectos a quienes habitan en esta última institución, y asimismo vigilar que no existan usos indebidos de ningún recurso, así como apropiaciones indebidas de los subsidios por parte del hogar geriátrico.

Se ordena al Ministerio de Salud, con apoyo del Ministerio de Educación, realizar una campaña educativa que incluya la impresión de una cartilla dirigida a los centros que brindan servicios a los adultos mayores. Esta debe: (i) poner especial énfasis en el buen trato y la comprensión que se debe acordar a las personas mayores, promoviendo acciones tendientes a facilitar la adaptación al envejecimiento; (ii) sugerir medidas de tolerancia y atención frente a las manifestaciones de disenso que puedan presentar los residentes de estos centros, así como las personas que reciban atención en estos; (iii) prevenir y prohibir las amenazas de carácter disciplinario contra los adultos mayores en estas instituciones, especialmente aquellas que se generen con motivo de las quejas presentadas por estas personas; y (iv) promover mecanismos de detección temprana, acción oportuna, acompañamiento y seguimiento de casos de maltrato contra los adultos mayores.

2.1. Se observa que el hospital respondió a cada una de las denuncias hechas por la accionante, manifestando, entre otros argumentos, que con el paso del tiempo y por la imposibilidad física de algunos beneficiarios para reclamar el beneficio directo del que eran acreedores en la Secretaría de Bienestar Social del Municipio de Cali, se había cambiado el subsidio a la modalidad de indirecto. Este último se percibe ahora a través del otorgamiento de servicios sociales básicos. Asimismo, resaltó que en la entidad no existen quejas sobre amenazas, apropiación de bienes o abusos por parte de los empleados. También alegó que el control de los bienes incluidos en el kit de higiene se funda en que, en ocasiones, dichos elementos son vendidos por los mismos usuarios de la institución. Finalmente, precisó que la accionante no se había apegado a la dinámica institucional, y por ello se había tenido que acudir a las medidas propias de su reglamento interno para garantizar su cumplimiento.

Por su parte, la Secretaría de Salud Pública Municipal de Cali relató que la accionante se encuentra debidamente vinculada al sistema de salud a través del régimen subsidiado; asimismo, que el Municipio ha cumplido con su rol de supervisión.

2.2. En este caso, la acción de tutela es la herramienta idónea para perseguir la salvaguarda de los derechos alegados por la accionante, pues si bien esta acción tiene carácter subsidiario, dicho requisito se aminora cuando el sujeto cuyos derechos se

buscan defender pertenece a un grupo de especial protección constitucional. También ha de observarse que en el presente caso se está procurando la protección de derechos de rango fundamental, como el derecho a la dignidad, a la salud y a la integridad física y psicológica, especialmente cuando están en cabeza de un adulto mayor. En consecuencia, los hechos alegados por la accionante requieren de un mecanismo expedito y efectivo que dé solución a la problemática planteada, en razón de que las situaciones afirmadas enuncian actos de posible humillación y falta de acceso a prestaciones sociales que son de vital importancia para las personas mayores por su especial condición.

Los hechos narrados por la accionante son de carácter continuado y se han seguido presentando, especialmente aquellos relacionados con la falta de entrega de insumos y del subsidio directo, así como con el sometimiento a tratos que la accionante define como humillantes y vulneradores de su dignidad humana. Ahora bien, conforme a lo expresado por aquella, un hecho novedoso que seguramente la llevó a presentar la acción fue el reciente cambio de habitación a una que ella relaciona con el empeoramiento de su condición de salud. Sin embargo, no se tiene fecha precisa de cuándo se produjo el traslado. Frente a ello, la accionante cumplió con presentar la acción, a través de la Casa de Justicia de Siloé, conforme al principio de inmediatez, ya que este se analiza de forma matizada frente a actos que son de tipo continuado y no se fija desde una fecha específica.

2.3. Derechos vulnerados

2.3.1. Derecho a la integridad física y psicológica

Sánchez Ibarra afirmó haber sufrido tratos humillantes e injurias por parte de algunos funcionarios del hospital demandado. Entre estos se encuentran imputaciones deshonrosas, el cambio de habitación y el decomiso de sus bienes.

Sin embargo, el Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel precisó que no se habían producido tales hechos, sino que constituyen alegaciones falsas de la accionante basadas en la malinterpretación de las medidas que la institución había tomado contra ella en razón de su constante inobservancia de las reglas de la entidad.

La Alcaldía de Cali informó que Sánchez Ibarra no presenta signos de maltrato, aunque sí advierten algunas actitudes de ansiedad, principalmente asociadas a la falta de un acompañamiento terapéutico permanente y de actividades constantes que le permitan distraerse y desarrollar habilidades. Por otra parte, la inspección realizada por la Defensoría del Pueblo Regional del Valle del Cauca concluyó que la recurrente tiene un temperamento inquieto y que asume como actos de maltrato las discusiones que tiene con el gerontólogo de la institución en la que reside. Sin embargo, tampoco se comprobaron hechos de violencia física o psicológica graves. Las instituciones mencionadas llegaron a la conclusión de que la accionante presenta un cuadro de ansiedad que requiere tratamiento y atención, por lo cual realizaron una serie de recomendaciones al hospital para que la asista.

Esta Corte ha establecido que los adultos mayores son sujetos de especial

protección constitucional, lo cual conlleva deberes especiales de vigilancia en cabeza del Estado.

En el presente caso, se observa que el accionar de las entidades responsables de controlar y vigilar al Hospital San Miguel ha demostrado falta de diligencia pues, por un lado, el hospital ha ignorado los signos de ansiedad e inquietud de la accionante, colocándola en una situación poco digna a nivel emocional, llevándola a sufrir una sensación permanente de maltrato por parte de las personas que deben brindarle cuidado y asistencia; por otro lado, la Alcaldía debió atender con mayor prontitud las denuncias de Sánchez Ibarra.

Por ello, si bien no se registran pruebas de claras conductas de maltrato físico y psicológico, lo cierto es que sí existen elementos de juicio que permiten determinar que la accionante se encuentra en una situación emocionalmente vulnerable, para lo cual no ha recibido la asistencia necesaria del hospital en el que reside, así como tampoco de las entidades responsables de asegurar la debida prestación de los servicios de los que es acreedora por su especial condición de adulto mayor en situación de pobreza.

Asimismo, los hospitales geriátricos deben estar integrados por personal capacitado que cuente con la calificación suficiente para brindar un trato adecuado que incluya entendimiento, comprensión y respeto a la población adulta mayor. Esto implica que el personal administrativo, médico, terapéutico y de enfermería debe ser especialmente deferente y tolerante con los residentes de estos centros asistenciales, brindándoles especial atención en su proceso de adaptación al envejecimiento.

En consecuencia, se ordena a la entidad demandada brindar asistencia terapéutica permanente a la accionante, si ella así lo acepta. Asimismo, se advierte a la institución que debe atender con amabilidad y prudencia las solicitudes de sus residentes, brindando siempre respuestas respetuosas, sencillas, de fácil comprensión y de fondo a las quejas, peticiones o reclamos de estos.

2.3.2. Derecho a la salud

La accionante manifestó que el cambio de habitación había afectado su salud debido a que había sido trasladada a una habitación fría que había empeorado su alergia y, por ello, solicitó que se la mudara a otra. El hospital manifestó que, de haber notado situaciones que afectaran la salud del adulto mayor, habría adoptado las medidas del caso; y aclaró que Sánchez Ibarra ya había sido mudada de habitación cuatro veces debido a su conducta contraria a las normas de convivencia de la institución. En relación con esta cuestión, la Defensoría del Pueblo indicó que había tenido lugar una reunión entre el director del hospital y la accionante en la cual el primero se había comprometido a acomodarla en una habitación más cómoda. Sin embargo, esta última deseaba un espacio individual, que la entidad alega no disponer por el momento.

Esta Corte observa que en diversas oportunidades el hospital demandado cambió de habitación a la accionante como castigo por su “mal comportamiento” y la enviaba constantemente al médico por no adaptarse a las normas internas de la institución. El profesional había evaluado en todo momento su disposición

y actitud con respecto al lugar, pero no le había brindado ningún tratamiento para resolver sus inquietudes, quejas y motivos de ansiedad constante. En este marco, se puede concluir que la Alcaldía ha omitido supervisar las decisiones de carácter disciplinario del hogar geriátrico que pudieran tener efectos en la situación física, económica y psicológica de los adultos mayores que allí habitan y, en tal sentido, se advierte el incumplimiento en la función de vigilancia que prescribe el ordenamiento jurídico. Esto desconoce los deberes de protección y solidaridad que, por disposición constitucional, tienen en relación con los adultos mayores. Este hogar geriátrico constituye el único espacio donde la accionante puede desarrollarse dignamente por su precaria condición económica y la ausencia de una familia que se haga cargo de ella. Ese espacio debería dignificarla, apoyarla y brindarle una alta calidad de vida. Sin embargo, la ignora y la castiga cambiándola de habitación y compañeras de espacio por incumplir unas supuestas normas de convivencia que al parecer nunca han sido supervisadas por la Alcaldía de Cali y que prevén sanciones que pueden llegar a amenazar o vulnerar su derecho a la salud. El deber de vigilancia y protección del Estado debe tender a ser más riguroso frente a las instituciones que tengan a su cargo el cuidado de personas mayores abandonadas o en condición de pobreza, accionar que, en este caso, no ha sido desplegado por las entidades responsables.

Adicionalmente, se advierte que el conflicto suscitado está relacionado con las quejas de Sánchez Ibarra contra la prestación de servicios del hospital. El ordenamiento constitucional protege el derecho a disentir y opinar sobre aquellas situaciones con las que no se está de acuerdo. Las manifestaciones de rebeldía, desacuerdo, protesta y disconformidad no pueden ser resueltas con medidas retaliativas, especialmente si se expresan en relación con las condiciones de prestación del servicio brindado a los mayores adultos. No es aceptable que se tomen medidas disciplinarias frente a las quejas de los mayores residentes de un hogar geriátrico puesto que esto significa una revictimización, ya que, además del desgaste natural propio del avance de los años y de las condiciones de pobreza y abandono, se somete a estos sujetos especiales a soportar malos tratos por la circunstancia de no estar de acuerdo con una medida institucional. En la medida en que este grupo de especial protección requiere de una mayor comprensión que facilite su adaptación a la vejez, las instituciones responsables deben asumir estos desacuerdos como una carga soportable que puede ser atendida con mesura y tolerancia.

Por otra parte, en la historia clínica de la accionante no se aprecia una afectación relacionada con su alergia. Sin embargo, esta Corte considera importante prevenir a la demandada sobre la necesidad de mantener a la recurrente en adecuadas condiciones de salud. En caso de que ella presente alguna afectación directa asociada a la habitación que ocupa, el hospital debe mudarla de habitación de inmediato.

Asimismo, se ordena a la Alcaldía de Cali que revise la normativa de convivencia aplicable a los residentes del lugar, vigilando que no existan disposiciones que vulneren los derechos humanos; de encontrarlas, deberá procurar su inmediata eliminación ejerciendo las facultades que la ley le otorga como entidad encargada del control de este tipo de instituciones.

2.3.3. *Derecho a la dignidad humana*

Sánchez Ibarra resaltó varias conductas que considera violatorias de su dignidad, entre las que se encuentran la falta de acceso al subsidio directo que se otorga a los adultos mayores y los tratos humillantes a los que se ve sometida por parte del hospital demandado. Finalmente, destacó que en el kit de aseo que le entregan para su cuidado personal hacen falta los insumos que su higiene requiere.

No puede esta Corte ignorar las graves denuncias expuestas por la accionante respecto del uso de los subsidios. Los recursos de inversión social asignados a los programas de asistencia en favor de los adultos mayores tienen una especial importancia, puesto que resultan fundamentales para garantizar una vida digna a una población de especial protección constitucional. En consecuencia, se ordena a la Contraloría Regional del Valle del Cauca que realice una visita al Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel para verificar que se esté haciendo un uso correcto de los recursos asignados para brindar subsidios indirectos a quienes habitan en dicha institución y asimismo vigile que no se haga uso indebido de ningún recurso ni apropiaciones indebidas de los subsidios por parte del hogar geriátrico. Sin perjuicio de lo anterior, por la situación particular de la accionante, se ordena también a la Alcaldía de Cali que la asista en los trámites necesarios para la obtención del subsidio directo y que, en caso de verificarse el cumplimiento de los requisitos para resultar beneficiaria, se proceda a comenzar a entregarlo, brindándole a la accionante la opción más sencilla y efectiva para reclamarlo.

En cuanto a los tratos humillantes que denuncia la accionante, el Estado debe vigilar con cuidado estas denuncias a fin de adoptar las medidas protectoras pertinentes que hagan cesar las conductas que se presumen maltratadoras y vulneradoras de la dignidad humana de la persona mayor en cuestión. En este caso, estos tratos no han sido demostrados por la accionante, ni las entidades que inspeccionaron el hospital los detectaron. Sin embargo, en este tipo de escenarios debe primar la prevención. Las instituciones responsables deben vigilar y controlar que estos no se produzcan a través de la asistencia al hogar geriátrico, responsable del cuidado de los adultos mayores. Ahora bien, existen prácticas que pueden ser constitutivas de maltrato hacia el adulto mayor, sin constituir actos de violencia física o psicológica. Entre estas se encuentran la infantilización, las amenazas de abandono y la negligencia financiera. En este caso concreto, es posible observar conductas relacionadas con estos tres supuestos. En primer lugar, el hospital parece creer que es necesario mostrarles a sus residentes el efecto negativo de desobedecer las reglas, olvidando que se encuentra frente a personas completamente desarrolladas que han tenido toda una vida de experiencias y aprendizaje, con las que se puede mantener un diálogo constructivo que permita establecer medidas restaurativas que surjan del consenso. Con ello no se busca que el hogar geriátrico no tenga reglas, sino hacerlas cumplir de un modo más pedagógico que sancionatorio. En segundo lugar, se debe enfatizar que el accionado no puede buscar el cumplimiento de sus reglas de convivencia mediante la advertencia de expulsión del lugar de residencia, porque esto implica una amenaza de abandono. Es necesario recordar que la accionante no cuenta con medios económicos o familiares para solventar una vida digna fuera de

la institución demandada, por lo que ser expulsada del hogar geriátrico significaría colocarla en una situación de indigencia. Por último, en lo atinente a la negligencia financiera, el uso de los recursos que recibe el Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel debe ser vigilado con especial cuidado, por resultar de vital importancia para garantizar los derechos la población mayor que habita en tal institución. Si bien, como se dijo, los maltratos no han sido demostrados, lo cierto es que las respuestas de las entidades demandadas tampoco manifiestan la comprensión que deberían tener hacia la especial población que se atiende en el hospital. Así, se puede observar una contradicción cuando se cercena la libertad de expresión y se impide a los residentes del hogar geriátrico disentir sobre ciertas medidas. Las reglas de conducta deben ser comprensivas y tolerantes, y no constituirse en un principio absoluto. En ese sentido, conviene que sean flexibles dadas las condiciones de la población a la que se brinda el servicio. En consecuencia, las medidas correctivas y disciplinarias pueden llegar a constituir conductas de maltrato al desconocer estos postulados de buen trato y apoyo. Por ello, se solicita a la Defensoría del Pueblo que, para satisfacer la garantía de no repetición, realice una jornada de formación dirigida a los funcionarios del Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel en la que se les enseñe medidas de prevención del maltrato hacia adultos mayores. Asimismo, deberá reunirse con los residentes de este hogar, a fin de conocer posibles denuncias y hacer pedagogía de los derechos de los adultos mayores. También se ordena al Ministerio de Salud que, con apoyo del Ministerio de Educación, realice una campaña educativa que incluya la impresión de una cartilla dirigida a los centros que brindan servicios a los adultos mayores, la cual debe poner énfasis en el buen trato y en la comprensión que se debe tener con las personas mayores, promoviendo acciones tendientes a facilitar la adaptación al envejecimiento; sugerir medidas de tolerancia y atención frente al disenso que puedan expresar los residentes y pacientes de estos centros; prevenir y prohibir las amenazas de carácter disciplinario dirigidas a los adultos mayores en estas instituciones, especialmente aquellas que se generen con motivo de las quejas presentadas por estas personas; y promover mecanismos de detección temprana, acción oportuna, acompañamiento y seguimiento de casos de maltrato contra los adultos mayores. Finalmente, se previene al accionado sobre el uso de amenazas de carácter disciplinario contra sus residentes, las cuales deben ser remplazadas por medidas conductuales de carácter preventivo que incluyan acompañamiento y consejo, y que resulten apropiadas para el estado de los adultos mayores que residen en la institución. Igualmente, se le ordena crear un comité de convivencia, como ya había sido acordado con la Defensoría del Pueblo, brindando un escenario que propicie el diálogo frente a conflictos de cualquier carácter. Finalmente, se le ordena abandonar toda amenaza de abandono o expulsión contra la accionante.

Respecto de los faltantes en el kit de aseo, el hospital indicó que se ejerce un control sobre estos insumos en razón de que los usuarios los venden dentro del hogar geriátrico y resulta necesario prevenir estos comportamientos. Sin embargo, el gerontólogo del hospital indicó que ante la ausencia de renovación del contrato con la Alcaldía que permite la llegada de los recursos para comprar los elementos del kit de aseo, se habían repartido únicamente aquellos con los que se contaba por las donaciones que les hace una fundación.

El Estado tiene deberes prestacionales y asistenciales para con los adultos mayores, tales como los de garantizar ciertos subsidios, de carácter indirecto, a favor de los que se encuentren en una condición vulnerable en razón de su pobreza. Si bien en el caso de la accionante no están claros los requisitos para exigir el otorgamiento del subsidio directo, lo cierto es que sí están dadas las condiciones para que se le brinde apoyo en materia de bienes y servicios, tales como el alojamiento y alimentación que recibe en el hospital demandado. Así, se ordena a la Alcaldía de Cali realizar todas las actividades tendientes a garantizar el perfeccionamiento del contrato que se requiere para que el Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel reciba los recursos necesarios para entregar de forma completa el kit de aseo de los adultos mayores que residen en este último. Sin perjuicio de lo anterior, el hospital debe garantizar la entrega óptima del kit de aseo hasta tanto la entidad territorial satisfaga esta necesidad.

2.4. En razón de lo expuesto, la Sala concluye que el Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel ha desconocido los derechos fundamentales a una vida digna, a la salud y a la integridad física y psicológica de Sánchez Ibarra, al haber realizado una irregular prestación del servicio hacia los adultos mayores que residen en la institución.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, acción de tutela instaurada por María Griselia Sánchez Ibarra contra Hospital Geriátrico y Ancianato San Miguel, sentencia T-252/17 del 26-4-2017, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-252-17.htm>>.



SEGURIDAD SOCIAL. SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD LABORAL. OPERATIVO DE SEGUIMIENTO CONTRATADO POR LA COMPAÑÍA ASEGURADORA PARA LA DETERMINACIÓN DEL SUBSIDIO. DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS – SUIZA).

1. Antecedentes del caso: Savjeta Vukota-Bojić es ciudadana suiza, residente en Opfikon, Suiza. En agosto de 1995, fue atropellada por una moto y cayó de espaldas. En un primer momento, le diagnosticaron traumatismo en las vértebras cervicales y posiblemente en el cráneo. Se le realizaron diversos exámenes médicos que llegaron a conclusiones contradictorias en cuanto a su capacidad laboral.

La compañía de seguros se basó en dichos informes para decidir que los subsidios que se le habían otorgado deberían dejar de pagarse en abril de 1997. El Tribunal de la Seguridad Social de Zurich revocó esta decisión y ordenó la realización de estudios complementarios que llegaron a la conclusión de que Vukota-Bojić sufría una disfuncionalidad cerebral provocada por el accidente. Paralelamente, en 2002, la autoridad local en materia de seguridad social le otorgó una pensión por discapacidad total.

En enero de 2005, la compañía de seguros decidió nuevamente poner punto final al pago de beneficios a Vukota-Bojić. Cuando el Tribunal de la Seguridad Social

declaró inválida dicha decisión, la aseguradora invitó a Vukota-Bojić a someterse a otra evaluación médica. Como ella se negó, la empresa optó por vigilarla en secreto a través de detectives privados para determinar su estado de salud. La vigilancia se realizó en cuatro días diferentes y durante varias horas. Los investigadores siguieron a Vukota-Bojić en lugares públicos a lo largo de grandes distancias. Luego de la investigación, realizaron un informe y con base en el mismo la aseguradora confirmó su decisión de retirarle el subsidio. En abril de 2007, un neurólogo designado por dicha empresa –el Dr. H.– redactó un informe pericial anónimo en el que se concluía que la incapacidad de Vukota-Bojić era solamente del 10%. En consecuencia, la compañía de seguros decidió otorgarle solamente subsidios diarios y una pensión correspondientes a ese porcentaje de incapacidad.

Vukota-Bojić apeló esta decisión ante el Tribunal Federal, pero este, en sentencia de marzo de 2010, resolvió que la compañía de seguros había tenido fundamentos para solicitar a Vukota-Bojić que se hiciera un nuevo examen médico, que su vigilancia había sido legítima y que el informe pericial del Dr. H. era convincente en cuanto al derecho de la apelante al cobro del subsidio. Ante esta situación, esta interpuso un recurso de aclaratoria, pero este fue desestimado.

Entonces, recurrió ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia

Art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar)

La vigilancia organizada por la aseguradora constituyó una violación al derecho de Vukota-Bojić a la vida privada. En primer lugar, cabe tener en cuenta que la aseguradora ha estado administrando un plan estatal de seguros y, por ello, en términos del derecho interno, es considerada una autoridad pública y sus acciones pueden ser imputadas al Estado.

Por otra parte, si bien la vigilancia se hizo solo en lugares públicos, la circunstancia de que los investigadores hayan actuado sistemáticamente, hayan creado un registro permanente en relación con Vukota-Bojić y de que la información haya sido solicitada para ayudar a resolver una controversia en materia de seguros, significa que el art. 8.1 ha sido violado, habiéndose ejercido una injerencia indebida en la vida privada de Vukota-Bojić.

Por otro lado, esta injerencia no estaba “prevista por la ley” como lo requiere el art. 8.2. Si bien la legislación suiza autoriza a las aseguradoras a adoptar las medidas de investigación pertinentes y a recolectar la información necesaria cuando un asegurado se muestre reticente a dar información, lo cierto es que estas disposiciones no son suficientemente precisas. En particular, no establecen en qué momento y durante cuánto tiempo se puede llevar a cabo la vigilancia ni incluyen garantías contra el abuso, tales como la previsión de los procedimientos a seguir cuando las compañías recopilan, consultan, analizan, usan, transmiten o destruyen información. Esto generó un riesgo de acceso y divulgación no autorizados a la información.

En consecuencia, el seguimiento efectuado a la señora Vukota-Bojić violó el art. 8.

Art. 6 (derecho a un juicio justo)

La admisión de las pruebas obtenidas a través de la vigilancia y del informe pericial del Dr. H. basado en esa información no resulta contraria al art. 6. Considerado en su conjunto, el juicio fue justo. Vukota-Bojić tuvo la oportunidad de impugnar la admisibilidad del informe surgido de las actividades de vigilancia y de las pruebas a este vinculadas. El Tribunal Federal adoptó una decisión fundada en cuanto a las razones por las cuales debían ser admitidas. Además, los datos recogidos a través de la vigilancia y el informe pericial del Dr. H. no fueron las únicas pruebas en las que el Tribunal Federal fundó su sentencia, ya que este también destacó la existencia de otros informes médicos que llegaban a otras conclusiones.

Art. 41 (satisfacción equitativa)

Suiza debe pagar a la recurrente la suma de € 8.000 en concepto de daño moral y € 15.000 en concepto de costas y gastos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso n° 61838/10, *Vukota-Bojić c. Suiza*, sentencia del 18-10-2016, en <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-167490"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.



SOCIEDADES. SOCIEDADES PROFESIONALES. PROHIBICIÓN PARA DETERMINADAS PROFESIONES DE ASOCIARSE ENTRE SÍ. **ABOGADOS.** RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE. SECRETO PROFESIONAL. INDEPENDENCIA PROFESIONAL. **LIBERTAD DE EJERCER UNA PROFESIÓN. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD (ALEMANIA).**

1. Antecedentes del caso: un abogado y un médico y farmacéutico constituyeron una sociedad profesional y solicitaron su inscripción en el Registro de Sociedades. El tribunal de distrito y el Tribunal Superior estadual rechazaron esta solicitud, fundándose en que la enumeración taxativa del art. 59a.1.1 de la Ley Federal de Abogados (BRAO, por sus siglas en alemán) no incluía las profesiones de médico y farmacéutico entre las que pueden asociarse con un abogado.

El Tribunal Supremo Federal suspendió el trámite del proceso y lo remitió al Tribunal Constitucional Federal para su revisión.

2. Sentencia: el art. 59a.1.1 BRAO es inconstitucional y carece de validez en la medida en que prohíbe a los abogados constituir una sociedad profesional con médicos y farmacéuticos, al importar una injerencia desproporcionada con la libertad de ejercer una profesión.

2.1. La cuestión sometida a la consideración de este Tribunal debe limitarse a la parte del art. 59a.1.1 BRAO impugnada que resulta esencial para la decisión de los tribunales ordinarios. En relación con las profesiones involucradas, debe limitarse a

la labor en colaboración de abogados con médicos y farmacéuticos; y en relación con el tipo societario, debe estar limitada al de una sociedad profesional.

2.2. El art. 59a.1.1 BRAO se halla en pugna con el art. 12.1 de la Ley Fundamental (LF) en cuanto excluye la asociación entre abogados y médicos, así como también farmacéuticos, para la práctica profesional conjunta en el marco de una sociedad.

2.2.1. Es cierto que el legislador persigue la satisfacción de un fin legítimo con disposiciones que puedan suponer una injerencia en la libertad de ejercer una profesión cuando limita las profesiones que pueden asociarse y constituir una sociedad profesional. La norma tiene por objeto garantizar el cumplimiento de los deberes básicos y esenciales del abogado enumerados en el art. 43a BRAO, entre los cuales se encuentran el secreto profesional, la confidencialidad, la prohibición de representar intereses contrapuestos, así como el deber de abstenerse de entablar relaciones profesionales que comprometan su independencia profesional.

2.2.2. Del principio de proporcionalidad se desprende que una ley que restringe derechos constitucionales debe ser idónea, necesaria y proporcionada para lograr el fin perseguido por el legislador. De acuerdo con ello, una ley es necesaria si, para lograr ese propósito, el legislador no podría haber elegido otro medio igualmente efectivo pero que no lesionara derechos fundamentales o que tuviera en estos un menor efecto restrictivo; una ley es proporcionada si un balance general entre la injerencia que supone, su importancia y la prioridad que tienen las razones que justifican su sanción no conduce a la conclusión de que excede los límites de la razonabilidad.

2.2.2.1. En gran medida, la prohibición de constituir sociedades con médicos y farmacéuticos no resulta necesaria para garantizar el deber de secreto profesional de un abogado. Además, tampoco resulta proporcionada.

La violación del deber de secreto profesional del abogado contemplado en el art. 43a.2 BRAO se encuentra tipificada en el art. 203.1.3 del Código Penal (StGB). En principio, el legislador tiene la facultad de impedir la asociación de profesionales cuando no se encuentre garantizado un nivel suficiente de confidencialidad. Siguiendo este criterio, el legislador, en el art. 59a.1 BRAO, descartó la posibilidad de que no exista ese grado de confidencialidad requerido solo para las profesiones allí mencionadas y, por ende, permitió a estas constituir sociedades profesionales con abogados.

Sin embargo, la decisión legislativa de excluir así a los médicos y a los farmacéuticos del grupo de profesionales que pueden constituir una sociedad en general ya no es necesaria para salvaguardar el interés de los clientes en la confidencialidad de sus asuntos. Al momento de contratar a una sociedad interprofesional, generalmente se espera que la información vinculada al cliente se comparta con los socios que no son abogados; compartir información relativa al cliente no constituye, por lo tanto, una violación al deber de confidencialidad. Al menos en gran medida, la prohibición de constituir esas sociedades no resulta necesaria para proteger el deber

de confidencialidad de los abogados frente a terceros. En forma similar, tanto los médicos como los farmacéuticos se hallan obligados por el deber de secreto profesional. Esta obligación se aplica íntegramente a todos los hechos que no son conocidos por el público en general y que le son develados al profesional en virtud de su carácter de médico o farmacéutico, o porque ha tenido acceso a esa información. Su violación está sancionada por el art. 203.1.1 StGB.

En la medida en que los hechos no se hayan confiado o hecho conocer al médico o al farmacéutico en su calidad de tales, estos socios no abogados no se hallan obligados por el deber de confidencialidad. Sin embargo, ya no se satisface el principio de proporcionalidad *stricto sensu* si la prohibición de constituir una sociedad está exclusivamente basada en la circunstancia de que el socio no abogado no está obligado a mantener la confidencialidad en estos casos. Para un estudio jurídico, a fin de brindar un asesoramiento jurídico adecuado y ser un estudio exitoso en términos de ingresos, puede resultar esencial ofrecer asesoramiento jurídico en áreas especializadas y, a esos fines, constituir una sociedad permanente con profesionales idóneos. El incremento en el riesgo que esto genera en términos de confidencialidad no es significativo y tampoco justifica una injerencia sustancial en la libertad de ejercer una profesión. Particularmente, cabe destacar que la legislatura no asumió esos riesgos adicionales en el caso de los profesionales enumerados en el art. 59a.1 BRAO, permitiendo así que estos puedan constituir sociedades con abogados. Pero aun en los casos de asociación con profesionales autorizados a constituir sociedades profesionales en virtud de la mencionada norma, podrían generarse situaciones en las cuales el socio no abogado tome conocimiento de hechos que caerían en la esfera del deber de confidencialidad del abogado, pero no en la esfera de su propio deber profesional de mantener la confidencialidad. Por otra parte, conforme a lo dispuesto por los arts. 30.1 y 33 de las Normas Federales para el Ejercicio Profesional del Abogado (BORA, por sus siglas en alemán), debe asegurarse que los socios que no son abogados y la sociedad profesional observen el cumplimiento de estas normas.

Prohibir a los abogados asociarse profesionalmente con médicos y farmacéuticos resulta en gran medida innecesario o, al menos, desproporcionado para garantizar el derecho de un abogado a no declarar como testigo. Conforme a las reglas procesales pertinentes, los médicos y farmacéuticos pueden invocar su propio derecho a no hacerlo. Si en algún caso se diera el supuesto de que el derecho del socio no abogado a negarse a declarar quede postergado por el mismo derecho acordado al abogado, lo cierto es que el riesgo que pueda resultar de este menor grado de protección al secreto profesional es bajo y no difiere de aquel que el legislador contempla en relación con aquellas profesiones a las que ya ha autorizado a constituir sociedades profesionales con abogados.

La salvaguarda del derecho a la protección frente a los registros en los procesos penales –que también resulta aplicable para proteger la relación abogado-cliente– tampoco hace necesario prohibir la constitución de sociedades profesionales con médicos y farmacéuticos. La protección que la ley acuerda a estos grupos profesionales frente a los registros no es inferior a la garantizada a los abogados. Antes bien, el art. 97 del Código Procesal Penal (StPO) vincula la protección frente a la confiscación con el derecho a negarse a prestar declaración en términos del art.

53.1.1.1 a 3b StPO y, por lo tanto, resulta aplicable tanto a los abogados como a los médicos y farmacéuticos.

Las medidas de investigación adoptadas en el marco represivo en aras del cumplimiento de las leyes, las medidas de protección contra los riesgos relativos a la seguridad pública así como aquellas tendientes a la prevención de delitos están sujetas a diferentes niveles de protección que pueden afectar el derecho del cliente a la confidencialidad de la información que provee. Conforme a lo dispuesto por el art. 160a.1 StPO, la prohibición de usar o recurrir a pruebas establecida para los abogados es absoluta, mientras que la establecida a favor de los médicos y farmacéuticos es relativa en virtud de lo dispuesto por el art. 160a.2 en conjunción con el art. 53.1.3 StPO. Sin embargo, las profesiones enumeradas en el art. 59a.1 BRAO y que, por ende, están autorizadas a constituir sociedades profesionales también gozan solamente de una protección relativa. A este respecto, el legislador acepta un debilitamiento limitado de la protección al interés del cliente en la confidencialidad de su información en aras de favorecer la libertad de ejercer una profesión.

2.2.2.2. Una prohibición de constituir sociedades entre abogados y médicos o farmacéuticos podría, sin embargo, resultar necesaria para proteger la independencia del abogado. Sin embargo, también a este respecto, la prohibición en cuestión no resulta, al menos, proporcionada.

Cuando varios profesionales trabajan en sociedad, nunca puede descartarse completamente que surjan restricciones a la independencia profesional de cada uno de ellos –sea por consideración a los intereses de los otros socios precisamente a fin de evitar o resolver conflictos de intereses, o debido a estructuras de poder dominantes–. Por lo tanto, la asunción del legislador de que es necesario hacer frente a los riesgos es plausible y no merece reproche.

En comparación con las profesiones a las que sí se permite asociarse y constituir una sociedad conforme a lo dispuesto por el art. 59a BRAO, la colaboración interprofesional entre abogados, por un lado, y médicos y farmacéuticos, por el otro, no genera un incremento del riesgo potencial que podría importar para la independencia del abogado. Por lo tanto, esta prohibición no resulta proporcionada. Si bien, a diferencia de las profesiones que sí pueden asociarse, la colaboración interprofesional entre abogados, médicos y farmacéuticos no brindaría asesoramiento sobre cuestiones de derecho empresarial o comercial en sentido amplio, ello no constituye una razón plausible para determinar que existe una mayor necesidad de protección a favor de la independencia del abogado. Por el contrario, el área completamente diferente de la actividad profesional en la que se desempeñan los médicos y farmacéuticos confirma que estos últimos demostrarán un mayor respeto por la independencia de su socio abogado solo en razón de la distancia profesional que tienen con las cuestiones jurídicas.

El tipo societario en cuestión tampoco supone un mayor riesgo en lo que hace a la independencia del abogado. Ejercer una profesión en el marco de una sociedad de la naturaleza planteada no exime al profesional de la responsabilidad que tiene en tal carácter (art. 6.1 de la Ley de Sociedades Comerciales (PartGG)). Además, las funciones gerenciales que tiene cada socio no pueden limitarse

en relación con el ejercicio de su profesión (art. 6.2 PartGG). Por otro lado, los mecanismos de protección a nivel federal previstos en las ya mencionadas Normas Federales para el Ejercicio Profesional del Abogado resultan aplicables con independencia del tipo societario.

2.2.2.3. El objetivo de evitar conflictos de intereses tampoco justifica una prohibición de constituir sociedades profesionales entre abogados y médicos o farmacéuticos.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 43a.4 BRAO y las disposiciones más detalladas previstas en el art. 3 BORA, los abogados tienen terminantemente prohibido defender simultáneamente intereses contrapuestos. El art. 356 StGB sanciona específicamente cualquier violación en el marco de la relación abogado-cliente. No existe una disposición similar en los códigos de ética profesional de los médicos ni de los farmacéuticos, quienes tampoco quedan enmarcados en la mencionada sanción del Código Penal. Parece razonable apartarse de otras disposiciones similares, dado que los médicos y farmacéuticos normalmente no entablan relaciones con terceros que pudieran ser adversarios cuando actúan en interés de sus pacientes. Sin embargo, no a todas las profesiones enumeradas en el art. 59a BRAO se les exige defender solamente los intereses de una de las partes, tal como lo disponen los arts. 43a.4 BRAO y 3 BORA. Solo los abogados de marcas y patentes y, dentro del limitado ámbito de aplicación del art. 392 del Código Fiscal (AO, por sus siglas en alemán), los asesores tributarios, representantes fiscales, auditores y contadores matriculados pueden devenir criminalmente responsables por violar la relación abogado-cliente. En términos generales, el socio abogado debe, por lo tanto, estar obligado, conforme a lo dispuesto por el art. 30.1 BORA, a comprometer por contrato a sus socios no abogados a cumplir con las Normas Federales para el Ejercicio Profesional del Abogado. Por otra parte, en virtud de lo dispuesto por el art. 33.2 BORA, un abogado debe evitar, mediante la adopción de medidas válidas en el marco constitutivo de la sociedad, que se viole la prohibición de defender intereses contrapuestos.

Dentro de este limitado ámbito, al permitir la constitución de sociedades profesionales en el art. 59a.1 BRAO, el legislador también aceptó que los riesgos que la colaboración interprofesional puede generar para la integridad del abogado no pueden descartarse completamente. Una sociedad con médicos y farmacéuticos, comparada con una integrada con profesionales autorizados a asociarse con abogados, no supone un mayor riesgo en lo que hace a la integridad del abogado. Por lo tanto, también en ese contexto, la prohibición específica de constituir una sociedad constituye una injerencia desproporcionada con la libertad de ejercer una profesión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, caso 1 BvL 6/13, sentencia del 12-1-2016, en <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-006.html>>.



SUCESIONES. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. ALBACEA TESTAMENTARIO. DERECHO AL HONOR. CALUMNIAS E INJURIAS. DAÑO MORAL. REPARACIÓN. DENEGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA ANTE LA INEXISTENCIA DE DAÑO EMERGENTE O LUCRO CESANTE.. INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE TRATO. DIGNIDAD HUMANA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (CHILE).

1. Antecedentes del caso: Carmen Gloria Rojas Palma es albacea testamentaria; en ese carácter, fue demandada por cuatro herederos del causante, que pretendían que fuera removida de su cargo y condenada en materia civil, patrimonial y extrapatrimonialmente, por una serie de incumplimientos de sus deberes.

Rojas Palma contestó la demanda y promovió una reconvencción contra los herederos pidiendo una indemnización por los perjuicios morales sufridos a consecuencia de una serie de imputaciones injuriosas vertidas por aquellos en su contra durante el juicio –entre otras, que habría actuado en forma ilegal y contraria a la ética en el desempeño de su cargo, que habría defendido los intereses de uno de los herederos en perjuicio de los otros, y que habría cometido delito de prevaricación–, las que habían afectado su honra y prestigio profesional causándole daño moral.

Entonces, dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 2331 del Código Civil (CC), para que surtiera efectos en la causa de daños y perjuicios “*Carrasco c. Rojas*”, sustanciada ante el Juzgado Civil 18 de Santiago, y actualmente suspendida en su tramitación conforme a lo ordenado por la Sala 2° del Tribunal Constitucional con fecha 10 de noviembre de 2015. Sostuvo que dicha norma puede ser decisiva en la resolución del asunto, pues impide la indemnización del daño moral en caso de imputaciones injuriosas. En efecto, la requirente argumentó que su aplicación por parte del juez del fondo importaría el rechazo de su demanda reconvenccional, lo que acarrearía, como consecuencia, la afectación de sus derechos constitucionales, toda vez que infringiría los arts. 1°, inc. 1; 5°, inc. 2; y 19, numerales 2°, 4° y 26° de la Carta Fundamental. Asimismo, afirmó que la prohibición de la indemnización del daño moral contenida en el art. 2331 CC infringiría su derecho a la dignidad y honra. Dado lo anterior, la actora sostuvo que se vulneraba el deber del Estado –tanto como legislador cuanto como juez– de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

2. Sentencia: por mayoría se acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad deducido. Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento oportunamente decretada.

El precepto legal impugnado (salvo en lo referente a la *exceptio veritatis*) es incompatible con el art. 19, números 2, 4 y 26 de la Constitución, debido a que: (i) contiene una limitación importante; (ii) la limitación es a un derecho, y no a uno cualquiera, sino a uno fundamental reconocido por la Constitución; (iii) la limitación es excepcional, es decir, opera en un contexto o escenario en que la regla es la inexistencia de límites a la responsabilidad por daño moral; y (iv) no existe una justificación razonable o proporcionada para la limitación que contempla la norma.

(i) Limitación a un derecho fundamental

El art. 19.4 de la Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra; de este modo, desaprueba cualquier imputación injuriosa contra el honor o el crédito de una persona, en particular, si no es verídica.

El derecho a la honra se transformaría en un precepto vacío si la forma natural de hacerlo valer —esto es, por medio de una acción privada de indemnización pecuniaria por los daños morales— se encontrara severamente restringida. La libertad del legislador para configurar la forma de aplicación de un precepto constitucional no es ilimitada, sino que debe procurar su ejecución y no restringir lo que se supone es una garantía para las personas. Tan cierto es esto que el art. 19.26 de la Carta Fundamental ha garantizado “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia ...”.

(ii) La limitación como diferenciación singular en el trato que el ordenamiento jurídico dispensa en materia de daño moral (o no patrimonial) y, en especial, en caso de imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona

Frente a un derecho lesionado, debe existir la posibilidad de pedir una reparación o resarcimiento; de hecho, la ley no prohíbe el resarcimiento por daños morales (o no patrimoniales) distintos a aquellos casos derivados de imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona. No obstante, y aquí reside la objeción constitucional, el art. 2331 CC no permite la indemnización pecuniaria de los daños no patrimoniales por imputaciones injuriosas contra el honor.

Por lo dicho, cabe preguntarse qué justificación existe para la discriminación de trato, así como para la severa afectación al derecho a la honra; en otras palabras, qué puede razonablemente justificar que no se pueda obtener un resarcimiento en dinero por la lesión al derecho al honor cuando lo habitual es que así ocurra con otros derechos, y, más aún, qué puede razonablemente justificar que el resarcimiento sea severamente restringido cuando no se trata de cualquier derecho, sino de uno con una dimensión constitucional.

(iii) Ausencia de una justificación razonable o proporcionada para la limitación (y diferenciación) que contempla el precepto

Podría considerarse que la regla que hace improcedente el resarcimiento del daño moral o no patrimonial contenida en el artículo impugnado es un modo de favorecer la libertad de expresión, cuyo ejercicio podría verse constreñido ante la posibilidad de tener que responder pecuniariamente. Sin embargo, el sacrificio que impone a los afectados la amplia prohibición del art. 2331 CC no guarda proporción con el beneficio que se derivaría de la aludida libertad. En este sentido, bien puede ser suficiente para proporcionar protección a la libre y responsable expresión de ideas la *exceptio veritatis* como circunstancia excluyente de la obligación de resarcimiento,

algo que, por lo demás, no es ajeno a la norma impugnada. De hecho, esta, en su parte final, plantea que no habrá derecho para pedir una indemnización pecuniaria por daño patrimonial derivado de imputaciones injuriosas “si se probare la verdad de la imputación”, frase que se estima importante conservar para propender al adecuado balance entre el derecho a la honra y el derecho a la libertad de expresión.

También podría considerarse que la regla que hace improcedente el resarcimiento del daño moral contenida en el artículo impugnado es un modo de evitar los excesos que podrían producirse en la determinación del *quantum* o valuación pecuniaria de los perjuicios en estos casos. Sin embargo, si esa fuere la finalidad de la norma, esta carecería de justificación razonable si se la compara con aquellos casos de daño moral o no patrimonial que no derivan de imputaciones injuriosas, los cuales no están sujetos a prohibición alguna.

Si bien existen otros medios destinados a resguardar la honra de una persona –*v.gr.* imponer al autor del agravio la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria–, es posible argüir que la posibilidad de imponer una sanción u obligación de resarcimiento de carácter pecuniario cumple una función disuasoria que difícilmente se obtendría de otro modo.

(iv) Posibilidad jurídica para la aplicación parcial del precepto impugnado

En contrario, podría argumentarse que al declarar la inaplicabilidad parcial del precepto impugnado se estaría, en la práctica, creando una norma legal con un contenido nuevo que antes no existía. En efecto, la declaración de inaplicabilidad de la expresión “*a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria,*” contemplada en el art. 2331 CC y a la cual adherimos, da lugar a la aplicación, en el caso concreto, de una norma del siguiente tenor: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria si se probare la verdad de la imputación”.

Para este Tribunal es posible cuestionar solo una parte de un precepto legal más amplio, en la medida en que se conserve la inteligibilidad del mismo. Además, resulta una obviedad lógica sostener que cuando la inaplicación parcial recae sobre una prohibición o mandato expresado en términos negativos, el resultado será siempre el de un precepto legal redactado en términos positivos o afirmativos, algo no prohibido por la Constitución. En efecto, la inaplicabilidad no está reservada, solamente, a aquellas leyes expresadas como mandatos positivos o afirmativos, porque de ser así, el propio constituyente hubiese establecido tal limitación, algo que no ha ocurrido. De hecho, el art. 93.6 de la Constitución hace referencia a la inaplicabilidad de un precepto legal, no distinguiendo según el tipo de formulación que este emplee. Y, tal como lo dispone el mismo Código Civil, la ley no solo manda, sino también prohíbe o permite.

Conclusión

Se concluye que parte del precepto impugnado es incompatible con las disposiciones constitucionales consagradas en el art. 19.4 (derecho a la honra), en

relación con el art. 19.26 (no afectación de los derechos en su esencia), así como con el artículo 19.2 (prohibición de discriminación arbitraria).

Así, en virtud de lo dispuesto en el art. 93, incs. 1, 6 y 11 de la Constitución Política de la República y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional, se acogerá parcialmente el requerimiento de autos solo en lo concerniente a la expresión “*a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria,*” contemplada en el art. 2331 CC. Por consiguiente, con la inaplicación parcial se reduce el alcance de la excepción al derecho a la reparación por el daño moral dispuesto por el precepto legal impugnado, de forma tal que solo si las imputaciones son verídicas no procedería la indemnización pecuniaria por daño moral en el ámbito regulado por el art. 2331 CC.

Nota de la Oficina: hay cuatro votos en minoría, que estiman que el texto íntegro del artículo 2331 CC es contrario a la Constitución. Finalmente, un voto propuso rechazar el requerimiento.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Carmen Gloria Rojas Palma respecto del art. 2331 del Código Civil, en los autos sobre indemnización de perjuicios, caratulados “Carrasco c. Rojas”, sentencia del 19-5-2016, en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2915>>.



TRATA DE PERSONAS. PROSTITUCIÓN. PROSTITUCIÓN FORZADA. DERECHO PENAL. REDUCCIÓN A LA ESCLAVITUD. ACTOS OBSCENOS EN LA VÍA PÚBLICA. EXIMENTE DEL ESTADO DE NECESIDAD (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: en octubre de 2014, la Corte de Apelaciones de Roma confirmó la sentencia del Tribunal de Roma de mayo de 2011 que había condenado a la ciudadana rumana F. F. a dos meses de prisión con el beneficio de la suspensión condicional por la comisión de actos obscenos en un lugar público (art. 527 del Código Penal (C.P.)), al haber mantenido relaciones sexuales con M. E. en la vía pública, a la vista de los transeúntes.

No obstante la sentencia firme de la *Corte di Assise di Appello* de Roma que había decidido que F. F. había sido víctima del delito, perpetrado por connacionales suyos, de reducción a la esclavitud con fines de explotación sexual, los jueces de la Corte de Apelaciones de Roma sostuvieron que era inaceptable la eximente del estado de necesidad fundamentada en la circunstancia de que F. F. había sido explotada en el mercado de la prostitución y sometida a violencia y coacción física. Asimismo, afirmaron que para sustraerse a dicha explotación, F. F. habría podido acudir a las fuerzas del orden y consideraron que ella era consciente de que accedía a prestar un servicio sexual en la vía pública, circunstancia que podía ofender la sensibilidad de los transeúntes.

El defensor de F. F. recurrió ante la Corte de Casación solicitando la anulación de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Roma por los siguientes motivos: violación de los arts. 606, letra *b*) del Código Procesal Penal (C.P.P.) por inobservancia y aplicación errónea del art. 54 C.P., y del art. 606, letra *e*) C.P.P. por desnaturalización de la prueba y escasa e inconsistente fundamentación, en orden a la subsistencia de los elementos constitutivos del delito tanto objetivos como subjetivos.

2. Sentencia: se revoca la sentencia impugnada en cuanto la imputada no es punible por haber actuado en estado de necesidad.

Tanto la fundamentación insuficiente y genérica como la afirmación incontrovertible de la sentencia de la alzada con respecto a la exigencia de que la imputada, aun en las condiciones de sometimiento en que se encontraba, habría debido tener mayor cautela en el ejercicio de la prostitución, apartándose a un lugar fuera de la vista de los transeúntes, evidencian una falta sustancial de motivación en orden a las razones de la condena y a la desestimación del recurso de apelación por falta de reconocimiento de la circunstancia prevista en el art. 54 C.P.

En relación con la eximente del estado de necesidad, esta Corte reitera el principio de incompatibilidad con situaciones de peligro voluntariamente ocasionadas por el sujeto activo, y el de necesidad de que la situación –inevitable– de peligro de daño grave a la persona resulte válida en relación con la fecha del delito cometido.

En particular, en la sentencia n° 19225/2012, esta Corte reiteró el principio de configurabilidad de dicha causa de justificación “en relación con una mujer extranjera, reducida a la condición de esclavitud y obligada a prostituirse, que fue inducida a cometer los delitos previstos en los arts. 495 y 496 C.P. por temor a que, en caso de desobediencia, la vida de sus familiares pudiera ser puesta en peligro”. Se puso así en evidencia que, justamente por la condición de sometimiento a reiterados actos de violencia sufridos, las mujeres obligadas a prostituirse habían sido inducidas a ocultar su verdadera situación a las fuerzas del orden.

Lo cierto es que una adecuada comprobación de la licitud objetiva del comportamiento manifestado en una situación atribuible a un estado de necesidad presupone, ante todo, la verificación procesal durante el juicio de que, en el caso concreto, haya sido tutelado un interés jurídico prevaleciente con respecto al que es objeto de tutela mediante el caso inculpativo vulnerado. Asimismo, ha de comprobarse la involuntariedad e inevitabilidad del peligro y su existencia en el momento de los hechos y, en consecuencia, el grado de represión de la libertad de autodeterminación del autor del hecho. En efecto, la doctrina ha señalado oportunamente que la alternativa entre “ofender” y “ser ofendido” debe ser vivida en términos auténticamente personales.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, subsisten todas estas condiciones. La comprobación de la condición de víctima de la recurrente tiene efecto de cosa juzgada en relación con los delitos previstos en los arts. 600, 602 y 609 *bis* C.P., así como la prostitución forzada a través de la violencia. Ciertamente, las conductas violentas de las que fue víctima F. F. durante años la redujeron a un estado de sometimiento

continuo y a tomar conciencia del peligro que corrían ella y sus familiares –residentes en Rumania–, tal como se detalla en la imputación contenida en la sentencia de la *Corte di Assise di Appello* de Roma de febrero de 2013. Por ello, la situación de peligro en que se encontraba F. F. en el momento de cometer actos obscenos en un lugar público era consecuencia de las conductas delictivas descritas. Es indudable que ella no estaba en condiciones de evitar ejercer la prostitución callejera tal como se lo imponían sus explotadores, presentándose ante las fuerzas del orden o eligiendo lugares reservados para ello.

Conviene recordar brevemente que el comportamiento delictivo de “esclavización” se vincula con la explotación y con conductas de sometimiento mediante violencia e intimidación. Estos comportamientos transforman al ser humano libre y autodeterminado en un individuo esclavizado y explotado, reducido casi a una mercancía. Tal es el caso de la prostitución forzada de F. F.

En la sentencia n° 49594/2014, esta Corte señaló que, a fin de configurar el estado de sometimiento relevante para tipificar el delito de reducción a la esclavitud, es necesario que la capacidad de autodeterminación de la víctima se encuentre significativamente comprometida, incluso independientemente de la privación total de la libertad personal. Afirmar, como en el caso *sub examine*, que la víctima habría podido sustraerse fácilmente a la situación de peligro dirigiéndose a las fuerzas del orden implica banalizar un fenómeno delictivo gravísimo que lesiona en modo significativo y permanente los derechos humanos y, sobre todo, equivale a vulnerar los principios de protección de las víctimas de dichos delitos y de posición de las mismas en el proceso penal establecidos tanto en fuentes jurídicas internacionales (Protocolo de las Naciones Unidas (“*Trafficking*”) y Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos) como en los instrumentos europeos vinculantes para el sistema jurídico italiano (Directiva 2011/36/UE para la prevención y represión de la trata de seres humanos y Directiva 2012/29/UE sobre normas mínimas en materia de derechos, asistencia y protección de las víctimas de delitos, sustitutiva de la Decisión Marco 2001/220/GAI).

Lo establecido sintéticamente en la fundamentación de la sentencia impugnada resulta insostenible, toda vez que una víctima de esclavitud sexual, incapaz de determinar las elecciones fundamentales de su propia vida por su condición de sometimiento, obligada a prostituirse y a dar cuenta de las ganancias diarias de su actividad, vigilada a menudo por su explotador sin alternativa ni ayuda alguna para sustraerse a semejante esclavitud debido a los reiterados actos de violencia e intimidaciones a los que estaba sometida, no puede ni debe tener un mayor cuidado en la elección del lugar donde realizar su prestación sexual ni pretender que su cliente, ocasional y apresurado, respete esa elección.

Por todas estas razones, esta Corte revoca la sentencia impugnada. F. F. no es punible por el delito de actos obscenos en lugar público, en cuanto en el momento de los hechos, siendo víctima de los delitos de reducción a la esclavitud, prostitución forzada y otros delitos graves contra la persona, actuó en un estado de necesidad, en términos del art. 54 C.P.

Nota de la Oficina: la *Corte di Assise di Appello* existe en cada distrito de la Corte de Apelaciones y es competente en las apelaciones por los procesos penales de primer grado de competencia de la *Corte di Assise*.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia n° 40270 del 7-10-2015, en <<http://www.sentenze-cassazione.com/sentenze-cassazione-2015/testo-sentenza-stato-di-necessita-sfruttamento-della-prostituzione/>>.



VIOLENCIA DE GÉNERO. MUJER. DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. PROCESO PENAL. DEBIDO PROCESO. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. GARANTÍA DE NO REPETICIÓN. PREVENCIÓN DE LA REVICTIMIZACIÓN. AMPARO. PROCEDENCIA. LEGITIMACIÓN ACTIVA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: Martha Cecilia Villamizar Ebratt convivió 12 años con Jorge Elías Corzo Rodríguez, quien, desde abril de 2014, comenzó a agredirla verbalmente, y desde noviembre de ese mismo año, también físicamente, incluso cuando tenía cinco meses de embarazo. Por ello, se separaron, y ella lo denunció penalmente por primera vez el 5 de diciembre de 2014.

El 23 de enero de 2015, Villamizar Ebratt presentó otra denuncia penal, esta vez, ante la Defensoría del Pueblo en busca de asistencia jurídica y medidas de protección. Una semana después, el Defensor Público solicitó medidas de protección al Juzgado Municipal de Barrancabermeja, sin obtener ninguna respuesta.

Villamizar Ebratt fue nuevamente agredida por su excompañero –quien de hecho intentó matarla–, por lo cual interpuso una tercera denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

La actora sostuvo que la Fiscalía, la Policía y el Juzgado Penal Municipal no habían actuado en debida forma, por lo que se vio agravada su situación de desprotección, pues no había podido ingresar a su vivienda y el agresor tenía retenidas sus pertenencias personales y las de sus dos hijos menores de 10 y 12 años de edad.

Por todo ello, la Defensoría del Pueblo presentó una acción de tutela como agente oficioso de Villamizar Ebratt, a fin de que se tutelaran los derechos a la vida, al debido proceso y el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, contra la Dirección Seccional de Fiscalías del Magdalena Medio, la Policía Nacional – Dirección Seccional del Magdalena Medio, el Juzgado Penal Municipal de Barrancabermeja y Jorge Elías Corzo Rodríguez. Concretamente, solicitó: (i) impulsar las tres denuncias interpuestas por la peticionaria; (ii) ordenar a la Policía Nacional que la protegiera adecuadamente y que mantuviera vigilancia especial sobre el agresor; (iii) ordenar al agresor que cesara cualquier acto de agresión en contra de Villamizar Ebratt, y (iv) ordenar al Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías que efectuara el trámite de medidas de protección solicitado por la Defensoría del Pueblo.

El 11 de marzo de 2015, en primera instancia, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga declaró la improcedencia de la acción de tutela. Resolvió que si bien se encontraba justificada la preocupación de la accionante para que se celebrara la audiencia preliminar de medidas de protección, también lo estaba la excesiva carga laboral del Juzgado Penal Municipal, sin perjuicio de que la accionante podría haber solicitado las medidas de protección ante la Comisaría de Familia. Además, señaló que la Fiscalía y la Policía habían realizado las actuaciones debidas para su protección, como lo eran la solicitud de la respectiva audiencia preliminar y las comunicaciones a las entidades que podían brindar la protección requerida; por parte de la Policía, se habían realizado visitas periódicas al lugar de residencia de la demandante, así como recomendaciones y canales de comunicación para brindar protección inmediata en caso de agresión. Por último, sostuvo que la accionante en ese momento aún contaba con mecanismos judiciales para salvaguardar sus derechos fundamentales. La audiencia preliminar de medidas de protección y las medidas que la Fiscalía y la Policía estaban ejecutando resultaban medios alternativos que tornaban improcedente la acción de tutela.

La Defensoría del Pueblo impugnó dicha decisión.

En segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 12 de mayo de 2015, confirmó el fallo de primera instancia. Entendió que la naturaleza propia de la acción de tutela es proteger los derechos fundamentales de las personas; que la acción de tutela es un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley. Uno de los requisitos elementales de la acción de tutela es la existencia cierta del agravio y su acreditación, lo que resulta indispensable para pretender la protección de las garantías fundamentales. Agregó que la Defensoría del Pueblo, actuando como agente oficioso de la accionante, no había podido demostrar la manera en la que se habían vulnerado los derechos alegados, atento a que de las respuestas suministradas por los demandados se había advertido la adopción de las medidas de protección requeridas por la actora, así como también el cese de la presunta agresión. Resolvió asimismo que mientras el proceso penal siguiera su trámite, no correspondía ordenar o revisar decisiones judiciales propias de la competencia del juzgado interviniente, actuando como si se tratara de una instancia superior; que no es competencia del juez constitucional definir la correcta interpretación del derecho legislado, pues es la Corte Suprema de Justicia quien, en su competencia civil, laboral y penal, está autorizada a realizar dichas interpretaciones. Finalmente expuso que la Corte Suprema de Justicia no podría ordenar al Juez de Control de Garantías que lleve a cabo las audiencias preliminares de su competencia en determinado tiempo, pues ello conllevaría la afectación sin causa de los derechos de quienes intervinieron en los procesos con turnos anteriores.

Entonces, la Sala de Selección N° 7 de la Corte Constitucional eligió este caso a efectos de su revisión.

2. Sentencia: se revocan los fallos proferidos por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga el 11 de marzo de 2015 y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 12 de mayo de 2015, y en su lugar

se concede la protección de los derechos a la vida, al debido proceso y a la integridad personal de Martha Cecilia Villamizar Ebratt.

Se ordena al Juez Penal Municipal de Barrancabermeja que en un plazo máximo de ocho días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, realice una audiencia para decidir si es procedente aplicar las medidas especiales solicitadas por la Defensoría del Pueblo.

Se previene a la Fiscalía General de la Nación para que en caso de recibir denuncias por violencia de género, solicite inmediatamente al juez de control de garantías medidas de protección contempladas en la Ley 1257/2008 si encuentra que se presentan indicios leves de la existencia de una agresión.

Se previene a los comisarios de Familia, a los jueces civiles o promiscuos municipales y a los jueces de control de garantías que deberán dar un estricto cumplimiento a los términos contemplados en la Ley 1257/2008.

Se previene a la Fiscalía General de la Nación, a los comisarios de Familia, a los jueces civiles o promiscuos municipales y a los jueces de control de garantías que cuando reciban una denuncia por violencia intrafamiliar o violencia de género, ocupan la posición de garantes frente a las lesiones que pueda sufrir la víctima de no adoptarse las medidas contempladas en la Ley 1257/2008.

Agente oficioso. Legitimación activa

El art. 86 de la Constitución Política (CP) de 1991 establece que todas las personas pueden recurrir a la acción de tutela directamente a través de un procedimiento preferente, informal y sumario. También se contempla la opción de que esta se interponga por un tercero si se presenta alguno de los siguientes eventos: “(i) quien actúa es el representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados; (ii) el accionante es el apoderado judicial de aquel que alega sufrir un menoscabo a sus derechos, o (iii) el tercero actúa como agente oficioso”.

Para utilizar la agencia oficiosa, se debe demostrar la necesidad de usar la figura y probar que el titular de los derechos vulnerados o amenazados no puede promover por sí solo su propia defensa por incapacidad física o mental. En ese sentido, esta Corte ha establecido que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercer la acción de tutela como agentes oficiosos con el objeto de proteger los derechos fundamentales de aquellas personas que no pueden acudir a la administración de justicia directamente. En estos eventos, se requiere la presencia de dos elementos para que se configure la agencia oficiosa: (i) que el agente oficioso exprese claramente que actúa en tal condición, situación que se configura cuando una persona le pide su intervención y representación, y (ii) que el titular de los derechos fundamentales que se invocan no tenga las condiciones que le permitan instaurar a nombre propio la acción de tutela, situación que se configura cuando una persona “se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración, a su derecho fundamental”.

El 25 de febrero de 2015, Villamizar Ebratt envió un escrito a la Defensoría del Pueblo Regional Magdalena Medio narrando las agresiones sufridas, infligidas por su expareja sentimental Corzo Rodríguez y solicitando ayuda; ese mismo día, dicha Defensoría interpuso una acción de tutela como agente oficioso de la nombrada, pues los derechos fundamentales a la vida e integridad personal de ella y su núcleo familiar se veían amenazados por su excompañero.

Debe concluirse que la mencionada Defensoría tiene legitimación activa para actuar como agente oficioso de Villamizar Ebratt, por dos razones: la nombrada, como titular de los derechos que se consideran vulnerados explícitamente, solicitó ayuda de la Defensoría –con lo que se cumple con el requisito del art. 46 del Decreto 2591/1991–; y porque además se encontraba desamparada e indefensa, pues había sido víctima de agresiones físicas y verbales por parte de su expareja sentimental, quien se encontraba en libertad y podía agredirla nuevamente, lo que así hizo saber.

Despejada la cuestión, esta Corte Constitucional debe establecer si se vulneraron los derechos fundamentales a la vida, al debido proceso y al derecho de la mujer a una vida libre de violencia, como consecuencia de la inactividad de la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Seccional de Fiscalía Regional Magdalena Medio, la Policía Nacional –Dirección Seccional del Magdalena Medio– y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barrancabermeja frente a las medidas de protección urgentes solicitadas a través de la Defensoría del Pueblo. Para ello, se analizarán los siguientes temas: (i) la protección de la mujer contra la violencia; (ii) el derecho a un recurso judicial efectivo; (iii) la garantía de las víctimas a la no repetición y el deber del Estado de evitar la revictimización, y finalmente analizará (iv) el caso concreto, en donde se establecerá si existe o no un hecho superado.

(i) Protección de la mujer en el derecho internacional frente a la violencia

La comunidad internacional ha adoptado diversos instrumentos jurídicos para prevenir y sancionar estas conductas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala la protección contra toda forma de discriminación; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra especialmente en los arts. 3 y 20 disposiciones contra la discriminación; el art. 1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos destaca el compromiso que asumen los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos así como garantizar su libre ejercicio sin discriminación alguna. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra de la Mujer consagra que las mujeres deben acceder en igualdad a la protección y goce de las libertades fundamentales y derechos humanos en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil, entre otros; y los Estados tienen la obligación de utilizar una política que tenga como objetivo erradicar la violencia contra la mujer. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de las Naciones Unidas estipuló un plan para cumplir con objetivos estratégicos relacionados con diversos temas, y ha resaltado la presencia de situaciones graves de discriminación en diversos ámbitos, por lo que indicó que la comunidad internacional tiene como prioridad que las mujeres tengan plena participación igualitaria en la vida civil, social, política, económica y

cultural a nivel regional, nacional e internacional, eliminando cualquier forma de discriminación originada a partir del sexo. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer creó un comité a través del cual se pueden hacer recomendaciones y sugerencias generales de acuerdo con el examen de los informes y datos que provean los Estados Partes; y en ejercicio de esa actividad, dicho comité ha proferido diversas recomendaciones referentes a la protección de los derechos de las mujeres. La Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) definió la violencia contra las mujeres como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”; señaló que existen diversas formas en las que la violencia contra la mujer se manifiesta, y exige a los Estados Partes la adopción de políticas y mecanismos adecuados y sin dilaciones tendientes a erradicar, sancionar y prevenir este tipo de violencia. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, como complemento a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, exige que se tipifique cualquier manifestación de trata de personas y que se garantice la protección y asistencia a las víctimas de este delito, y consagra una serie de medidas de cooperación y prevención frente a esta conducta punible.

(ii) Derecho a un recurso judicial efectivo

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos establece como premisa esencial para la defensa de los derechos de las mujeres víctimas de violencia el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos, siendo el eje central el principio de igualdad y no discriminación. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer constituyen el marco jurídico interamericano para la protección de la mujer y la garantía que a ella le asiste en acceder a un recurso judicial sencillo y eficaz en la defensa de sus derechos.

Los arts. XVIII de la Declaración Americana, y 8 y 25 de la Convención Americana establecen que todas las personas tienen derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando crean que sus derechos han sido violados; protección de estos derechos que se ve reforzada por la obligación general de respetarlos impuesta por el art. 1.1 de la Convención Americana.

La tutela judicial efectiva de los derechos de las mujeres víctimas de violencia debe ser amparada en atención a políticas en materia penal no discriminatorias, en concordancia con el art. 24 de la Convención Americana, que establece el derecho a la igualdad ante la ley que les asiste, y el art. 1.1, que le impone una obligación general de respeto al Estado sobre la Convención. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido el recurso judicial efectivo como “el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado ... de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal

competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada”. De esa manera, se ha identificado que en los casos concernientes a violencia contra mujeres, la investigación es la etapa de mayor importancia procesal, pues es allí donde pueden obtenerse los elementos probatorios necesarios para brindar una tutela efectiva de los derechos que les asisten.

El derecho a un recurso judicial efectivo, entendido como una manifestación de la protección judicial, se encuentra reconocido en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana con una doble connotación: (i) como el derecho que tiene toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”; y (ii) como un deber de los Estados Partes, los cuales se comprometen a garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y a garantizar el cumplimiento de toda decisión que se haya estimado procedente.

Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la estrecha relación entre el derecho a acceder a la justicia y el derecho al recurso judicial efectivo, entendido este último como una garantía necesaria para asegurar la efectividad de los derechos. Igualmente, se indicó que la finalidad del derecho al acceso a la administración de justicia no se cumple solo al consagrar formalmente los recursos y procedimientos, sino que resulta necesario que los mismos sean idóneos y eficaces.

Asimismo, se ha establecido que las obligaciones que consagra el art. 8 de la Convención de Belem do Pará se deben interpretar junto con aquellas que establece el art. 7 de la misma, en donde se estipulan obligaciones inmediatas en cabeza del Estado entre las que se encuentra el actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres.

(iii) La garantía de las víctimas a la no repetición y el deber del Estado de evitar su revictimización

Cometido un delito contra una persona, una de las primeras obligaciones que tiene el Estado es la de garantizar la no repetición del hecho y evitar que se genere su revictimización a través de medidas concretas y oportunas, es decir, acciones orientadas a impedir que se vuelvan a realizar las conductas que afectaron los derechos de las víctimas, las cuales se deben adecuar a la magnitud y naturaleza de la ofensa. Igualmente, se ha establecido que tal garantía está relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los derechos humanos a través de medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales que permitan la protección de los derechos.

La victimización primaria se presenta cuando una persona es objeto de un delito. El Estado debe proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, y esta obligación se intensifica cuando un individuo ha sufrido un delito denunciado a las autoridades, pues en ese momento el Estado conoce su situación de vulnerabilidad.

Esta última implica el nivel de riesgo de que una persona pueda sufrir nuevos delitos y debe ser estudiado en cada caso concreto de acuerdo con factores especiales entre los cuales se encuentran: la deseabilidad –el grado de atracción del delincuente a cometer delitos sobre una víctima específica–, la accesibilidad –exposición de la víctima a sufrir nuevos delitos de acuerdo con su situación concreta–, la susceptibilidad –afectación psicológica de la víctima–, la precipitación –actitud imprudente de la víctima para incrementar el riesgo– y la resiliencia –capacidad de recuperarse del hecho traumático–. El primer deber que tiene el Estado frente a una víctima es brindarle protección y asistencia para no volver a serlo, especialmente si se trata de un sujeto de especial protección. En este ámbito, la privación de la libertad del presunto agresor a través de una medida de aseguramiento es solamente una opción, pues existen otras que pueden adoptarse de manera más inmediata, como la protección policial y la asistencia que se le pueda proporcionar a la víctima para superar los factores especiales de vulnerabilidad.

La victimización secundaria abarca los costos derivados de la intervención del sistema legal sobre la víctima, sus familiares o sus personas allegadas, tales como: la atribución de responsabilidad a la víctima, la exposición al proceso penal, la impotencia ante la falta de respuesta del Estado y la confrontación con el autor. Esta modalidad nació precisamente para dar cuenta de los daños causados a las mujeres víctimas de violencia sexual o doméstica, frente a las cuales el Estado no solamente no presenta una respuesta inmediata, sino que además les hace revivir constantemente la escena del delito, exponiéndolas además a interrogatorios prolongados y vejatorios.

La victimización terciaria está constituida por el conjunto de costos que se presentan con ocasión de la penalización del delincuente, tal como sucede con la realización de actos en represalia por la denuncia, no solamente contra la integridad de la víctima o de sus familiares, sino también otros actos de carácter social o económico. Esta forma de victimización es responsabilidad del Estado, pues entre las funciones de la pena se encuentra la prevención especial positiva o resocialización, la cual exige la reintegración a la sociedad de quien ha cometido un delito, lo cual requiere que se eliminen los sentimientos de venganza hacia el denunciante y el propio Estado.

(iv) Inexistencia de hecho superado

Toda vez que ya se había emitido una sentencia condenatoria contra Corzo Rodríguez, algunos de los intervinientes señalaron que en el presente caso se configuró un “hecho superado”.

Esta Corte entiende que este se presenta cuando la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, caso en que la acción de tutela pierde su razón de ser –lo cual aquí no ocurre–, pues solo la primera petición de la acción de tutela tenía relación con el proceso penal adelantado en contra de Corzo Rodríguez, subsistiendo otras tres pretensiones, relacionadas con la vigilancia especial del agresor, la cesación de actos de agresión y la aplicación de medidas de protección especiales contempladas en la Ley 1257/2008.

El hecho superado también se presenta cuando, por la acción u omisión del obligado, desaparece la afectación del derecho cuya protección se reclama, de tal manera que carece de objeto el pronunciamiento del juez constitucional. Ello no se configura en este caso, pues la vulneración subsiste, atento a que, a pesar de la existencia de una sentencia condenatoria emitida contra Corzo Rodríguez, persiste un grado de peligro respecto de los derechos de la víctima a la vida y a la integridad personal, pues la sentencia otorgó el beneficio de libertad condicional y no se adoptaron medidas especiales de alejamiento respecto de Villamizar Ebratt ni de sus hijos; y además persiste la afectación del derecho al debido proceso, pues no se ha adoptado ninguna decisión respecto de las otras pretensiones de la acción de tutela que no tienen una naturaleza exclusivamente penal.

La vulneración de los derechos al debido proceso y a la integridad personal

Si bien en virtud de la actuación de la Fiscalía General de la Nación se condenó a Corzo Rodríguez a una pena de tres años, no se dio respuesta sobre las demás peticiones señaladas en la acción de tutela, las cuales estaban orientadas a la protección extra penal que la ley otorga a las mujeres que han sido objeto de maltrato o de violencia intrafamiliar. Ellas consistían en que la policía realizara una vigilancia especial sobre el agresor; que Corzo Rodríguez cese sus actos de violencia y que le sea exigido abstenerse de ingresar en cualquier lugar en el cual se encuentre la víctima; ordenar una protección policial temporal especial; decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos menores; y establecer el valor de una cuota alimentaria a cargo de aquel.

Estos instrumentos son completamente independientes a los penales y están contemplados en el art. 4° de la Ley 294/1996, adicionado por el art. 17 de la Ley 1257/2008, el cual contempla un extenso grupo de medidas para la protección de las mujeres maltratadas y de su familia.

Según el art. 4° de la Ley 294/1996, la aplicación de estas medidas correspondía inicialmente al comisario de Familia del lugar donde ocurrieren los hechos y, a falta de este, al juez civil municipal o promiscuo municipal; sin embargo, esta norma fue modificada por el art. 2 de la Ley 575/2000, en virtud del cual estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por el fiscal que conozca en los delitos de violencia intrafamiliar. Con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (CPP), existieron dudas sobre la aplicación de esta norma, pues la Ley 906/2004 no le concede a la Fiscalía facultades jurisdiccionales; sin embargo, la Fiscalía podía solicitarlas al Juez de Control de Garantías según el art. 114 CPP. De todos modos, a partir del Decreto 4799/2011, el Fiscal o la víctima podrán solicitar al Juez de Control de Garantías la imposición de las medidas de protección que garanticen su seguridad y el respeto de sus derechos, con lo cual ya no existe duda sobre el deber de la Fiscalía de solicitarlas.

Pese a la gravedad de la denuncia presentada por Villamizar Ebratt, la Fiscalía no solicitó prontamente al Juez de Control de Garantías la adopción de las medidas urgentes contempladas en la Ley 1257/2008. Lo más grave es que después de la primera denuncia la víctima fue golpeada nuevamente por su agresor, lo cual pudo

haber sido evitado si se hubiera acudido prontamente a alguno de los mecanismos contemplados en la ley para su protección.

Se destaca que las medidas de protección contra la violencia contempladas en la Ley 1257/2008 son urgentes, deben ser solicitadas de manera inmediata y no puede esperarse a que se formule imputación para poder pedir las, pues ello puede tardar meses. En este sentido, para formular imputación y solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, la Fiscalía General de la Nación debe recaudar y analizar los elementos materiales probatorios de manera seria y responsable, respetando el derecho de defensa y el debido proceso; mientras ello ocurre, deben adoptarse medidas especiales de protección contra la violencia, independientemente de la determinación de la responsabilidad del autor. En consecuencia, la Fiscalía vulneró los derechos de Villamizar Ebratt, pues no solicitó las medidas para su protección y la de sus hijos de manera inmediata, sino que centró todos sus esfuerzos en las medidas penales, como formular imputación y solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, con lo cual se colocó su vida y su integridad personal en grave peligro.

El 30 de enero de 2015, la Defensoría del Pueblo solicitó directamente al Juez de Control de Garantías la aplicación de las medidas contempladas en la Ley 1257/2008; sin embargo, el Juzgado Segundo de Control de Garantías de Barrancabermeja solamente ordenó la realización de la audiencia para decidir las fijando fecha para el 17 de abril de 2015, desconociendo de manera grave el carácter urgente de estas medidas. Así, transcurridos más de dos meses y medio, dicho tribunal afectó claramente el derecho al debido proceso de Villamizar Ebratt, lapso en el cual la nombrada pudo volver a ser golpeada e incluso asesinada, poniendo en riesgo no solo su integridad física, sino su derecho a la vida.

Finalmente, el proceso penal avanzó de manera más celeré que las medidas urgentes solicitadas por la Defensoría del Pueblo, pues el denunciado fue capturado el 2 de marzo de 2015, por lo cual esta entidad retiró la solicitud. Sin embargo, debe destacarse que ni siquiera en el proceso penal se ordenó ninguna medida especial en relación con Villamizar Ebratt o sus hijos. El Juzgado Penal Municipal de Barrancabermeja con funciones de conocimiento el 30 de junio de 2015 condenó a Corzo Rodríguez a la pena de 3 años de prisión como autor del delito de violencia intrafamiliar y le concedió el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, atento a que la pena no superaba los 3 años de prisión y que el condenado carecía de antecedentes.

De acuerdo con lo anterior, se observa que se vulneraron los derechos a la vida, al debido proceso y el derecho de la mujer a una vida libre de violencia de Villamizar Ebratt por parte de la Fiscalía Regional del Magdalena Medio, del Juzgado Segundo Penal Municipal de Barrancabermeja y de Corzo Rodríguez. La primera desconoció el debido proceso y su deber de proteger los derechos de las víctimas, pues si bien no tenía competencia para ordenar directamente las medidas contempladas en la Ley 1257/2008, sí debió solicitarlas al Juez de Control de Garantías de manera inmediata, tal como lo exigen el art. 114, numeral 8º de la Ley 906/2004 y el Decreto 4799/2011. El segundo desconoció lo señalado en el art. 11 de la Ley 294/1996 y, con ello, el derecho a un recurso judicial efectivo como componente del debido

proceso, pues es completamente irrazonable fijar una audiencia para determinar si se imponía una medida urgente más de dos meses después de su solicitud, de modo que de esta manera desconoció de manera grave el carácter urgente de estas medidas y con ello el derecho a un recurso judicial efectivo y a un plazo razonable, el cual hace parte del debido proceso y ha sido consagrado expresamente en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconocido en numerosas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, se vulneraron los derechos de Villamizar Ebratt a un plazo razonable (debido proceso), a la vida y a la integridad personal (al no evitarse que se repitieran actos de violencia en su contra pudiéndose haberlo impedido), pues no se le otorgaron medidas de protección contra la violencia e incluso llegó a ser agredida después de haber denunciado los hechos ante la Fiscalía. Adicionalmente, pese a que Corzo Rodríguez fue condenado, ni siquiera se realizó la audiencia especial contemplada en la Ley 1257/2008.

Vulneración del derecho a la vida y a la integridad personal (al no evitarse que se repitieran actos de violencia, habiéndoselo podido evitar)

Una de las consecuencias del derecho a la no repetición es que el Estado debe tomar medidas de prevención específicas en casos en los que se detecte que un grupo de personas está en riesgo de que sus derechos sean vulnerados. Así, toda persona que sufra la comisión de un delito tiene derecho a que el Estado le brinde protección cuando sus derechos fundamentales se encuentren amenazados, bien sea porque pueda ser objeto de nuevos ataques por la misma persona o porque pueda ser objeto de represalias por denunciarla.

En el caso específico de la violencia de género, la legislación contempla la posibilidad de que se adopten medidas de protección inmediatas en las Leyes 294/1996 y 1257/2008, dentro de las cuales tienen un carácter urgente aquellas que tienen por objeto garantizar la vida y la integridad física y personal de las víctimas y de su familia, pues pueden implicar su victimización. Por lo tanto, resulta fundamental que en esos casos el término en el que las autoridades correspondientes deban adoptar las medidas de protección sea de cuatro horas; las otras medidas referentes a otros asuntos que, a pesar de ser prioritarios, no revisten ningún peligro para la vida o la integridad física de las personas pueden ser tomadas en un término más amplio, sin que ello implique contradecir el principio de celeridad.

En este proceso, se demostró que se vulneró la garantía de no repetición de Villamizar Ebratt y el deber del Estado de proteger su vida e integridad personal, pues fue golpeada después de haber denunciado que su pareja la agredía y de haber solicitado medidas de protección. Además, fue objeto de una revictimización por parte de las autoridades, pues lejos de dársele una protección efectiva, se programó una audiencia de medidas urgentes varios meses después de haberse solicitado. Las autoridades deben garantizar la efectividad del derecho a la seguridad personal no solo de aquellos individuos que se encuentren expuestos a un nivel de amenaza ordinaria, sino que tienen el deber constitucional de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida cuando se esté ante una amenaza

extrema. Igualmente, las medidas preventivas no proceden si se ha materializado o concretado un daño consumado, por cuanto las medidas que se deben adoptar son de carácter reparador o sancionador.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-772/15, *Martha Cecilia Villamizar Ebratt c. Dirección Seccional de Fiscalías del Magdalena Medio, la Policía Nacional – Dirección Seccional del Magdalena Medio, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barranabermeja y Jorge Elías Corzo Gómez*, sentencia del 16-12-2015, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-772-15.htm>>.



ÍNDICES

investigaciones

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ALEMANIA:** 45, 78, 152, 168, 201, 203, 213, 227, 247, 299.
ARMENIA: 162.
BÉLGICA: 60.
BOLIVIA: 173, 251.
BRASIL: 11, 262.
CHILE: 54, 192, 304.
COLOMBIA: 23, 91, 107, 179, 184, 215, 220, 231, 289, 310.
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: 251, 262, 271.
CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 81, 112, 139, 152, 162, 297.
ECUADOR: 271.
EE.UU.: 26, 148, 208, 241.
EL SALVADOR: 120.
ESPAÑA: 84, 102, 114, 244.
FRANCIA: 58.
GUATEMALA: 210.
HUNGRÍA: 145.
INDIA: 39.
ISRAEL: 18, 195.
ITALIA: 67, 139, 156, 159, 197, 307.
LUXEMBURGO: 64.
PAÍSES BAJOS: 75.
PARAGUAY: 239.
PERÚ: 32, 275.
REINO UNIDO: 42, 71, 137, 176.
REPÚBLICA CHECA: 69.
REPÚBLICA DOMINICANA: 49.
RUMANIA: 81.
SUDÁFRICA: 20, 28, 163.
SUIZA: 297.
TURQUÍA: 112.
UNIÓN EUROPEA: 58, 60, 64, 67, 69, 71, 75.
URUGUAY: 190, 198, 286.

TEMÁTICO

- ABOGADOS:** 299.
 Independencia profesional: 299.
 Libertad de ejercer una profesión: 299.
 Prohibición de constituir una sociedad profesional con médicos y farmacéuticos: 299.
 Relación abogado-cliente, secreto profesional: 299.
ABORTO: 11.
 Inconstitucionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre de gestación: 11.
ACCESO A LA INFORMACIÓN: 251.
 Salud, consentimiento informado: 251.
 responsabilidad internacional del Estado: 251.
ACCESO A LA JUSTICIA: 32, 120, 251.
 Derecho a la tutela judicial efectiva: 120.
 Derecho a las garantías y protección judiciales: 120, 251.
 Mujer: 251.
 Transexuales, ausencia de vías procesales específicas para solicitar cambio de nombre y de sexo: 32.
ACCIÓN POPULAR: 173.
 Procedencia: 173.
ACCIONES DE CLASE: 26, 173, 275.
 Arbitraje de clase, cláusulas que prevén la renuncia a este derecho en contratos de consumo: 26.
 Derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos: 173, 275.
AMNISTÍA: 120.
 Límites: 120.
 Prohibición de amnistiar ciertos delitos, crímenes contra la humanidad: 120.
 crímenes de guerra: 120.
AMPARO: 23, 32, 49, 91, 102, 107, 179, 215, 220, 231, 275, 289, 310.
 Amparo ambiental, medidas precautorias: 49.
 Estado de indefensión: 107.
 Legitimación activa: 310.
 Procedencia: 23, 32, 91, 102, 107, 179, 215, 220, 231, 275, 289, 310.
 Requisito de inmediatez: 107.
 Sujetos de especial protección constitucional, menores en situación de discapacidad: 23.
 personas mayores: 289.
ARBITRAJE: 26.
 Arbitraje de clase, cláusulas que prevén la renuncia a este derecho en contratos de consumo: 26.
ASOCIACIÓN ILÍCITA: 67.
 Delitos tributarios, plazos de prescripción que pueden dar lugar a la impunidad de los delitos: 67.

BIOÉTICA: 11, 18, 20, 23.

- Aborto,
 - inconstitucionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante el primer trimestre de gestación: 11.
- Fecundación *post-mortem*: 18.
- Maternidad subrogada,
 - requisito de existencia de vínculo genético, constitucionalidad: 20.
- Salud,
 - esterilización quirúrgica a una menor de edad en situación de discapacidad: 23.

CALUMNIAS E INJURIAS: 197, 304.

- Daño moral,
 - reparación,
 - denegación de indemnización pecuniaria ante la inexistencia de daño emergente o lucro cesante: 304.
- Derecho al honor: 197, 304.
- Ultraje a funcionario público: 197.

CÁRCELES: 231.

- Derecho a la integridad personal: 231.
- Derecho a la salud: 231.
- Derecho a la vida: 231.
- Derecho al agua,
 - suministro de agua potable en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad: 231.
- Dignidad humana: 231.
- Estándares mínimos de salubridad: 231.
- Relaciones de especial sujeción entre los internos y el Estado: 231.

COMMON LAW: 28.

- Principio *stare decisis*: 28.

CONSUMIDORES: 26.

- Acciones de clase: 26.
- Contratos de consumo,
 - cláusulas de arbitraje,
 - cláusulas que prevén la renuncia al arbitraje de clase: 26.
 - ley aplicable: 26.

CONTRATOS: 26.

- Autonomía de la voluntad: 26.
- Contratos de consumo,
 - cláusulas de arbitraje,
 - cláusulas que prevén la renuncia al arbitraje de clase: 26.
 - ley aplicable: 26.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: 45, 210.

- Inconstitucionalidad de una ley por vicios formales: 210.
- Sistema concentrado,
 - garantía del juez natural,
 - competencia exclusiva del Tribunal Constitucional: 45.

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: 120.

- Crímenes de guerra: 120.
- Prohibición de amnistía: 120.
- Reparación integral de las víctimas: 120.

DAÑO MORAL: 304.

- Reparación,
 - denegación de indemnización pecuniaria ante la inexistencia de daño emergente o lucro cesante en casos de calumnias e injurias, inconstitucionalidad: 304.

DAÑOS Y PERJUICIOS: 69.

- Transporte aéreo,
 - compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos,
 - exención de la obligación de indemnizar: 69.

DEBIDO PROCESO: 42, 45, 49, 54, 114, 120, 139, 148, 152, 162, 215, 251, 262, 271, 297, 310.

- Debido proceso administrativo: 215.
- Derecho a la tutela judicial efectiva: 49, 114, 120, 310.
- Derecho a las garantías y protección judiciales: 120, 251, 262, 271.
- Derecho de defensa: 42, 45, 49, 54, 114, 139, 148, 152, 162, 215, 251, 262, 271, 297, 310.
- Detenciones arbitrarias: 42, 139.
- Garantías procesales: 42, 45, 49, 114, 139, 148, 152, 162, 251, 262, 271, 297, 310.
- Presunción de inocencia: 54.
- Principio de no autoincriminación: 54.
- Responsabilidad internacional del Estado: 251, 262, 271.
- Sentencia,
 - deber de motivación: 49, 114.
 - Violencia de género: 310.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN: 11, 20, 23, 32, 227, 251.

- Aborto: 11.
- Autodeterminación reproductiva: 11, 20, 23, 251.
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad,
 - derecho a la identidad de género: 32.
 - derechos sexuales y reproductivos: 11, 23.
- Enfermos mentales bajo curatela,
 - tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente: 227.
- Maternidad subrogada: 20.
- Menores en situación de discapacidad: 23.
- Transexuales: 32.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: 179.

- Especial protección por parte del Estado: 179.
- Garantía de permanencia en el sistema educativo: 179.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 32, 190, 192, 201, 220.

- Alcance: 32.
- Derecho a la identidad cultural: 220.
- Derecho a la identidad de género,
 - ausencia de previsión legal del género "inter": 201.
 - giro jurisprudencial sobre su alcance: 32.
- Filiación,
 - acción de desconocimiento de la paternidad: 190.
 - acción de reclamación de filiación no matrimonial: 192.
- Intersexuales: 201.
- Minorías: 220.
- Transexuales: 32.

DERECHO A LA IGUALDAD: 11, 20, 28, 32, 39, 60, 91, 102, 184, 192, 195, 239, 251, 262, 286, 304.

- Daño moral,
 - denegación de indemnización pecuniaria ante la inexistencia de daño emergente o lucro cesante en casos de calumnias e injurias: 304.

- Discriminación con base en la orientación sexual: 28, 32.
- Discriminación estructural histórica en razón de la posición económica: 262.
- Discriminación por causa de embarazo en el ámbito laboral: 91, 102.
- Discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral: 91.
- Discriminación sexual: 11, 102, 251.
- Esclavitud: 262.
- Hijos extramatrimoniales: 192.
- Hijos póstumos o cuyos padres fallecen dentro de los ciento ochenta días posteriores al parto *vs.* hijos cuyos padres fallecen antes de su nacimiento: 192.
- Homosexuales,
unión civil inscripta *versus* unión convivencial no inscripta,
efectos sucesorios: 28.
- Igualdad ante la ley: 20, 192, 239, 286.
- Intocables en el sistema de castas,
discriminación ligada a la intocabilidad,
tipificación penal: 39.
- Menores en situación de discapacidad,
derecho a la educación inclusiva: 184.
- Mujer: 102, 195, 251.
- Mujer embarazada,
derecho a la estabilidad laboral reforzada: 91.
- Personas en situación de discapacidad,
derecho a la estabilidad laboral reforzada: 91.
- Principio de no discriminación e igualdad de trato: 60, 304.
- Responsabilidad internacional del Estado: 262.
- Sistema de castas: 39.
- Transexuales,
cambio de sexo,
inscripción registral: 32.
- DERECHO A LA IMAGEN:** 107.
- Internet,
redes sociales: 107.
- DERECHO A LA INFORMACIÓN:** 112, 220, 275.
- Bloqueo de sitios en Internet por orden judicial: 112.
- Derecho de acceso a Internet: 112.
- Minorías,
canales regionales de televisión abierta,
interés público en su difusión: 220.
- Pluralismo informativo: 220.
- Salud,
reutilización de material biomédico descartable: 275.
- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL:** 11, 227, 231, 251, 262, 271, 275, 289, 310.
- Desaparición forzada de personas: 271.
- Enfermos mentales bajo curatela,
tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente: 227.
- Esclavitud: 262.
- Mujer,
aborto: 11.
derecho a una vida libre de violencia: 310.
esterilización involuntaria: 251.
violencia de género: 310.
- Personas mayores,
derecho a la integridad física y psicológica,
maltrato en institutos geriátricos: 289.
- Presos,
derecho a la salud: 231.
derecho al agua: 231.
estándares mínimos de salubridad: 231.
- Responsabilidad internacional del Estado: 251, 262, 271.
- Salud,
reutilización de material biomédico descartable: 275.
- DERECHO A LA INTIMIDAD:** 20, 81, 107.
- Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 81.
- Internet,
redes sociales: 107.
- Maternidad subrogada,
requisito de existencia de vínculo genético,
constitucionalidad: 20.
- Violación de la confidencialidad de la correspondencia del trabajador: 81.
- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL:** 42, 139, 152, 227, 251, 262, 271.
- Desaparición forzada de personas: 271.
- Detenciones arbitrarias: 42, 139.
- Esclavitud: 262.
- Inmigrantes ilegales: 139.
- Libertad reproductiva,
esterilización involuntaria: 251.
- Medidas de seguridad preventivas fundadas en la peligrosidad del delincuente: 152.
- Responsabilidad internacional del Estado: 251, 262, 271.
- Tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente: 227.
- DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA:** 251.
- Derecho a fundar una familia,
esterilización involuntaria: 251.
responsabilidad internacional del Estado: 251.
- DERECHO A LA VIDA:** 275, 310.
- Mujer,
derecho a una vida libre de violencia: 310.
violencia de género: 310.
- Salud,
reutilización de material biomédico descartable: 275.
- DERECHO ADMINISTRATIVO:** 45.
- Autoridades administrativas,
derecho de defensa,
derecho a un juicio justo: 45.
garantía del juez natural: 45.
- Expropiación,
indemnización,
valor del monto indemnizatorio: 45.
- DERECHO ADUANERO:** 58.
- Derecho de la Unión Europea: 58.
- Obligación de declaración de capitales,
aplicabilidad en zonas internacionales de tránsito,
aeropuertos,
pasajeros en tránsito: 58.
- DERECHO AL HONOR:** 107, 197, 304.
- Calumnias e injurias,
daño moral,
denegación de indemnización pecuniaria ante la inexistencia de daño emergente o lucro cesante: 304.
delito de ultraje a funcionario público: 197.

- Deber de rectificación por parte del transgresor como doctrina jurisprudencial: 107.
- Internet,
redes sociales: 107.
- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD:** 11, 23, 32, 201.
- Derecho a la identidad de género: 32, 201.
- Derechos sexuales y reproductivos: 11, 23.
- Intersexuales: 201.
- Menores en situación de discapacidad: 23.
- Mujer,
aborto: 11.
- Transexuales: 32.
- DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR:** 75, 81, 114, 251, 297.
- DERECHO AMBIENTAL:** 49, 173.
- Amparo ambiental: 49.
- Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado: 49, 173.
- Extracción de árboles quemados y derribados en un incendio de un área protegida: 49.
- Medidas precautorias: 49.
- DERECHO CONTRAVENCIONAL:** 54.
- Prueba de alcoholemia,
negativa a someterse al control como tipo penal: 54.
- DERECHO DE DEFENSA:** 42, 45, 49, 54, 114, 139, 148, 152, 162, 215, 251, 262, 271, 297, 310.
- Debido proceso: 42, 45, 49, 54, 114, 139, 148, 152, 162, 215, 251, 262, 271, 297, 310.
- Debido proceso administrativo: 215.
- Derecho a la tutela judicial efectiva: 49, 114, 310.
- Derecho a las garantías y protección judiciales: 251, 262, 271.
- Derecho a un juicio justo: 42, 45, 152, 162, 297.
- Derecho a un recurso efectivo: 42, 139, 310.
- Derecho a una asistencia jurídica eficaz: 148.
- Garantía del juez natural: 45.
- Garantías procesales: 42, 45, 114, 139, 148, 152, 162, 251, 262, 271, 297, 310.
- Plazo razonable: 139, 152, 251, 262.
- Presunción de inocencia: 54.
- Principio de no autoincriminación: 54.
- Responsabilidad internacional del Estado: 251, 262, 271.
- Violencia de género: 310.
- DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA:** 58, 60, 64, 67, 69, 71, 75, 145.
- Actos comunitarios *ultra vires*,
restricciones,
identidad constitucional: 145.
soberanía: 145.
- Brexit*: 71.
- Competencias concurrentes entre la UE y los Estados miembros: 145.
- Derecho Aduanero,
obligación de declaración de capitales,
aplicabilidad en zonas internacionales de tránsito,
aeropuertos,
pasajeros en tránsito: 58.
- Derecho Tributario,
delitos tributarios,
evasión fiscal,
fraude del “carrusel del IVA”: 67.
- plazos de prescripción del derecho interno de un Estado miembro contrarios a los intereses financieros de la Unión: 67.
- impuesto al valor agregado,
exenciones: 64.
- Inmigrantes,
madres nacionales de terceros países de menores ciudadanos de la Unión,
derecho de residencia derivado: 75.
prestaciones de asistencia social y familiares: 75.
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión,
prohibición del uso del pañuelo islámico en el ámbito laboral: 60.
- Principio de primacía: 67, 145.
- Retiro de la UE,
devolución de competencias: 71.
- Supranacionalidad: 145.
- Transporte aéreo,
circunstancias extraordinarias como presupuesto de exención de la obligación de indemnizar del transportista,
alcance: 69.
compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos,
exención de la obligación de indemnizar: 69.
- DERECHO DE PROPIEDAD:** 286.
- Derechos adquiridos: 286.
- DERECHO DE REUNIÓN:** 78.
- Acampes de protesta,
restricciones: 78.
- Cumbre del G-20: 78.
- DERECHO DEL TRABAJO:** 60, 81, 84, 91, 102, 262, 297.
- Cyberslacking*: 81.
- Derecho a la estabilidad laboral reforzada,
mujer embarazada: 91.
personas en situación de discapacidad: 91.
- Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 297.
- Derecho de huelga,
esquirolaje tecnológico: 84.
- Discriminación por causa de embarazo: 91, 102.
- Discriminación por razón de discapacidad: 91.
- Facultades de vigilancia y control del empleador *vs.*
derecho a la intimidad del trabajador: 81.
- Principio de estabilidad en el empleo: 91.
- Principio de no discriminación e igualdad de trato: 60, 91, 102.
- Prohibición de llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo: 60.
- Prohibición del uso del pañuelo islámico en el ámbito laboral: 60.
- Sanciones disciplinarias,
despido: 81.
- Subsidios por incapacidad laboral,
operativo de seguimiento contratado por la compañía aseguradora para la determinación del subsidio: 297.
- Trabajo esclavo: 262.
- Violación de la confidencialidad de la correspondencia del trabajador: 81.

- DERECHO FINANCIERO:** 198.
Ley de Presupuesto,
especialidad formal: 198.
- DERECHO INFORMÁTICO:** 107, 112.
Bloqueo de sitios en Internet por orden judicial,
derecho a la información: 112.
libertad de expresión: 112.
Derecho de acceso a Internet: 112.
Redes sociales,
libertad de expresión *vs.* derecho a la intimidad,
al honor y a la imagen: 107.
obligación de rectificación por parte del
transgresor como doctrina jurisprudencial:
107.
- DERECHO INTERNACIONAL**
- PRIVADO:** 114.
Sustracción internacional de menores: 114.
- PÚBLICO Y HUMANITARIO:** 120, 137, 139,
145, 271.
Conflictos armados: 120, 137, 271.
Crímenes contra la humanidad y de guerra,
prohibición de amnistía: 120.
reparación integral de las víctimas: 120.
Desaparición forzada de personas: 271.
Expulsión colectiva de extranjeros: 139.
Identidad constitucional: 145.
Inmunidad de jurisdicción,
actos *iure imperii*: 137.
Responsabilidad internacional del Estado:
192.
Soberanía: 145.
Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y
degradantes: 137.
Tratados,
tratados de integración regional,
Unión Europea,
actos comunitarios *ultra vires*: 145.
competencias concurrentes: 145.
supranacionalidad: 145.
- DERECHO PENAL:** 11, 39, 148, 152, 156, 159,
241, 307.
Aborto,
inconstitucionalidad de la penalización de la
interrupción voluntaria del embarazo durante
el primer trimestre de gestación: 11.
Actos obscenos en la vía pública,
eximente del estado de necesidad en casos de
prostitución forzada: 307.
Derecho penal de autor,
peligrosidad del delincuente fundada en la raza:
148.
Derecho Penal Juvenil: 152.
Discriminación ligada a la intocabilidad en la
India,
tipificación penal: 39.
Medidas de seguridad preventivas fundadas en la
peligrosidad del delincuente: 152.
Medidas de seguridad privativas de la libertad
fundadas en la peligrosidad social del enfermo
mental inimputable,
internación psiquiátrica: 159.
Pena de muerte: 148, 241.
Penas,
alternativas a las penas privativas de la libertad
para madres de niños menores,
prisión domiciliaria: 156.
condena a muerte de personas con discapacidad
intelectual: 241.
determinación de la pena basada en la
peligrosidad del delincuente: 148.
Principio de irretroactividad de la ley penal: 152.
Reducción a la esclavitud con fines de explotación
sexual: 307.
- DERECHO TRIBUTARIO:** 64, 67, 162.
Delitos tributarios,
evasión impositiva: 67, 162.
plazos de prescripción que pueden dar lugar a
la impunidad de los delitos: 67.
Impuesto al valor agregado,
exenciones,
agrupaciones autónomas de personas: 64.
fraude del “carrusel del IVA”: 67.
Incompatibilidad entre el derecho de la UE y el
derecho interno de un Estado miembro: 64, 67.
- DERECHOS DE AUTOR:** 247.
Libertad de creación artística: 247.
Mash up: 247.
Muestreo musical: 247.
Sampling: 247.
- DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES:** 163.
Derecho a una vivienda digna,
seguridad de la tenencia: 163.
- DERECHOS POLÍTICOS:** 168.
Partidos políticos,
prohibición: 168.
- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:**
271.
Responsabilidad internacional del Estado: 271.
- DIGNIDAD HUMANA:** 20, 32, 39, 107, 163, 201,
231, 251, 289, 304.
Calumnias e injurias,
prohibición de indemnización del daño moral:
304.
Derecho al honor: 304.
Internet,
redes sociales: 107.
Intersexuales: 201.
Intocables en el sistema de castas: 39.
Mujer,
acceso a la salud reproductiva,
maternidad subrogada: 20.
Personas en situación de vulnerabilidad,
derecho a una vivienda digna: 163.
Personas mayores,
maltrato en institutos geriátricos: 289.
Presos: 231.
Responsabilidad internacional del Estado: 251.
Transexuales: 32.
- DIVORCIO:** 195.
Divorcio religioso judío,
sanciones extrajudiciales contra esposos que no
observan las leyes religiosas judías en materia
de divorcio: 195.
- EDUCACIÓN:** 173, 176, 179, 184.
Derecho a la educación,
especial protección por parte del Estado: 179.
Establecimientos educativos,
estándares mínimos de salubridad,
derecho a la salud: 173.
derecho al agua: 173.

- evaluación de calidad de las instituciones educativas por parte del Estado, enfoque inclusivo: 184.
 garantía de permanencia: 179.
 régimen de asistencia,
 condición de regularidad,
 alcance: 176.
 responsabilidad penal de los padres por inobservancia del régimen: 176.
 universidades,
 interrupción del servicio de educación universitaria por mora en el pago de la matrícula: 179.
 principio de autonomía universitaria: 179.
 Menores en situación de discapacidad,
 derecho a la educación inclusiva: 184.
 derecho a la igualdad: 184.
- ESCLAVITUD:** 262, 307.
 Prohibición de la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y trata de personas: 262.
 Reducción a la esclavitud con fines de explotación sexual: 307.
 Responsabilidad internacional del Estado: 262.
- EXPROPIACIÓN:** 45.
 Indemnización,
 valor del monto indemnizatorio: 45.
- EXTRANJEROS:** 75, 139.
 Expulsión colectiva de extranjeros: 139.
 Inmigrantes: 75, 139.
 Repatriación: 139.
 Seguridad social,
 madres nacionales de terceros países de menores ciudadanos de la UE,
 derecho de residencia como requisito para acceder a prestaciones de asistencia social y familiares: 75.
- FAMILIA:** 18, 28, 190, 192, 195.
 Acciones de filiación,
 acción de desconocimiento de la paternidad, caducidad: 190.
 acción de reclamación de filiación no matrimonial,
 caducidad,
 excepciones: 192.
 prescripción,
 excepciones: 192.
 Divorcio,
 divorcio religioso judío,
 sanciones extrajudiciales contra esposos que no observan las leyes religiosas judías en materia de divorcio: 195.
 Fecundación *post-mortem*,
 derechos de los padres *versus* derechos de la viuda sobre la utilización de esperma congelado del fallecido: 18.
 Hijos póstumos o cuyos padres fallecen dentro de los ciento ochenta días posteriores al parto: 192.
 Unión convivencial,
 homosexuales,
 unión civil inscripta *versus* unión convivencial no inscripta,
 efectos sucesorios: 28.
- FEDERALISMO:** 26.
 Conflicto de normas,
 jerarquía normativa: 26.
- FINANZAS PÚBLICAS:** 198.
 Ley de Presupuesto,
 especialidad formal: 198.
- FUERZAS DE SEGURIDAD:** 215.
 Estado laico,
 deber de neutralidad en materia religiosa: 215.
 Objeción de conciencia y obediencia debida,
 ilegitimidad de una orden contraria al ordenamiento jurídico: 215.
- FUNCIONARIOS PÚBLICOS:** 197, 198.
 Calumnias e injurias,
 delito de ultraje a funcionario público: 197.
 Derecho al honor: 197.
 Jueces,
 independencia: 198.
 intangibilidad de las remuneraciones: 198.
 Remuneraciones,
 irreducibilidad: 198.
- HÁBEAS CORPUS:** 11, 241.
- HOMOSEXUALES:** 28.
 Derechos sucesorios,
 derecho del conviviente a investir la calidad de heredero: 28.
 Unión civil inscripta *versus* unión convivencial no inscripta,
 efectos sucesorios: 28.
- INMIGRANTES:** 75, 139.
 Expulsión colectiva de extranjeros: 139.
 Inmigrantes ilegales,
 detenciones arbitrarias: 139.
 repatriación: 139.
 Seguridad social,
 madres nacionales de terceros países de menores ciudadanos de la UE,
 derecho de residencia como requisito para acceder a prestaciones de asistencia social y familiares: 75.
- INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN:** 137.
 Actos *iure imperii*,
 oponibilidad en procesos por daños y perjuicios derivados de hechos ilícitos en el marco de un conflicto armado: 137.
 Inmunidad soberana: 137.
 Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes: 137.
- INTERNET:** 107, 112.
 Bloqueo de sitios en Internet por orden judicial,
 derecho a la información: 112.
 libertad de expresión: 112.
 Derecho de acceso a Internet: 112.
 Redes sociales,
 libertad de expresión *vs.* derecho a la intimidad, al honor y a la imagen: 107.
 obligación de rectificación por parte del transgresor como doctrina jurisprudencial: 107.
- INTERSEXUALES:** 201.
 Ausencia de previsión legal del género “inter”,
 efectos registrales: 201.
- JUDAÍSMO:** 195.
 Divorcio religioso judío,
 sanciones extrajudiciales contra esposos que no observan las leyes religiosas judías en materia de divorcio: 195.

- Mujer,
derecho a la igualdad: 195.
- Tribunales rabínicos,
competencia: 195.
- JUECES:** 198.
Independencia: 198.
Intangibilidad de las remuneraciones: 198.
- JUEGOS DE AZAR:** 203.
Casinos: 203.
Salas de juegos de azar,
licencias para funcionar,
requisitos para su otorgamiento: 203.
restricciones: 203.
- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** 195.
Tribunales rabínicos: 195.
- LEY:** 26, 152, 208, 210, 286.
Conflicto de normas,
jerarquía normativa: 26.
Interpretación: 208.
Principio de irretroactividad: 286.
Principio de irretroactividad de la ley penal: 152.
Procedimiento legislativo,
proceso de formación de las leyes,
inconstitucionalidad de una ley por vicios
formales: 210.
- LIBERTAD DE CIRCULACIÓN:** 75.
Madres nacionales de terceros países de menores
ciudadanos de la UE,
derecho de residencia derivado: 75.
- LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA:** 247.
Derechos de autor: 247.
Mash up: 247.
Muestreo musical: 247.
Sampling: 247.
- LIBERTAD DE CULTO:** 60, 215.
Alcance y ámbito de protección,
presupuestos jurisprudenciales: 215.
Objeción de conciencia: 215.
Prohibición de llevar signos visibles de naturaleza
política, filosófica o religiosa en el lugar de
trabajo: 60.
Prohibición del uso del pañuelo islámico en el
ámbito laboral: 60.
- LIBERTAD DE EJERCER UNA PROFESIÓN:** 299.
Injerencia estatal,
proporcionalidad: 299.
Prohibición a los abogados de constituir
una sociedad profesional con médicos y
farmacéuticos: 299.
- LIBERTAD DE EXPRESIÓN:** 107, 112, 213, 220.
Alcance: 107, 213.
Derecho a la intimidad, al honor y a la imagen,
deber de rectificación por parte
del transgresor como doctrina
jurisprudencial: 107.
Internet,
bloqueo de sitios en Internet por orden
judicial: 112.
redes sociales: 107.
Límites: 107.
Manifestaciones emocionales: 213.
Minorías,
canales regionales de televisión abierta,
interés público en su difusión: 220.
Pluralismo informativo: 220.
- LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE
CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN:** 60, 215.
Objeción de conciencia: 215.
Prohibición de llevar signos visibles de naturaleza
política, filosófica o religiosa en el lugar de
trabajo: 60.
Prohibición del uso del pañuelo islámico en el
ámbito laboral: 60.
- LIBERTAD RELIGIOSA:** 60, 215.
Alcance y ámbito de protección,
presupuestos jurisprudenciales: 215.
Objeción de conciencia: 215.
Prohibición de llevar signos visibles de naturaleza
política, filosófica o religiosa en el lugar de
trabajo: 60.
Prohibición del uso del pañuelo islámico en el
ámbito laboral: 60.
- MATERNIDAD SUBROGADA:** 20.
Contratación,
requisito de existencia de vínculo genético,
constitucionalidad: 20.
- MEDIOS DE COMUNICACIÓN:** 220.
Pluralismo informativo: 220.
Radiodifusión televisiva,
deber de transmisión de canales regionales de
televisión abierta por operadores de televisión
por suscripción: 220.
televisión regional,
interés público: 220.
Responsabilidad social por su incidencia en la
formación de la opinión pública: 220.
- MENORES:** 20, 23, 75, 114, 152, 156, 184.
Alternativas a las penas privativas de la libertad
para madres de niños menores: 156.
Derecho a conocer su origen genético: 20.
Derecho Penal Juvenil,
medidas de seguridad preventivas fundadas en
la peligrosidad del delincuente: 152.
Interés superior: 20, 75, 114, 156.
Menores en situación de discapacidad,
derecho a la educación inclusiva: 184.
derecho a la igualdad: 184.
esterilización quirúrgica,
autodeterminación reproductiva: 23.
derechos sexuales y reproductivos: 23.
Residencia habitual: 114.
Sustracción internacional de menores: 114.
- MINORÍAS:** 220.
Derecho a la identidad cultural: 220.
Derecho a la información,
pluralismo informativo: 220.
Libertad de expresión: 220.
- MUJER:** 11, 91, 102, 195, 251, 310.
Aborto: 11.
Acceso a la justicia: 251.
Derecho a la autodeterminación,
autodeterminación reproductiva: 11, 251.
Derecho a la igualdad: 11, 195, 251.
Derecho a la integridad personal: 11, 310.
Derecho a la libertad personal: 251.
Derecho a la vida: 310.
Derecho a una vida libre de violencia: 310.
Derecho al libre desarrollo de la personalidad,
derechos sexuales y reproductivos: 11.

- Discriminación por causa de embarazo en el ámbito laboral: 91, 102.
 Discriminación sexual: 102, 251.
 Judaísmo: 195.
 Mujer embarazada,
 derecho a la estabilidad laboral reforzada: 91.
 Responsabilidad internacional del Estado: 251.
 Violencia de género,
 prevención de la revictimización: 310.
- OBEDIENCIA DEBIDA:** 215.
 Fuerzas de seguridad,
 ilegitimidad de una orden contraria al ordenamiento jurídico: 215.
- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA:** 215.
 Fuerzas de seguridad,
 objeción a una orden de leer un mensaje de carácter religioso: 215.
- PARTIDOS POLÍTICOS:** 168.
 Partido Nacional Demócrata de Alemania,
 prohibición: 168.
- PENA DE MUERTE:** 148, 241.
 Condena a muerte de personas con discapacidad intelectual: 241.
 Determinación de la pena basada en la peligrosidad del delincuente: 148.
 Límites a su aplicabilidad: 241.
- PENAS:** 148, 156, 241.
 Alternativas a las penas privativas de la libertad para madres de niños menores,
 prisión domiciliaria,
 presupuestos: 156.
 restricciones: 156.
 Condena a muerte de personas con discapacidad intelectual: 241.
 Determinación de la pena basada en la peligrosidad del delincuente: 148.
 Pena de muerte: 148, 241.
- PERSONAS CON DISCAPACIDAD O CON CAPACIDAD RESTRINGIDA:** 23, 91, 159, 184, 227, 241.
 Derecho a la autodeterminación: 23, 227.
 Derecho a la estabilidad laboral reforzada: 91.
 Derecho a la integridad personal: 227.
 Derecho a la libertad personal: 227.
 Derechos sexuales y reproductivos: 23.
 Discapacidad intelectual,
 concepto: 241.
 estándares para su determinación: 241.
 Discriminación por razón de discapacidad en el ámbito laboral: 91.
 Enfermos mentales,
 inimputabilidad: 159.
 medidas de seguridad privativas de la libertad fundadas en la peligrosidad social del enfermo,
 internación psiquiátrica: 159.
 Enfermos mentales bajo curatela,
 tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente: 227.
- Menores,
 derecho a la educación inclusiva: 184.
 derecho a la igualdad: 184.
 esterilización quirúrgica a una menor de edad en situación de discapacidad: 23.
 Pena de muerte: 241.
- PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO:** 45.
 Autoridades administrativas,
 derecho de defensa,
 derecho a un juicio justo: 45.
 garantía del juez natural: 45.
- PERSONAS MAYORES:** 289.
 Derecho a la dignidad: 289.
 Derecho a la integridad personal,
 derecho a la integridad física y psicológica: 289.
 Derecho a la salud: 289.
 Institutos geriátricos,
 maltrato: 289.
 prestación irregular del servicio: 289.
 Sujetos de especial protección constitucional: 289.
- PODER JUDICIAL:** 198.
 Jueces,
 independencia: 198.
 intangibilidad de las remuneraciones: 198.
- PRESOS:** 231.
 Derecho a la integridad personal: 231.
 Derecho a la salud: 231.
 Derecho a la vida: 231.
 Derecho al agua,
 suministro de agua potable en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad: 231.
 Dignidad humana: 231.
 Relaciones de especial sujeción entre los internos y el Estado: 231.
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD:** 152, 231.
 Interpretación estricta *vs.* derechos fundamentales: 231.
 Principio de irretroactividad de la ley penal: 152.
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** 11, 81, 107, 203, 251, 299, 304.
- PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD:** 156, 203, 299.
- PRISIÓN PREVENTIVA:** 11, 244.
 Presunción de inocencia: 244.
 Procedencia: 11.
 Requisitos: 11.
 Responsabilidad patrimonial del Estado fundada en error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en casos de absolución o sobreseimiento posterior: 244.
- PROCESO CIVIL:** 190, 192, 239.
 Caducidad,
 excepción de inconstitucionalidad: 190.
 excepciones: 192.
 Plazos procesales: 190.
 Prescripción,
 excepciones: 192.
 Proceso de inconstitucionalidad de la ley,
 requisitos del petitorio,
 error material: 190.
 Regulación de honorarios,
 casos en los que el Estado es condenado en costas: 239.
 derecho a la igualdad,
 igualdad ante la ley: 239.
- PROCESO CONSTITUCIONAL:** 286.
 Legitimación pasiva,
 tercerías que no amplían el objeto litigioso, sino el aspecto subjetivo del lado pasivo de la litis: 286.

- PROCESO PENAL:** 11, 39, 42, 54, 67, 148, 152, 241, 244, 310.
 Debido proceso: 42, 54, 148, 152, 310.
 Derecho de defensa: 42, 54, 148, 152, 310.
 Garantías procesales: 42, 148, 152, 310.
 Hábeas corpus: 11, 241.
 Libertad bajo fianza anticipada,
 denegación a perpetradores de delitos relacionados con la práctica de la intocabilidad en la India: 39.
 Prescripción,
 plazos que pueden dar lugar a la impunidad de los delitos en materia tributaria: 67.
 Presunción de inocencia: 54, 244.
 Principio de legalidad: 152.
 Principio de no autoincriminación: 54.
 Prisión preventiva: 11, 244.
 Violencia de género,
 garantía de no repetición: 310.
 prevención de la revictimización: 310.
- PROPIEDAD INTELECTUAL:** 247.
 Derechos de autor,
mash up: 247.
 muestreo musical: 247.
sampling: 247.
 Derechos de autor *vs.* libertad de creación artística: 247.
- PROSTITUCIÓN:** 307.
 Prostitución forzada: 307.
 Reducción a la esclavitud con fines de explotación sexual: 307.
 Trata de personas: 307.
- RESPONSABILIDAD CIVIL:** 69.
 Transporte aéreo,
 compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos,
 exención de la obligación de indemnizar: 69.
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:** 244.
 Prisión preventiva,
 absolución o sobreseimiento posterior,
 responsabilidad patrimonial del Estado fundada en error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: 244.
- RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO:** 251, 262, 271.
 Acceso a la información: 251.
 Debido proceso: 251, 262, 271.
 Derecho a la igualdad: 262.
 Derecho a la integridad personal: 251, 262, 271.
 Derecho a la libertad personal: 251, 262, 271.
 Derecho a la protección de la familia: 251.
 Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 251.
 Derecho de defensa: 251, 262, 271.
 Desaparición forzada de personas: 271.
 Dignidad humana: 251.
 Esclavitud: 262.
- RESPONSABILIDAD PROFESIONAL:** 304.
 Albacea testamentario: 304.
- SALUD:** 20, 23, 227, 231, 251, 275, 289.
 Derecho a la salud,
 contenido: 275.
- Derecho de acceso a la información,
 consentimiento informado: 251.
 Enfermos mentales bajo curatela,
 tratamiento médico no voluntario dispuesto judicialmente: 227.
 Menores,
 esterilización quirúrgica a una menor de edad en situación de discapacidad,
 consentimiento informado: 23.
 Mujer,
 derecho a la salud sexual y reproductiva: 251.
 esterilización involuntaria,
 consentimiento informado: 251.
 Personas mayores,
 derecho a la integridad física y psicológica: 289.
 derecho a la salud: 289.
 institutos geriátricos,
 maltrato: 289.
 prestación irregular del servicio: 289.
 Presos,
 derecho a la salud: 231.
 derecho al agua,
 suministro de agua potable en condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad: 231.
 estándares mínimos de salubridad: 231.
 Principio de autonomía del paciente: 251.
 Reutilización de material biomédico descartable: 275.
 Salud sexual y reproductiva,
 acceso,
 maternidad subrogada: 20.
 esterilización involuntaria: 23, 251.
- SEGURIDAD JURÍDICA:** 45, 190, 286.
SEGURIDAD SOCIAL: 75, 289, 297.
 Inmigrantes,
 madres nacionales de terceros países de menores ciudadanos de la UE,
 derecho de residencia como requisito para acceder a prestaciones de asistencia social y familiares: 75.
 Personas mayores,
 institutos geriátricos,
 maltrato: 289.
 prestación irregular del servicio: 289.
 sujetos de especial protección constitucional: 289.
 Subsidios por incapacidad laboral,
 operativo de seguimiento contratado por la compañía aseguradora para la determinación del subsidio,
 derecho al respeto a la vida privada y familiar: 297.
- SENTENCIA:** 49, 114.
 Deber de motivación: 49, 114.
- SEPARACIÓN ENTRE ESTADO E IGLESIA:** 215.
 Estado laico,
 deber de neutralidad en materia religiosa,
 fuerzas de seguridad: 215.
 principio de laicidad: 215.
 Libertad de culto,
 objeción de conciencia: 215.
- SOCIEDADES:** 162, 299.
 Delitos fiscales,
 evasión impositiva: 162.
 Sociedades profesionales,

prohibición para determinadas profesiones de asociarse con un abogado,
constitucionalidad: 299.

SUCESIONES: 28, 304.

Albacea testamentario,
responsabilidad profesional: 304.
Sucesiones intestadas,
unión convivencial homosexual,
derecho del conviviente a investir la calidad de heredero: 28.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: 114.

Restitución,
interés superior del menor: 114.
ponderación de la integración del menor en el nuevo medio: 114.
residencia habitual del menor: 114.

TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES: 137, 271, 289.

Conflictos armados: 137.
Desaparición forzada de personas: 271.
Inmunidad de jurisdicción,
actos *iure imperii*: 137.
Personas mayores,
maltrato en institutos geriátricos: 289.

TRANSEXUALES: 32.

Cambio de sexo,
inscripción registral: 32.
Derecho a la autodeterminación: 32.
Derecho a la identidad: 32.
Derecho a la igualdad: 32.
Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 32.

TRANSPORTE AÉREO: 69.

Circunstancias extraordinarias como presupuesto de exención de la obligación de indemnizar del transportista,
alcance en términos del derecho de la UE: 69.
Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos,
exención de la obligación de indemnizar: 69.

TRATA DE PERSONAS: 307.

Prostitución forzada: 307.
Reducción a la esclavitud con fines de explotación sexual: 307.

TRATADOS: 145.

Tratados de integración regional,
Unión Europea,
actos comunitarios *ultra vires*,
restricciones,
identidad constitucional: 145.
soberanía: 145.
competencias concurrentes: 145.
supranacionalidad: 145.

UNIÓN CONVIVENCIAL: 28.

Homosexuales,
unión civil inscripta *versus* unión convivencial no inscripta,
efectos sucesorios: 28.

UNIVERSIDADES: 179.

Garantía de permanencia: 179.
Interrupción del servicio de educación universitaria

por mora en el pago de la matrícula: 179.
Principio de autonomía universitaria: 179.

VIOLENCIA DE GÉNERO: 114, 310.

Debido proceso: 310.
Derecho de la mujer a una vida libre de violencia: 310.
Prevención de la revictimización: 310.
Sustracción internacional de menores,
ponderación a los efectos de la restitución o no restitución de un menor: 114.

VIVIENDA: 163.

Derecho a una vivienda digna,
seguridad de la tenencia: 163.

